

Caso Práctico taller Tres: Ejecución de órdenes de retorno. Relaciones prensa y poder judicial enfrentando casos mediáticos de sustracción: guía práctica. Guías de buenas prácticas: Autoridades Centrales, medidas de aplicación, medidas preventivas y derecho de visitas transfronterizo

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

En 1997 la pareja formada por Luis M. de nacionalidad española y Hilda G. de nacionalidad húngara tuvieron un hijo nacido en Budapest (Hungría). Tras cinco años de convivencia posterior al nacimiento del hijo decidieron separarse, y dado que no estaban casados, el acuerdo relativo a la custodia del niño quedó contenido en un acuerdo privado. En dicho acuerdo se contemplaba la posibilidad de que alguno de los progenitores abandonara Hungría con el niño por motivos de trabajo en cuyo caso debería contarse con el consentimiento del otro cónyuge.

En el año 2000 el padre decide ir a trabajar a España comunicando a la madre el cambio del domicilio, que ésta acepta verbalmente, pero posteriormente, y una vez que el menor hubo abandonado Hungría decide reclamarlo para lo cual solicita el retorno del menor por vía judicial alegando que el padre no se ha puesto en contacto con ella y reclamando por ello la guarda y custodia del niño que hasta ese momento había sido compartida.

Padre e hijo regresaron a Hungría unos meses después para resolver la cuestión legal, y tras un proceso abierto en Hungría por el cual el padre intentó demostrar que no había incumplido el acuerdo privado, el juez cambió parte del mismo, en un proceso plagado de irregularidades (falta de notificaciones, presentación de testigos falsos, falta de traducción de documentos...) el padre decidió huir con el hijo a España en 2001.

La madre invocó el Convenio de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción de menores de 25 de octubre de 1980 para reclamar el retorno de su hijo a Hungría, y mientras tanto el padre y el hijo abandonaron España, país ante el cual se reclamó el retorno del niño.

Padre e hijo se instalan en un país sudamericano y posteriormente en otro país europeo del que la madre no tiene conocimiento. Por su parte la madre abandonó Hungría con su actual pareja y una nueva hija instalándose “de hecho” en España aunque manteniendo su domicilio oficial en Hungría.

En el año 2009 el padre y el hijo han regresado a Hungría, mientras que el procedimiento continúa abierto en España para el retorno del menor en la vía penal y en la vía civil, existe una alerta de captura para el padre, el acuerdo privado húngaro sigue vigente y la madre continúa residiendo en España.

Cuestiones:

- ¿Qué impacto hubiera tenido en el supuesto la existencia de medidas provisionales en los sistemas internos implicados?. ¿Qué tipo de medidas provisionales propondría?.
- ¿Era competente en el Tribunal español en el año 2001 para resolver sobre el retorno del menor?. En caso de responder afirmativamente ¿el juez civil?, o ¿el juez penal?.
- ¿Se puede solicitar la ejecución de retorno emitida por el juez español?. En este caso concreto ¿A qué país debería retornar el niño?. ¿Dónde se considera que está su residencia habitual?.
- ¿Se puede invocar el Reglamento 2201/2003 ya que se trata de países miembros de la Unión Europea?. Analizar los pros y contras de la solución elegida.
- Si el Tribunal español considera que ha perdido su competencia en 2009 ¿qué procedimiento debe utilizarse para cerrar el caso?. ¿Qué papel juega la autoridad central?

Aspectos a tener en cuenta para la resolución de caso práctico

1.- Autoridades Centrales

La Autoridad Central debe disponer de los recursos humanos y materiales necesarios para controlar el seguimiento y la revisión de las medidas preventivas aplicable en cada caso concreto.

Las Autoridades centrales deben solicitar directamente al tribunal una decisión de retorno, actuar en calidad del demandante en el asunto o representar al padre que actúa como demandante, o en su caso actuar como *Amicus curiae*. Así mismo la Autoridad Central puede dar instrucciones a los Abogados del Estado que pueden representar al solicitante ante el tribunal.

La Autoridad Central debe proteger al menor de cualquier daño, debe asegurarse de que en un plazo de seis semanas a partir del requerimiento, el solicitante o la Autoridad Central del Estado requirente, pueda solicitar una declaración sobre los motivos del retraso. Así mismo los servicios sociales y de policía pueden ser requeridos para que aporten toda clase de asistencia necesaria a la Autoridad Central para asegurar la ejecución de la orden de retorno o impedir el desplazamiento del menor fuera del país antes del retorno.

2.- Medidas procesales

Una vez que el Convenio sea de aplicación en los Estados los sistemas internos deberán establecer medios para asegurar la buena aplicación del Convenio como por ejemplo medidas destinadas a clarificar la función de los órganos y autoridades (por ejemplo el juez de enlace en cada país que permita actuar como órgano de consulta sobre los trámites internos y la buena aplicación del Convenio).

Los derechos internos de los Estados deben incluir disposiciones que permitan asegurar que las solicitudes de retorno establecidas por el Convenio de La Haya se traten con rapidez y diligencia teniendo en cuenta:

- Procedimientos previos que permitan a lo jueces y la autoridades implicadas obtener información suficiente para localizar a los menores.
- Medidas provisionales que permitan al juez actuar con urgencia.
- Establecer procedimientos expeditivos a través de los cuales se otorguen poderes a los tribunales para dar prioridad a las solicitudes de retorno.
- Favorecer la concentración de competencias en un número limitado de tribunales.

a) Procedimientos previos

Para minimizar el retraso en la localización inicial del menor, y así facilitar el comienzo de un procedimiento de retorno, la ley inicial de aplicación puede incluir disposiciones dando a los jueces de instancia amplios poderes para localizar al menor. También pueden ordenar los jueces a terceras personas que proporcionen información sobre la

localización del menor o librar un mandato permitiendo a las autoridades efectuar averiguaciones precisas.

b) *Medidas provisionales*

Las medidas provisionales pueden ser decisivas para asegurar el éxito y la rapidez del retorno del menor antes de una decisión definitiva, ya que en ocasiones pueden servir para evitar la huida del los padres con el hijo fuera de la jurisdicción (por ejemplo retirar el pasaporte en caso de sospecha de huida). Las medidas provisionales pueden abarcar la posibilidad de que el juez pueda dar una orden previniendo el desplazamiento del menor para evitar una solicitud de retorno, o ordenar la colocación de un menor en situación de custodia temporal a modo de protección si existe riesgo de que el menor sea desplazado fuera de la jurisdicción o escondido en ésta antes de una orden de un tribunal.

c) *Procedimientos expeditivos*

Los sistemas internos deben tratar las demandas de retorno con diligencia en todas las instancias siendo ésta una de las cuestiones esenciales del Convenio. En este sentido los tribunales pueden tomar medidas para dar prioridad a una demanda de retorno, tomar medidas provisionales necesarias o poner en marcha procedimientos acelerados y por jueces especializados que conozcan el contenido del Convenio.

En este sentido la experiencia ha demostrado que los procedimientos de recursos pueden ocasionar retrasos importantes que desvirtúan la rapidez que se da en la primera instancia, por lo que también se debe aplicar la rapidez en la apelación.

Las disposiciones destinadas a fomentar la rapidez en los procedimientos de recursos pueden incluir una limitación del plazo del recurso contra una decisión desfavorable, exigencia de una autorización para interponer una apelación y podrán también indicar el tribunal o limitar el número de los tribunales a los que se puede recurrir.

Así mismo se debería prever medidas de aplicación para la ejecución provisional de una decisión de retorno aunque se haya depositado una apelación bajo reserva de una retención de la ejecución, pudiendo ser esta medida una desmotivación al uso abusivo de los recursos que pueden retrasar el retorno del menor. (Por ejemplo en países como Alemania, Finlandia e Italia se establece que la decisión del tribunal será ejecutiva sin demora y podrá ser objeto de recurso ante el Tribunal de Casación. La interposición del recurso no detendrá la ejecución de la decisión.

3.- Ejecución de retorno

El retraso o la falta de ejecución de decisiones de retorno son frecuentes debidos a diferentes motivos (huida de sustractor con el menor, recursos dilatorios etc.) A menudo surgen dificultades cuando se toma una decisión de retorno pero que la orden no prevé, o prevé de forma inadecuada para llevar a la práctica el retorno del menor.

Hay que buscar mecanismos simples y eficaces de ejecución de las órdenes de retorno de menores que sean ejecutadas, es decir que el retorno tenga lugar y no solamente que se le ordene. Para ello se pueden establecer procedimientos que aseguren la ejecución efectiva de las órdenes de retorno una vez que éstas sean firmes (es decir, que ya no quepa la posibilidad de recurso alguno o que el plazo para recurrir haya pasado), o si el tribunal ha ordenado la inmediata ejecución de la orden.

Para asegurar el cumplimiento del retorno los tribunales deberán indicar con detalle la forma en que debe desarrollarse el retorno (por ejemplo precisar la hora y la fecha, el lugar de entrega etc.). En muchas ocasiones los tribunales examinan los compromisos que acepta la parte demandante para minimizar en lo posible las eventuales repercusiones sobre los menores. También pueden establecer disposiciones para asegurar que el responsable de la sustracción no puede desaparecer con el menor entre la fecha de la orden y la fecha del retorno. Otras medidas punitivas para desalentar el incumplimiento de una orden de retorno puede consistir en establecer sanciones por desacato al tribunal, multas o incluso el encarcelamiento.

El Fiscal del Estado cumple en determinados ordenamientos la función de prever la coordinación con otros órganos, o la autorización del inicio de procedimientos de localización, o la obtención del retorno del menor. También se puede solicitar ayuda a otros medios como pueden ser Interpol, agencias privadas etc.

También es posible la ejecución utilizando la amenaza de una sanción coercitiva, una orden de detención o la autorización para el uso de la fuerza, estando incluso previsto que el tribunal pueda ordenar el libramiento de una orden de arresto o detención del menor.

Es posible encontrar sistemas en los que el solicitante deba actuar para que se ejecute la decisión, iniciando un procedimiento judicial para la ejecución de la orden, en cuyo caso los sistemas internos han de asegurar que el solicitante sea informado de estas exigencias adicionales. (Por ejemplo el solicitante debe llevar él mismo la decisión a un alguacil o a un agente de ejecución).

4.- Medidas preventivas

Las medidas preventivas tienen como objetivo evitar que se produzca la sustracción. Para ello hay una serie de medidas que se deben tener en cuenta:

a) Documentos de viaje

Se pueden considerar como medidas preventivas:

- Que los menores tengan documentos de viaje diferentes a los de sus padres
- Que sea necesario el consentimiento de ambos progenitores para viajar, siendo necesaria una prueba de dicho consentimiento. Para ello sería aconsejable la existencia de un formulario estándar de consentimiento que facilite la comprobación de este requisito.
- Comprobar que no existan órdenes o acuerdos en el caso de que tengan que conseguirse visados.

- Comprobar en los controles fronterizos los documentos de viaje, pudiendo ser posible la detención y el interrogatorio en el caso de sospecha.

b) *Normativa penal*

Disposiciones de derecho penal establecidas por los Estados criminalizando el desplazamiento ilícito.

c) *Normativa civil*

- El fomento de acuerdos voluntarios así como de medicaciones pueden evitar una posterior sustracción.
- Establecimiento de una base legislativa firme que evite o impida la sustracción en los casos de ruptura de parejas.

5.- Derecho de visitas transfronterizo

Cuando un progenitor con el derecho de custodia (progenitor con el que el menor vive habitualmente) se establece en otro Estado con el menor, el otro progenitor podrá solicitar que se tomen medidas para proteger sus derechos de visitas. De igual modo, si un progenitor con derechos de visita se establece en el extranjero, el progenitor con derecho de custodia puede solicitar que se tomen medidas para protegerse de una eventual retención ilícita del menor por el progenitor con derechos de visita cuando el menor debe realizar su visita en el extranjero.

Para lograr esta protección se exige el consentimiento de todas las personas con derechos de custodia antes de aprobar una orden para permitir el establecimiento del menor en otro país que pueden consistir en:

- Exigir el consentimiento del progenitor con derechos de visita
- Dejar en manos de los tribunales la decisión sobre las cuestiones de establecimiento en el extranjero
- Dejar que sean los progenitores los que decidan sobre las cuestiones de establecimiento en el extranjero dándose aviso al otro progenitor del cambio del lugar de residencia.

Para dar más transparencia a estas situaciones, los tribunales podrán incluir condiciones a las órdenes incluyendo la necesidad de garantizar que las órdenes relativas a los derechos de visita de otro progenitor puedan reconocerse en otro Estado. También es posible que se exija por los tribunales un determinado periodo de aviso para la propuesta de establecimiento en otro país para dar al progenitor que se queda la oportunidad de combatir la solicitud si lo desea, ya que cuando los progenitores ni están satisfechos con el cambio de establecimiento en otro país, suele haber un elevado riesgo de sustracción.

El progenitor con derecho de custodia puede obtener una protección adicional contra la sustracción cuando el menor se halle en visita en el extranjero que disuada al otro progenitor de sustraerlo. Así por ejemplo el tribunal puede emitir una orden de visita condicional o sujeta al cumplimiento de determinados requisitos como:

- La supervisión de la visita por un profesional o por un miembro de la familia
- El depósito de una garantía económica por la persona con el derecho de visita
- El progenitor con derecho de visita debe informar regularmente a la policía o a otra autoridad durante el periodo de visita

El tribunal también podrá solicitar al progenitor que disfruta del derecho de visita los siguientes datos:

- Datos de contacto en el extranjero
- Número de pasaporte
- Datos de la tarjeta de crédito
- Información relativa a los compañeros de trabajo y del círculo familiar
- Fotocopias de los billetes de avión e itinerario del viaje.

Las disposiciones que garantizan el reconocimiento y la ejecución de órdenes sobre custodia y derechos de visita son útiles para prevenir la sustracción.

Carmen Parra Rodríguez
cparra@uao.es

Barcelona, mayo de 2009