

APLICACIÓN PRÁCTICA DEL CONVENIO DE LA HAYA Y EL REGLAMENTO 2201/2003. EL PAPEL DE LA AUTORIDAD CENTRAL

Carmen García Revuelta
Miembro de la Autoridad Central Española

1. LA SUSTRACCIÓN DE MENORES

Convenios aplicables

En España rigen los siguientes convenios:

a) En el ámbito internacional no comunitario es de aplicación el Convenio de la Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, con todos los Estados que tenemos aceptada formalmente su adhesión. Dicho convenio ha sido aceptado ya por 81 países. España ha aceptado a fecha de hoy a 78 países. Faltan por aceptar Armenia, Albania y Seychelles .

b) En el marco comunitario, el Reglamento (CE) 2201/2003, que es de aplicación preferente en las materias reguladas por el mismo, frente al Convenio nº 28 de La Haya de 1980 y el Convenio de Luxemburgo, Convenio nº 105 del Consejo de Europa de 1980.

c) En el marco del Consejo de Europa es de aplicación el Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980 sobre Reconocimiento, y Ejecución de Decisiones en Materia de Custodia de Menores y Restablecimiento de dicha Custodia. Este Convenio está abierto a los Estados no europeos no miembros del Consejo de Europa y a los europeos no miembros del Consejo de Europa. Este Convenio se aplica, tras el Reglamento 2201/2003, con Islandia, Liechtenstein, Moldavia, Montenegro, Noruega, Serbia, Suiza, la República de Macedonia, Turquía, Dinamarca (que aún siendo miembro de la Unión Europea no le es aplicable el R 2201/03) y Ucrania.

d) En el ámbito bilateral, sólo tenemos un Convenio Bilateral con el Reino de Marruecos de 1997 sobre Asistencia Judicial, Reconocimiento y Ejecución de Resoluciones Judiciales en Materia de Derecho de Custodia, Derecho de Visita y Devolución de Menores.

e) En el restante ámbito internacional, España ha firmado los siguientes convenios bilaterales en materia de asistencia judicial y de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, en cuyo ámbito de aplicación se incluye el derecho de familia:

- Tratado entre el Reino de España y la República Popular China sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil, hecho en Pekín el 2 de mayo de 1992
- Convenio entre el Reino de España y la Federación Rusa sobre asistencia judicial en materia civil, hecho en Madrid el 28 de octubre de 1990.
- Convenio entre el Reino de España y la República de Túnez sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, hecho en Túnez el 24 de septiembre de 2001.
- Convenio relativo a la asistencia judicial en el ámbito civil y mercantil entre la República Argelina democrática y popular y el Reino de España hecho en 24 de febrero de 2005
- Convenio relativo a la asistencia judicial en el ámbito civil y mercantil entre el Reino de España y la República Islámica de Mauritania hecho en Madrid el 12 de septiembre de 2006.

f) Con los restantes estados tendremos que estar al reconocimiento de resoluciones extranjeras y la correspondiente ejecución de las mismas, conforme a las normas generales.

2. EL CONVENIO DE LA HAYA DE 1980

La sustracción de menores es un hecho que va en aumento año tras año. El cuadro que a continuación se expone, así lo corrobora. Si bien debemos subrayar que estos datos son sólo de los que la Autoridad Central Española tiene constancia, por haberse recibido una solicitud; por lo que, fácilmente, nos podemos figurar que el número real de casos es muy superior.

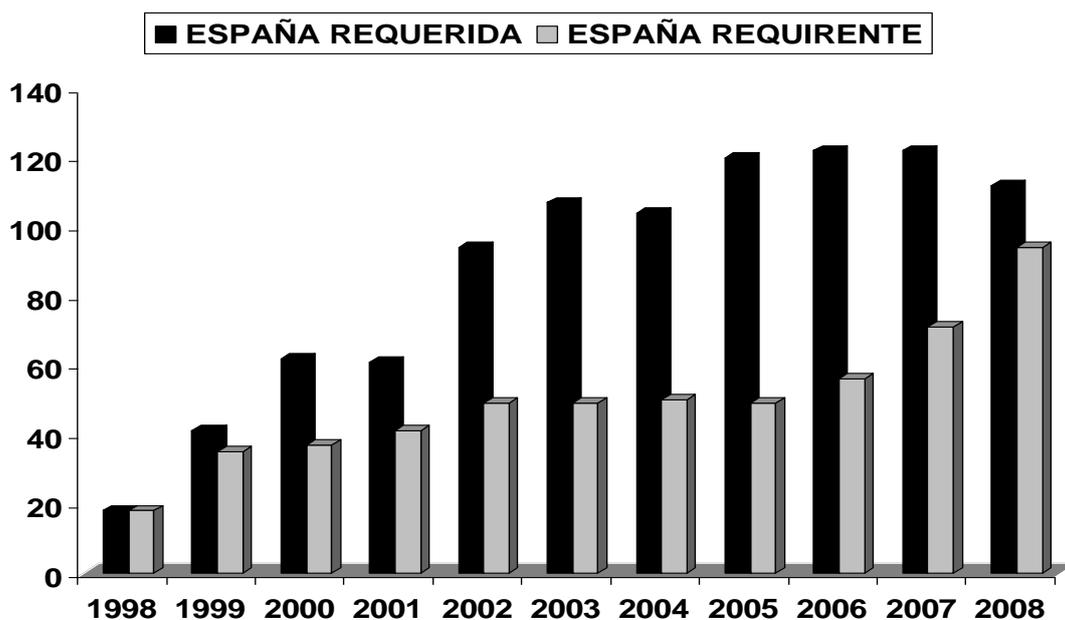
En el estudio que se realizó del año 2003, cara a la quinta reunión de la comisión especial para revisar el funcionamiento del convenio de la Haya, celebrada los días 30 de octubre a 9 de noviembre de 2006, y de 45 de los países que se examinaron, España aparecía, con un incremento cercano al 145% respecto del anterior estudio del año 1999, como el tercer país que más solicitudes de retorno había recibido.(un 7% del total), tras Estados Unidos (un 23%) y Reino Unido (Inglaterra y Gales)(con un 11%). Sin embargo aparecía en el undécimo puesto respecto a las solicitudes que había remitido.

Querría destacar el aumento de solicitudes remitidas por España a otros países contratantes en los dos últimos años. La razón de ello creo que ha sido la divulgación que del Convenio se ha realizado por los diferentes operadores jurídicos, el folleto realizado por el Ministerio de Justicia en el año 2007 y por los casos de los que los medios de comunicación se han hecho eco.

España recibe más solicitudes de la Unión Europea que del resto del mundo, Sin embargo España requiere más a otros países que a los de la Unión Europea, principalmente a Sudamérica. En el año 2008 esta tendencia se ha alterado, en que

por primera vez España ha requerido más a los países de la Unión Europea que a los del resto del mundo.

A nivel general puede decirse que el convenio es más conocido y que las resoluciones judiciales son más ajustadas al mismo, si bien todavía nos encontramos con resoluciones recientes que resuelven sobre el fondo de la cuestión, como la del caso H 28 (1904) España-Méjico, en la que el Juzgado Décimo Séptimo de lo Familiar del Distrito Federal en su resolución de 27/02/09 deniega la restitución de la menor y atribuye la guarda y custodia a la madre sustractora, o resoluciones que malinterpretan conceptos claves del convenio como el caso H 28 (1939) Italia-España, en el que la Audiencia Provincial de Córdoba, en su resolución de 26/01/09, al resolver en apelación la denegación de retorno dictada en la instancia, dice “que debe añadirse una consideración primaria y es que en este caso no se dan los presupuestos básicos de la sustracción y la finalidad perseguida en el convenio.....Se trata de una sustracción cometida por la madre en unas circunstancias específicas, esto es, cuando decidió dejar de convivir con su pareja”



EL CONVENIO DE LA HAYA DE 1980 Y EL REGLAMENTO (CE) 2201/2003

El Convenio de la Haya de 1980 no define los conceptos jurídicos expresados en su articulado. El artículo 3, recoge los supuestos en que el traslado o la retención del menor se consideran ilícitos.

Respecto de la institución de la custodia tampoco se define en el Convenio, se limita a señalar qué incluye la custodia a los efectos del mismo.

En el Reglamento 2201/03 sin embargo, expresamente se define el traslado o retención ilícita, (artículo 2.11), a los efectos del propio Reglamento:

“Cuando se haya producido con infracción de un derecho de custodia adquirido por resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos de conformidad con la legislación del Estado miembro en donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención, y este derecho se ejercía, en el momento del traslado o de la retención de forma efectiva separada, o conjuntamente, o se habría ejercido de no haberse producido el traslado o retención. Se considera que la custodia es ejercida de manera conjunta cuando en virtud de una resolución judicial o por ministerio de la ley, uno de los titulares de la responsabilidad parental no puede decidir sin el consentimiento del otro titular sobre el lugar de residencia”.

Aunque se mantienen las dos notas existentes en el CH, se realizan mayores concreciones, en relación con el derecho de custodia, las distintas formas de adquirirla, la importancia y las consecuencias derivadas de lugar de la residencia habitual del menor, y finalmente la concreción de los supuestos en que puede ser sólo un titular quien resuelve sobre el lugar de residencia o han de ser los dos quienes lo decidan.

También se define la responsabilidad parental, como los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor. El término incluye, en particular, los derechos de custodia y visita;

APLICACIÓN PRACTICA DEL CONVENIO DE LA HAYA/ REGLAMENTO (CE) 2201/2003

Admisión de la solicitud por la autoridad central

El artículo 27 del Convenio señala que una Autoridad Central no estará obligada a aceptar la solicitud cuando se ponga de manifiesto que no se han cumplido las condiciones requeridas o que la solicitud carece de fundamento.

Lamentablemente se reciben solicitudes carentes de fundamento. Consideramos que la Autoridad Central requirente tiene el deber de informar a sus solicitantes sobre los requisitos del Convenio y no remitir las solicitudes infundadas o sin la documentación necesaria. Evidentemente es más fácil no enfrentarse a sus ciudadanos solicitantes y transmitir esa carga a las autoridades del otro país.

En general, los países de América Latina son los que presentan las solicitudes de forma más defectuosa. Las copias en ocasiones son ilegibles, los sellos judiciales, notariales u otros aparecen cortados, no se remite la legislación o se remiten artículos de leyes sin referencia alguna a la ley o Código de que se trata, no se remiten las resoluciones judiciales a las que se hace referencia en la solicitud...Ello provoca numerosas comunicaciones que o bien son desatendidas o que siendo atendidas, los documentos requeridos se reciben con meses de retraso.

España mantiene encuentros bianuales con las Autoridades Centrales Iberoamericanas. El pasado verano se celebró el IV Encuentro. En las conclusiones que se elaboraron del encuentro se señaló, entre otras, la necesidad de instar a las Autoridades Centrales para que las solicitudes que se remitan a la Autoridad requerida contemplen todos los elementos jurídicos y fácticos indispensables para evitar demoras innecesarias en la tramitación respectiva, y que la legislación remitida vaya avalada con el sello de la Autoridad Central requirente, y acompañada de una explicación.

Respecto a las solicitudes que la Autoridad Central Española no admite por considerar que carecen de fundamento, son las que se basan en los hechos. Son aquellos casos en los que habiendo transcurrido en exceso el plazo del año desde el traslado o retención ilícitos, el solicitante no ha movido un dedo. El solicitante no ha iniciado ninguna acción judicial en su país, no ha denunciado la desaparición de sus hijos, no presenta documentos de pago de pensión de alimentos, certificados de escolaridad, certificados de empadronamiento, esto es ningún documento que pruebe su relato.

Lo cierto es que la Autoridad Central Española ha sido condenada en costas en la primera instancia por actuar con temeridad, lo que la ha conducido a hacer un análisis más minucioso de las solicitudes y requerir los documentos precisos para fundamentar la demanda. En casos de duda se requiere el parecer de los Abogados del Estado sobre la viabilidad de la pretensión. En los casos en los que, tras exponer las razones de la no admisión, la Autoridad requirente insiste, se solicita el certificado del artículo 15 del Convenio.

También se han detectado casos en los que se ha hecho una utilización fraudulenta del Convenio, con el objeto de conseguir visado de entrada en España. Como ejemplo valga el caso H 28 (1649) Colombia-España, en el que la madre solicitante consiguió un visado por razones humanitarias y una vez en España declaró ante el Juez su intención de quedarse en nuestro país. El Juez informó al Ministerio de Justicia a fin de que se tomaran las medidas pertinentes, por lo que se comunicó la situación a los Servicios de Extranjería. En otro caso H 28 (1627) Argentina-España, el padre solicitante requería la devolución de su hijo que había sido trasladado sin su consentimiento. La madre demostró que la razón del traslado del menor fue para someterle a una intervención quirúrgica, con consentimiento del padre. Una vez que el solicitante se encontraba en España, ambos progenitores comparecieron en el juzgado con un convenio regulador, en el que se otorgaba la custodia a la madre y un régimen de visitas al padre. Las visitas consistían en un fin de semana cada quince días, los miércoles por la tarde y la mitad de las vacaciones escolares. Como es obvio, el padre residiría en España.

En otros casos, H 28 (1858) Reino Unido-España, el solicitante titular de un derecho de visitas, de su propio puño y letra reconocía no haber visto a la menor en los dos años anteriores al traslado, por los problemas que la madre, titular de la custodia, le ocasionaba, y de no haber iniciado acción judicial alguna en su país, confiando en que la menor al alcanzar una mayor edad decidiría por sí misma. No podíamos entender que el padre ejercía de forma efectiva la custodia antes del traslado ilícito.

En el caso H 28 (2116) Honduras-España, la Autoridad Central española sostuvo que no podía considerarse como residencia habitual de los menores de 8 y 6 años de edad, la estancia de tres meses en dicho país y sin ningún vínculo con el mismo. El matrimonio tuvo su residencia en Estados Unidos, posteriormente se trasladaron a España por un periodo de cuatro meses. El padre, panameño, marchó a Honduras por cuestiones de trabajo y acordó que la madre, española, quedara con los menores en Estados Unidos. Al poco tiempo de la marcha del padre, la madre se trasladó con los menores a Honduras. En dicho país los progenitores no convivieron juntos, el padre fue denunciado por la madre por violencia y desatención económica.

En el caso H 28 (2111) Bélgica-España, un padre titular de un derecho de visita solicitaba la restitución de su hijo, tras haber transcurrido un año y tres meses desde que tuvo conocimiento del traslado (justificado documentalmente) La regla básica del Reglamento es que en los casos de sustracción de menores, los Tribunales del Estado donde el menor tenía su residencia habitual antes del traslado o retención ilícitos conservan su competencia. El Reglamento establece en el artículo 10 cuándo se adquiere una nueva residencia en el Estado del desplazamiento. Cuando el menor ha residido en el otro Estado miembro durante un período mínimo de un año, esté integrado en su nuevo entorno y el titular del derecho de custodia no ha presentado demanda de restitución en el plazo de un año desde que tuvo conocimiento del traslado o retención. Se trataba de un menor de muy corta edad, por lo que la integración se dio por hecha.

Si la Autoridad Central no admite la petición, el solicitante no se beneficiará de la representación legal que ésta proporciona y si desea continuar con su petición, tendrá que buscar un abogado. El artículo 29 del Convenio permite que el solicitante reclame directamente ante las autoridades judiciales.

Traducción de documentos

Toda solicitud, comunicación u otro documento que se envíe a la Autoridad Central del Estado requerido debe remitirse en el idioma de origen e ir acompañado de una traducción al idioma oficial del Estado requerido o, cuando esta traducción sea difícilmente realizable, de una traducción al francés o al inglés. No obstante, un Estado contratante, puede formular una reserva conforme al artículo 42, y oponerse a la utilización de uno de estos idiomas, si bien no a ambos.

España no formuló reserva, por lo que admite las solicitudes en ambos idiomas. Sin embargo diecinueve países han hecho uso de esta reserva no aceptando el inglés o el francés, y a destacar Alemania que exige que los documentos extranjeros vayan acompañados de una traducción al alemán y de Brasil que lo exige al portugués.

Elo significaba un gran trabajo para los servicios de traducción del Ministerio de Justicia, que cuenta con funcionarios traductores de inglés y francés, pues tanto las solicitudes recibidas como las remitidas, a excepción de las solicitudes de habla hispana, y de las solicitudes con Portugal con el que España tiene firmado un Convenio, habían de traducirse.

El Ministerio de Justicia carece de personal suficiente para realizar las traducciones dentro del plazo razonable necesario para que estos procesos tengan la rapidez que se requiere.

Ello llevó a que con algunos países las Autoridades Centrales hayamos llegado a acuerdos. Así, con Reino Unido, que no acepta el francés y con Francia que no acepta el inglés, nosotros les remitimos las traducciones en sus idiomas y ellos nos lo remiten en español. Holanda nos remite las solicitudes en español y nosotros se las remitimos en inglés.

Con Alemania, que sólo acepta el alemán y con Brasil, que sólo acepta el portugués, se deben contratar los servicios privados de traductores jurados con el coste que ello conlleva, por lo que hemos decidido actuar con principio de reciprocidad. Nosotros les remitimos nuestras solicitudes traducidas a sus idiomas y exigimos que ellos nos las remitan en español.

Con Bélgica, que no ha hecho reserva a los idiomas, hemos tenido problemas en varias ocasiones. Tras haber remitido los documentos traducidos al francés, se nos ha requerido traducción al alemán, al encontrarse el menor sustraído en la zona de habla alemana.

Con Polonia, que tampoco ha hecho reserva a los idiomas, también hemos tenido problemas, al exigirnos las traducciones al polaco.

Localización del menor

Una de las obligaciones establecidas en el Convenio de la Haya es la localización de los menores trasladados o retenidos ilícitamente.

En España, la Autoridad Central se sirve de INTERPOL para la localización de los menores. Si bien los resultados son altamente positivos y la colaboración de dicha oficina es ejemplar, en ocasiones la localización se demora en exceso. Cabe comprender que estos asuntos no son de seguridad pública y por tanto pueden no resultar prioritarios frente a otras situaciones en las que INTERPOL debe intervenir. Por otro lado, el alcance de la intervención de INTERPOL es limitado, ya que al actuar como colaborador de la Autoridad Central española, no puede realizar ciertas investigaciones sin una orden judicial previa (lógicamente, antes de conocer el domicilio exacto de los menores, no se puede presentar la demanda y por tanto aún no hay ningún juez competente).

Sin duda, la existencia de bases de datos a nivel nacional (por ejemplo, un registro de los menores escolarizados) ayudaría a la pronta localización de los mismos. Desafortunadamente tampoco existen estos registros en todas las Comunidades Autónomas

La Autoridad Central española no dispone de facultades de averiguación para la localización de los menores y no puede por tanto consultar estos u otros archivos para determinar el domicilio de los menores. Dotarla reglamentariamente de facultades en este sentido sería aconsejable; disponer de un marco jurídico en el que se estableciese la obligación de colaboración con la Autoridad Central de

determinados organismos o instituciones, tales como el padrón municipal o autoridades educativas, facilitaría la iniciación rápida del procedimiento y se evitaría sobrecargar a INTERPOL con dichas peticiones.

A pesar de ello, los Ayuntamientos de las pequeñas ciudades y los colegios han prestado su colaboración cuando la Autoridad Central se lo ha requerido, no así los Ayuntamientos de las grandes ciudades.

Respecto a la búsqueda de menores trasladados ilícitamente desde España a otros países, principalmente de Sudamérica, la AC española ha acordado con INTERPOL-España que soliciten la colaboración a sus homólogos en la localización de los menores españoles, lo que está dando muy buenos resultados.

Representación y defensa

España no ha formulado reserva al artículo 26 del Convenio. Toda persona que presente una solicitud ante la Autoridad Central Española, va a obtener asistencia inmediata, sin necesidad de que demuestre que carece de recursos económicos.

Esta representación no se va a procurar por los mismos letrados que representan a los ciudadanos sin recursos, los Abogados de Oficio, sino por los Abogados del Estado.

Así, una vez que la Autoridad Central admite a trámite una petición remite toda la documentación a la Abogacía del Estado de la provincia en la que se encuentra el menor. Los "Abogados del Estado" son funcionarios altamente cualificados que representan al Estado y defienden sus intereses cuando el Estado es parte en un proceso judicial. Así, cuando presentan ante el juzgado una solicitud de restitución o visitas lo hacen en nombre y representación de la Autoridad Central Española, Ministerio de Justicia, en defensa de la aplicación de un convenio internacional.

La principal desventaja es que el contacto entre el Abogado del Estado y el solicitante siempre se realiza a través de la Autoridad Central. La falta de comunicación directa entre el peticionario y el Abogado del Estado encargado de la tramitación del caso ha sido criticada. Puede, sin embargo explicarse por el hecho de que el Abogado del Estado no se ocupa de los intereses de personas particulares ya que su función es representar al Estado en defensa de los intereses generales.

El solicitante puede contratar los servicios de un abogado particular si lo desea. El artículo 29 del Convenio permite que el solicitante reclame directamente ante las autoridades judiciales. En tal caso, la Autoridad Central declina toda responsabilidad por lo que respecta a la resolución del caso, limitándose a proporcionar asesoramiento.

Es difícil evaluar cual de estas opciones es preferible. Por un lado, ha de tenerse en cuenta que no todos los abogados de familia españoles están familiarizados con el Convenio y, que como se ha mencionado anteriormente, recurrir a un abogado particular implica que la Autoridad Central declina toda responsabilidad por lo que respecta a la resolución del caso.

La remisión del expediente al Abogado del Estado va acompañado de un escrito de la AC, en el que se solicita que se presente la demanda ante el juez del domicilio del menor, se expone brevemente el caso haciendo referencia a los documentos en los que se basa la pretensión y se señala la necesidad de ser informados del desarrollo del proceso, a fin de que la Autoridad Central pueda cumplir con sus obligaciones conforme al artículo 7 del Convenio. Cuando la solicitud proviene de un país comunitario, se señalan expresamente los artículos. 2 apartado 11b), 11.4, 11.5 y 11.8 del Reglamento 2201/2003, a fin de resaltar cuando se entiende que la custodia es ejercida de forma conjunta, que no se podrá denegar la restitución de un menor basándose en lo dispuesto en la letra b) del artículo 13 del Convenio de la Haya si se demuestra que se han adoptado medidas adecuadas para garantizar la protección del menor tras su restitución, que se debe dar posibilidad de audiencia al solicitante y que el juzgado de origen tiene la última palabra.

Cuando el caso lo requiere, a fin de prevenir que el menor sufra mayores daños, bien a petición de la autoridad central requirente o bien a nuestro juicio, se requiere al abogado que en su demanda solicite el internamiento del menor en un centro de protección de menores. Esta medida sólo se solicita en los casos graves y el juzgado suele acordar las medidas pertinentes.

Quisiera llamar la atención del caso H 28 (2160) Italia-España, en el que el solicitante son los servicios sociales Narran que la menor fue sustraída por su madre de la casa en la que la menor se encontraba con una familia de acogida. La madre fue con un hacha y destrozó la puerta. La madre está en tratamiento psiquiátrico y se ha iniciado un procedimiento penal por delito de sustracción de menores por persona perturbada. La Autoridad Central italiana no solicita que se adopte ninguna medida. La Autoridad Central española, en base a las obligaciones impuestas a la misma en el artículo 7.b) del convenio, de prevenir que el menor sufra mayores daños, considera que puede haber peligro o grave riesgo para la menor, por lo que requiere al Abogado del Estado que solicite en la demanda de restitución que la menor sea internada en un centro de protección de menores durante la tramitación del procedimiento. El Juzgado de 1ª Instancia de Madrid desestimó la adopción de dicha medida.

A lo largo del procedimiento la AC se comunica directamente con el Abogado del Estado, que le informa sobre el estado de la demanda. La información se transmite a la AC requirente.

Los países comunitarios que han hecho reserva al Convenio y que por tanto no asumen gastos de representación y defensa excepto en la medida que dichos gastos puedan quedar cubiertos por el beneficio de justicia gratuita son Alemania, Bulgaria, Dinamarca: Eslovaquia, Finlandia, Grecia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Mónaco, Polonia, la Republica Checa y Suecia. Así, por ejemplo en Alemania, en caso de que el solicitante no tenga derecho a la asistencia jurídica gratuita, deberá contratar a un abogado de su elección. Si prefiere que la Autoridad Central alemana le proporcione uno, deberá abonar por adelantado la cantidad de 1500 euros para la primera instancia, 512 euros para la segunda instancia y tal vez otra cantidad para la ejecución. (Información de la AC Alemana del año 2008)

Francia, Reino Unido y Holanda formularon reserva en su día, pero hoy no la aplican. En Francia las solicitudes tanto de visita como de restitución son presentadas por los Procuradores de la República, sin necesidad de que el solicitante acredite sus ingresos. Reino Unido no aplica la reserva para las solicitudes de restitución, sí para las de visita. La AC remite el expediente a uno de los despachos de abogados con los que trabajan, siendo éstos los que gestionan la tramitación de los fondos públicos necesarios para el caso. Tras averiguar que en uno de estos despachos trabajan abogados españoles, en nuestras solicitudes requerimos que el caso se les remita a ellos por la doble ventaja del idioma y por el conocimiento que estos abogados tienen tanto del derecho español como del derecho inglés. En Holanda es la propia Autoridad Central quien presenta las demandas ante el juzgado. En alguna ocasión actúan como “juez y parte”. El caso H 28 (1242) España-Holanda, tras dos resoluciones de retorno dictadas por los tribunales, la Autoridad Central no quiso ejecutarlas. Consideraban que el padre solicitante no era apto para el cuidado del menor al regentar un bar. El 3/02/06 el Tribunal de la Haya dicta sentencia, criticando la actuación de la Autoridad Central Holandesa, afirmando que la misma durante casi un año no ha emprendido ninguna acción. El menor finalmente retornó a España tras más de tres años.

Los países comunitarios que no hicieron reserva son Austria, Eslovenia, Hungría, Italia, Irlanda, Malta, Portugal y Rumania. En Italia, la representación y defensa del solicitante también se realiza por los Abogados del Estado, si bien sólo en la primera instancia. Las resoluciones pueden recurrirse ante el Tribunal de Casación, pero al no intervenir los Abogados del Estado, el solicitante debe buscar un abogado particular. Dispone de 60 días de plazo, a contar desde la notificación de la resolución.

Juzgado competente

España no concentra la competencia en materia de sustracción internacional de menores en un número limitado de tribunales, tal como recomienda la Conferencia de la Haya en la Guía de Buenas Prácticas. Medidas de Aplicación interna. La principal ventaja de tal concentración es, como establece dicha guía, “la acumulación de experiencia entre los jueces implicados; y en consecuencia, el desarrollo de una confianza mutua entre los jueces y las autoridades en los distintos sistemas legales; la creación de un alto nivel de comprensión interdisciplinaria de los objetivos del Convenio, en particular, la distinción de los procedimientos de custodia; la disminución de los retrasos y una mayor coherencia de la práctica por los jueces y los juristas”.

Algunos países han concentrado la competencia en un solo tribunal o en un número reducido de ellos. Así, Reino Unido, República Checa, Rumania, Finlandia, Bulgaria, Alemania (en 22 juzgados de distrito para la primera instancia y 22 juzgados de apelación), Austria (16 juzgados de distrito, sólo las solicitudes de restitución, no las de visita) Francia (jueces de familia de los tribunales de grande instance y la competencia de un solo tribunal en los juzgados de apelación)

En España, el artículo 1902 de la LEC establece que será competente el Juez de Primera Instancia en cuya demarcación judicial se halle el menor que ha sido objeto de un traslado o retención ilícitos.

Este artículo ha creado problemas en el pasado puesto que la Autoridad Central actúa, como ya hemos dicho antes, a través de los Abogados del Estado, un cuerpo de funcionarios que representa a la Administración en procesos judiciales. De acuerdo con el artículo 15 de Ley de asistencia jurídica al Estado e Instituciones Públicas los procesos civiles en los que el Estado es parte sólo se sustancian frente a los Juzgados de Primera Instancia correspondientes a las capitales de provincia (52 en España). En algunos casos los Abogados del Estado interpusieron las demandas frente a los Juzgados de Primera Instancia correspondientes a las capitales de provincia y el tribunal se declaró incompetente, siendo necesario interponer una nueva demanda ante el Juez de la demarcación en la que se hallaba el niño. Para evitar los retrasos que esto causaba se ha instruido a los Abogados del Estado para que interpongan la demanda ante el juez competente en virtud del artículo 1902 LEC (juez del lugar en el que se halle el niño).

En España hay más de 900 Juzgados de Primera Instancia. Habida cuenta del alto número de Juzgados no se puede, dar por sentado que los jueces vayan a tener experiencia en la resolución de los casos de sustracción de menores.

Es cierto que los asuntos a los que es aplicable el Convenio de La Haya se plantean con mayor frecuencia en determinadas áreas geográficas: la Costa Mediterránea los archipiélagos balear y canario, así como Madrid y Barcelona. Los jueces con jurisdicción en estos territorios suelen por consiguiente estar más familiarizados con el Convenio.

En algunas provincias, Madrid, Málaga, Cantabria y Navarra, los propios jueces mediante las normas de reparto, han decidido que los casos se tramiten en los juzgados de la capital de la provincia, independientemente del lugar en el que reside el menor,

La Autoridad Central española considera que sería conveniente que se concentrase la competencia en unos pocos juzgados, que podrían las Audiencias Provinciales, una única Sección y en procedimientos de única instancia, y así lo ha informado al Ministro de Justicia..

Procedimiento

El procedimiento se halla regulado en los artículos 1901 a 1909 de la LEC de 1881 en la redacción dada por la ley Orgánica 1/96, de Protección Jurídica del Menor.

El artículo 1904 dispone que: Promovido el expediente mediante la solicitud a la que se acompañará la documentación requerida por el correspondiente convenio internacional, el Juez dictará, en el plazo de veinticuatro horas, resolución en la que se requerirá a la persona que ha sustraído o retiene al menor, con los apercibimientos legales, para que en la fecha que se determine, que no podrá exceder de los tres días siguientes, comparezca en el juzgado con el menor y manifieste:

a. Si accede voluntariamente a la restitución del menor a la persona, institución y organismo que es titular del derecho de custodia o, en otro caso,

b. Si se opone a la restitución por existir alguna de las causas establecidas en el correspondiente convenio cuyo texto se acompañará al requerimiento.

En esta fase muchas veces nos encontramos con sorpresas, que conducen al desistimiento de la demanda por el Abogado del Estado a fin de evitar la imposición de costas. Descubrimos que el solicitante ha actuado de mala fe y tanto la autoridad requirente como la requerida han sido engañadas, ha ocultado datos, existen resoluciones de su país posteriores a la que nos ha facilitado, o que resuelven cuestiones de fondo o autorizaciones que prueban el consentimiento del traslado del menor, la tramitación de un proceso de impugnación de la paternidad etc.

La casuística es diversa, valga como ejemplo el caso H (1828) en que el solicitante oculta información. Se ha divorciado en España con abogado/procurador y se han regulado visitas con prohibición de salida de los menores. Hay procesos de violencia doméstica. El padre se va de España y solicita la restitución de los menores.

En otro caso H28 (1511) con Alemania, la residencia habitual del matrimonio y los menores es España, por lo menos desde el año 2003, con la abundante documentación que presenta la demandada. El matrimonio atraviesa una crisis y es el padre el que se va a Alemania y solicita la restitución.

Cuando el sustractor accede a la restitución voluntaria, se levanta acta del mismo. Sin embargo se echa en falta que el Juez no disponga en detalle la forma en que debe desarrollarse el retorno y las consecuencias de su incumplimiento. Al no disponer el plazo en que deberá retornar al menor, en ocasiones se ha debido solicitar la ejecución tras varios meses, al comprobar que el sustractor no tiene ninguna intención de retornar al menor.

Si el sustractor no accede a la restitución voluntaria, el procedimiento continuará por los trámites del juicio verbal. A este fin:

- a. En el mismo acto de comparecencia serán citados todos los interesados y el Ministerio Fiscal, para que expongan lo que estimen procedente y, en su caso, se practiquen las pruebas, en ulterior comparecencia, que se celebrará dentro del plazo improrrogable de los cinco días a contar desde la primera.
- b. Asimismo, tras la primera comparecencia el Juez oír, en su caso, separadamente al menor sobre su restitución y podrá recabar los informes que estime pertinentes.

Pruebas. Valoración del interrogatorio de las partes.

La razón de este apartado es señalar que algunos tribunales dan por probadas las declaraciones del sustractor, nacional del país requerido, como válidas, sin ninguna prueba que las corrobore. Como ejemplo el caso H 28 (1855) España-Noruega: El juzgado de 1ª instancia de Vestfold deniega la restitución de los menores a España el 13/12/07. No se ha citado al solicitante a la vista y la madre ha declarado haber sido objeto de violencia física por parte del solicitante y de hostigamiento por la familia de éste, de que los menores vivían en condiciones intolerables en España, se ponían enfermos con frecuencia y tenían un comportamiento anormal con ataques de ira.

Presentado recurso ante el Tribunal Colegiado de segunda instancia, en el que ambas partes comparecen, el tribunal ordena la restitución de los menores el 3/07/08, tras comprobar que las declaraciones de la madre no son objetivas. La documentación que se aporta demuestra que el padre pertenece a una familia acomodada, los menores acudían a caros colegios privados, estaban bien integrados y demuestran afecto a su padre.

Como ejemplo de buena práctica citaré el caso H 28 (2016) Italia-España en el que la Audiencia Provincial de Las Palmas Sección 3ª dicta el 09/03/09 orden de retorno a Italia, tras el recurso interpuesto por el Abogado del Estado. La Audiencia consideró que el recurso debía prosperar; por cuanto la premisa mayor, esto es el consentimiento por parte del padre del traslado de la residencia de las hijas a España, no quedó mínimamente acreditado. Las únicas pruebas de la existencia de dicho consentimiento fueron las manifestaciones de la madre demandada y de la hermana de ésta en el acto del juicio. El tribunal señaló lo dispuesto en el artículo 316 de la Ley de Enjuiciamiento sobre la valoración del interrogatorio de las partes. Dicho artículo dispone que las declaraciones de parte únicamente hacen prueba en contra de su autor cuando las mismas le sean perjudiciales. No las favorables. En el caso presente pues, la demandada era la que tenía que acreditar la existencia del consentimiento, no ya por cuanto la prueba de un hecho negativo se torna en diabólica sino porque es ella la que alega un hecho al que debe anudarse consecuencias jurídicas y además por su facilidad probatoria.

El derecho extranjero

El derecho extranjero no es fácil de interpretar en algunas ocasiones. Respecto a nuestras solicitudes, no encontramos problemas con los países con los que tenemos una matriz común de derecho escrito, los sistemas de derecho romanista, como Francia, Italia, Portugal o Bélgica. Los principales problemas son con Alemania y Holanda, que confunden en ocasiones la institución de la patria potestad con la guarda y custodia, o no comprenden que el ejercicio de la patria potestad es compartido entre ambos progenitores, independientemente de si están o no casados. La Constitución española en su artículo 39 garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia, en su doble faceta de derecho y garantía institucional. Este artículo ni prejuzga, ni describe el modelo familiar constitucionalmente protegido. Familia y matrimonio no son dos realidades coincidentes, aquella es una institución más amplia que éste, de suerte que la familia matrimonial no es la única constitucionalmente reconocida en la ley fundamental. Tal afirmación, ya reiterada por el Tribunal Constitucional en más de una ocasión, es además la lógica derivación de otros preceptos constitucionales garantes de la libertad personal y la no discriminación, tales como el artículo 10.1 cuando proclama la dignidad personal y el libre desarrollo de la personalidad como fundamentos del orden político y de la paz social o el artículo 14 donde se ubica el principio de igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley.

Urgencia

Tanto el Convenio como el Reglamento disponen que el órgano jurisdiccional actuará con urgencia, debiendo dictar su resolución como máximo seis semanas

después de la interposición de la demanda. En nuestra experiencia y salvo casos excepcionales, este plazo no se cumple nunca.

El artículo 7.c del Convenio establece que las Autoridades Centrales deberán adoptar, en particular, ya sea directamente o a través de un intermediario, todas las medidas apropiadas que permitan garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable. No es mi intención criticar el uso de la mediación para la resolución de conflictos, sino una llamada de atención a determinadas autoridades que se exceden en el tiempo, en busca de una solución amistosa que nunca llega. En el caso H 28 (1788) España-Holanda, la Autoridad Central holandesa tardó 7 meses en presentar la demanda, a pesar de haber requerido insistentemente que se presentase y que el solicitante no quería más intentos de mediación dada la negativa de la madre sustractora a llegar a un acuerdo. En el caso H 28 (2047) España-Alemania, el padre solicitante tenía atribuida la custodia por resolución judicial y la madre un régimen de visitas. La menor viajó a Alemania a visitar a su madre y fue retenida allí. Celebrada la vista el tribunal retrasa hasta en 4 ocasiones la fecha para dictar resolución. Al solicitante se le plantea realizar una mediación en Alemania durante fines de semana con un coste de 2500 euros por progenitor. El solicitante exige el retorno del menor, estando dispuesto a que la mediación se realice en España.

Si la resolución ha de dictarse urgentemente, el retorno también debe efectuarse urgentemente. En el caso H 28 (1788) España-Holanda, la solicitud de restitución se remitió el 1/06/07. El tribunal dictó sentencia el 28/02/08 (esto es, 9 meses después) El tribunal ordenó el retorno, y dispuso que se llevase a cabo 8 semanas después, en las próximas vacaciones escolares. No cree que se vulnere el Convenio.

Orden de retorno

La Conferencia de La Haya tiene dicho que la obligación conforme al Convenio no es simplemente ordenar el retorno sino que éste se lleve a efecto y que se haga en un tiempo razonable. Por ello recomienda que en la preparación de los jueces para ejercer sus funciones, los Estados deben insistir en la importancia de que el juez que entiende en el caso sea capaz de redactar órdenes claras que prevean los aspectos prácticos, los detalles precisos de cómo debe efectuarse el retorno, así como las consecuencias de su incumplimiento.

En España los tribunales nunca señalan fecha, modo y lugar para la restitución del menor en los Autos que ordenan el retorno, ni tampoco en general las consecuencias del incumplimiento, lo que plantea innumerables problemas prácticos para efectuar la entrega.

Las órdenes de retorno en España no son directamente ejecutivas; se otorga el plazo general de 20 días para permitir el cumplimiento voluntario, y en caso de que no se produzca, ha de iniciarse un procedimiento ejecutivo, que se erige en una nueva fuente de retrasos. Por su parte, el demandado tiene la posibilidad de oponerse a la ejecución, y en ocasiones prospera su pretensión.

La autoridad central española carece de competencias en la fase de ejecución, más allá de solicitarla a través del Abogado del Estado y actuar como parte ante el Juzgado en el juicio ejecutivo.

En otras jurisdicciones, la ejecución es posible por la amenaza de una sanción coercitiva, una orden de detención o la autorización para el uso de la fuerza. En numerosas jurisdicciones, el tribunal puede ordenar el libramiento de una orden de arresto o detención del menor. Por ejemplo Rumanía establece el plazo en que el menor debe ser retornado, en el caso H 28 (2041) en un plazo de 3 meses a contar desde el momento en que la resolución sea firme, en el caso H 28 (1867) en un plazo de 30 días desde la firmeza de la resolución bajo pena de multa.

Ciertos tribunales involucran a las partes en los detalles del retorno, examinan los compromisos que acepta la parte demandante para minimizar en lo posible las eventuales repercusiones sobre los menores. También establecen disposiciones para asegurar que el responsable de la sustracción no pueda desaparecer con el menor entre la fecha de la orden y la fecha del retorno. O disponen medidas punitivas para desalentar el incumplimiento de una orden de retorno, como las sanciones por desacato al tribunal, la multa o el encarcelamiento

De los países que indican en detalle la forma en que debe desarrollarse el retorno, cabe destacar a Reino Unido y Australia.

En el caso de Australia valga como ejemplo el caso H 28 (2069) Resolución dictada por el Family Court of Australia en Sydney, de 20/01/09.

La Orden establece que las partes lleguen a los acuerdos necesarios a fin de que los menores sean retornados a España, en compañía del padre o de la madre. En caso de que la madre sustractora retorne con los niños, deberá, dentro del plazo de 14 días a contar desde la fecha de esta orden, reservar y pagar los billetes de avión de ella y los niños, y la fecha de salida de Sydney no podrá ser anterior a 21 días a contar desde la fecha de esta orden. La madre deberá suministrar copia del itinerario a la Autoridad Central dentro de los tres días siguientes a hacer la reserva.

En caso de que la madre no retorne con los niños, deberá cumplir con las obligaciones arriba expuestas, salvo que deberá pagar el billete del padre. Si no llegaran a un acuerdo sobre la fecha de salida, el padre la señalará en el plazo de los 7 días siguientes a esta orden.

Ordena que se entreguen los pasaportes de la madre y los menores al representante de la Autoridad Central. Este a su vez los entregará a la madre 3 días antes de la salida prevista. Asimismo ordena se notifique la orden a la Policía, se levante la prohibición de salida y se supriman los nombres de los interesados en los sistemas de alerta.

En las órdenes de retorno de Reino Unido, además de establecer detalladamente el día, hora, lugar y forma en que debe retornarse al menor de manera similar a Australia, también se recogen los compromisos “undertakings” que el demandante o las partes suscriben. Dichos compromisos, al recogerse en la propia orden, constituyen obligaciones vinculantes y ejecutivas.

Valga como ejemplo el caso H 28 (2104) Resolución dictada por el High Court of Justice, Family Division de 5/03/09, en la que se ordena que el menor debe ser

retornado a España antes de las 16 horas del 1 de abril de 2009, lo que será llevado a efecto por la madre demandada, a menos que ésta rehúse acompañar al menor, en cuyo caso el menor retornará con el padre demandante u otro familiar que éste designe. En caso de no acatar esta orden, la demandada será acusada de desacato al tribunal y puede ser enviada a prisión.

Si la demandada decide acompañar al menor de vuelta a España, asegurará que, con una antelación mínima de 48 horas a abandonar esta jurisdicción, informará al demandante y a su abogado del lugar en el que ella y el menor residirán en España y que no se mudarán de esta dirección hasta la primera vista entre las partes. (first inter partes hearing)

Programa de compromisos del demandante:

- que no iniciará, mantendrá o continuará con ninguna acción penal contra la demandada respecto al traslado ilícito
- que tras el retorno del menor a España, no quitará al menor del cuidado de la madre, hasta que el asunto se presente ante el tribunal competente en una vista entre las partes y el juzgado dicte resolución.
- Que el padre suministrará un alojamiento para la madre y el menor, en un primer momento en la casa propiedad de la familia del demandante y posteriormente en un alojamiento acordado por las partes, en el que la demandada disfrute sola y sin disturbios; así como 100 euros a la semana por manutención para el menor, hasta que el juzgado competente dicte resolución al efecto.
- Que abonará los billetes de avión para el retorno de la madre y el menor.

En otro caso, sin embargo, el H 28 (1887) España-Reino el High Court of Justice dictó resolución el 9/04/08 ordenando el retorno del menor, debiendo la madre retornar al menor a España en la fecha y condiciones que determinara el juzgado español de Tenerife (ante el que se tramitaba un proceso de regulación de medidas de hijos extramatrimoniales). Nos causó una gran sorpresa pues como bien indica la Guía de Buenas Prácticas II, el tribunal no sólo debe ordenar el retorno sino llevarlo a cabo. El juzgado español no lo consideró admisible, debido a la falta de procedimiento en nuestro derecho. Finalmente, el juzgado español requirió que la resolución inglesa viniese certificada de conformidad con el Anexo II del Reglamento 2201/2003

Denegación de retorno

- **Artículo 12 del convenio: cómputo del plazo del año**

El artículo 12 del Convenio establece que “cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente, y en la fecha de iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado Contratante donde se halle el menor hubiera transcurrido un periodo inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor.

Pasado el plazo del año, el juez ordenará asimismo la restitución del menor, salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio.

¿Cómo se computa el plazo del año en España? La jurisprudencia menor se ha decantado por entender que el “dies a quo” comienza en la fecha que tuvo lugar el traslado. En el caso de la retención, la fecha será aquella en que comenzó a ser ilícita, es decir, en el momento en que hubiera debido reintegrarse al menor. En cuanto al “dies ad quem”, la fecha para el cómputo del plazo no es la de requerimiento de intervención dirigido a la Autoridad Central, sino la de iniciación del procedimiento ante la autoridad que ha de ordenar la restitución del menor, por lo que tratándose en nuestro país de una autoridad judicial y no administrativa, habrá de estarse a la fecha de interposición de la demanda.

El plazo del año se computa rigurosamente, no se admite interrupción por causa alguna. Lo decisivo no es que las razones por las que se haya demorado la tramitación de la solicitud estén más o menos justificadas, como puede ser la demora en la localización del menor, sino en el hecho de que el menor haya estado más de un año en la situación que con la solicitud trata de alterarse, con las consiguientes posibilidades materiales de integración.

Lo cierto, es que transcurrido el plazo del año, son escasísimas las resoluciones que ordenan el retorno del menor, en base a la integración del mismo al nuevo ambiente.

Algún tribunal distingue entre integración y adaptación al nuevo ambiente, considerando que la integración es un concepto más amplio y con más factores a tener en cuenta que la simple adaptación del menor a las nuevas circunstancias. El arraigo es algo más allá que la escolarización del menor, que en España es obligatoria, o del aprendizaje de la lengua, dada la gran capacidad de los menores a adaptarse a las nuevas situaciones. El juez debe valorar lo que el menor ha dejado atrás, cuestión nada fácil al no disponerse normalmente de suficientes elementos de juicio, pero en principio atrás queda un progenitor, los abuelos, primos, los amigos del colegio, del barrio, las costumbres, un modo de vida, etc.

Por otra parte, la situación de arraigo debería analizarse a la fecha de presentación de la demanda de restitución y no a la resolución del procedimiento, pues entonces las dilaciones en el procedimiento judicial o administrativo siempre beneficiarán la no restitución.

Respecto a la retención ilícita, quisiera señalar los problemas que se presentan en algunos casos, especialmente con los países de Sudamérica. Los progenitores firman un acuerdo, formalmente documentado, en el que se establece que los menores residirán en España con uno de los progenitores durante un plazo de un año y en algunas ocasiones hasta de dos años. Al término de este plazo los menores deberán regresar al país de origen.

Transcurrido el plazo pactado, el progenitor con el que los menores viven se niega a que los menores regresen. El artículo 3 del Convenio establece que la retención de un menor se considerará ilícita con arreglo al derecho vigente en el

Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su retención. ¿Cuál es la residencia habitual? ¿Cómo computar el plazo del año a que se refiere el artículo 12 y la excepción al retorno por integración al nuevo ambiente? ¿Cómo entender que el progenitor dejado atrás ejerce de forma efectiva la custodia?

Cuando los menores tienen suficiente edad, la exploración de los mismos puede disipar las dudas ya que el artículo 13 del Convenio permite al juez denegar la restitución si comprueba que el propio menor se opone a la restitución. El problema se plantea con los menores de corta edad. Los tribunales han denegado el retorno en base al artículo 13b del convenio, al considerar que la restitución expondría al menor a un peligro grave físico o psíquico, al separarle del progenitor, normalmente la madre, con el que ha convivido la mayor parte de su vida.

Otro problema que se plantea es el de determinar la residencia habitual de los menores que no han alcanzado el año de edad. En nuestra experiencia, tanto como autoridad requirente como autoridad requerida, nunca se ha producido un retorno de un menor de meses secuestrado por la madre.

- **Artículo 13b) del convenio y las modificaciones introducidas por el Reglamento 2201/2003:**

El Convenio dispone que no hay obligación de ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que:

b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable.

El artículo 10.4 del Reglamento 2201/2003 establece que 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.

Hay que entender que si las autoridades del Estado de la residencia conservan su competencia para la cuestión de la responsabilidad parental, también la conservan para adoptar, en su caso, las medidas que protejan al menor en caso de retorno. No cabe desconfiar en que no lo harán o lo harán de forma deficiente. En el clima de confianza mutua comunitario pierde peso el argumento del riesgo grave del menor, y procede el retorno.

Sin embargo, la interpretación de este artículo también presenta problemas. ¿Qué son medidas adecuadas? ¿Deben especificarse las medidas que se van a adoptar o es suficiente la declaración genérica de la Autoridad Central de que se adoptarán las que sean convenientes?

En el caso H 28 (1827) Alemania-España, se solicita la restitución de unas menores trasladadas a España por su madre. Los padres se hallan inmersos en un procedimiento de divorcio, en el que no se han dictado aún medidas relativas a los hijos.

En la comparecencia previa que tiene lugar en España, la demandada aporta numerosa documentación que prueba que se sigue procedimiento por violencia doméstica, que residía con sus hijas en una casa de acogida para mujeres maltratadas, que no disponía de recursos al haber sido despedida por su marido de la empresa en la que trabajaba, que recibe ayuda social, presenta informes sobre las menores que no desean ver a su padre, declaraciones de que el marido la hostigaba esperándola a la salida de la casa de acogida en la que vivía etc. La Autoridad Central Española remitió toda la documentación a la Autoridad Central alemana, recabando información y verificación de lo aportado y requiriendo que las autoridades alemanas, de conformidad con lo establecido en el artículo 11.4 del Reglamento 2201/2003 nos informen de las medidas que se han adoptado para garantizar la protección de las menores tras su restitución, en aras de impedir una resolución denegatoria al amparo del artículo 13b) del Convenio de la Haya.

Tras varios requerimientos, Alemania remite un certificado del artículo 15 del Convenio de la Haya, de que el traslado había sido ilícito.

Tras nuevos requerimientos, la Autoridad Central Alemana remite un fax en el que expresa de una forma genérica que se adoptarán las medidas oportunas. El Abogado del Estado emite un informe completo del caso a la Autoridad Central Española requiriendo que se aporte toda la información y documentación requerida, así como las medidas concretas que se van a adoptar por los servicios competentes para garantizar adecuadamente la protección de las menores tras su restitución. Informa que en España se han adoptado medidas de protección y se ha dictado una orden de alejamiento. En caso de no recibir lo requerido, sugiere a la Autoridad Central Española su aprobación para desistir del procedimiento de restitución.

Alemania ofrece a la madre la posibilidad de residir en otra casa de acogida si no desea volver en la que estaba.

El juzgado denegó el retorno al amparo del artículo 13b del Convenio. En Alemania se sigue el procedimiento de divorcio en el que la madre está personada por medio de abogado.

Audiencia al solicitante

Como ya hemos dicho, la Autoridad Central española hace hincapié en la necesidad de dar audiencia al solicitante. Así lo expresa en el escrito de remisión del expediente al Abogado del Estado y tras la comparecencia previa en la que el sustractor se opone a la restitución, requiere conocer las fechas de la vista.

En general, se puede decir que cada día hay más conocimiento de que es un requisito que hay que cumplir. La citación al solicitante, en las más de las ocasiones se hace a través de las Autoridades Centrales, tanto en España como en los otros países, si bien en ocasiones los juzgados citan directamente al solicitante o en ocasiones utilizan el reglamento comunitario de notificación.

Expongo tres casos con soluciones distintas dictadas en nuestro país.

- Auto de la AP Almería, sección 2ª de 12/01/2009, al resolver el recurso contra el Auto del Juzgado de 1ª Instancia que deniega el retorno de los menores, dispone:

Como apelante, el Ministerio de Justicia, representado y dirigido por el Abogado del Estado, que pretende la nulidad de lo actuado en el expediente desde el momento en que se infringió lo dispuesto en el artículo 11.5 del Reglamento 2201/2003, al no haber dado posibilidad de audiencia a la persona que solicitó la restitución.

“No puede confundirse al solicitante de la restitución del menor con la representación de la Autoridad Central que recibió la solicitud y que ahora la plantea ante el Juzgado, es decir el Abogado del Estado. Esta posibilidad puede ser observada en el ámbito de este Reglamento sin que se perjudique la necesaria agilidad y rapidez en la tramitación de la solicitud..... por lo que fácilmente se podía emplazar al padre de los menores mediante comunicación directa con el Tribunal de su residencia, a fin de que se pudiese producir esa posibilidad de audiencia...”

Se estima el recurso, declarando nula la resolución de instancia, debiendo retrotraerse las actuaciones al acto del juicio a fin de que tenga posibilidad de ser oído el padre de los menores.

- Auto de la Audiencia Provincial de Cantabria de 31/03/09 al resolver el recurso contra el Auto del Juzgado de 1ª Instancia que deniega el retorno de los menores, dispone:

“Se alega también, que el padre del menor ha sufrido indefensión al no darle oportunidad de ser oído; lo que debe ser rechazado desde el momento en que la Administración española actúa en este procedimiento en nombre de la autoridad central y del solicitante, tal como expuso en su escrito de demanda, por lo que no puede sino entenderse que el padre interesado y promotor inicial del expediente ha tenido ocasión y oportunidad de conocer cabalmente su estado y de comparecer personalmente para ser oído si lo hubiera tenido por conveniente, sin que precisara de ninguna notificación ni citación además de las realizadas al Abogado del Estado actuante.

- En el caso H 28 (1924) en el que la República Checa es el estado requirente, el Juez de 1ª Instancia nº 7 de Lleida, en la Providencia dictada el 22/09/08 señala: Que dada la celeridad que exige el ordenamiento jurídico en esta materia, y teniendo en cuenta que existe comunicación directa entre el estado español y el promotor del expediente, no ha lugar a la citación por parte de este juzgado al suponer dilación extrema de la resolución del mismo, sin perjuicio del abogado del estado que actúa en nombre del actor cuide de que comparezca a la vista.

Posteriormente el juzgado requirió que se aportase justificación de la comunicación realizada al demandante para que pudiera comparecer a efectos del artículo 11.5 del Reglamento 2201/2003.

Así pues, en este caso la citación se hizo a través de las Autoridades Centrales. Tras responder el solicitante que la asistencia al juicio le costaría una cantidad de dinero insoportable, el juzgado acordó, para garantizar el derecho de audiencia, que el solicitante hiciese las manifestaciones que considerase convenientes, por escrito, dándole el plazo de un mes para ello. Asimismo ordenó que se le remitiesen los nuevos

elementos incorporados al procedimiento tales como las manifestaciones de la demandada, las conclusiones del informe emitido, a petición del Ministerio Fiscal, de los Servicios competentes de Cataluña sobre la integración del menor, así como copia de la denuncia que la demandada presentó ante el Departamento de Protección de menores en su país (Chequia)

Recurso de apelación y ejecución provisional

El artículo 1908 de la LEC dispone que contra el Auto que ordene o deniegue la restitución, sólo cabrá recurso de apelación, en un solo efecto. Esto es, que aun cuando la resolución no sea firme podrá ejecutarse provisionalmente.

Casi ningún país ejecuta la resolución que ordena el retorno del menor cuando ésta ha sido recurrida. En algunos países la posibilidad de recurrir hasta el Tribunal Supremo, como por ejemplo Alemania, Argentina, Chile, demora en exceso la resolución de los casos.

En España, la ejecución provisional ha planteado problemas cuando la resolución firme ha revocado la de instancia, denegando la restitución, y el menor ya ha sido retornado. Se ha mantenido que el hecho de que la apelación no suspenda la ejecución puede generar dificultades de tipo constitucional, si la apelación prospera

El principio de tutela efectiva no sólo contiene el derecho a la obtención de un fallo fundamentado sino también la ejecución de dicho fallo cuando sea firme. Reiteradamente ha venido declarando el Tribunal Constitucional que el derecho a la ejecución de las sentencias en sus propios términos forma parte del artículo 24-1 de la Constitución Española (sentencia 148/89). Si así no fuera, las decisiones judiciales y los derechos que en ellas se reconocen no serían otra cosa que meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna (sentencia 167/87). En igual sentido sentencias 152/90, 35/94, /98, entre otras muchas.

En el caso H 28 (1602) RU-España, el padre solicitante, titular de un derecho de visita, requería la devolución del menor. El Juzgado de 1ª Instancia de Málaga ordenó el retorno del menor a Reino Unido. La madre, titular del derecho de custodia se negó a entregar al menor y presentó recurso de apelación. La orden de retorno se ejecutó provisionalmente, el padre vino a España y se le entregó al menor. La Audiencia Provincial de Málaga el 11/09/07 al resolver el recurso de apelación, denegó la restitución del menor. La resolución firme por tanto era la denegación de retorno. ¿Se aplican en este caso los apartados 6, 7 y 8 del artículo 11 del Reglamento 2201/2003?

Recurso de apelación y Reglamento 2201/2003

El Reglamento 2201/2003, establece que cuando un estado miembro al que el menor haya sido trasladado o esté siendo retenido ilícitamente, dicte una resolución denegando el retorno, ésta será revisada por el estado miembro de residencia habitual del menor anterior al traslado o retención ilícita. Si este último estado dicta resolución ordenando el retorno del menor, ésta será ejecutiva sin necesidad de procedimiento alguno.

La Autoridad Central Española considera que no tiene objeto tramitar recursos de apelación cuando el estado miembro de la residencia habitual del menor anterior al traslado o retención ilícita, tienen la última palabra. El recurso, que en algunos casos puede demorarse más de un año, sólo produce una demora en el tiempo al retorno del menor, lo que evidentemente va en contra del interés del mismo.

Bélgica, en el artículo 1322.6 de su Código Judicial dispone que no podrá interponerse ningún recurso contra una decisión dictada en Bélgica de no retorno al amparo del artículo 13 del Convenio.

Remisión de la documentación en caso de denegación de retorno con arreglo al artículo 13 del Convenio

El artículo 11.6 dispone que deberá transmitirse de inmediato al órgano jurisdiccional competente o a la autoridad central del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos, bien directamente o bien por conducto de su autoridad central, copia de la resolución judicial de no restitución y de los documentos pertinentes, en particular el acta de la vista, de conformidad con lo previsto en la legislación nacional. El órgano jurisdiccional

Normalmente, la remisión de los documentos se hace a través de las Autoridad Central. Valga como ejemplo el Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 18/09/2006: “ Conforme a lo previsto en el artículo 11.6 del Reglamento CE nº 2201/2003 deberá transmitirse a la Autoridad Central del Reino Unido, por conducto de la Autoridad Central Española, copia de esta resolución, de la comparecencia de 25/1/2006, del acta de la comparecencia celebrada el 20 de febrero de 2006, en la que se da audiencia al padre del niño Don Luis Manuel, y de los documentos aportados en dicho acto por el letrado de Doña.Elisa. Toda la antedicha documentación se entregará al Abogado del Estado a los efectos de su transmisión a la Autoridad Central del Reino Unido”.

En algunos casos el tribunal remite la documentación directamente al tribunal competente, pero la Autoridad Central española no es informada, por lo que siempre requerimos que se nos remita la misma.

El órgano jurisdiccional debe recibir toda la documentación en el plazo de un mes. Lo cierto es que en la mayoría de los casos este plazo no se cumple, tanto por parte de España como el resto de países, salvo excepciones. En nuestro caso requerimos en varias ocasiones al Abogado del Estado el envío de dicha documentación.

La documentación mencionada se remite sin traducir. Salvo excepciones, los países la remiten en la lengua en la que fueron dictadas.

Cuando la Autoridad Central española recibe las resoluciones denegatorias, las remite al solicitante y al juzgado que considera competente. Lo cierto es que en una sólo ocasión el juzgado nos respondió alegando no ser competente e informando que lo remitía al juzgado decano.

Creo que sería necesario que España dictase normas de aplicación de este reglamento. Al respecto me parece muy interesante el artículo 1210.6 del Código de Proceso Civil de Francia, que dispone que: La resolución denegatoria de la restitución de un menor dictada en el extranjero, así como los documentos que la acompañen, una vez transmitidos a la autoridad central francesa en aplicación del apartado 6 del artículo 11 del Reglamento (CE) del Consejo nº 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, serán remitidos al Fiscal del tribunal de Grande Instance previsto en el artículo 1210-4, que sea territorialmente competente en virtud del artículo L. 312-1-1 del Código de organización judicial, quien promoverá por medio de solicitud la apertura del pertinente proceso ante el juez de familia.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 100 y 101 de este Código, los demás jueces de familia que estuvieran conociendo del mismo litigio, o de litigios conexos, se inhibirán a favor de aquél.

Artículo 55 del Reglamento 2201/2003 Cooperación en casos específicamente relacionados con la responsabilidad parental

La Autoridad Central Española ha recibido 43 solicitudes al amparo de este artículo, requiriendo información sobre la situación del menor, reconocimiento y la ejecución de resoluciones, facilitar las comunicaciones entre órganos jurisdiccionales, en especial para la aplicación de los apartados 6 y 7 del artículo 11 y del artículo 15; y la aplicación por los órganos jurisdiccionales del artículo 56;

Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales al amparo del Reglamento 2201/2003

La Autoridad Central Española no tiene ninguna intervención, salvo la de prestar asesoramiento e información.