

“Family means no one gets left behind or forgotten.” David Ogden Stiers

“Children aren't coloring books. You don't get to fill them with your favorite colors.”
Khaled Hosseini

“Children must be taught how to think, not what to think.” Margaret Mead



FACULTAD DE DERECHO

**“ESTUDIO CRÍTICO DEL REGLAMENTO BRUSELAS II BIS Y SU
PROPUESTA DE REFUNDICIÓN EN MATERIA
DE RESPONSABILIDAD PARENTAL”**

Sobre la sustracción internacional de menores en la Unión europea

Chiara Gross
4ºE1-BL

Derecho Internacional Privado
Tutor: Isabel Lázaro González
Coordinadora: María Burzaco

Madrid
2019

Agradecimientos a mi tutora, por haberme guiado en la elaboración de este trabajo.

ÍNDICE

I. RESUMEN // SUMMARY

II. LISTADO DE ABREVIATURAS

III. INTRODUCCIÓN

IV. **El avance de la lucha contra la sustracción internacional a través del reconocimiento del interés superior del menor a nivel europeo**

1. Recordatorio conceptual de la noción de “*interés superior del menor*”
2. La consideración del interés superior del menor en el derecho interno español
3. El incremento de la consideración del interés superior del menor en materia de sustracción internacional, en la propuesta de refundición de 2016 respecto del Reglamento Bruselas II bis

V. **Una mejor toma en consideración del derecho del niño a ser oído en materia de sustracción internacional de menores**

1. Recordatorio conceptual e histórico de la noción de “*derecho del niño a ser oído*”
2. El reconocimiento del derecho a ser oído concretado en el Reglamento Bruselas II bis y su profundización en la propuesta de refundición de 2016 en materia de sustracción internacional de menores

VI. CONCLUSIONES

VII. FUENTES DE INVESTIGACIÓN

- Obra doctrinal
- Legislación
- Jurisprudencia
- Enlaces

VIII. ANEXOS

- El Reglamento Bruselas II bis
- La propuesta de refundición del Reglamento de 2016

I. RESUMEN

El trabajo analiza un avance en el reconocimiento del interés superior del menor y en cuanto a su derecho a ser oído. Esto es, tanto a nivel interno como a nivel europeo. A partir de eso, vemos que hay una mejor consideración de estos dos derechos del menor a nivel europeo con la entrada en vigor del Reglamento Bruselas II bis y una profundización de éstos en la propuesta de refundición de 2016 hecha por la Comisión europea, en materia de sustracción internacional. Éste es un tema que afecta a la protección del menor. Y el trabajo permite ver cómo la figura del menor es tomada en consideración en ambos textos.

Si bien el Reglamento toma en consideración al menor, la propuesta de 2016, mediante una agilización de la redacción del Reglamento y, mediante la modificación e introducción de nuevas medidas, mejora el reconocimiento de los derechos del niño a nivel europeo.

SUMMARY

The work analyzes an advance in the recognition of the best interest of the minor and in his right to be heard. This is, both internally and at European level. From this, we see that there is a better consideration of these two rights of the child at European level with the entry into force of the Brussels IIa Regulation and a deepening of these in the 2016 recast proposal made by the European Commission, in of international abduction. This is an issue that affects the protection of the child. And the work allows to see how the figure of the minor is taken into consideration in both texts.

Although the Regulation takes the minor into consideration, the 2016 proposal, by streamlining the drafting of the Regulation and, through the modification and the introduction of new measures, improves the recognition of children's rights at European level.

PALABRAS CLAVES :

Audiencia del menor; Cooperación europea en materia civil; Competencia judicial; Derecho a ser oído; Derecho de familia europeo; Derechos fundamentales de la persona; Derecho Internacional Privado; Interés superior del menor; Propuesta de refundición; Protección del menor; Reconocimiento y confianza mutuos; Reglamento Bruselas II bis; Residencia habitual del menor; Responsabilidad parental; Sustracción internacional; Tratados internacionales.

Hearing of the minor; European cooperation in civil matters; Judicial competence; Right to be heard; Family right; European law; Fundamental rights of the person; Private international right; Superior interest of the minor; Recast proposal; Protection of the minor; Mutual recognition and trust; Brussels IIa Regulation; Habitual residence of the minor; Parental responsibility; Right to be Heard; Right to be informed; International subtraction; International deals.

II. LISTADO DE ABREVIATURAS

Art.	Artículo
CE	Constitución Española de 1978
CDN	Convención sobre los Derechos del Niño de 1989
CH 1980	Convenio de la Haya de 1980
DIPri	Derecho Internacional Privado
EM	Estado miembro
JP	Jurisprudencia
LO	Ley Orgánica
RBII bis	Reglamento Bruselas II bis
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TFUE	Tribunal sobre el Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
UE	Unión Europea

III. INTRODUCCIÓN

“Unida en la diversidad”.

El lema de la Unión europea (UE, en adelante) pone el acento sobre la diversidad de las legislaciones entre sus Estados miembros (EM, en adelante). Aunque exista dicha característica, el legislador europeo tiene que velar para que la UE quede unida.

Si cada país a priori soberano, acepta formar parte de la UE para, entre otros, preservar la paz común, acepta a su vez algunas restricciones en cuanto a su libertad para legislar. A este respecto, es preciso señalar que, el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007, es el que aclara sobre el reparto de las competencias estatales y de la UE. Existen “*competencias exclusivas*” atribuidas a la UE (**art. 3** del TFUE, principio de atribución), “*competencias compartidas*” con los EM (si la UE ha optado por no regular sobre una materia en que podía hacerlo); y “*competencias de apoyo*” a la acción de los EM en ámbitos en que la UE no puede adoptar actos jurídicos.

Ahora bien, cuando puede legislar sobre una materia, el legislador europeo debe hacerlo persiguiendo el objetivo de armonización de las legislaciones. Para ello, dispone de instrumentos jurídicamente vinculantes para los EM, tales como las directivas y los reglamentos. Y parece que estos últimos son los que permiten, con mayor eficacia, unificar las legislaciones sobre determinadas materias. Entre ellas, vamos a centrar el estudio sobre el Derecho de la familia europeo y más especialmente, sobre el tema de la sustracción internacional de los menores a nivel europeo. Esto es: comparar el Reglamento Bruselas II bis (*RBII bis*, en adelante) y su propuesta de refundición de 2016 (que no está vigente hoy en día), en materia de sustracción internacional,

En cuanto al RBII bis¹, se aplica desde el primero de marzo de 2005 a todos los EM de la UE (salvo Dinamarca), y es relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. Con lo cual, no trata del ámbito de la ley aplicable pero fija la competencia de los tribunales de los EM así como la eficacia extraterritorial en éstos.² A su vez, hemos de remarcar que el Reglamento excluye expresamente materias como la acción de paternidad, la obligación de alimentos, el régimen del nombre y apellidos de los menores, la emancipación y la adopción.

¹ **Reglamento (CE) No 2201/2003** del Consejo, de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) no 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes

² **STJUE Sundelind López** (Sala Tercera) de 29 de noviembre de 2007.

Asunto C-68/07, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo a los art. 68 CE y 234 CE, por el Högstodomstolen (Suecia)

Dada la complejidad de planos normativos y, de acuerdo con el principio de primacía del derecho europeo sobre el derecho interno de los EM, en caso de conflicto de leyes, la norma europea (el RBII bis) prima sobre cualquier norma interna.

A su vez, si el RBII bis prima sobre determinadas normas convencionales (como el *Convenio de La Haya de 1961*³), el Reglamento constituye, junto con los *Convenios de La Haya de 25 de octubre de 1980*⁴ y de *19 de octubre de 1996*⁵, los textos básicos sobre la materia, aplicables en la UE.

El RBII bis resulta ser muy importante en la práctica, y para un país como España, que forma parte de la UE. Pero tenemos que señalar que, como todo instrumento legislativo, por esencia, comporta imperfecciones, siendo susceptible de mejoras.

En ésta óptica, la Comisión europea impulsó su modificación y propuso un proyecto de refundición del Reglamento⁶.

En efecto, en Junio de 2016, introduce y modifica medidas para lograr una armonización de las normas procesales de los EM en Derecho de la familia europeo.

El nuevo Reglamento pretende mejorar, entre otros, la protección que debería de otorgarse al menor. Esto es, mediante la profundización del reconocimiento del interés superior del menor y su derecho a ser oído en todo procedimiento que lo implique, y, en particular en materia de sustracción internacional. Con ello, se podría lograr una verdadera protección de los niños (eficaz y eficiente) puesto que en la actualidad, los menores pueden verse perjudicados dado la lentitud de los procedimientos por ejemplo. Por ello, la Comisión europea intenta con la propuesta de 2016, adecuar y mejorar los procedimientos de reconocimiento y ejecución de las resoluciones en materia de sustracción internacional.

En cuanto a lo que se debe entender por esta expresión, el ministerio de Justicia español señala que la sustracción internacional “*se produce cuando un menor es trasladado ilícitamente a un país distinto de donde reside habitualmente, violando el derecho de custodia atribuido a una persona o a una institución, o en aquellos casos en que el padre o la madre se haya trasladado con el menor para residir en otro país, e impida al otro progenitor que tenga atribuido el derecho de visita ejercitarlo. El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos cuando se produzcan cualquiera de los siguientes supuestos: Cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido separada o conjuntamente a una persona, a una institución o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención. Cuando este derecho se ejercía en forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención*”.⁷

³ **Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961** sobre Competencia de Autoridades y LeyAplicable en materia de Protección de Menores

⁴**Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980** sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores

⁵ **Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996**sobre Protección de Menores

⁶**Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición)**. Bruselas, 30.6.2016 COM(2016) 411 final 2016/0190 (CNS)

⁷ <https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/areas-tematicas/area-internacional/cooperacion-juridica/sustraccion-internacional> - Última lectura

A su vez, la Convención para los Derechos del Niño de 1989, indica que “*es obligación del EM adoptar las medidas necesarias para luchar contra los traslados ilícitos y la retención ilícita de niños en el extranjero, ya sea por su padre o su madre, ya sea por una tercera persona*”.⁸ Es en efecto importante que los EM luchen contra dicho traslado, puesto que, con la existencia del espacio Schengen, hay una libertad de circulación de las personas y que supone una gran dificultad a la hora de restablecer la situación anterior a la sustracción (dado el *fuero artificial* creado por el secuestrador). Es por ello que diversos instrumentos legales (como el RBII bis en los ámbitos de la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales), deben favorecer la protección de los niños, luchando contra este fenómeno, ya bien conocido hoy en día.

Ahora bien, nos proponemos responder al interrogante siguiente: ¿en qué medida la refundición del 2016 supone un avance en el reconocimiento del interés superior del menor y el derecho del niño a ser oído respecto del Reglamento Bruselas II bis en materia de sustracción internacional de menores?

Para ello, será preciso analizar en una primera parte el avance de la lucha contra la sustracción internacional a través del reconocimiento del interés superior del menor a nivel europeo, antes de estudiar en una segunda parte, una mejor toma en consideración del derecho del niño a ser oído en materia de sustracción internacional de menores

⁸ **Art. 14** de la Convención para los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989

IV. **El avance de la lucha contra la sustracción internacional a través del reconocimiento del interés superior del menor a nivel europeo**

En esta primera parte, recordaremos qué se entiende por “*interés superior del menor*” antes de analizar cómo es tratado en derecho interno español y, finalmente, ver de qué manera se profundiza su reconocimiento en materia de sustracción internacional en la propuesta de refundición de 2016 respecto del RBII bis.

1. Recordatorio conceptual de la noción de “*interés superior del menor*”

Según Isaac Ravestllat Ballesté, “*el principio de interés superior del menor ha sido recogido tanto por los textos internacionales como por las disposiciones europeas, nacionales y autonómicas más relevantes en la protección de los menores. La apelación de las leyes a tal interés tiene una justificación objetiva tanto en la situación de vulnerabilidad de los niños, como en la imposibilidad que tienen de dirigir sus vidas con la suficiente madurez y responsabilidad*”.⁹

Esta consideración del autor subraya la importancia que tenemos que dar a la figura del menor puesto que se trata de un ser especialmente vulnerable. Y cuando el autor indica que dicha noción ha sido recogida por los textos internacionales, tenemos que mencionar el más relevante sobre la protección de los menores : es aquel sobre la *Convención sobre los Derechos del Niño* de 1989 (CDN, en adelante).¹⁰ En su tercer artículo (*art.*, en adelante), se dispone lo siguiente:

“**1.** *En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.*
2. *Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas*”.

Sin embargo, como la CDN no da una definición concreta de lo que se debe entender por “*interés superior del menor*”, el Comité de los Derechos del Niño¹¹ se ha encargado de interpretar dicho concepto en su *Observación general n° 14*, que es vinculante para los Estados partes.¹²

⁹ **I. RAVETLLAT BALLESTÉ**, *El interés superior del niño: concepto y delimitación del término*. Educatio Siglo XXI, Vol. 30 n° 2 · 2012, pp. 89-108.

¹⁰ **La Convención de los Derechos del Niño**, de 20 de noviembre de 1989.

Se trata de la primera ley internacional sobre los derechos de los niños y niñas, es de carácter obligatorio para los Estados firmantes. Promueve y defiende los Derechos del niño.

Impone a que el Estado deba adoptar las medidas necesarias para dar efectividad a todos los derechos reconocidos en la Convención.

¹¹ **El Comité de los Derechos del Niño** : es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la CDN y de sus dos primeros Protocolos.

¹² **CDN. Observación general N° 14** (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3, párrafo 1).

La citada Observación dispone lo siguiente: “*El concepto de interés superior del niño es complejo, y su contenido debe determinarse caso por caso. El legislador, el juez o la autoridad administrativa, social o educativa podrá aclarar ese concepto y ponerlo en práctica de manera concreta mediante la interpretación y aplicación del art. 3, párrafo 1, teniendo presentes las demás disposiciones de la Convención. Por consiguiente, el concepto de interés superior del niño es flexible y adaptable. Debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales. En lo que respecta a las decisiones particulares, se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en función de las circunstancias específicas de cada niño en concreto. En cuanto a las decisiones colectivas (como las que toma el legislador), se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en general atendiendo a las circunstancias del grupo concreto o los niños en general.*”¹³ Así pues, vemos que el Comité da pautas para interpretar el interés superior del menor y, además, recomienda interpretarlo como un concepto triple :

a) **Un derecho sustantivo:** el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El art. 3, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

b) **Un principio jurídico interpretativo fundamental:** si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño.

c) **Una norma de procedimiento:** siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño, (...) o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. Los Estados deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones.

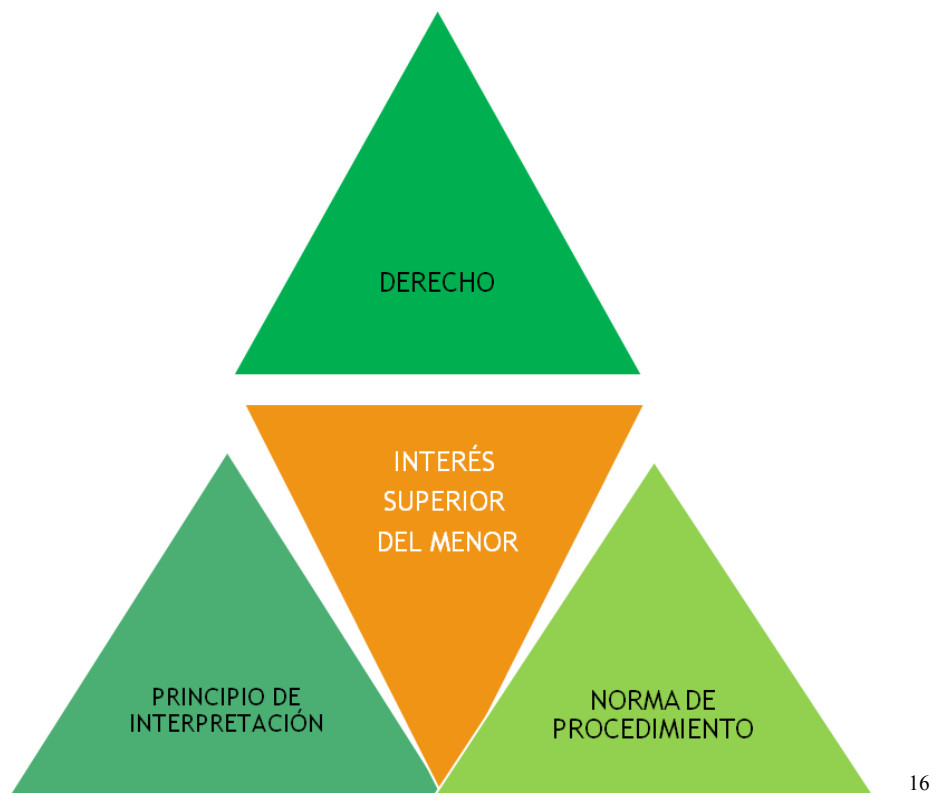
Esta interpretación del Comité, sirve de aclaración a la hora de interpretar la expresión “*interés superior del menor*”. Frente a este hecho, los Estados deben tomar en cuenta sus recomendaciones a la hora de tomar medidas relativas a los niños. Y como el Comité considera el interés superior como un derecho, un principio y una norma de procedimiento, los Estados deberán pensar el interés en relación a esta triple dimensión además de “*garantizar que el principio se integre de manera adecuada y se aplique en todas las medidas de las instituciones públicas, de ejecución y los procedimientos administrativos y judiciales que afectan directa o indirectamente a los niños; velar por que todas las decisiones, las políticas y la legislación relacionadas con los niños dejen patente que el interés superior de estos ha sido una consideración primordial*”.

¹³ **CDN. Observación general N° 14 (2013)** sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3, párrafo 1)

Aunque se pueda considerar el concepto de interés superior del menor como indeterminado y complejo, el Comité lo califica como “dinámico”, que debe evaluarse adecuadamente en cada contexto, pudiendo afectar no solo un niño en particular, sino también un grupo de niños (por tanto, se trata de un derecho tanto individual como colectivo). Realmente, es preciso entenderlo como una noción flexible, que permite adaptarse a cada caso como lo sugiere Reís Monteiro cuando habla de “concepto metajurídico de contenido variable, que debe determinarse a la luz de las circunstancias de cada caso.”¹⁴

Y como bien subraya el Comité en su Observación general n°14, el principio de interés superior del menor obliga no solo a los representantes legales del menor, sino también al juez encargado de juzgar un supuesto familiar litigioso, que pueda en alguna medida afectarlo. A este respecto, conviene remarcar que el juez tiene la obligación de escucharlo (si su interés está en juego o perjudicado por ejemplo) y fundamentar su decisión.

Finalmente, tanto los representantes legales del menor como el juez, deben de tener presente que el menor necesita de una atención particular dado su edad y falta de madurez en la mayoría de los casos¹⁵. Y es importante señalar que el menor, no deja de ser titular de los derechos fundamentales señalados en la Constitución española de 1978 (CE, en adelante) que le pertenecen de forma inviolable, al igual que los mayores de edad.



¹⁴ A. Reís MONTEIRO, *La revolución de los derechos del niño*, cit., p. 176.

¹⁵ Ahora bien, si el niño resulta ser muy maduro por su edad, esto deberá tenerse en cuenta. El juez valorará su madurez escuchándole a través del procedimiento de audiencia.

¹⁶ **Elaboración propia a partir de** : <https://repositorio.comillas.edu/rest/bitstreams/150133/retrieve>

Después de haber recordado lo que se debe entender por “*interés superior del menor*”, y antes de ver el avance concreto en relación a su toma en consideración en materia de sustracción internacional en la propuesta de refundición de 2016 respecto del RBII bis, cabe ver de qué manera el Estado español lo toma en cuenta en su Derecho interno.

2. La consideración del interés superior del menor en Derecho español

Como España es parte de la citada CDN, debe respetar las obligaciones impuestas a los Estados partes de la Convención de 1989, junto con las Observaciones generales hechas por el Comité para los Derechos del Niño. Todo ello con el objeto de potenciar el interés del menor.

Si analizamos literalmente el art. 154 del Código Civil, vemos que el legislador español no menciona explícitamente el concepto de “*interés superior del menor*”. Sin embargo, vemos la importancia dada al menor, junto con la mención de su derecho a ser oído. En efecto, el propio artículo dispone que “*La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad física y psicológica. Esta potestad comprende los siguientes deberes y facultades: 1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral (...). Si los hijos tuvieren suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten*”.¹⁷

Si el Código Civil español consagra efectivamente una importancia al menor, la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor (LO, en adelante), por su parte, menciona de forma expresa el “*interés superior del menor*” y, se encarga de reconocer que éste tenga una consideración primordial. De hecho, la Ley obliga a que prima “*el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir*”.¹⁸

Junto con la citada LO, hubo dos notables modificaciones del sistema de protección del menor en el Derecho interno español: la LO 8/2015, de 22 de julio y la Ley 26/2015, de 28 de julio. La primera introduce cambios procesales y sustantivos en los ámbitos que inciden en los derechos fundamentales y libertades públicas establecidos por la CE,¹⁹ mientras que la segunda impone a los poderes públicos asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y, de los menores²⁰. Además, “*introduce los cambios para que la legislación de protección a la infancia y a la adolescencia permitan continuar garantizando a los menores una protección uniforme en todo el territorio*”.²¹

¹⁷ Art. 154 del Código Civil español

¹⁸ Art. 2 de la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor.

¹⁹ https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-8222 – Última lectura

LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

²⁰ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-8470> - Última lectura

Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

²¹ A. PANIZA FULLANA. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* num.8/2015, Parte Doctrina Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2015. I.

Finalmente, podemos decir que, realmente, la reforma legislativa de 2015 pone el enfoque en la figura del menor. En efecto, éste parece estar en el centro de atención y preocupaciones del legislador. Esto es, a través de una serie de pautas y directrices detalladas en la reforma legislativa española, así como en la CDN de 1989 y en las Observaciones generales del Comité sobre los derechos del Niño, hay una mejor consideración del interés superior del menor. Y a continuación, vamos a ver que, en materia de sustracción internacional dentro de la UE, el RBII bis lo incrementa y la propuesta de refundición de 2016 lo profundiza.

3. El incremento de la consideración del interés superior del menor en materia de sustracción internacional, en la propuesta de refundición de 2016 respecto del RBII bis

Como bien se sabe, una propuesta de refundición tiene como objeto principal el de mejorar y complementar un instrumento, aportando las modificaciones oportunas y soluciones a diferentes problemas de fondo y/o forma encontrados en la práctica. Pero no hay que olvidar, que una propuesta de refundición, como su propio nombre indica, es una propuesta, es decir no deja de ser un proyecto hasta que se apruebe. Con lo cual, si bien tiene por fin reemplazar el instrumento legislativo que pretende mejorar, no rige en la actualidad. El instrumento que pretende refundir (el RBII bis), es el Derecho en vigor sobre las cuestiones relativas a las relaciones matrimoniales y paterno-filiales.

La propuesta se propone aportar más previsibilidad y eficacia a los procedimientos transfronterizos establecidos para los menores en el Reglamento. A su vez, pone de relieve la falta de claridad en la redacción del RBII bis y la presencia de diversas lagunas. Como lo señala la propia propuesta, ésta *“pretende mejorar la protección de los menores, en los supuestos en los que se han verificado fallos de funcionamiento del sistema.”*

Como existen numerosos retrasos en los procedimientos, ésto provoca una gran inseguridad jurídica, contraria al objetivo mismo del Derecho de aportar seguridad. Además, la no tramitación de solicitudes (más que los retrasos), es algo que no se puede permitir en la actualidad, sobre todo, en relación a cuestiones tan delicadas como las relativas a las sustracciones internacionales de menores. De hecho, estos problemas, tanto de fondo y forma como procesales, perjudican al menor y a sus derechos fundamentales en vez de satisfacer su interés. Y como el legislador tiene presente que el Derecho es una ciencia social móvil, debe adecuarlo a los cambios sociales. En este sentido, la Comisión europea, en la propuesta de Reglamento de 2016, recoge en sus artículos gran parte de la Jurisprudencia del TJUE (podríamos incluso comparar el TJUE a un *“cuasilegisador”*²²).

Si la propuesta del RBII bis introduce nuevas medidas (como el reconocimiento automático de las resoluciones judiciales de otros EM), es también porque suprime algunas como el exequatur.²³ La práctica mostró que éste supone no sólo retrasos sino también gastos importantes por lo que se prevé un procedimiento de oposición al reconocimiento de una resolución con causas tasadas y también la suspensión del procedimiento así como la ejecución parcial. Para mejorar la fase del procedimiento, en la sección relativa a la *“ejecutoriedad”*, la propuesta de Reglamento de 2016 combina la remisión a la normativa nacional con reglas armonizadoras.²⁴

²² Citación del profesor de DIPri J. Ignacio **PAREDES PÉREZ**

²³ El procedimiento del exequatur es el procedimiento actual vigente mediante el cual una resolución extranjera debe ser reconocida oficialmente por el Estado de ejecución

²⁴ **Art. 30-36**, sección II del capítulo III de la propuesta de refundición de 2016

Es preciso anotar que actualmente, se prevé que “*en caso de que se dicte una resolución de no restitución (...), el órgano jurisdiccional debe informar de ello al órgano competente o a la autoridad central del EM en el que el menor tenía su residencia habitual antes de su traslado o retención ilícitos. Este órgano jurisdiccional, si aún no se ha interpuesto demanda ante él, o la autoridad central deben dirigir una notificación a las partes. Esta obligación no debe impedir que la autoridad central dirija asimismo una notificación a las autoridades públicas pertinentes de conformidad con el Derecho nacional.*”²⁵ Ahora bien, este artículo (art., en adelante) no ha sido retomado por la propuesta.

Y en caso de restitución, el **nuevo art. 25** retoma el principio de la redacción actual del art. 17 del RBII bis, que dispone: “*En caso de traslado o retención ilícitos de un menor, es importante que su restitución se produzca **sin demora** y con tal fin debe seguir aplicándose el Convenio de la Haya de 1980*”.²⁶ El **actual art. 17** añade: “*en casos concretos y debidamente justificados, los órganos jurisdiccionales del EM al que haya sido trasladado o en el que esté siendo retenido ilícitamente el menor puedan oponerse a su restitución. Sin embargo, semejante resolución debe poder ser sustituida por otra posterior del órgano jurisdiccional del EM en el que el menor tenía su residencia habitual. En caso de que esta última resolución implique la restitución del menor, ésta debería realizarse sin necesidad de procedimiento alguno para el reconocimiento y la ejecución de dicha resolución en el EM en el que se encuentra el menor.*”

En ambos artículos, se insiste sobre el hecho de que la restitución del menor a su país de origen, se haga sin demora. Esto es, para impedir que el menor pueda verse afectado por un retraso y, por lo tanto, impedir que sea perjudicado. A este respecto, conviene recordar la citación de C. BÖHMER : “*Mientras se eternizan los procedimientos legales, el menor crece y se integra rápidamente en el país al que ha sido trasladado. Por ello, el retorno a su país de origen le puede comportar más perjuicios que beneficios*”. Como bien remarca el autor, se trata de una *lucha contrarreloj*.²⁷

De acuerdo con ello, el **nuevo art. 26**, dispone: “*A fin de concluir los procedimientos de restitución (...) lo más rápidamente posible, los EM deben concentrar la competencia relativa a este tipo de procedimientos en uno o más órganos jurisdiccionales, teniendo en cuenta, las estructuras internas de la Administración de Justicia. La concentración de competencias en un número limitado de órganos jurisdiccionales de un EM es una herramienta esencial y eficaz para acelerar la gestión de los casos de sustracción (...), dado que los jueces que conocen de un mayor número de estos casos desarrollan conocimientos técnicos específicos. (...) la competencia en los casos de sustracción de menores se podría concentrar en un único órgano jurisdiccional para todo el país o en un número limitado de órganos jurisdiccionales, utilizando, por ejemplo, el número de órganos jurisdiccionales de apelación como punto de partida y concentrando la competencia de los casos de sustracción internacional de menores en un órgano jurisdiccional de primera instancia en cada distrito de un tribunal de apelación. Cada instancia debe dictar su resolución dentro de las seis semanas siguientes a la presentación de la solicitud o el recurso. Los EM deben limitar a uno el número de recursos posibles contra una resolución por la que se conceda o deniegue la restitución de un menor en virtud del CH de 1980 sobre la sustracción de menores”.*

²⁵ Art. 18 del RBII bis

²⁶ El Convenio de La Haya de 25 octubre 1980 sobre aspectos civiles del secuestro internacional de menores

²⁷ C. BÖHMER, *Kampf gegen die Uhr*

Este artículo profundiza mucho la protección dada al menor. Es redactado de tal forma que es fácil de entender. Insiste otra vez sobre la necesidad de restituir el menor lo más rápidamente posible y propone una concentración de competencias en un número limitado de tribunales de un EM²⁸.

La introducción de una especialización y concentración de competencias parece ser, como bien lo menciona el art. 26: “*una herramienta eficaz para acelerar la gestión de los casos de sustracción*”. Además de explicar el porque de esta medida (*la concentración de competencias*), da ejemplos a los EM a la hora de desarrollarla (“*se podría concentrar en un único órgano jurisdiccional para todo el país o...*”).

Aquí, cabe relevar que la propuesta que refunde el RBII bis se inspira mucho en sentencias dictadas por el TJUE. Frente a este hecho, podemos decir que la doctrina del TJUE tiene un papel cada vez más importante a la hora de complementar las leyes en vigor, con el objeto de paliar las lagunas. Opera como complemento y ayuda a la mejora del Derecho sustantivo puro. Anotamos a continuación un pasaje de una sentencia de 9 de enero de 2015 en la que el TJUE señalaba que “*un Estado puede atribuir a un tribunal especializado la competencia para examinar las cuestiones de restitución o de custodia del menor (...) incluso cuando un órgano jurisdiccional ya conozca de un procedimiento sobre el fondo acerca de la responsabilidad parental en relación con el menor*”²⁹. En este sentido, la propuesta de Reglamento de 2016, retoma la solución dada por el TJUE en dicha sentencia.

Ahora bien, respecto de las autoridades centrales³⁰, la propuesta, en el **nuevo art. 27** parece proponer una cooperación reforzada entre ellas.

El citado artículo indica sus deberes: “*Cuando inicien o faciliten el inicio de procedimientos judiciales para la restitución de un menor (...), deben garantizar que el expediente elaborado para tales procedimientos se complete en un plazo de seis semanas, salvo que existan circunstancias excepcionales que lo hagan imposible. A fin de permitir a la autoridad central requerida cumplir este plazo, la autoridad central requirente debe ponerse en estrecho contacto con el solicitante y responder sin demora a cualquier solicitud de información adicional (...)*”.

Aquí, vemos que las autoridades centrales sirven para facilitar los procedimientos en materia de sustracción internacional de menores, entre otros. El artículo indica qué funciones deben de cumplir dichas autoridades (“*deben garantizar...*”). Otra vez en este artículo, se hace mención a una respuesta “*sin demora*” para impedir que haya retrasos en los procedimientos transfronterizos.

²⁸ **Art. 22** de la propuesta de refundición dispone que “*los EM garantizarán que su competencia para las demandas de restitución de un menor se concentre en un número limitado de órganos jurisdiccionales*”.

²⁹ **STJUE (Sala Cuarta) de 9 de enero de 2015**

³⁰ Las autoridades centrales ayudan a que el progenitor solicite su restitución, y ayudan a los órganos jurisdiccionales a comunicarse entre ellos. Sin embargo, la propuesta de 2016 añade la posibilidad de que dichas autoridades se comuniquen a través de la *Red judicial europea*, y la traducción de la resolución en una lengua aceptada por el Estado requerido

Si el Reglamento insiste sobre las tareas de las autoridades centrales, el artículo siguiente, por su parte, propone que los casos de sustracción internacional se resuelvan a través de un procedimiento de mediación: “(…), las autoridades judiciales y administrativas deben contemplar la posibilidad de llegar a una solución amistosa a través de la mediación u otros medios apropiados, con la ayuda, en su caso, de las redes y estructuras de apoyo existentes relacionadas con la mediación en las controversias de responsabilidad parental transfronteriza. No obstante, tales esfuerzos no deben prolongar indebidamente el procedimiento de restitución en virtud del Convenio de La Haya de 1980”.

Aunque este nuevo **art. 28** no indique realmente cómo debe de hacerse la mediación y sólo señale las tareas de las redes y estructuras de apoyo existentes (“*deben ayudar a que se llegue a una solución amistosa*”), esta propuesta de mediación parece coherente³¹. En efecto, como la sustracción internacional de menores es un tema sensible y delicado, parece importante que se pueda solucionar de forma amistosa, cuando sea posible.

En cuanto al artículo siguiente, es preciso remarcar que retoma el final del ya citado art. 17 del RBII bis. El **art. 29** en cuestión cambia el término “oponer” del art. 17 por “denegar”, y añade un examen de medidas oportunas de protección para eliminar todo riesgo para el menor: “(…) los órganos jurisdiccionales del EM al que haya sido trasladado o en el que esté siendo retenido ilícitamente el menor puedan denegar su restitución (...). Antes de denegarla, el órgano jurisdiccional debe examinar si se han adoptado o podrían adoptarse las oportunas medidas de protección para eliminar todo riesgo para el interés superior del niño que pudiera impedir la restitución (...) y debe consultar a las autoridades judiciales y administrativas competentes del EM de la residencia habitual del niño, con la ayuda de las autoridades centrales o de la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil (...), y, cuando proceda, ordenar las medidas de protección necesarias, para garantizar la restitución segura del niño. Tales medidas deben ser reconocidas y ejecutadas en todos los demás EM, incluidos los que sean competentes (...), hasta que un órgano jurisdiccional competente del EM en cuestión haya adoptado las medidas que considere apropiadas”.

Así pues, entendemos que el EM donde el menor se encuentre trasladado ilícitamente, puede denegar su restitución si esto tiene una justificación. También se considera que la restitución del niño debe estar garantizada de un modo seguro.

Todo ello parece en adecuación con la CDN de 1989 y las recomendaciones del Comité para los Derechos del Niño en relación con el concepto de interés superior del menor.

En la misma línea, el **nuevo art. 30** respeta dicha Convención así como las Observaciones generales del Comité cuando dispone que el órgano jurisdiccional del EM en el que se encuentre ilícitamente retenido el menor deniegue su restitución, deberá explicitar los art. de la Convención de la Haya de 1980 (*CH 1980*, en adelante) en que se ha basado para denegarla.

Además, el mismo art. señala que “*Semejante resolución puede ser sustituida por otra posterior dictada, en un procedimiento en materia de custodia*³² tras un cuidadoso examen del interés

³¹ **Art. 23** de la Propuesta de refundición sobre el Procedimiento acelerado y mediación dispone que “1. El órgano jurisdiccional ante el que se interponga la demanda de restitución de un menor (...) **actuará con urgencia**, utilizando los procedimientos más expeditivos que prevea la legislación nacional. Cada instancia dictará su resolución como máximo seis semanas después de la interposición de la demanda o recurso salvo que existan circunstancias excepcionales que lo hagan imposible². Tan pronto como sea posible durante el procedimiento, el órgano jurisdiccional examinará si las partes están dispuestas a recurrir a la mediación para encontrar, en el interés superior del niño, una solución consensuada, siempre que esto no retrase indebidamente el procedimiento”.

³² Para determinar la persona a la que corresponde la custodia del menor, será concretado con arreglo al Derecho del Estado de la residencia habitual del menor. Esta consecuencia ha sido tomado de las STJUE :

superior del niño, por el órgano jurisdiccional del EM en el que el menor tenía su residencia habitual (...). En caso de que esta última implique la restitución del menor, esta debería realizarse sin necesidad de procedimiento alguno para el reconocimiento y la ejecución de dicha resolución en el EM en el que se encuentra el menor sustraído”.

Ésto supone que, después de haber examinado “cuidadosamente” el interés superior del menor, el tribunal del EM de su residencia habitual puede sustituir la resolución del tribunal donde se encuentre el menor y que decidió denegar su restitución.

Aquí se toma en cuenta explícitamente el interés del menor por lo que es un artículo muy importante de la propuesta.

El **nuevo art. 33** del Reglamento insiste sobre el objetivo de hacer que los litigios transfronterizos que afectan a niños sean menos prolongados y costosos. “Justifica la supresión de la declaración de fuerza ejecutiva previa a la ejecución en el EM de ejecución de todas las resoluciones sobre las cuestiones de responsabilidad parental. (...) las resoluciones dictadas por las autoridades de un EM deben ser tratadas como si se hubieran dictado en el EM de ejecución”. Este art. es muy importante puesto que el mismo señala que “Si bien el RBII bis sólo suprimía este requisito para las resoluciones de concesión del derecho de visita y determinadas resoluciones que ordenan la restitución del menor, el presente Reglamento establece ahora un único procedimiento de ejecución transfronteriza de todas las resoluciones en materia de responsabilidad parental”.

Sobre la Competencia general de los tribunales, el **actual art. 8** en vigor dispone que “los órganos jurisdiccionales de un EM serán competentes en materia de responsabilidad parental respecto de un menor que resida habitualmente en dicho EM en el momento en que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional.” Pero existe un procedimiento a través del cual el tribunal, en principio competente para conocer del asunto (el EM de origen del menor), puede reenviarlo al tribunal de otro EM que considere mejor situado (*principio de proximidad con el asunto o vínculos más estrechos*).³³

Si comparamos el citado art. 8 con la nueva redacción hecha por la Comisión europea (**art. 7** sobre la competencia general), remarcamos que se reemplazan los términos “órganos jurisdiccionales” por “autoridades”. Y en cuanto al fondo, el nuevo art. añade otro supuesto: “Cuando un menor cambie legalmente de residencia de un EM a otro y adquiera una nueva residencia habitual, serán competentes las autoridades del EM de la nueva residencia habitual”. Con lo cual, se toman en cuenta los casos reales (en este sentido, y como bien señala el profesor José Ignacio Paredes Pérez: *“la práctica es más rica que la ficción jurídica”*).³⁴

STJUE 5 octubre 2010, as. C-400/10 PPU, J. McB. vs. L.E., FJ 42,
STJUE 22 diciembre 2010, asunto C-497/10 PPU, Mercredi, FD 16

³³ B. SÁNCHEZ LÓPEZ, *Responsabilidad parental y la aplicación del fórum non conveniens de carácter reglado del art. 15 del Reglamento n°2201/2003*

“La STJUE de 27 de octubre de 2016 aborda las condiciones que impone el art. 15 del RBII bis para que el tribunal competente se abstenga de conocer del asunto por apreciar que los tribunales de otro EM con el que el menor presenta una vinculación especial está mejor situado para resolverlo en atención a su superior interés”.

³⁴ Citación del profesor de DIPri J. Ignacio PAREDES PÉREZ

En cuanto al **nuevo art. 8** sobre el Mantenimiento de la competencia del EM de la anterior residencia habitual del menor en relación con los derechos de visita, retoma básicamente el contenido del **actual art. 9** aunque se cambien algunas formulaciones. Ambos tienen el mismo contenido y entonces, el mismo propósito.³⁵ Sin embargo, remarcamos que la redacción del nuevo Reglamento es más simple aunque ya hemos dicho, el contenido es el mismo. Sólo cambian las estructuras de algunas frases y términos.

Esta consideración vale para el **actual art. 10** del RBII bis y el **nuevo art. 9** sobre la Competencia en caso de sustracción de menores. Ambos art. disponen del mismo contenido aunque el segundo añade esta disposición: “*ii) que se haya desistido de una demanda de restitución presentada por el titular del derecho de custodia sin que haya presentado ninguna nueva demanda en el plazo estipulado en el inciso i)*”.

Así pues, se dispone que: “*En caso de traslado o retención ilícitos de un menor, las autoridades del EM en el que residía habitualmente (...) conservarán su competencia hasta que el menor haya adquirido una residencia habitual en otro EM y: a) toda persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia haya dado su conformidad al traslado o a la retención, o bien b) el menor, habiendo residido en ese otro EM durante un período mínimo de un año desde que la persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia haya tenido o hubiera debido tener conocimiento del paradero del menor, esté integrado en su nuevo entorno y se cumpla alguna de las condiciones siguientes: i) que en el plazo de un año desde que el titular del derecho de custodia haya tenido o hubiera debido tener conocimiento del paradero del menor, no se haya presentado ninguna demanda de restitución ante las autoridades competentes del EM al que se haya trasladado o en el que esté retenido el menor, ii) que se haya desistido de una demanda de restitución presentada por el titular del derecho de custodia sin que haya presentado ninguna nueva demanda en el plazo estipulado en el inciso i), iii) que se haya denegado una demanda de restitución presentada por el titular del derecho de custodia por motivos distintos de los contemplados en el artículo 13 del CH de 1980, iv) que se haya archivado (...) una demanda presentada ante un órgano jurisdiccional del EM en el que el menor tenía su residencia habitual (...), v) que las autoridades del EM en el que el menor tenía su residencia habitual (...) hayan dictado una resolución sobre la custodia que no implique la restitución del menor*”.

Después de haber visto que la propuesta de 2016 parece mejorar el reconocimiento del interés superior del menor a nivel europeo en materia de sustracción internacional, será preciso centrarnos en el avance del reconocimiento del derecho del niño a ser oído.

³⁵ **Art. 8**, Mantenimiento de la competencia del EM en relación con los derechos de visita: “*1. Cuando un menor cambie legalmente de residencia de un EM a otro y adquiera una nueva residencia habitual en este último, las autoridades del EM de la anterior residencia habitual del menor seguirán siendo competentes durante los tres meses siguientes al cambio de residencia, para modificar una resolución sobre el derecho de visita dictada en dicho EM antes de que el menor hubiera cambiado de residencia, si la persona a la que la resolución ha concedido derecho de visita continúa residiendo habitualmente en el EM de la anterior residencia habitual del menor. 2. El apartado 1 no se aplicará si el titular del derecho de visita considerado en el apartado 1 ha aceptado la competencia de las autoridades del EM de la nueva residencia habitual del menor al participar en un procedimiento ante dichas autoridades sin impugnar su competencia*”

V. **Una mejor toma en consideración del derecho del niño a ser oído en materia de sustracción internacional**

Tadeusz Zwiefka considera que “*el niño es el eslabón más débil en las disputas entre padres y, por lo tanto, necesita toda la protección que podemos brindarle. Notablemente, la audiencia del niño es una cuestión clave que amerita disposiciones detalladas*”.³⁶

Frente a este hecho, será preciso recordar lo que se entiende por “*derecho del niño a ser oído*” antes de ver el avance de su reconocimiento a nivel europeo.

1. Recordatorio conceptual e histórico de la noción de “derecho del niño a ser oído”

Para entender bien lo que es “*el derecho del niño a ser oído*”, conviene relevar el art. 12 de la CDN de 1989. Éste entiende que los Estados tienen que garantizar al niño en condiciones de formarse un juicio propio : “*el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. (...) se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional*”.³⁷

El Comité para los Derechos del Niño ha señalado el citado artículo como uno de los cuatro principios generales de la CDN, junto con el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y el desarrollo y la consideración primordial del interés superior del niño, lo que pone de relieve que este artículo no sólo establece un derecho en sí mismo, sino que también debe tenerse en cuenta para interpretar y hacer respetar todos los demás derechos.

A su vez, el Comité remarca que si la decisión no tiene en cuenta el punto de vista del niño o no concede a su opinión la importancia que merece de acuerdo con su edad y madurez, entonces “*no respeta la posibilidad de que participe en la determinación de su interés superior*”.

Y el hecho de que el niño sea muy pequeño o se encuentre en una situación vulnerable (niños con discapacidad por ejemplo), “*no le priva del derecho a expresar su opinión, ni reduce la importancia que debe concederse a sus opiniones al determinar el interés superior*”.³⁸ Sin embargo, es importante anotar que el derecho a ser escuchado tiene carácter de derecho renunciable. Para el niño, expresar sus opiniones es una opción, no una obligación. “*Pero la posibilidad de comunicar con el menor permite atender mejor a su interés y así, protegerlo frente a las situaciones que puedan perjudicarlo. Debe ser escuchado en un ambiente no intimidatorio y no debe suponer un abuso del derecho por lo que se debe respetar el principio de prudencia en cuanto al número de escuchas. Esto es, para prevenir la victimización por reiteraciones innecesarias. No obstante, debe ser entendida como un proceso y no como un acontecimiento singular y aislado*”.³⁹

³⁶ <https://www.elplural.com/sociedad/europa-busca-mejorar-la-proteccion-de-los-menores-en-las-disputas-internacionales-de-divorcio-118584102> - Última lectura

³⁷ Art. 12 de la Convención para los Derechos del niño de 1989

³⁸ Observación general n°14 del Comité de los Derechos del Niño

³⁹ Estudio sobre La escucha y el interés superior del menor

El menor es un ser humano con una voz, y que merece ser escuchado para defenderse (derecho a la tutela judicial efectiva) sobre todo, en relación con los casos en que se encuentre secuestrado ilícitamente en un EM que no sea el de su residencia habitual.

Ahora bien, no se trata en todo caso de defenderse ⁴⁰ : puede también simplemente dar su opinión, contar hechos, acontecimientos (como malos tratos por ejemplo), que ha vivido o sigue viviendo en el seno de su familia.

Con ello, se quiere proteger su derecho a relacionarse regularmente con sus padres en caso de crisis matrimonial. De hecho, *“tiene el derecho a mantener su ámbito familiar afectivo, conservando la relación de educación y cariño hasta entonces llevada con ambos progenitores, así como a salvaguardar el marco geográfico en el que conformaba su desarrollo mediante un entramado de relaciones sociales y familiares”*.⁴¹

Como el menor está en el centro de la crisis matrimonial, necesita de una especial atención en cuanto a sus derechos. No tiene que verse perjudicado por esa crisis. Por ello, dispone de un derecho a ser oído.

Y en cuanto a la motivación de una sentencia judicial, debe expresar como ya dicho anteriormente, de acuerdo con las opiniones del niño y la evolución de su madurez, los elementos pertinentes para evaluar su interés, y la manera en que se han ponderado para determinarlo. En esta óptica, este derecho a ser oído, está también estrechamente vinculado con el derecho de información del menor en relación con el objeto de la escucha, y sus objetivos así como sobre sus posibles consecuencias (principio de transparencia).⁴²

Finalmente, se trata de considerar el derecho del niño a ser oído, no solo como un verdadero derecho (y no un mero privilegio) para aquél sino también como un deber para el Estado. ⁴³ A este respecto, este último debe respetar y garantizar el derecho a ser oído, adoptando leyes para que el niño pueda disfrutar plenamente de su derecho.

Ahora bien, después de haber visto sobre qué trata el derecho del niño a ser oído, será preciso estudiar su reconocimiento a nivel europeo en materia de sustracción internacional. Esto es, comparando la legislación actual en vigor (el RBII bis) y la propuesta de refundición del RBII bis en dicha materia.

Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia Madrid, mayo 2014

⁴⁰ El menor tiene el derecho a defender sus intereses directamente o por medio de un representante (como un abogado).

⁴¹ <https://www.oscar-cano.com/el-delito-de-sustraccion-de-menores-del-articulo-225-bis-del-codigo-penal/> - Última lectura

⁴² **I. LÁZARO GONZÁLEZ**, *Children in the care system and family court: How to hear their voices, what issues are pending? The right to be informed as a guarantee of the right to participation.*

⁴³ **Traducción personal a partir de:** *Children in the care system and family court: How to hear their voices, what issues are pending?*

I. LÁZARO GONZÁLEZ, *“The right to be heard: a right for the child and a duty for the State.*

2. El reconocimiento del derecho del menor a ser oído en el RBII bis y su profundización en la propuesta de 2016 en materia de sustracción internacional de menores

*“In the context of mutual trust and automatic recognition of a decision on the basis of the Regulation, a **fundamental condition is hearing the voice of the abducted child**. Although this condition is important in all proceedings concerning a child, **in international abduction cases it becomes paramount**.”⁴⁴*

Ahora bien, “tras la publicación del RBII bis, la doctrina expresaba la dificultad que supondría el efectivo ejercicio del derecho de audiencia del menor en las soluciones para los casos de sustracción internacional de menores. Dicha audiencia es una condición mínima para que la autoridad del Estado de origen pueda emitir un certificado conforme al cual la decisión se ejecutará en el Estado de destino sin posibilidad de control. A la autoridad del Estado al que el menor fue trasladado determina si ha habido o no una sustracción. Si lo confirma, determina si restituye o no al menor. Dicta y ejecuta la decisión. Por otro lado, el órgano judicial del Estado de la residencia habitual del menor decidirá si se abre un procedimiento sobre los derechos de custodia y visita aunque pueda ser contrario a la decisión dictada por la autoridad del Estado al que el menor fue retenido”.⁴⁵

Si la obligación de escuchar el menor sólo existe en los procedimientos de restitución del menor en materia de sustracción internacional, la Comisión europea, en su proyecto de Junio de 2016 incorpora “*el derecho del menor a expresar sus opiniones*” con carácter general. Esto supone un avance de gran importancia, y una agilización del Derecho vigente hoy en día.

A su vez, un punto destacable de la propuesta es el hecho de que aclara que el derecho del niño a ser oído, debe interpretarse a la luz de la Carta de derechos fundamentales de la UE. Aquí, tenemos que remarcar que la propuesta de 2016 no emplea la expresión “*derecho del niño a ser oído*” sino “*derecho del menor a expresar sus opiniones*”.

El **art. 20** señala a este respecto que los tribunales competentes “velarán por que los niños capaces de formarse sus propios juicios tengan la posibilidad real y efectiva de expresar su opinión libremente durante el procedimiento. La Autoridad prestará la debida importancia a las opiniones del menor de acuerdo con su edad y madurez, y documentará sus consideraciones en la resolución”.

En relación con la protección del menor tras su restitución: el **actual art. 11** párrafo 2 dispone que “se velará por que se dé al menor *posibilidad de audiencia durante el proceso, a menos que esto no se considere conveniente habida cuenta de su edad o grado de madurez*”. Y en su párrafo 3, se indica que el tribunal ante el que se interponga la demanda de restitución, “actuará con urgencia, utilizando los procedimientos más expeditivos que prevea la legislación nacional”. Podemos remarcar que esto no se cumple porque en la actualidad hay cada vez más retrasos (aunque el propio art. 11 otorga un plazo de 6 semanas máximo para dictar su resolución salvo que existan circunstancias excepcionales que lo hagan imposible)...

⁴⁴Behind the Curtains of International Child Abduction Proceedings Hearing the Voice of the Child

⁴⁵ H. BALLESTEROS, *El control por el juez de origen de las decisiones dictada es en aplicación del art. 42 del Reglamento: el asunto Aguirre Pelz*.

Ahora bien, si comparamos este artículo con la propuesta de 2016, vemos que, respecto de la restitución del menor, se hace conforme al CH de 1980 y este **nuevo art. 21** está comprendido dentro del nuevo capítulo III, enteramente dedicado en la propuesta a la sustracción de menores. Y los **art. 22** y **23** del capítulo III, son respectivamente en relación con la concentración de competencias territorial, y los procedimientos de mediación ya evocados anteriormente.

En cuanto al **art. 19** del RBII bis dispone: *“La audiencia del menor desempeña un papel importante en la aplicación del presente Reglamento, sin que éste tenga por objeto modificar los procedimientos nacionales aplicables en la materia”*. Y el **nuevo art. 23**, lo siguiente: *“Tanto los procedimientos en materia de responsabilidad parental como los procedimientos de restitución (...) deben respetar el derecho del niño a expresar su opinión libremente y, a la hora de evaluar el interés superior del niño, debe tenerse debidamente en cuenta dicha opinión. La audiencia del menor desempeña un papel importante en la aplicación del presente Reglamento. No obstante, este no tiene por objeto definir cómo debe oírse al menor, es decir, si el menor debe ser oído por el juez en persona o por un experto con una formación específica que informe seguidamente al órgano jurisdiccional, o si el menor debe ser oído en la sala de audiencia o en otro lugar, etc”*.

Así pues, podemos señalar que el art. 19 reconoce a la audiencia del menor un papel importante mientras que el nuevo art. 23 profundiza su redacción y desarrolla el tema de la audiencia del menor en la medida que afirma que se debe respetar el derecho del niño a expresar su opinión libremente y debe tenerse en cuenta a la hora de evaluar su interés superior. Ahora bien, señala que no tiene por objeto definir cómo debe oírse al menor. Pero el **nuevo art. 24** del Capítulo III sobre el Derecho del menor a ser oído en los procedimientos de restitución con arreglo al CH 1980, indica que *“el órgano jurisdiccional velará por que se dé al menor posibilidad de expresar sus opiniones”*.

El art. siguiente de la propuesta de 2016, que dispone cómo debe de hacerse el procedimiento de restitución de un menor indica que los tribunales no pueden denegar dicha restitución *“si se demuestra que se han adoptado medidas adecuadas para garantizar la protección del menor tras su restitución”*. Además, el **nuevo art. 25** profundiza el derecho europeo en vigor, indicando que los tribunales cooperarán con los del EM en el que el menor tenía su residencia habitual bien directamente, o bien con la ayuda de las autoridades centrales o a través de la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil. A su vez, señala que debe adoptar *medidas provisionales y denegar la restitución de un menor si se ha dado posibilidad de audiencia a la persona que solicitó su restitución. Y contra la resolución por la que se ordena o se deniega la restitución del menor, solo cabrá un recurso*. Esto supone una garantía procesal para el menor.

En cuanto al “*mecanismo de última palabra*”: el **art. 26** retoma los arts. 11.6 y 11.7 del RBII bis. Dicho artículo sobre la Denegación de restitución del menor dispone: *“1. En toda resolución por la que se deniegue la restitución de un menor, el órgano jurisdiccional deberá especificar el art. del CH 1980 en los que se basa la denegación. 2. Cuando se haya basado en al menos uno de los motivos contemplados en el art. 13 del CH 1980 (...), transmitirá de inmediato al órgano jurisdiccional competente o a la autoridad central del EM en el que el menor tenía su residencia habitual (...), bien directamente, bien por conducto de su autoridad central o la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil, copia de dicha resolución. La resolución irá acompañada de una traducción (...) a la lengua oficial o a una de las lenguas oficiales de dicho EM, o a otra lengua que el EM haya aceptado expresamente. Esos*

documentos deberán transmitirse al órgano jurisdiccional competente en el plazo de un mes a partir de la fecha de la resolución que deniega la restitución del menor. 3. Salvo que alguna de las partes haya presentado ya una demanda ante los órganos jurisdiccionales del EM en el que el menor tenía su residencia habitual (...) el órgano jurisdiccional que reciba los documentos deberá notificar esta información a las partes e invitarlas a presentar sus reclamaciones ante el órgano jurisdiccional, de conformidad con lo previsto en la legislación nacional, en un plazo de tres meses a partir de la fecha de la notificación, a fin de que el órgano jurisdiccional examine la cuestión de la custodia del menor. En caso de que no recibiera reclamación alguna en el plazo previsto, declarará archivado el asunto. 4. En caso de que reciba reclamaciones dentro del plazo fijado, (...) examinará la cuestión de la custodia del menor teniendo en cuenta el interés superior del niño, así como las razones y las pruebas en las que se fundamenta la resolución denegatoria de la restitución del menor (...). Cualquier resolución sobre la cuestión de la custodia dictada en el procedimiento (...) que ordene la restitución del menor, será ejecutiva en todos los demás Estados con el fin de garantizar la restitución del menor sin perjuicio de la resolución anterior de denegación de la restitución del menor (...).

El **actual art. 42** sobre la Restitución del menor concedida en virtud de una resolución judicial ejecutiva dictada en un EM, “es reconocida y tiene fuerza ejecutiva en los demás EM sin necesidad de declaración de ejecución y sin que pueda impugnarse su reconocimiento si ha sido certificada en el EM de origen (...). Aunque el Derecho nacional no estipule la fuerza ejecutiva por ministerio de la ley, sin perjuicio de eventuales recursos, (...) el órgano jurisdiccional de origen puede declarar ejecutiva la resolución. 2. El juez de origen que dictó la resolución emitirá el certificado previsto si se ha dado al menor posibilidad de audiencia, a menos que esto no se hubiere considerado conveniente habida cuenta de su edad o grado de madurez; si se ha dado a las partes posibilidad de audiencia, y si el órgano jurisdiccional ha tenido en cuenta, al dictar su resolución, las razones y las pruebas en las que se fundamenta la resolución. En caso de que se tome medidas para garantizar la protección del menor tras su restitución al Estado de su residencia habitual, el certificado precisará los pormenores de dichas medidas.

Con todo ello, se busca rapidez y eficacia a la hora de restituir el menor en las mejores condiciones posibles. Además, el **nuevo art. 38** sobre los Motivos de denegación del reconocimiento de resoluciones en materia de responsabilidad parental menciona que “se denegará el reconocimiento de una resolución sobre responsabilidad parental si el reconocimiento fuere manifiestamente contrario al orden público del Estado requerido, teniendo en cuenta el interés superior del menor o si, habiéndose dictado en rebeldía de la persona en cuestión, no se hubiere notificado o trasladado a dicha persona el escrito de demanda y con la suficiente antelación para que pueda organizar su defensa, a menos que conste de forma inequívoca que ha aceptado la resolución, o a petición de cualquier persona que alegue que la resolución menoscaba el ejercicio de su responsabilidad parental, si se hubiere dictado sin haber dado posibilidad de audiencia a dicha persona, o si la resolución fuere irreconciliable con otra posterior en relación con la responsabilidad parental en el EM requerido; o en otro EM o en el Estado no miembro de residencia habitual del menor, cuando la resolución dictada con posterioridad reúna las condiciones necesarias para su reconocimiento en el EM requerido. 2. Los motivos de denegación mencionados no podrán invocarse contra una resolución por la que se concedan derechos de visita o que implique la restitución del menor (...).”

En cuanto al **nuevo art. 49** sobre Resoluciones de restitución dictadas en virtud del CH 1980: “Las disposiciones del capítulo relativas a las resoluciones en materia de responsabilidad parental, con la excepción del art. 35 y el art. 38. 2º, se aplicarán *mutatis mutandis*⁴⁶ a las resoluciones dictadas en un EM que ordenen la restitución de un menor a otro EM con arreglo a lo dispuesto en el CH 1980, y que deban ejecutarse en un EM distinto del EM en el que se hayan dictado”.

El **art. 53** sobre el Certificado relativo a resoluciones en material matrimonial y a resoluciones en materia de responsabilidad parental en sus últimos párrafos, obliga a que “el certificado se redactará en la lengua de la resolución”. También, señala que “4. El juez del EM de origen solo expedirá los certificados si todas las partes afectadas han tenido la oportunidad de ser oídas y si, por lo que respecta a los procedimientos en rebeldía: el escrito de demanda ha sido notificado a la parte rebelde con la suficiente antelación y de tal manera que ésta pueda defenderse⁴⁷; o de haberse notificado el mencionado escrito sin respetar las condiciones mencionadas, si consta de forma inequívoca que ha aceptado la resolución; 5. (...), el juez que haya dictado una resolución en materia de responsabilidad parental expedirá el certificado únicamente si también se ha dado al menor la auténtica y efectiva posibilidad de expresar sus opiniones. 6. (...), el juez que haya dictado una resolución sobre la cuestión de la custodia emitirá el certificado únicamente si dicho juez ha tenido en cuenta, al dictar su resolución, las razones y las pruebas en las que se fundamenta la resolución anterior dictada en otro EM (...). En caso de que el órgano jurisdiccional tome medidas para garantizar la protección del menor tras su restitución al EM de su residencia habitual, el certificado precisará los pormenores de dichas medidas. 7. El certificado solo surtirá efecto dentro de los límites del carácter ejecutivo de la resolución”.

Finalmente, podemos considerar que la propuesta del 2016 desarrolla de forma eficaz el tema de la responsabilidad parental en materia de sustracción internacional de menores dentro de la UE, incorporando más artículos (más de 10) en relación con la restitución de éstos. Esto es, insistiendo sobre el derecho del niño a ser oído e incrementando el reconocimiento de su interés superior y favoreciendo una optimización de los procedimientos (ahorros de tiempo y coste).

La propuesta de refundición hecha por la Comisión europea, parece perfeccionar el RBII bis en relación a su redacción mediante la simplificación de medidas.

Corrige el instrumento legislativo vigente hoy en día en la UE para potenciar el interés superior del menor así como reconocer su derecho a expresar sus opiniones. Y como hemos podido remarcarlo, lo corrige en cuanto a su forma y en cuanto a su contenido.

⁴⁶ La expresión “*mutatis mutandis*” es una locución latina que significa 'cambiando lo que se debía cambiar'. Informalmente, debe entenderse “de manera análoga haciendo los cambios necesarios”

⁴⁷ Concreción del principio de tutela judicial efectiva

VI. CONCLUSIONES

A modo de conclusión, hemos destacado que la cuestión del menor en el Derecho (tanto interno, como a nivel europeo e internacional), es objeto de una especial atención y protección jurídica. Frente a este hecho, podemos retomar una citación según la cual: *“No hay causa que merezca más alta prioridad que la protección y el desarrollo del niño, de quien dependen la supervivencia, la estabilidad y el progreso de todas las naciones y, de hecho, de la civilización humana”*.⁴⁸

El hecho de que haya habido una serie de reformas legislativas como la de 2015 en España, diferentes tratados internacionales sobre la protección que debe otorgarse al menor (como la Convención para los Derechos del Niño), y en particular sobre la sustracción internacional del menor (como el Convenio de la Haya de 1980), demuestra que es efectivamente digno de protección. Y, concretamente, se debe proteger de manera eficaz y efectiva, garantizándole integridad y dignidad. Es importante protegerlo dado su especial vulnerabilidad (por su edad y falta de madurez, en la mayoría de los casos).

Como cada humano es diferente, cada menor es especial, de ahí la importancia dada a que el juez deba analizar la condición y situación del menor en cada caso concreto. Es lo propio de la casuística.

El objeto de nuestro estudio estuvo centrado en el RBII bis y en su propuesta de refundición de 2016. Asimismo, nos basamos en la legislación vigente en el derecho interno español así como en los mencionados tratados sobre el interés superior del menor y la audiencia del menor junto con las Observaciones generales del Comité para los Derechos del Niño, vinculantes para los Estados partes de la Convención de 1989.

También, pudimos encontrar Jurisprudencia del TJUE a través de la cual hemos podido deducir la interpretación de este tribunal (calificación autónoma) que ha sido retomada por la Comisión europea en la propuesta de refundición.

En esta óptica, podemos considerar que ésta toma en consideración las soluciones e interpretaciones dadas por el tribunal europeo (figura de un *“cuasilegislador”*).

La calificación hecha por el TJUE sirve para complementar y mejorar la comprensión de los textos legislativos europeos como el RBII bis.

Todo ello, con el objeto de mejorar la protección dada al menor y evitar así que se vea perjudicado en todo procedimiento que lo concierne.

Para protegerlo, el RBII bis toma en consideración tanto el interés superior del menor como su derecho a ser oído. Da criterios como el de conexión con la residencia habitual del menor, justo antes del traslado ilícito, de vínculos estrechos y *fórum conveniens*, para que el menor esté en la mejor posición posible para defender sus propios intereses.

⁴⁸ **Plan de Acción de la Cumbre Mundial a favor de la Infancia**, 30 de septiembre de 1990. Junio de 2006 UNICEF COMITÉ ESPAÑOL

Pero parece que la propuesta de refundición del 2016 va más allá todavía, desarrollando dichos derechos y tomando en cuenta las Observaciones generales del Comité para los Derecho del Niño. De hecho, la Comisión europea modifica el RBII bis, perfeccionándolo, para darle más eficacia y efectividad a la protección del menor.

La propuesta de refundición parece mejorar el RBII bis a través la introducción de nuevas medidas y la supresión de otras como el exequatur. Esto permite, entre otros, ahorrar costes, y evitar retrasos en los procedimientos junto con la simplificación de éstos.

En efecto, la propuesta de 2016 parece profundizar el derecho del menor a que su interés superior sea una consideración primordial y, agilizar su derecho a expresar sus opiniones. En numerosas ocasiones, la propuesta alude al interés superior del menor (cuando se establecen medidas para facilitar la cooperación entre autoridades por ejemplo). Habiendo también referencias al interés del menor como criterio de interpretación, por lo que la propuesta adopta las directrices del art. 3 de la CDN de 1989.

Con todo ello, se pretende que el derecho se inmiscuya dentro de la vida del menor para saber cuál es la mejor forma de impedir una situación como una sustracción internacional, que necesariamente le perjudica. De hecho, cuando un menor es trasladado ilícitamente, seguramente se habrá ejercido sobre él alguna forma de presión por parte del progenitor secuestrador. Por lo tanto hay que prever medidas para impedir que se actúe de forma indebida. Y la propuesta de refundición de 2016 parece justamente permitir una mejor previsibilidad, garantizando una libertad de circulación de las resoluciones judiciales de conformidad con el principio de reconocimiento y confianza mutuos. Esto es importante en la práctica para lograr el objetivo de armonización y homogenización de los procedimientos relativos a los menores.

La propuesta de Reglamento parece conseguir un objetivo positivo: ofrecer soluciones para los fallos identificados del ordenamiento jurídico mediante el avance en el reconocimiento del interés superior del menor y de su derecho a ser oído y, mediante una integración más armonizada que permite potenciar el principio del reconocimiento y la confianza mutuos en el espacio judicial civil europeo.

Ahora bien, una vez que el RBII bis se modifique incluyendo las medidas propuestas por la Comisión europea, se procederá a observar ver si se cumplen eficazmente en la práctica y si son realizables objetivamente.

Creemos que lo serán... al menos, deberían de serlo puesto que se ha redactado un nuevo Reglamento con una mejor integración del interés del menor y su derecho a ser oído en materia de sustracción internacional.

VII. FUENTES DE INVESTIGACIÓN

- **Obra doctrinal**

<i>Children in the care system and family court: How to hear their voices, what issues are pending?</i>	I.LÁZARO GÓNZALEZ
<i>El control por el juez de origen de las decisiones dictadas en aplicación del art 42 del Reglamento: el asunto Aguirre Pelz.</i>	H. BALLESTEROS,
<i>El interés superior del niño: concepto y delimitación del término.</i>	I. RAVETLLAT BALLESTÉ
<i>Kampfgegen die Uhr.</i>	C. BÖHMER
<i>La revolución de los derechos del niño, cit., p. 176.</i>	Reis MONTEIRO
<i>Responsabilidad parental y la aplicación del fórum non conveniens de carácter reglado del art. 15 del Reglamento n°2201/2003.</i>	B. SÁNCHEZ LÓPEZ
<i>Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil num.8/2015 parte Doctrina Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2015. I.</i>	A.PANIZA FULLANA

- **Legislación**

Art. 30-36	Sección II del capítulo III de la propuesta de refundición de 2016
Art. 12	Convención para los Derechos del niño de 20 de noviembre de 1989
Art. 14	Convención para los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989
Art. 154	Código Civil español
Art. 18	RBII bis
Art. 2	LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor
CDN. Observación general N° 14 (2013)	Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3, párrafo 1)
Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996	Sobre Protección de Menores
Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980	Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores
Convenio de La Haya de Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961	Sobre Competencia de Autoridades y Ley Aplicable en materia de Protección de Menores
Ley 26/2015, de 28 de julio	De modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia
LO 8/2015, de 22 de julio	De modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia
Plan de Acción de la Cumbre Mundial a favor de la Infancia	De 30 de septiembre de 1990. Junio de 2006 UNICEF COMITÉ ESPAÑOL
Preámbulo	De la propuesta de refundición de 2016
Propuesta de Refundición del Reglamento del Consejo	Relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores
Reglamento (CE) No 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003	Relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) no 1347/2000

- **Jurisprudencia**

STJUE – Sundelind López (Sala Tercera) de 29 de noviembre de 2007 Asunto C-68/07
STJUE 5 octubre 2010, as. C-400/10 PPU, J. McB. vs. L.E., FJ 42,
STJUE 22 diciembre 2010, asunto C-497/10 PPU, FD 16
STJUE (Sala Cuarta) de 9 de enero de 2015

- **Enlaces (últimas lecturas)**

<https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/areas-tematicas/area-internacional/cooperacion-juridica/sustraccion-internacional>
<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-8470>
<https://repositorio.comillas.edu/rest/bitstreams/150133/retrieve>
<https://www.oscar-cano.com/el-delito-de-sustraccion-de-menores-del-articulo-225-bis-del-codigo-penal/>
https://www.elplural.com/sociedad/europa-busca-mejorar-la-proteccion-de-los-menores-en-las-disputas-internacionales-de-divorcio_118584102
https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-8222
<https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2014-05-Estudio-sobre-la-escucha-y-el-interes-superior-del-menor.pdf>

VII. ANEXOS

- **Reglamento Bruselas II bis:**

<https://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2003R2201:20050301:ES:PDF>

- **Propuesta de refundición del Reglamento Bruselas II bis:**

<https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/ES/1-2016-411-ES-F1-1.PDF>