

CASO PRÁCTICO

Relatora: Flora Calvo Babio. *Profesora de Derecho Internacional Privado.
Jefa de Formación. Colegio de Abogados de Madrid. Universidad RJC*

I Procedimiento de restitución dentro del marco del Convenio de la Haya de 1980

1.- Fase administrativa

En su fase administrativa, es preciso que las solicitudes se tramiten con mayor celeridad y que la comunicación entre Autoridades Centrales sea muy fluida. El incremento de los supuestos ha provocado que, en ocasiones, estas Autoridades se encuentren colapsadas y se dilate tanto la traducción de los documentos como la propia tramitación de la solicitud. Es preciso que se incrementen los medios existentes para que se pueda acelerar la resolución de estos supuestos.

2.- Fase judicial

Durante la fase judicial es preciso que se cumpla estrictamente el plazo de las seis semanas para la restitución que marcan tanto el art. 11 del Convenio de La Haya de 1980 como el art. 11. 3 del Reglamento 2201/2003. La tramitación judicial de los procedimientos de restitución no se puede dilatar en el tiempo por que si no la restitución podría producir daños irreversibles a los menores.

Es preciso determinar que se entiende por custodia efectiva (art. 3 en relación con el art. 13 ambos del Convenio de la Haya de 1980). Concretamente es preciso determinar si el abandono del hogar por parte de un progenitor debido a la crisis de la pareja, durante un período corto (una semana o quince días) supone un cese por parte de éste de la custodia efectiva que le impide solicitar la restitución (*Sentencia del Tribunal Grand Instance de Pau (Francia) de 7 de marzo de 2006*)

El motivo de no restitución contenido en el artículo 13 b) del Convenio de la Haya debe de utilizarse excepcionalmente. El riesgo físico o psíquico para el menor si es retornado debe ser evaluado cuidadosamente por los servicios psicosociales competentes (adscritos al juzgado o correspondientes a la administración competente). Los tribunales españoles han utilizado este motivo frecuentemente para denegar la restitución (*SAP núm. 463/2007 de la AP de Málaga de 11 de septiembre; Auto núm. 100/2006 de la AP de Granada de 16 de junio; Auto núm. 20/2004 de la AP de Almería; Auto de la AP de Barcelona de 28 de octubre de 2002*).

El transcurso del tiempo es un factor que debe tenerse en cuenta para evaluar el riesgo en caso de retorno. Si los menores han sido examinados por los servicios psicosociales oficiales en un determinado momento y, por las circunstancias que sean, ha transcurrido un plazo superior a 6 meses desde este examen hasta que se fija fecha para llevar a cabo el retorno, deberían de ser obligatoriamente reexaminados para verificar si el retorno es todavía posible sin provocar a los menores daños psicológicos irreversibles.

En todo caso el plazo de un año que fija el Convenio de la Haya de 1980 en su artículo 12 debe tomarse como referencia para limitar los retornos. El límite del año no puede observarse estrictamente si se sobrepasa debido a la actitud dolosa del sustractor. Sin

embargo, se están produciendo restituciones de menores sustraídos hace tres años o más. Las restituciones en estos casos de niños de muy corta edad a progenitores a los que ni siquiera conocen, o que ya no recuerdan, produce daños psicológicos irreversibles a los menores y, en muchos de los casos harán imposible el retorno. Sería conveniente fijar un límite temporal de manera absoluta, sobrepasado el cual, la restitución solo es posible en circunstancias excepcionales.

En el marco del artículo 11. 4 del Reglamento 2201/2003 las autoridades del Estado de residencia del menor anterior a su traslado ilícito, deberán detallar las medidas que se van a adoptar para que el menor esté protegido tras su restitución. Tales medidas serán analizadas por las autoridades del país de traslado del menor que podrán decidir que no son suficientes para garantizar su efectiva protección.

En los casos en los que se ordene un retorno en virtud del artículo 42 del Reglamento 2201/2003, las autoridades que lo ordenan deben de hacerlo sólo si consideran que tal retorno persigue el interés superior del niño. No se debe utilizar este precepto como castigo al sustractor, sino cuando efectivamente el retorno es lo mejor para el concreto menor en cada caso.

II.- Los cambios de custodia ante un supuesto de sustracción

Se está apreciando cada vez más en la jurisprudencia comparada lo que se ha dado en llamar “los cambios salvajes de custodia” (Ej. Sentencia de Primera Instancia de 13 de junio de 2005 de Turnhout, Bélgica). Se produce en los supuestos de sustracción en los que al padre indebidamente privado de sus hijos, que no era el progenitor custodio (o no era el único) se lo otorga la custodia o la patria potestad absoluta de los mismos, simplemente porque el otro los ha sustraído. Tal actitud de los órganos judiciales del país de origen supone un castigo ejemplarizante para el progenitor sustractor, pero no tiene en cuenta en numerosas ocasiones el interés superior del niño.

En este caso el trauma del menor retornado se acrecienta con el del cambio de custodia radical y, en ocasiones, con la privación casi total de las visitas con el progenitor sustractor, el único con el que el menor ha tenido contacto durante a veces muy largo tiempo.

El artículo 10 del Reglamento 2201/2003 debería de ser utilizado con cautela y, en cualquier caso, nunca para realizar una atribución o cambio de custodia sin que se haya examinado previamente a los menores y se haya velado por su bienestar.

Tanto el Convenio de la Haya de 1980 como el art. 11 del Reglamento 2201/2003, son instrumentos que no resuelven el fondo de una sustracción, sino que dotan al sistema de medios para que la situación de los menores regrese al punto en el que estaba antes del traslado o retención ilícita. Debería ser cuando el retorno se haya producido cuando los tribunales examinen con calma a los menores retornados a fin de decidir sobre su custodia. Tal atribución de custodia dependerá de todas las circunstancias del caso y no sólo de la sustracción.

En España tenemos una muestra de que ante la solicitud de cambio de custodia se examinan todos los aspectos del supuesto y no sólo el de la sustracción. En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 6 de septiembre de 2007, cuando, ante la

sustracción de un menor por la madre, el padre solicita un cambio de custodia, el tribunal responde: “(...) y el cambio de custodia al padre no aparece en este momento como lo más beneficioso para el menor –tras dos años de inexistencia de contacto paterno-filial-, aunque sea como consecuencia del comportamiento reprochable del otro progenitor, por lo que, en definitiva, no se estima procedente acceder al cambio sobre la guarda y custodia solicitado (...)”.