

CONCLUSIONES DEL TALLER NÚMERO 2

Relatora: Carmen Parra Rodríguez. *Catedrática de Derecho Internacional Privado. Universidad de Barcelona*

Las conclusiones que se alcanzaron tras los trabajos efectuados en el Taller número 2 fueron las siguientes:

1.-Necesidad de agilizar los procedimientos de restitución en el marco de la Unión Europea

Se ha podido verificar que los tiempos de restitución de los menores se están dilatando en exceso, y ello es debido fundamentalmente a dos factores: a la falta de medios de la Autoridad Central con motivo del incremento de supuestos y, en segundo lugar, a las dilaciones judiciales, provocadas, en algunos países, por la escasa especialización de los juzgados que conocen de los supuestos. La dilación en los supuestos de sustracción es una tragedia para los menores sustraídos. Se han producido casos en los que, a pesar de que la solicitud de restitución se produjo antes del año de la sustracción o retención ilícitas, la restitución se ha demorado tres o más años hasta que finalmente se ha llevado a cabo. Las dilaciones como la descrita son muy perjudiciales para el menor y van a producir, en buen número de casos un resultado no deseable: para evitar a dicho menor un perjuicio irreversible, finalmente no se lleva a cabo la restitución.

Se apunta la necesidad de concentrar los supuestos de sustracción en unos pocos juzgados, ello permitiría tanto agilizar los supuestos como la especialización necesaria de los órganos judiciales, abogados y servicios sociales adscritos a los mismos.

2.-Necesidad de acotar y limitar los motivos de no restitución contenidos en las letras a) y b) del artículo 13 del Convenio de la Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

Desde la entrada en vigor del Convenio de la Haya de 1980 se ha detectado un buen número de casos en los que se denegaba el retorno basándose en la concurrencia del motivo de no restitución contenido en el artículo 13 b) “*No obstante lo dispuesto en el artículo precedente, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si (...) B) Existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un grave peligro físico o psíquico o de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable*”. De hecho, y a modo de ejemplo se pueden citar dos resoluciones españolas (Auto núm. 20/2004 de la Audiencia Provincial de Almería y Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 28 de octubre de 2002) en las que se utiliza este motivo para no restituir.

El excesivo uso (y en ocasiones el abuso) de esta causa de no restitución, provocó que el *Reglamento (CE) número 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) número 1347/2000*, modificase la aplicación del Convenio de 1980 entre los Estados

Miembros y limitase enormemente entre ellos el uso del motivo de no retorno del artículo 13 b). El límite se encuentra en los números 4 y 8 del artículo 11 del Reglamento 2201/2003 que establecen:

“Art. 11. 4 “(...) Los órganos jurisdiccionales no podrán denegar la restitución de un menor basándose en lo dispuesto en la letra b) del artículo 13 del Convenio de la Haya de 1980 si se demuestra que se han adoptado medidas adecuadas para garantizar la protección del menor tras su restitución (...).”

8. Aún cuando se haya dictado una resolución de no restitución con arreglo a lo dispuesto en el artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980, cualquier resolución judicial posterior que ordene la restitución del menor, dictada por un órgano jurisdiccional competente en virtud del presente Reglamento, será ejecutiva de acuerdo con la sección 4 del capítulo III, con el fin de garantizar la restitución del menor”.

Pese al loable intento de reforzar la eficacia del sistema de restitución entre los Estados miembros se sigue verificando que la causa de oposición a la misma contenida en el artículo 13 b) se continúa utilizando de manera cuanto menos excesiva (ejm. Auto núm. 100/2006 de la AP de Granada de 16 de junio y Sentencia núm. 463/ 2007 de la AP de Málaga de 11 de septiembre).

Una de las soluciones que se apuntaron en el curso de los análisis que se efectuaron en el Taller, fue la necesidad de fomentar el intercambio de información entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE, para así incrementar la confianza entre ellos. Una mención genérica del Estado requirente indicando que se garantizará el bienestar del niño en el retorno no debería ser suficiente. El Estado requirente tendría que describir detalladamente las medidas que se van a adoptar en el caso concreto, para garantizar dicho bienestar y con ello tranquilizar y reforzar la confianza del Estado requerido, que retornará con todas las garantías y de forma más fluida.

En cuanto al motivo de no restitución contenido en el artículo 13 a), éste establece lo siguiente: *“No obstante lo dispuesto en el artículo precedente, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, Institución u Organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en el que fue trasladado o retenido o posteriormente aceptado el traslado o retención.”*

El problema de este motivo radica en la definición del término “custodia efectiva”. El término no tiene el mismo significado en todos los Estados miembros y puede suceder que según un determinado derecho se considere que se ha vulnerado la custodia efectiva por el solicitante y en otros se considere que éste no la estaba ejerciendo de forma efectiva. A modo ejemplo se puede citar la Sentencia del Tribunal de Grand Instance de Pau (Francia) de 7 de marzo de 2006. En este supuesto una riña entre una pareja que tiene un hijo de 2 meses de edad junto con el abandono durante tan solo una semana por parte del padre del domicilio fue, fue considerado por el juez francés como “ausencia de ejercicio de la custodia efectiva” y motivo para no retornar al menor a España, país de su residencia. No cabe duda que una semana no es tiempo suficiente para determinar si se había dejado de ejercer la custodia efectiva o no, máxime cuando el padre no podía

acceder a visitar a su hijo porque se lo impedía la madre, pero continuaba manteniendo al menor económicamente.

A efectos de determinar que se entiende en cada caso ejercicio de la custodia efectiva, entre las autoridades intervinientes de los diferentes Estados miembros se debería facilitar las disposiciones legales que la definen. Así, por ejemplo, en España es práctica habitual de la Autoridad Central enviar junto con la solicitud de restitución la reproducción de los artículos 154 y 156 del Código civil en los que se refiere que, si no existe decisión judicial que indique otra cosa, la patria potestad y la custodia del menor pertenece a ambos progenitores por igual y que incluso aunque la guarda y custodia esté atribuida a un solo progenitor, la patria potestad la siguen conservando ambos y, en virtud de esta patria potestad, el progenitor no custodio ha de ser consultado para tomar las decisiones importantes en la vida de su hijo (a que colegio va, si se somete o no a una determinada operación y, por supuesto, si traslada su residencia a otro país o no).

De hecho, la definición es vital, puesto que los tribunales de los Estados miembros no tienen muy claro si el traslado de los menores a otro país, para fijar ahí su nueva residencia, efectuada por el progenitor custodio es sustracción o no. La jurisprudencia está dividida considerándose en algunos supuestos que no es sustracción (vgr. *Auto núm. 54/2008 de la AP de las Palmas de Gran Canaria de 3 de marzo*; *Auto de la AP de Santa Cruz de Tenerife núm. 172/2006 de 22 de noviembre*; *Sentencia núm. 461/2006 de la AP de Málaga de 11 de septiembre*; *Sentencia de la Supreme Court de Irlanda de 14/04/2000 (INCADAT, REF. HC/E/IE 271)*; *Sentencia de la Court of Appeals for the Second Circuit de Estados Unidos de 20/09/2000 (INCADAT, HC/E/313)*), mientras que en otros supuestos se califica la misma conducta como sustracción (vgr. *Autos de la AP de Santa Cruz de Tenerife Núm. 227/2004 de 1 de junio y núm. 106/2008 de 12 de mayo*). *Sentencia de la Constitutional Court de Sudáfrica de 12/04/2000 (INCADAT, REF. HC/E/ZA 309)*; *Oberlandsgericht Dresden de Alemania de 21/01/2002 (INCADAT REF. HC/E/DE 486)*; *Court of Appeals for the Eleventh Circuit de Estados Unidos de 03/10/2004 (INCADAT REF. HC/USF 578)*.

3.- Es preciso evitar la utilización del artículo 10 del Reglamento 2201/2003 como forma de “castigar” al progenitor sustractor

A través de la todavía escasa aplicación práctica del Reglamento 2201/2003 en materia de sustracción se ha podido comprobar que algunos Estados miembros están utilizando el artículo 10 del reglamento como forma de modificar la custodia de los menores “a ciegas”, otorgándosela al progenitor que ha sido privado de los menores sin otra consideración que “castigar” al progenitor sustractor. Ello sucedió en la sentencia del Tribunal de Primera instancia de Turnhout, (Bélgica), la madre española, había retenido ilícitamente a sus hijas de 1, 3 y 5 años que vivían en Bélgica en Madrid. El padre inició un procedimiento de restitución y, a la vez, solicitó al amparo del artículo 10 del Reglamento la custodia absoluta de las niñas. El tribunal, sin examinar a las menores y sin tener otra tipo de consideraciones más que el hecho de la sustracción, otorgó al padre la patria potestad al padre, negándole a la madre todo derecho de visitas.

El artículo 10 no debería utilizarse por los tribunales para modificar la custodia sin examinar previamente a los menores, y sin verificar que realmente dicho cambio de custodia es lo mejor para ellos. El sistema de restitución no tiene como finalidad la

modificación de la custodia, sino la de reintegrar a los menores al Estado en el que residían anteriormente a su traslado o retención ilícitos. Es cuando el retorno se ha producido cuando se debería de decidir sobre las cuestiones de custodia, visitas etc.; con los menores en el territorio y a disposición del juez, para que los pueda examinar junto con los servicios sociales correspondientes, y decidir sobre su futuro.

4.-Es preciso establecer un cauce procesal para el tratamiento de las decisiones de no retorno.

Se ha detectado en algunos Estados miembros (por ejemplo en España) la ausencia de un cauce procesal interno que indique como se debe abordar por las órganos judiciales del Estado de origen la denegación de la orden de restitución del Estado de destino (art. 11. apartados 6 a 8).

Siguiendo con el ejemplo de España, la ausencia de cauce procesal interno en este país provoca desconcierto en la Autoridad Central, que no sabe a ciencia cierta a que órgano judicial debe de enviar la resolución de no retorno y también al órgano judicial que no tiene establecido un procedimiento para analizar la orden y decir si la revoca o no.