

Responsabilidad parental y sustracción de menores (avanzado)

PROYECTO: MEJOR APLICACIÓN DE LOS REGLAMENTOS EUROPEOS EN MATERIA DE FAMILIA Y SUCESIONES



Con el apoyo financiero del Programa de Justicia Civil, 2014-2020 de la Unión Europea.

Con el apoyo financiero del Programa de Justicia Civil, 2014-2020 de la Unión Europea. La información contenida en esta publicación no refleja necesariamente la posición y opinión de la Comisión Europea.

Caso de estudio 5: Responsabilidad parental (avanzado)

Kylie es una nacional maltesa que residió en Malta hasta los veintidós años de edad. En ese momento, se marchó a Canadá para proseguir sus estudios de posgrado. Mientras se encontraba en dicho país, conoció a Julien, otro estudiante francés. Julien había ido a Canadá para su curso de posgrado en el mismo año que Kylie. Los dos resultaron ser unos estudiantes brillantes y se quedaron para realizar un doctorado. Entablaron una relación y se fueron a vivir juntos.

Transcurridos tres años, se casaron durante una romántica ceremonia en Malta. Regresaron a Canadá tras su luna de miel en España. Un año más tarde nació su primer hijo, Luis. Al año siguiente, vino al mundo su hermano Elias. Ambos niños tenían las nacionalidades francesa y maltesa. Kylie les hablaba maltés a los niños y, Julien, francés; Kylie y Julien se comunicaban en inglés entre sí. Así, en el hogar se utilizaba una combinación de lenguas. La pareja atravesó una mala racha. Ambos estaban estresados por sus exigentes trabajos y los dos pequeños no les dejaban ni dormir. Los dos cónyuges cuidaban de sus hijos y se ocupaban de las tareas domésticas.

La madre de Kylie se dio cuenta de que la joven pareja lo estaba pasando mal y acudió a quedarse con ellos durante tres meses para echarles una mano con los niños. Esto supuso un gran alivio para Kylie, pero provocó más tensión en la relación, ya que Julien albergaba la sensación de que constantemente lo estaba juzgando una mujer que apenas conocía.

Cuando la madre de Kylie volvió a Malta, las cosas no fueron más que a peor. Kylie advirtió que no disponía de una red de apoyo. Resultó que Elias padecía un trastorno del espectro autista (ASD, por sus siglas en inglés) y necesitaba una atención adicional. Los dos niños iban a la guardería y Kylie redujo su horario laboral (entonces estaba participando en un proyecto de posdoctorado) para ir a recogerlos a tiempo. Julien era de la opinión de que Kylie exageraba el problema de Elias, que no había más que tratarlo como a cualquier otro niño y que no habría que medicarlo a tan tierna edad. La pareja empezó a discutir a gritos y la paz abandonó su hogar.

Cuando Luis tenía cuatro años de edad y Elias tres, Kylie decidió que no podía soportarlo más e informó a Julien de que quería irse a Malta para pensar sobre qué iba a hacer con el resto de su vida. Julien aceptó que se marchara a su país y que se llevara a los niños consigo durante un período de seis meses. Mientras tanto, a él lo habían nombrado para un cargo en la universidad, en el que tenía cinco años para demostrar su valía y que le asignaran un puesto titular. El acuerdo fue que Julien iría a Malta seis meses después y que, entonces, hablarían de las cosas de nuevo. En tales circunstancias, Kylie manifestó que a Luis le iba bien en la guardería y que Elias estaba recibiendo un tratamiento especial que hacía que estuviera mucho más tranquilo. Ella pensaba que lo mejor para los niños era quedarse cinco meses más hasta la finalización del año escolar. Mientras tanto, Kylie iba a seguir con el trabajo sobre el proyecto de posdoctorado desde Malta.

Por aquel entonces, Julien consultó a un abogado en Francia sobre interponer un procedimiento de divorcio allí.

Al término del curso escolar, Kylie informó a Julien de que quería divorciarse. Como él ya había recabado información, entabló rápidamente un procedimiento de divorcio en Francia, aunque seguía viviendo en Canadá. Le solicitó al órgano jurisdiccional francés que le concediese la custodia exclusiva de los niños, alegando que Kylie sufría de paranoias y que, por ende, no era una madre de fiar. Deseaba ejercer dicha custodia exclusiva en Canadá, por lo que su deseo era que los niños regresaran.

También inició un procedimiento de restitución en Malta para que Luis y Elias volvieran a Canadá. Kylie se opuso a dicho procedimiento, afirmando que los niños ya habían adquirido el estatus de

residentes habituales en Malta.

A título subsidiario, acusó a Julien de malos tratos psicológicos y declaró que volver a Canadá supondría un riesgo, especialmente para Elias, puesto que Julien se negaba a darle la medicación y el tratamiento que necesitaba.

Kylie interpuso entonces un procedimiento de divorcio en Malta, alegando que el tribunal francés carecía de competencia. También solicitó medidas cautelares, a saber, que los niños pudieran permanecer a su lado mientras se resolvía el litigio sobre el fondo del asunto. Como alegaba que sus hijos eran ya residentes habituales en Malta, su parecer era que el procedimiento en materia de responsabilidad parental se había de sustanciar en dicho país.

Considere las preguntas siguientes:

1. ¿Puede el órgano jurisdiccional francés conocer del litigio sobre responsabilidad parental? En caso afirmativo, ¿qué Derecho resulta de aplicación?
2. ¿Puede el tribunal maltés conocer de la acción interpuesta por Kylie acerca de la responsabilidad parental? En caso afirmativo, ¿qué Derecho resulta de aplicación?
3. ¿Puede dicho órgano jurisdiccional de Malta emitir las medidas cautelares que solicita Kylie?
4. ¿Dónde tendrían efecto las mismas?
5. ¿Debería el juez maltés ordenar la restitución de los niños a Canadá? En caso afirmativo, ¿qué debería incluirse en una sentencia de restitución?

Thalia Kruger, marzo de
2017

Modelo de respuesta

La pregunta 1 atañe al juez francés; todas las demás, al juez maltés.

Metodología

Paso 1. Identifique la **rama del Derecho** interesada.

Paso 2. Considere qué **aspecto del Derecho internacional privado** está en cuestión.

Paso 3. Encuentre **fuentes jurídicas** de la UE e internacionales.

Paso 4. Compruebe el **ámbito de aplicación** de los textos de la UE e internacionales y, si existe más de uno, su relación entre sí.

Paso 5. Encuentre la **regla** correcta.

1) ¿Puede el órgano jurisdiccional francés conocer del litigio sobre responsabilidad parental? En caso afirmativo, ¿qué Derecho resulta de aplicación?

Paso 1. Rama del Derecho

La cuestión de dónde residirán los niños entra dentro de la categoría de la responsabilidad parental.

El Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000 (Bruselas IIa, llamado a veces Bruselas II bis), indica en su artículo 1, apartado 1, letra b), que se aplicará a «la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental». En el artículo 1, apartado 2, letra a), se especifica que lo anterior se referirá al «derecho de custodia y al derecho de visita».

Paso 2. Aspecto del Derecho internacional privado

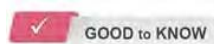
La cuestión concierne a dos vertientes: la competencia y el Derecho aplicable. Paso

3. Fuentes jurídicas

Las reglas sobre **competencia** en litigios internacionales sobre responsabilidad parental se hallan en:

- a) Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000 (Bruselas IIa);
- b) Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección a los niños (Convenio de protección de los niños).

En relación con el **Derecho aplicable**, el instrumento relevante es el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección a los niños (Convenio de protección de los niños).



Convenio de La Haya sobre sustracción de menores

El Convenio de La Haya sobre sustracción de menores no regula las cuestiones relativas a la competencia o el Derecho aplicable al fondo del litigio. Se aplica al procedimiento de restitución (véase la pregunta 5 más adelante). Sin embargo, al regular el procedimiento de restitución, puede ser relevante para la competencia.

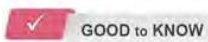
Paso 4. Ámbitos de aplicación de los textos jurídicos

Paso 4.a) Bruselas IIa

Ámbito de aplicación geográfico. El Reglamento Bruselas IIa es de aplicación a todos los Estados miembros de la UE, excepto Dinamarca (considerandos 30 y 31).

- Obsérvese que el Reino Unido, Irlanda y Dinamarca ostentan un posición particular con respecto a todos los instrumentos jurídicos en el espacio de libertad, seguridad y justicia (véanse los protocolos 21 y 22 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea). El Reino Unido e Irlanda pueden excluirse o incluirse voluntariamente en relación con cualquier legislación. Optaron por incluirse voluntariamente en el Reglamento Bruselas IIa. Dinamarca no está vinculada por la legislación al respecto. Tampoco goza de la posibilidad de incluirse voluntariamente.

Así, el Reglamento es de aplicación en Francia, donde se está sustanciando el litigio.



Refundición de Bruselas IIa

Nótese que este Reglamento está siendo actualmente objeto de una revisión. La propuesta de modificación de la Comisión Europea fue publicada el 30 de junio de 2016, y lleva el número COM (2016) 411.

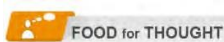
Ámbito de aplicación material. El Reglamento Bruselas IIa se aplica al divorcio y a la responsabilidad parental (artículo 1). En tales conceptos se incluyen los derechos de custodia y visita y las medidas encaminadas a la protección de los menores.

El Reglamento es, así, aplicable a los contenciosos objeto de este estudio de caso.

Ámbito de aplicación personal. Este ámbito se refiere a la cuestión de a qué personas les resulta de aplicación el Reglamento. En el caso de la responsabilidad parental, tal extremo responderá a la residencia habitual del menor. Si este es residente habitual de un Estado miembro de la UE (excepto Dinamarca), será aplicable el Reglamento Bruselas IIa (artículo 8).

Si el menor no reside habitualmente en la UE, el juez deberá determinar si es residente habitual de un Estado parte del Convenio de La Haya de protección de los niños [artículo 61, apartado a), del Reglamento Bruselas IIa y artículo 52 del Convenio de La Haya de protección de los niños]. En el sitio web de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (www.hcch.net) figura la lista de los Estados parte de dicho Convenio. En caso afirmativo, dicho Convenio será el de aplicación.

Si el niño es un residente habitual de un Estado ajeno a la UE y que no forma parte del Convenio de La Haya de protección de los niños, se aplicará el Reglamento Bruselas IIa si los padres se avinieron a la competencia de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro con arreglo a los requisitos del artículo 12 del Reglamento Bruselas IIa o si el menor se encuentra en el Estado miembro, su residencia habitual no se puede determinar y no se tomó una decisión acerca de la elección del foro (artículo 13 del Reglamento Bruselas IIa). En ausencia de todas estas circunstancias, los Estados miembros aplicarán su Derecho nacional (artículo 14 del Reglamento Bruselas IIa).



Cuestiones de ámbito de aplicación entre el Reglamento Bruselas IIa y el Convenio de La Haya de protección de los niños

La interacción entre el Reglamento Bruselas IIa y el Convenio de La Haya de protección de los niños en cuestiones de competencia no se encuentra bien regulada. Hay situaciones en las que ambos parecen resultar de aplicación, pero esto acarrearía una contradicción entre el Derecho de la UE y el Derecho internacional.

Esta sería en concreto la situación si el menor fuera residente habitual de un Estado miembro de la UE pero los padres acordaran que del litigio sobre la responsabilidad parental se conociera junto al procedimiento de divorcio en un Estado ajeno a la UE pero miembro del Convenio de La Haya de protección de los niños (como Albania, Montenegro, Rusia, Serbia, Suiza o Turquía). El artículo 10 de dicho Convenio permite esta prórroga de competencia en ciertas circunstancias. Sin embargo, de acuerdo con el artículo 8 del Reglamento Bruselas IIa, el Estado miembro de la residencia habitual del menor tiene competencia y con arreglo al artículo 61 de dicho Reglamento, es el mismo el que prevalece en esta situación.

El asunto más espinoso entonces es que el juez se ve forzado a elegir entre sus obligaciones dimanantes del Derecho de la UE y las provenientes del Derecho internacional.

Es de esperar que este dilema se resuelva mediante la refundición del Reglamento Bruselas IIa

Ámbito temporal de aplicación. El Reglamento Bruselas IIa se aplica a los asuntos interpuestos a partir del 1 de marzo de 2005 (artículo 64, apartado 1, y artículo 72). Asumiendo que el litigio se esté desarrollando ahora, el Reglamento será aplicable.

Paso 4.b) **Convenio de La Haya de protección de los niños**

Ámbito de aplicación geográfico. El Convenio está en vigor en todos los Estados miembros de la UE y en una serie de Estados externos a la Unión. Para consultar la lista de los Estados contratantes, véase www.hcch.net.

El Convenio no goza de vigencia en Canadá.

Ámbito de aplicación material. El Convenio versa sobre cuestiones relacionadas con la protección de los menores, entre ellas, la responsabilidad parental (artículos 1 y 3). De esta manera, el Convenio y el Reglamento Bruselas II entrañan en gran medida el mismo ámbito de aplicación material.

Ámbito de aplicación personal. En relación con el ámbito de aplicación personal, se debe hacer una distinción entre las normas sobre competencia y las referentes al Derecho aplicable. Las disposiciones sobre competencia del Convenio se aplican a los menores con su residencia habitual en un Estado Contratante que no sea, además, un Estado miembro de la UE. Con respecto al Derecho aplicable, el Convenio goza de aplicación universal (artículo 20). Tal extremo conlleva que el Convenio será de aplicación con independencia de si los factores de conexión apuntan al Derecho de un Estado Contratante o de un Estado no Contratante. Las nacionalidades y los domicilios habituales de los niños y sus progenitores carecen de relevancia.

Ámbito temporal de aplicación. Este Convenio entró en vigor el 1 de enero de 2002. Se aplica a las medidas adoptadas tras su fecha de vigencia (artículo 53, apartado 1).

A pesar de lo antedicho, la fecha depende de los diferentes Estados contratantes. Esta información también está disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (www.hcch.net).

En Francia, el Convenio entró en vigor el 1 de febrero de 2011.

Paso 5. **Regla**

Los niños no han vivido jamás en Francia. Por lo tanto, el órgano jurisdiccional francés no goza de **competencia** en virtud de la regla general dispuesta en el artículo 8 del Reglamento Bruselas IIa. Tal extremo conlleva que dicho tribunal solo podrá tener jurisdicción con arreglo a los artículos 12 o 14 de dicho Reglamento.

i) Artículo 12 del Reglamento Bruselas IIa: *Si el órgano jurisdiccional francés tiene competencia sobre el divorcio en virtud del artículo 3 del Reglamento Bruselas IIa y las partes aceptan que dicho tribunal también pueda fallar en cuanto al litigio sobre la responsabilidad parental, este gozará de jurisdicción.*

La competencia en casos de divorcio no es el objeto del presente estudio de caso, pero, en resumen:

El artículo 3 del Reglamento Bruselas IIa prevé una serie de criterios de competencia alternativos. Los órganos jurisdiccionales franceses no son competentes con arreglo a ninguno de dichos criterios. Por consiguiente, el órgano jurisdiccional francés tendría que considerar si otro tribunal de la UE tiene jurisdicción sobre el divorcio antes de emplear los criterios de competencia nacionales de Francia (artículo 7, apartado 1, del Reglamento Bruselas IIa y TJUE C-68/07, *Kerstin Sundelind López contra Miguel Enrique López Lizazo*, 29 de noviembre de 2007, ECLI:EU:C:2007:740). Así, el órgano jurisdiccional habría de considerar si es el tribunal maltés el que goza de competencia. Tal solo podría ser el caso si Kylie fuera una residente habitual allí y hubiera estado domiciliada en dicho país durante al menos seis meses (tiene nacionalidad maltesa) [artículo 3, apartado 1, letra a), sexto guion]. La residencia habitual de un adulto tiene un componente subjetivo (intencional) y otro objetivo. Subjetivamente, parece que Kylie no albergaba la intención de quedarse en Malta (o, si la tenía, sin desvelársela a su esposo). Objetivamente, realmente no había establecido el centro de sus intereses allí —tiene familiares, pero su trabajo, su esposo y gran parte de su patrimonio siguen en Canadá—. Si se considera que Kylie es una residente habitual en Malta, los órganos jurisdiccionales de dicho país tendrán competencia sobre el divorcio y los tribunales franceses no podrán ocupar su lugar. Si, por el contrario, no lo es, el órgano jurisdiccional francés podrá basarse en sus criterios de competencia nacionales. En tal supuesto, el tribunal francés será competente en virtud del artículo 14 del Código Civil de Francia. Dicha disposición atribuye la jurisdicción cuando el demandante, Julien en el caso que nos ocupa, es un nacional francés, requisito que este reúne.

El artículo 12 del Reglamento Bruselas II permite a los progenitores acordar que el órgano jurisdiccional competente sobre el divorcio conozca también de la cuestión de la responsabilidad parental, pero solo si goza de competencia con arreglo al artículo 3. Así, los órganos jurisdiccionales franceses no podrán asumir la competencia con arreglo a este criterio.

ii) Artículo 14 del Reglamento Bruselas IIa: *Si se estima que los menores son residentes habituales en Canadá y ningún Estado miembro de la UE tiene jurisdicción sobre la responsabilidad parental, el órgano jurisdiccional francés podrá emplear sus criterios de competencia nacionales.*

Por consiguiente, la primera cuestión es el domicilio habitual de los niños. ¿Radica en la UE (Malta) o fuera de ella (Canadá)? La residencia habitual es un concepto autónomo. El Tribunal de Justicia de la UE ha aportado ciertas orientaciones sobre su interpretación en C-523/07, *Korkein hallinto-oikeus - Finlandia*, 2 de abril de 2009, ECLI:EU:C:2009:225; C-497/10 PPU, *Barbara Mercredi contra Richard Chaffe*, 22 de diciembre de 2010, ECLI:EU:C:2010:829; y C-376/14 PPU, *C contra M*, 9 de octubre de 2014, ECLI:EU:C:2014:2268.



En *Korkein hallinto-oikeus - Finlandia*, el órgano jurisdiccional concluyó:

[e]l concepto de «residencia habitual», a tenor del artículo 8, apartado 1, del Reglamento n.º 2201/2003, debe interpretarse en el sentido de que dicha residencia se corresponde con el lugar en el que el menor tenga una cierta integración en un entorno social y familiar. A estos efectos deben considerarse, en particular, la duración, la regularidad, las condiciones y razones de la permanencia en el territorio de un Estado miembro y del traslado de la familia a dicho Estado, la nacionalidad del menor, el lugar y las condiciones de escolarización, los conocimientos lingüísticos, así como las relaciones familiares y sociales que el menor mantiene en el referido Estado. Es competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales determinar la residencia habitual del menor teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias de hecho particulares en cada caso.



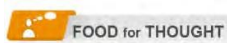
Debate: residencia habitual

Sobre esta cuestión hay espacio para la discusión. Por una parte, los niños son pequeños y llevan viviendo un año en Malta. El mayor está yendo a la guardería a Malta y el menor está recibiendo tratamiento en dicho país. Están en compañía de algunos familiares (al menos, sus abuelos). Hablan maltés y tienen la nacionalidad maltesa. Por ello, presentan un cierto grado de integración social y familiar en Malta. Por la otra, no está claro si sus padres albergaban una intención común ni cuál era esta.

También fueron a la guardería en Canadá y hablan inglés y francés. El motivo de su traslado a Malta fue concederle un tiempo de reflexión a su madre.

Al ponderar todos los elementos fácticos, es importante mantener un enfoque centrado en los menores.

Si el juez francés concluye que los niños son residentes habituales en Malta, no será competent



¿Más de una residencia habitual?

Por ahora, no se dispone de certidumbres acerca de la cuestión de si los niños pueden tener simultáneamente más de una residencia habitual. La formulación de los diversos instrumentos parece sugerir que los legisladores tenían en mente un único domicilio habitual. Existe jurisprudencia nacional que apunta a que son posibles dos residencias habituales a la vez, pero no está claro si el Tribunal de Justicia seguiría tal enfoque.

Si el juez francés llega a la conclusión de que la residencia habitual de los niños se encuentra en Canadá, tendría que consultar el Derecho nacional de Francia a fin de evaluar su competencia. Cabe reseñar que Canadá no ha ratificado el Convenio de La Haya de protección de los niños de 1996. Si lo hubiera hecho, el órgano jurisdiccional francés tendría que tener en cuenta el Convenio antes de asumir la competencia en virtud del Derecho nacional.

A fin de hallar el **Derecho aplicable** (solo si es competente), el tribunal francés se habría de remitir al Convenio de La Haya de protección de los niños de 1996. Aquí existen dos normas distintas. En primer lugar, la cuestión de quien ostenta la responsabilidad parental se rige por el Derecho de la residencia habitual de los niños (artículo 16). En segundo lugar, para emitir órdenes relativas al futuro domicilio de los menores, el órgano jurisdiccional aplica su propia ley (artículo 15, apartado 1). No obstante, en la medida en que la protección de los niños lo requiera, el tribunal francés podrá aplicar la ley de otro Estado con el que tengan un vínculo estrecho (artículo 15, apartado 2, del Convenio de La Haya de protección de los niños).

2) ¿Puede el tribunal maltés conocer de la acción interpuesta por Kylie en materia de responsabilidad parental? En caso afirmativo, ¿qué Derecho resulta de aplicación?

Paso 1. Rama del Derecho

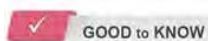
La misma que en la primera pregunta, es decir, la responsabilidad parental.

Paso 2. Aspecto del Derecho internacional privado

La cuestión concierne a las mismas dos vertientes que en la pregunta 1 anterior: la competencia y el Derecho aplicable.

Paso 3. Fuentes jurídicas

Los instrumentos sobre competencia y sobre el Derecho aplicable se han enumerado en la pregunta 1 que antecede.



Alcance del Convenio de La Haya sobre sustracción de menores

El Convenio de La Haya sobre sustracción de menores no regula las cuestiones relativas a la competencia o el Derecho aplicable al fondo del litigio. Empero, podría influir en la competencia del órgano jurisdiccional maltés para conocer del fondo del asunto.

Paso 4. **Ámbitos de aplicación de los textos jurídicos**

Esta cuestión se ha abordado en la pregunta 1 precedente. Como se ha explicado, la fecha de entrada en vigor del Convenio de La Haya de protección de los niños varía según los diferentes Estados. En Malta, empezó a surtir efecto el 1 de enero de 2012.

Paso 5. **Regla**

Al valorar si puede conocer del asunto, el órgano jurisdiccional maltés debe considerar tres aspectos:

- i) la litispendencia (procedimientos paralelos);
- ii) la presunta sustracción de menores;
- iii) su propia competencia.

i) En relación con la **litispendencia**, es importante que la acción judicial haya sido sometida primero al órgano jurisdiccional francés. El resultado de tal extremo es que el tribunal maltés deberá dejar en suspenso su procedimiento hasta que su homólogo francés haya resuelto sobre su propia competencia (artículo 19, apartado 2, del Reglamento Bruselas IIa). Esto es porque las acciones en los dos órganos jurisdiccionales conciernen a los mismos niños e implican la misma causa.

Si el órgano jurisdiccional francés decide que es competente, su homólogo maltés habrá de inhibirse a su favor (artículo 19, apartado 3, del Reglamento Bruselas IIa). El tribunal maltés no podrá criticar *a posteriori* el fallo del órgano jurisdiccional francés. Si este declina el caso por incompetencia, el órgano jurisdiccional maltés podrá proseguir con el asunto suspendido y evaluar su propia competencia.

ii) Aunque el órgano jurisdiccional francés se inhiba, su homólogo maltés deberá tener en consideración la **presunta sustracción de menores** y el procedimiento de restitución interpuesto por Julien.



División interna de la competencia

Compete al Derecho nacional la cuestión de si el procedimiento de restitución se someterá al mismo órgano jurisdiccional en el que el progenitor que ha sustraído al menor entabló el procedimiento sobre el fondo del asunto. Algunos Estados han concentrado la competencia sobre litigios en materia de sustracción de menores. Esto significa que solo uno o varios órganos jurisdiccionales de dicho Estado podrán conocer de procedimientos de restitución.



Debate: concentración de la competencia

Los participantes pueden debatir sobre si la competencia está concentrada en sus Estados y acerca de cómo funciona.

El Convenio de La Haya sobre sustracción de menores no permite que el órgano jurisdiccional del Estado al que el niño fue sustraído o en el que fue retenido ilícitamente decida sobre el fondo antes de resolver que dicho menor no se debe restituir (artículo 16).



Debate: conocimiento del procedimiento de restitución

En Estados que han fijado una competencia concentrada, debería existir un mecanismo para que el resto de órganos jurisdiccionales sepan que se ha interpuesto un procedimiento de restitución. Estos otros tribunales no estarán habilitados para pronunciarse sobre el fondo del asunto mientras el procedimiento de restitución está en curso. Los participantes pueden debatir sobre las maneras de saber de dichos procedimientos.

iii) Solo después de que el órgano jurisdiccional maltés competente haya considerado el procedimiento de restitución (para más información, véase la pregunta 5 más adelante), este podrá ponderar su **competencia** para fallar sobre el fondo. A tal efecto, el órgano jurisdiccional maltés deberá evaluar la residencia habitual de los niños.

Véase el debate referente a la pregunta 1 anterior. Habrán de sopesarse los mismos elementos. Si los menores tienen su residencia habitual en Malta, será el órgano jurisdiccional maltés el competente.

Si este concluye que los niños no tienen su domicilio habitual en Malta, habrán de considerarse otras disposiciones.

En primer lugar, si una de las partes entabla un procedimiento de divorcio en Malta y el órgano jurisdiccional maltés goza de competencia al amparo del artículo 3 del Reglamento Bruselas IIa, las partes podrán acordar que sea dicho tribunal el que también conozca del litigio relativo a la responsabilidad parental (artículo 12 del Reglamento Bruselas IIa). Dicha competencia deberá ser en aras del interés superior del niño.

En segundo lugar, si ningún tribunal de la UE tiene competencia en virtud del Reglamento, los órganos jurisdiccionales malteses podrán recurrir a sus criterios nacionales de jurisdicción (artículo 14 del Reglamento Bruselas IIa). Antes de actuar así, el tribunal tendrá que considerar si el menor no es residente habitual en un Estado ajeno a la UE pero que sí sea una parte contratante del Convenio de La Haya de protección de los niños. Canadá, el único otro lugar del que se puede considerar residentes a los niños, no forma parte de dicho Convenio y, en consecuencia, no será de aplicación en este caso.

Una tercera posibilidad, en la hipótesis de que los niños no residan habitualmente en Malta, es asumir la competencia únicamente en lo que a la emisión de medidas cautelares concierne (artículo 20 del Reglamento Bruselas IIa). Comoquiera que tal extremo es objeto de una pregunta aparte (véase la pregunta 3 siguiente), no se abordará ahora.

Si el órgano jurisdiccional concluye que no es posible establecer la residencia de los menores, podrá asumir la competencia basándose en su presencia en Malta (artículo 13 del Reglamento Bruselas IIa). No obstante, antes de recurrir a esta solución, el órgano jurisdiccional deberá intentar determinar la residencia habitual.



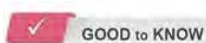
El Tribunal de Justicia de la UE reseñó (TJUE C-523/07, *Korkein hallinto-oikeus - Finlandia*, 2 de abril de 2009, ECLI:EU:C:2009:225, apartado 33):

[d]e este modo, la mera presencia física del menor en un Estado miembro, en cuanto norma subsidiaria respecto de la enunciada en el artículo 8 del Reglamento, no puede bastar para determinar la residencia habitual del menor.

La Abogada General Kokott señaló, en el mismo asunto (TJUE C-523/07, *Korkein hallinto-oikeus - Finlandia*, 2 de abril de 2009, ECLI:EU:C:2009:225, apartado 20):

[l]a residencia habitual debe diferenciarse de la simple presencia. Si bien la presencia de un menor en un Estado miembro fundamenta la proximidad geográfica con los órganos jurisdiccionales de dicho Estado, esta relación no tiene la misma calidad que la residencia habitual. Por esta razón, el artículo 13 del Reglamento n.º 2201/2003 atribuye a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que se encuentra el menor solo una competencia supletoria, que queda desprovista de fundamento cuando puede comprobarse la residencia habitual en otro Estado.

Esta disposición se utiliza más a menudo en el caso de niños refugiados o desplazados internacionalmente (artículo 13, apartado 2), en los que la residencia habitual es realmente confusa, en contraposición a situaciones en las que hay dos posibilidades distintas.



Mención del criterio de competencia

Es aconsejable que los jueces mencionen expresamente el criterio de competencia en la sentencia. Esto permitirá a los órganos jurisdiccionales de ejecución identificar medidas cautelares, que no se podrán aplicar internacionalmente en virtud del Reglamento Bruselas IIa (TJUE C-256/09, *Bianca Purucker contra Guillermo Vallés Pérez*, 15 de julio de 2010, ECLI:EU:C:2010:437).

Si el órgano jurisdiccional maltés conoce del caso, deberá determinar el **Derecho aplicable** con arreglo al Convenio de La Haya de protección de los niños. De nuevo, al igual que en la pregunta 1 anterior, esta evaluación presenta dos vertientes. La cuestión de quien ostenta la responsabilidad parental viene determinada por el Derecho de la residencia habitual de los niños (artículo 16). Para emitir una orden, el órgano jurisdiccional aplicará su propia ley (la de su fuero) (artículo 15, apartado 1). En la medida en que la protección de los niños lo requiera, el tribunal maltés podrá aplicar la ley de otro Estado con el que mantengan un vínculo estrecho (artículo 15, apartado 2).

3) ¿Puede el órgano jurisdiccional de Malta acordar las medidas provisionales que solicita Kylie?

Paso 1. Rama del Derecho

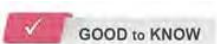
Esta cuestión de dónde residirán los niños entra dentro de la categoría de la responsabilidad parental.

Paso 2. Aspecto del Derecho internacional privado

La cuestión atañe a la competencia de los órganos jurisdiccionales.

Paso 3. Fuentes jurídicas

Para la competencia, las fuentes son las mismas que las debatidas en las preguntas 1 y 2 anteriores.



Alcance del Convenio de La Haya sobre sustracción de menores

El Convenio de La Haya sobre sustracción de menores no es de aplicación a la cuestión de las medidas cautelares. Solo se aplica al procedimiento de restitución (véase la pregunta 5 más adelante).

Paso 4. Ámbitos de aplicación de los textos jurídicos

Véase el debate referente a la pregunta 1 anterior.

Paso 5. Regla: competencia

Opción 1: Si el órgano jurisdiccional de Malta tiene competencia sobre el fondo del litigio relacionado con la responsabilidad parental (esta cuestión se ha tratado en la pregunta 2 precedente), también podrá acordar medidas provisionales.

Opción 2: El Reglamento Bruselas IIa contiene además la posibilidad de que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro emita medidas cautelares en supuestos urgentes «en relación con personas o bienes presentes en dicho Estado miembro» (artículo 20). A fin de recurrir a esta disposición, el órgano jurisdiccional no tendrá por qué ser competente sobre el fondo del asunto.

Además, podrá acordarlas aunque el procedimiento esté pendiente en otro tribunal de la UE (como el francés en el caso que nos ocupa). El Tribunal de Justicia de la UE ha fallado que la disposición de litispendencia no se aplica a situaciones en las que un órgano jurisdiccional tiene competencia sobre el fondo y el otro solo está concediendo medidas provisionales (TJUE C-256/09, *Bianca Purrucker contra Guillermo Vallés Pérez*, 15 de julio de 2010, ECLI:EU:C:2010:437: en este caso, el órgano jurisdiccional ante el que se interpuso la demanda en primer lugar concedió medidas provisionales, pero el mismo razonamiento resulta de aplicación cuando es el segundo tribunal al que se acude el que desea establecer medidas provisionales en razón de situaciones de urgencia). Estas medidas dejarán de aplicarse automáticamente cuando el órgano jurisdiccional del Estado miembro competente para conocer del fondo del asunto adopte medidas sobre la misma cuestión (artículo 20 del Reglamento Bruselas IIa).

Reflexione acerca de los requisitos del artículo 20:

1) ¿Constituye esta una situación de urgencia? No parece que haya una amenaza inmediata de que Julien vaya a sustraer a los niños o de que estos estén en peligro. Además, el Tribunal de Justicia de la UE resolvió en el asunto C-403/09, *Jasna Detiček contra Maurizio Sgueglia* (23 de diciembre de 2009), que las medidas

provisionales no se pueden utilizar para fortalecer la posición del progenitor que ha sustraído al menor. Por lo tanto, el juez habría de considerar si este es un caso de sustracción internacional de menores.

La definición de sustracción de menores es la de traslado o la retención ilícitos del niño (artículo 3 del Convenio de La Haya de protección de los niños y artículo 2, apartado 1, del Reglamento Bruselas IIa). Un traslado o una retención son ilícitos cuando infringen los derechos de custodia obtenidos en una sentencia, por un acuerdo con efectos jurídicos o por atribución legal, si se ejercen tales derechos. Esto se ha de determinar de acuerdo con el Derecho de la residencia habitual del niño antes del traslado o la retención ilícitos.

a) ¿Están estas medidas dirigidas a personas en Malta? El artículo 20 se refiere a «medidas provisionales o cautelares [...] en relación con personas o bienes presentes en dicho Estado miembro». A primera vista, las medidas están dirigidas a los menores en Malta, pero los jueces deben también considerar la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE en *Detiček*.



El Tribunal declaró en el apartado 51 que

«[una] medida provisional en materia de responsabilidad parental que lleve aparejado un cambio de custodia del menor no solo se adopta en relación con el propio menor, sino también con el progenitor a quien se confía de nuevo su custodia y con el otro progenitor que, como consecuencia de dicha medida, se ve privado de esa custodia».

Este apartado suscita confusión. El artículo 20 está formulado así porque se aplica no solo a la protección de menores, sino también a las medidas provisionales dentro del ámbito de los procedimientos de divorcio. El origen de la disposición subyace en el Reglamento (CE) n.º 1347/2000, de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes y en el Convenio relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial. Este Convenio fue sustituido antes de su entrada en vigor por el Reglamento 1347/2000. En el Informe Explicativo del Convenio, la profesora Borrás indica que esta disposición es tocante a asuntos no abarcados por el mismo (en el apartado 59). Parece por lo tanto que la formulación amplia era deliberada y su intención no era imponer restricción alguna.



La confusión en *Detiček*

La sentencia del asunto *Detiček* parece sugerir que *todas* las partes tienen que hallarse en el Estado en el que se solicitan las medidas provisionales, pero eso limitaría en gran medida el ámbito de aplicación y la utilidad del artículo 20. En el asunto *Detiček*, el órgano jurisdiccional albergaba otra razón para desestimar el uso de medidas provisionales. Cabe preguntarse si este apartado adicional acerca de la presencia de todos era realmente necesario. La refundición de Bruselas IIa abordará probablemente esta cuestión, a fin de que las medidas provisionales se puedan adoptar si el niño está presente en el Estado miembro del órgano jurisdiccional.

4) ¿Dónde surtirían efecto estas medidas provisionales?

Paso 1. Rama del Derecho

Otra vez la misma que en la pregunta 1, o sea, la responsabilidad parental.

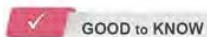
Paso 2. Aspecto del Derecho internacional privado

La cuestión concierne al reconocimiento y la ejecución de las sentencias.

Paso 3. Fuentes jurídicas

Las reglas sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias sobre responsabilidad parental se encuentran en:

- a) el Reglamento Bruselas IIa;
- b) el Convenio de La Haya de protección de los niños.



El Convenio de Luxemburgo

Además del Reglamento Bruselas IIa y el Convenio de La Haya de protección de los niños, el Consejo de Europa también promulgó un Convenio en este ámbito: el Convenio Europeo, de 20 de mayo de 1980, relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia (Convenio de Luxemburgo). Este Convenio goza de vigencia en 37 Estados europeos (consúltese la Oficina de Tratados del Consejo de Europa).

Sin embargo, no se utiliza frecuentemente por dos motivos. En primer lugar, el Reglamento Bruselas IIa de la UE prima sobre él (artículo 60d del Reglamento Bruselas IIa). En segundo lugar, todos los Estados partes de este Convenio también son contratantes del Convenio de La Haya sobre sustracción de menores, excepto Liechtenstein. El Convenio de La Haya, con su particular mecanismo de restitución, es más versátil, puesto que puede emplearse en situaciones carentes de una sentencia judicial previa, mientras que el Convenio de Luxemburgo se aplica al reconocimiento y la ejecución de las decisiones de custodia.

Paso 4. Ámbitos de aplicación de los textos jurídicos

Paso 4a) Bruselas IIa

Ámbito de aplicación geográfico. El mismo que anteriormente.

Ámbito de aplicación material. El mismo que anteriormente.

Ámbito de aplicación personal. El Reglamento Bruselas IIa se aplica al reconocimiento y la ejecución de sentencias de Estados miembros en otros Estados miembros. Para este aspecto del Derecho internacional privado, las nacionalidades y las residencias habituales de las partes carecen de relevancia.

Ámbito temporal de aplicación. El Reglamento Bruselas IIa se aplica a las sentencias dictadas a partir del 1 de marzo de 2005, o con anterioridad en concurrencia de ciertas condiciones (artículos 64 y 72).

Paso 4b) **Ámbito de aplicación geográfico del Convenio de La Haya de protección de los niños.** El mismo que anteriormente. **Ámbito de aplicación material.** El mismo que anteriormente.

Ámbito de aplicación personal. El Convenio de La Haya de protección de los niños regula el reconocimiento y la ejecución de las sentencias de un Estado Contratante en otro Estado Contratante (artículo 23, apartado 1).

Ámbito temporal de aplicación. El Convenio se aplica al reconocimiento y la ejecución de medidas adoptadas tras su entrada en vigor entre los Estados contratantes en cuestión (artículo 53, apartado 2). Para las diferentes fechas de entrada en vigor, consúltese el sitio web de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

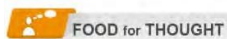
Paso 5. Regla: reconocimiento y ejecución

Antes de nada, consideraremos el reconocimiento y la ejecución en otros Estados miembros de la UE.

La respuesta a esta cuestión depende de si el órgano jurisdiccional maltés es competente sobre el fondo del asunto (véase la pregunta 2 anterior).

Si tal es el caso (es decir, en virtud de los artículos 8, 12, 13 o 14), las medidas se podrán reconocer y ejecutar en otros Estados miembros de la UE tras ser declaradas ejecutivas (artículo 21 y siguientes del Reglamento Bruselas IIa).

Si el órgano jurisdiccional maltés no goza de competencia sobre el fondo del asunto, sino únicamente al amparo del artículo 20 en lo concerniente a las medidas provisionales (como se ha explicado en la pregunta 3 anterior), la sentencia no podrá beneficiarse del reconocimiento y la ejecución transfronterizas. Véase, al respecto, el asunto C-256/09, *Purrucker* (15 de julio de 2010), en el que el Tribunal de Justicia de la UE declaró que las disposiciones sobre el reconocimiento y la ejecución del Reglamento no son de aplicación a las medidas provisionales.



Ausencia de ejecución transfronteriza de las medidas provisionales

Esta limitación impuesta por el Tribunal de Justicia suscita tres cuestiones. La primera es que, en aquellos supuestos en los que los niños estén en peligro y un órgano jurisdiccional emita medidas provisionales, su efecto se circunscribirá al territorio del Estado en el que se emitieron. Esto significa que si los niños se trasladan a otro país (quizás llevados por un progenitor), habría que solicitar nuevas medidas, llegado el caso. La segunda consiste en que el juez encargado del reconocimiento y la ejecución deberá realizar una evaluación del criterio utilizado para dilucidar la competencia del órgano jurisdiccional emisor de las medidas. Normalmente, está prohibido considerar el criterio de competencia de los tribunales de otro Estado miembro con ocasión del reconocimiento o la ejecución (artículo 24 del Reglamento Bruselas IIa). A pesar de ello, ahora ha de procederse a esta ponderación de la competencia. En tercer lugar, y en relación con la segunda cuestión, nos encontramos con el hecho de que la evaluación de la competencia del otro órgano jurisdiccional no está siempre clara. A menudo, los tribunales no indican con claridad la justificación de la competencia en la sentencia. Además, en un caso urgente, un órgano jurisdiccional podrá asumir la competencia en virtud del artículo 20 sin pasar por el engorroso proceso de evaluar si es competente sobre el fondo del asunto, ya que esto podría acarrear la delicada vertiente de la residencia habitual, como se ha expuesto en las preguntas 1 y 2 que preceden.

Para el reconocimiento y la aplicación en Canadá, se aplican otras normas. Habida cuenta de que ni el Convenio de La Haya de protección de los niños ni el Convenio de Luxemburgo se encuentran en vigor en Canadá, de existir, se tomarían en consideración los convenios bilaterales. De lo contrario, al reconocimiento y la ejecución de las medidas en Canadá se aplicaría el Derecho nacional de dicho país.

5) ¿Debería el juez maltés ordenar la restitución de los niños a Canadá? En caso afirmativo, ¿qué debería incluirse en una sentencia de restitución?

Paso 1. Rama del Derecho

Sustracción de menores, que es un área específica de la responsabilidad parental.

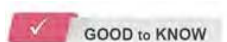
Paso 2. Aspecto del Derecho internacional privado

La cuestión atañe a la competencia para la restitución, el propio mecanismo de restitución y la cooperación entre las autoridades.

Paso 3. Fuentes jurídicas

Las reglas sobre la restitución de niños ilícitamente trasladados o retenidos figuran en:

- a) el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores
(Convenio sobre la sustracción de menores);
- b) el Reglamento Bruselas IIa.



Alcance del Convenio de La Haya de protección de los niños

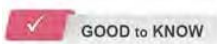
El Convenio de La Haya de protección de los niños no regula la restitución, sino otras cuestiones de la responsabilidad parental, como la residencia permanente.

Paso 4. Ámbitos de aplicación de los textos jurídicos

Paso 4.a) Convenio de La Haya sobre sustracción de menores

Ámbito de aplicación geográfico. El Convenio está en vigor en todos los Estados miembros de la UE y en un gran número de Estados externos a la Unión (aproximadamente 100). Para la lista completa de los Estados contratantes, véase el sitio web de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado: www.hcch.net.

El Convenio también se encuentra en vigor en Canadá.



Aplicación del Convenio sobre la sustracción de menores

El Convenio no se aplica automáticamente entre todos los Estados contratantes. La adhesión de Estados que no eran miembros de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en el momento de estipularse el Convenio debe ser aceptada por el resto de Estados (artículo 38). Por consiguiente, antes de aplicar el Convenio, el juez debe verificar si los dos Estados en cuestión están obligados entre sí.

Ámbito de aplicación material. El Convenio sobre la sustracción de menores tiene un ámbito de aplicación material muy limitado: solo se aplica al traslado y la retención ilícitos de niños. En este caso, la cuestión es si la madre retuvo ilícitamente a sus hijos en Malta.

El Convenio solo incumbe a la restitución de los menores. No regula otros aspectos de la responsabilidad parental, ni los acuerdos sobre la residencia permanente tras su regreso.

Ámbito de aplicación personal. El Convenio se aplica si tanto el Estado de la residencia habitual del niño como aquel al que ha sido desplazado o en el que se encuentra retenido son Estados contratantes.

Ámbito temporal de aplicación. El Convenio entró en vigor el 1 de diciembre de 1983.

En Canadá, empezó a surtir efecto en dicha fecha y, en Malta, el 1 de enero de 2000. Canadá aceptó la adhesión de Malta el 29 de agosto de 2003 y el Convenio entró en vigor entre estos dos Estados el 1 de noviembre de 2003.

Paso 4.b) Bruselas IIa

Ámbito de aplicación geográfico.

El mismo que anteriormente.

Ámbito de aplicación material. El Reglamento Bruselas IIa se aplica al divorcio y a la responsabilidad parental (artículo 1). En tales conceptos se incluyen las cuestiones civiles de la sustracción internacional de menores (véanse las disposiciones de los artículos 10 y 11).

Ámbito de aplicación personal. Las normas de sustracción de menores del Reglamento Bruselas IIa resultan de aplicación cuando el niño es sustraído de un Estado miembro de la UE a otro (artículo 11). Complementan el Convenio sobre la sustracción de menores en situaciones en las que el menor ha sido sustraído de un Estado miembro de la UE a otro Estado miembro de la UE. Al leer los considerandos 17 y 18, el artículo 11 y el artículo 60, apartado e), se vislumbra un complejo escenario. El Reglamento no anula el Convenio, pero prima sobre él. El Reglamento no contiene su propio conjunto completo de normas para regular la sustracción de menores. Más bien, utiliza el Convenio sobre la sustracción de menores y se fundamenta en él. De esta suerte, cuando un niño es sustraído de un Estado miembro de la UE a otro (con la excepción de Dinamarca), el Convenio aporta los elementos básicos, pero el Reglamento añade normas adicionales, por ejemplo

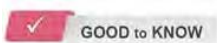
sobre el marco temporal, la obligación de escuchar al menor, la excepción del riesgo grave y un mecanismo adicional para solicitar la restitución, en ciertas circunstancias, en el Estado miembro de la antigua residencia habitual del menor si el Estado al que se le trasladó rehúsa dicha restitución (el denominado procedimiento de segunda oportunidad).

En este supuesto, el órgano jurisdiccional solo deberá tener en cuenta el Convenio de La Haya sobre sustracción de menores y no los suplementos añadidos por el Reglamento Bruselas IIa. Tal extremo responde a que los niños han sido trasladados de Canadá (fuera de la UE) a Malta. Los suplementos del Reglamento Bruselas IIa solo son de aplicación cuando tanto el país de la antigua residencia habitual como el de destino del traslado o la retención se encuentran en la UE. El hecho de que los menores tengan nacionalidades de la UE no cambia lo antedicho.

Ámbito temporal de aplicación. El Reglamento Bruselas IIa se aplica a los asuntos interpuestos a partir del 1 de marzo de 2005 (artículo 64, apartado 1, y artículo 72).

Paso 5. Regla

Cabe reseñar antes de nada que los procedimientos de restitución se han de tramitar con urgencia. El órgano jurisdiccional debe pronunciarse en el plazo de seis semanas. El Convenio de La Haya sobre sustracción de menores dispone que si la autoridad judicial o administrativa competente no hubiera llegado a una decisión en el plazo de seis semanas, el solicitante o la Autoridad Central tendrán derecho a pedir una declaración sobre las razones de la demora (artículo 11).



El plazo de seis semanas

El Reglamento Bruselas IIa impone la obligación de utilizar el procedimiento más rápido disponible en el Derecho nacional y de emitir una resolución en el plazo de seis semanas, salvo si existen circunstancias excepcionales que lo hagan imposible (artículo 11, apartado 3). El Reglamento no es aplicable en el caso en cuestión, como se ha explicado. No obstante, no difiere fundamentalmente del Convenio sobre la sustracción de menores, sino que simplemente subraya la importancia de un procedimiento ágil en aras del interés de los niños afectados.

El primer paso que el órgano jurisdiccional debe dar es someter a consideración si se ha producido un traslado o una retención ilícitos (artículo 3 del Convenio de La Haya sobre sustracción de menores). Los padres estaban casados. El juez deberá comprobar si en Derecho canadiense ambos progenitores tienen derechos de custodia.

La segunda cuestión a la que se enfrenta el tribunal es la residencia habitual de los menores. ¿Eran residentes habituales en Canadá en el momento de la retención ilícita, es decir, cuando Kylie dejó claro que ella no volvería y se extinguió el consentimiento de Julien para que permanecieran en Malta? Con el fin de establecer la residencia habitual, el tribunal ha de tener en cuenta la jurisprudencia del TJUE (véase la pregunta 1 anterior). Las interpretaciones adoptadas por otros órganos jurisdiccionales al aplicar el Convenio son también relevantes y merecen que se tome buena nota de ellas. Cabe observar que el momento relevante para la residencia habitual es diferente aquí que en las preguntas 1 y 2. En aquellas, la evaluación se efectúa en el momento en que se tramita el procedimiento, mientras que para la sustracción de menores el momento pertinente es el inmediatamente anterior al traslado o la retención ilícitos.

La tercera cuestión es cuándo se interpuso el procedimiento. Si el procedimiento de restitución de Julien se interpuso con posterioridad al primer aniversario del momento de la retención, el órgano jurisdiccional podrá desestimar la restitución si los niños han adquirido arraigo en su nuevo entorno. El aspecto peliagudo aquí es cuándo empezar a contar: debería coincidir con el momento en el que cesó el consentimiento de Julien. Él nunca lo prestó para una mudanza definitiva, sino solo para una estancia temporal. Así, el plazo correrá desde que dicho consentimiento para la estancia (que él consideraba temporal) dejó de existir.

En cuarto lugar, el órgano jurisdiccional debería considerar los motivos de desestimación en virtud de los artículos 13 y 20 del Convenio de La Haya sobre sustracción de menores.

- Si Julien hubiera convenido o consentido la retención en Malta o si no hubiera estado ejerciendo sus derechos de custodia [artículo 13, letra a) del Convenio de La Haya sobre sustracción de menores], los hijos no deberían regresar.
- Si existe un grave riesgo de que la restitución de los menores los exponga a un grave peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera los ponga en una situación intolerable [artículo 13, letra b) del Convenio de La Haya sobre sustracción de menores]. Kylie alega tal extremo. Que se tenga en cuenta el carácter específico de su problema. Sin embargo, de acuerdo con las buenas prácticas derivadas del Convenio, el órgano jurisdiccional debería considerar si Elias podría recibir el tratamiento necesario en Canadá. El tribunal puede tener en cuenta la información facilitada por la Autoridad Central.
- Si los niños se oponen a la restitución y tienen una edad y un grado de madurez apropiados para que el juez haya de tener en consideración sus opiniones (artículo 13, párrafo segundo, del Convenio de La Haya sobre sustracción de menores). Los niños del supuesto que estamos tratando no son mayores, pero posiblemente Luis tiene ya una edad suficiente para escucharlo. Aquí, se ha de señalar a los participantes el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que contiene una prueba con dos vertientes: si el niño está en condiciones de formarse un juicio propio, debe tener derecho a expresar su opinión libremente. La medida en que el juez tendrá en cuenta tal parecer dependerá de la edad y el grado de madurez del niño. Los participantes pueden intercambiar experiencias sobre cuándo y cómo escuchar a los menores. También pueden debatir si escuchar a los niños en casos sometidos al Convenio de La Haya sobre sustracción de menores difiere de permitirles que expresen sus opiniones en otros casos.
- Si la restitución contraviene los principios fundamentales de Malta en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (artículo 20 del Convenio de La Haya sobre sustracción de menores). Este motivo de desestimación está reservado a situaciones extremas y no es de aplicación aquí.

Por último lugar, pero no por ello menos importante, el juez ha de tener en cuenta el marco de los derechos humanos y del niño: la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (especialmente el artículo 3, que lo primordial debe ser el interés superior del niño) y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículos 6 y 8). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha fallado en varios casos que el interés superior del niño debe considerarse en todos los casos: véase, por ejemplo, la Sentencia de la Gran Sala en el asunto *X c. Letonia*, 27853/09 (26 de noviembre de 2013). El órgano jurisdiccional ha de ponderar detenidamente los informes psicológicos o de diversa índole que se le hayan presentado y considerar los motivos de desestimación a la luz del interés superior del niño. En el equilibrio entre la obligación general de restitución y las excepciones en casos bien definidos, el Convenio de La Haya sobre sustracción de menores está en consonancia con la Convención sobre los Derechos del Niño y el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Todos los jueces deben extremar la atención al acometer esta búsqueda de un equilibrio, a fin de respetar en primer lugar las diversas obligaciones europeas e internacionales y, a continuación, los derechos de los niños, que pueden ser muy vulnerables en esta situación.



Debate: restitución

Considere si un juez debería ordenar la restitución de Luis y Elias, habida cuenta del Derecho y las circunstancias del asunto. ¿De verdad corren un gran peligro si regresan? El juez deberá velar por no favorecer su propio país como el mejor lugar para los niños.

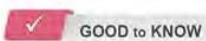
Hay que recordar que una orden de restitución no es una decisión sobre el fondo del asunto. Se trata únicamente de una decisión acerca de si los niños deben regresar, a menos que el progenitor que los haya sustraído pueda demostrar que concurren circunstancias excepcionales que justifican el recurso a uno de los motivos de denegación. El fondo del asunto se habrá de tratar en el órgano jurisdiccional de la residencia habitual de los niños.

Los jueces deberían considerar la introducción de posibles medidas de protección en las sentencias de restitución. Las posibilidades son muy variadas en Derecho nacional. Se debería alentar a los jueces a ser lo más minuciosos que sea posible.

Entre los elementos que deberían tener en cuenta se pueden mencionar:

- cuándo regresarán los menores: una fecha específica en la sentencia puede ser de ayuda,

- cómo regresarán los menores: en tren, en avión, etc.; quién los acompañará o si viajarán solos,
- quién pagará los billetes,
- si la Autoridad Central puede desempeñar una función, prestando su asistencia para el regreso (si el juez les ordena tomar medidas o les solicita asistencia es una cuestión de Derecho nacional),
- qué medidas de protección deberán instaurarse en el país al que están regresando los menores, por ejemplo, para el niño con ASD,
- cómo se puede ayudar al progenitor que ha sustraído al o a los menores (la mayoría de las veces, la madre) a encontrar alojamiento si desea viajar con los niños,
- si se puede hacer algo en relación con el permiso de residencia del progenitor que ha sustraído al menor o a los menores en el país del cual se los llevó,
- cómo puede garantizarse la seguridad del progenitor que ha sustraído al menor o a los menores.



Redes

Los jueces pueden solicitar asistencia a través de diferentes redes. La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado estableció la Red Internacional de Jueces de La Haya. La Unión Europea, por su lado, constituyó la Red Judicial Europea. Los jueces pueden recurrir a sus respectivas redes judiciales en sus países para ponerse en contacto con sus homólogos en otros países. Dicho contacto puede atañer a información genérica (por ejemplo, qué ley rige en una provincia particular de Canadá en materia de la responsabilidad parental de progenitores no casados) o a asistencia específica en un asunto concreto (por ejemplo, las posibilidades de una visita supervisada en una ciudad particular).



Nota para el instructor: los participantes deberían también considerar el valor de la mediación en esta cuestión. La mediación podría permitirles a las partes resolver todos los problemas de una vez, en lugar de en diferentes órganos jurisdiccionales. Podrían abordar las cuestiones de la restitución, la futura residencia y el mantenimiento del contacto con los niños en un solo paso. Los jueces deberían considerar remitir a las partes a un procedimiento de mediación, ya que este podría reducir los conflictos. Al mismo tiempo, la mediación no debería erigirse en una «barra libre» para prolongar el procedimiento y sí habría de permitirles a los niños asentarse en el nuevo entorno siempre que su restitución ya no fuera posible o aconsejable. Por ello, la mediación debería ser rápida. Para las partes, la mejor opción es interponer un procedimiento de restitución y, a continuación, poder recurrir a la mediación antes de la vista. Este es el modelo utilizado en Alemania y los Países Bajos.

Anexo: bibliografía adicional

Informes y guías:

Borrás, A.: *Informe explicativo del Convenio celebrado con arreglo al artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial* (1998).

Tribunal Europeo de Derechos Humanos: *Fact Sheet – International child abductions* (2016), disponible en el sitio web del Consejo de Europa: www.echr.coe.int.

Red Judicial Europea en materia civil y mercantil: *Guía Práctica para la Aplicación del Reglamento Bruselas II Bis* (2014), disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado: www.hcch.net.

Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado: *Guides to Good Practice* (cinco volúmenes, 2003-2012), disponibles en su sitio web: www.hcch.net.

Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado: *Boletín de los Jueces sobre la Protección Internacional del Niño* (1999-actualidad), disponible en su sitio web: www.hcch.net.

Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado: *Practical Guide on the Operation of the 1996 Hague Child Protection Convention* (2014), disponible en su sitio web: www.hcch.net.

Biblioteca de la Cámara de los Comunes: *Briefing Paper Number 7726, 3 October 2016. International child abduction* (2016), disponible en el sitio web del Parlamento británico.

Lagarde, P.: *Informe Explicativo del Convenio sobre la Protección de los Niños de 1996* (1998), disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado: www.hcch.net.

Pérez-Vera, E.: *Informe explicativo del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* (1982), disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado: www.hcch.net.

Instituto Suizo de Derecho Comparado: *Cross-border parental child abduction in the European Union. Study for the LIBE Committee* (2015), disponible en el sitio web del Parlamento Europeo.

Bases de datos de jurisprudencia:

www.incadat.com (jurisprudencia sobre el Convenio de La Haya sobre sustracción de menores).

w3.abdn.ac.uk/clsm/eupillar (jurisprudencia sobre el Reglamento Bruselas IIa). www.unalex.eu

(jurisprudencia sobre el Reglamento Bruselas IIa). www.curia.eu (jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE).

hudoc.echr.coe.int (jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos)