



FACULTAD DE DERECHO

**EL DERECHO DEL NIÑO A SER ESCUCHADO EN LOS PROCEDIMIENTOS
TRANSFRONTERIZOS DE RESPONSABILIDAD PARENTAL Y CRISIS
MATRIMONIAL EN EL DERECHO DE LA UE.**

Autor: Inés Fernández González-Palacios

4º E-1

Derecho Internacional Privado

Tutor: Salomé Adroher Biosca

Madrid

Junio 2024

Resumen:

El Derecho internacional de los derechos humanos ha supuesto un cambio significativo al reconocer a los niños como sujetos de derecho con participación activa en decisiones que les afectan. Este derecho se ha visto amparado gracias a mecanismos como la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, la Convención de La Haya y el Reglamento de Bruselas II Ter. Este estudio explora cómo se cumplen las normativas internacionales en situaciones de crisis familiar y responsabilidad parental, enfatizando la importancia de un ordenamiento jurídico justo y equilibrado que considere la voz del niño.

Palabras clave: Menor, escucha, transfronterizo, interés superior del menor, protección, reconocimiento, decisión, cooperación.

Abstract:

International human rights law has brought about a significant change by recognizing children as subjects of law with active participation in decisions that affect them. This right has been protected through mechanisms such as the United Nations Convention on the Rights of the Child, the Hague Convention and the Brussels II Ter Regulation. This study explores how international standards are met in situations of family crisis and parental responsibility, emphasizing the importance of a fair and balanced legal system that considers the voice of the child.

Key words: Child, listening, cross-border, best interests of the child, protection, recognition, decision, cooperation.

Abreviaturas:

INE: Instituto Nacional de Estadística; PERE: Padrón de Españoles Residentes en el Extranjero; TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos; UE: Unión Europea; TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea; CEDH: Comisión Estatal de Derechos Humanos; CDN: Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño; OG: Observación General; CE: Consejo Europeo; TFUE; Tratado funcionamiento de la Unión Europea

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN Y MARCO NORMATIVO.....	4
1.1 Contexto y justificación del estudio.....	4
1.2 Objetivos, metodología y estructura de la investigación.....	7
1.3 El derecho del niño a ser escuchado en los procesos de crisis matrimoniales y responsabilidad parental. Regulación internacional.....	9
2. EL DERECHO DEL NIÑO A SER ESCUCHADO EN PROCEDIMIENTOS TRANSFRONTERIZOS	19
2.1 Marco normativo europeo en materia de responsabilidad parental	19
2.2 El derecho del niño a ser escuchado en crisis familiares transfronterizas: dificultades y trascendencia.	21
2.3 Competencia judicial internacional y medidas cautelares.....	23
2.4 Reconocimiento y ejecución de decisiones.....	25
2.5 Cooperación judicial internacional. Práctica de pruebas transfronteriza. Reglamento europeo de pruebas transfronterizas.	26
3. EL DERECHO DEL NIÑO A SER ESCUCHADO EN CASO DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL EN EL REGLAMENTO DE BRUSELAS II TER Y EN EL CONVENIO DE LA HAYA DE 1980	29
4. CONCLUSIONES.....	37
5. BIBLIOGRAFÍA.....	39

1. INTRODUCCIÓN Y MARCO NORMATIVO.

1.1 Contexto y justificación del estudio.

El presente trabajo de fin de grado aborda un tema de una enorme trascendencia práctica y sociológica: la ruptura familiar y la protección de los menores. En este contexto el estudio se centrará en la regulación internacional y europea que garantiza el derecho del niño a ser escuchado en tales circunstancias, en particular en casos transfronterizos.

Existen muchos casos en los cuales los progenitores se encuentran en países distintos tras una ruptura del núcleo familiar. Con la globalización y las nuevas tecnologías, la formación de relaciones se ha ido transformando y adoptando nuevas formas. Las aplicaciones de citas son la nueva vía de conocer a distinta gente y establecer un noviazgo. Esto conlleva que estos sean muchas veces entre personas de distintos países e incluso continentes. La pantalla se ha convertido en el nuevo cara a cara, y aunque haya diversas opiniones al respecto, es una realidad que no podemos dejar de lado. Según el periódico La Vanguardia, casi un 40% de las parejas se conocen a través de internet¹. Además, el ámbito laboral también ha sufrido un cambio gigante. Las empresas cada vez se internacionalizan más, lo que conlleva un movimiento de personal de un país a otro continuo. Estas circunstancias llevan a un claro destino: cada vez existen más hijos nacidos de padres de distinta ciudad o incluso nacionalidad. Según el INE, “La población española residente en el extranjero aumentó un 4,2 % durante el año 2023”² y “Tres de cada cuatro nuevas inscripciones al PERE durante 2023 correspondieron a nacidos fuera de España”.³ El problema aparece cuando estas parejas se divorcian o se separan, y en consecuencia uno o ambos quieren volver a su país de origen. O incluso, matrimonios con la misma nacionalidad, al divorciarse, debido a lo comentado respecto a los trabajos en el extranjero, decide marcharse a otro país a trabajar.

¹ Pons.P, "Ligar por internet: así cambian las aplicaciones nuestras relaciones", La Vanguardia, 2019 (disponible en <https://www.lavanguardia.com/tecnologia/20190214/46454394015/ligar-parejas-internet-aplicaciones-tinder-sociologia-tecnologia.html>; última consulta 4/06/2024).

² INEbase / Demografía y población / Padrón / Estadística del Padrón de españoles residentes en el extranjero / Últimos datos. (s/f). INE. Recuperado el 10 de abril de 2024, de https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736177014&menu=ultiDatos&idp=1254734710990

³Id.

El INE afirma que desde 2001 hasta 2019, la tasa de divorcios aumento en 14 estados miembros⁴. Es, por tanto, que los matrimonios y parejas son cada vez menos estables, lo cual afecta en muchos casos a los hijos menores de edad. Según el INE El 43,1% de las parejas que se divorciaron en España en 2022 tenían hijos menores de edad.⁵ Atravesar un conflicto parental, puede y suele tener consecuencias significativas en el desarrollo psicológico y personal de un menor.⁶ El aumento del índice de divorcios y en consecuencia de niños y niñas afectados por estos, ha llevado a la necesidad de revisar y fortalecer los derechos de los menores en estos contextos, para que el duelo sea menos complicado ,y el niño se sienta lo más protegido y escuchado,⁷ buscando siempre el interés superior de este. El principio del interés superior del menor destaca acertadamente la propia realidad del menor como un sujeto digno de atención, promoción, prestación y protección. Este principio debe cumplirse en todas las circunstancias o en los conflictos en los que se vean implicados menores.⁸

En la era digital en la que nos encontramos, las tecnologías han abierto nuevas posibilidades para facilitar la comunicación y la participación del niño en estos procesos, incluso a través de herramientas como FaceTime o cualquier otra herramienta de video llamada. Incluso, se ha abierto la pregunta en cuanto a la posibilidad de ejercer el derecho de visitas a través estas utilidades. Se podría argumentar que esta tecnología puede ser una herramienta útil para mantener el contacto entre el niño y el progenitor no custodio en situaciones de separación transfronteriza. Sin embargo, es importante considerar hasta qué punto estas interacciones virtuales pueden cumplir con los objetivos del derecho de visita, especialmente en términos de promover y proteger el interés superior del menor. Hay muchas opiniones acerca de esta controversia, abriéndose la pregunta inevitable de ¿Hasta qué punto el abuso de la tecnología beneficia a las relaciones personales? Y, sobre todo, ¿Hasta qué punto satisfacen las necesidades de los menores de sentirse cerca de sus progenitores comunicándose solo a través de la tecnología? Es importante establecer la

⁴(S/f). Ine.es. Recuperado el 9 de abril de 2024, de https://www.ine.es/prodyser/demografia_UE/bloc-

⁵ Instituto Nacional de Estadística. (2022). Encuesta Nacional de Salud y Demografía [PDF]. Recuperado de https://www.ine.es/prensa/ensd_2022.pdf

⁶ Serrano, A., "Impacto psicológico del divorcio en los niños", Universidad Católica Argentina, 2016 (disponible en <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/6130/1/impacto-psicologico-divorcio-ninos-serrano.pdf>; última consulta 4/06/2024).

⁷ *Id.*

⁸ Ravetllat Ballesté, I. El interés superior del niño: concepto y delimitación del término. *Educatio siglo XXI*, 2012. p. 3.

diferencia entre el régimen de visitas, y el régimen de comunicaciones. De esta manera, una cosa no podrá sustituir a la otra, sino complementarla.

El Derecho internacional de los derechos humanos, y singularmente la Convención de Naciones Unidas de derechos del niño⁹, ha supuesto un cambio en la consideración de los niños para el derecho; hoy es indiscutible su condición de sujetos de derecho (y no solo destinatarios, u objeto, de medidas de protección) y con un derecho a la participación activa en los aspectos que les incumben directamente, entre ellos las decisiones relacionadas con la separación de sus padres. Esto ha generado una toma de conciencia colectiva sobre la trascendencia de salvaguardar los derechos y el bienestar de los menores en un contexto de crisis familiar.

Desde una perspectiva jurídica, la relevancia de este estudio reside en el reconocimiento de los derechos fundamentales de los niños recogidos en los tratados internacionales, que obligan a tener en consideración la voz del niño en las decisiones cruciales que influyan en su vida y su evolución. Entre los instrumentos que regulan y garantizan dicha protección, destaca la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁰. La jurisprudencia relativa a este derecho refleja la importancia de este. Como ejemplo, encontramos las sentencias de los casos de Neulinger y Shuruk contra Suiza (Sentencia de 6 de julio de 2010)¹¹ y el Caso X contra Letonia (Sentencia de 26 de Noviembre de 2010)¹². Ambas sentencias destacan la importancia del interés superior del menor en los casos de sustracción internacional. El TEDH ha subrayado repetidamente que las autoridades nacionales deben llevar a cabo evaluaciones completas y detalladas de todos los factores que puedan afectar el bienestar del menor antes de emitir una orden de restitución. Estas decisiones enfatizan la necesidad de un equilibrio cuidadoso entre los derechos de los padres y el bienestar del niño, asegurando que las decisiones judiciales se tomen en el mejor interés del menor. En ambos casos el TEDH determinó una vulneración del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos¹³. En el primero, determinó que Suiza

⁹Convención sobre los Derechos del Niño (Resolución 44/25 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989) (publicada en «BOE» núm. 313, de 31 de diciembre de 1990).

¹⁰ *Id.*

¹¹ Sentencia de la CEDH núm. 41614/07, del 6 de julio de 2010 [versión electrónica - base de datos HUDOC del Tribunal Europeo de Derechos Humanos]

¹² Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Demanda núm. 27853/09, del 26 de noviembre de 2013 [versión electrónica - base de datos HUDOC del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Ref. TJUE 2013/27853/09]

¹³ Guía sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado con arreglo a la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados (ACNUR. Núm. 2372, de diciembre de 2011).

había violado el Artículo 8 debido a la insuficiente consideración del bienestar del niño en el proceso de restitución. Esto resaltó la necesidad de una evaluación detallada y centrada en el niño en los casos de sustracción internacional. En el segundo, el TEDH determinó que Letonia había violado el Artículo 8 al no considerar adecuadamente el interés superior del niño y las posibles consecuencias negativas de la restitución.

En este trabajo se explorarán cómo se cumplen las normativas internacionales analizadas en situaciones de crisis familiar y responsabilidad parental. Reconocer y respetar la implicación del menor en estos procedimientos no sólo satisface obligaciones legales, sino que además favorece un ordenamiento jurídico más justo y equilibrado.¹⁴

1.2 Objetivos, metodología y estructura de la investigación.

El objetivo del presente trabajo es hacer un análisis legal, jurisprudencial y doctrinal sobre, “El derecho del niño a ser escuchado en los procedimientos transfronterizos de responsabilidad parental y crisis matrimonial en el Derecho de la UE”

En cuanto al marco jurídico, las fuentes utilizadas (las cuales iremos citando) y serán de alcance territorial internacional o europeo encontramos : a nivel internacional , la Convención sobre los Derechos del Niño, donde se ve consagrado el derecho del niño a ser escuchado en su artículo 12, con alcance territorial a todos los países del mundo excepto Estados Unidos y La Convención de la Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores¹⁵ , así como la Convención de la Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños¹⁶. Ambas Convenciones tendrán un alcance territorial a aquellos estados contratantes.

Por otro lado, a nivel europeo, El Convenio Europeo de Derechos humanos, con alcance territorial a los cuarenta y seis pases que forman el Consejo de Europa. Además, El

¹⁴ UNICEF. (s.f.). Convención sobre los Derechos del Niño: ¿Por qué son importantes? Recuperado de <https://www.unicef.org/es/convencion-derechos-nino/por-que-son-importantes>

¹⁵ Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, BOE núm. 202, de 24 de agosto de 1987, referencia BOE-A-1987-19691

¹⁶ Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, BOE núm. 291, de 2 de diciembre de 2010, referencia BOE-A-2010-18510.

Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo de 25 de junio de 2019 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, más conocido como Bruselas II TER. De este destacaremos además los artículos más relevantes para la construcción de este trabajo. Entre ellos el artículo 39.2, relativo a la denegación del reconocimiento y de la ejecución de una resolución por otro Estado Miembro, que desarrollaremos en profundidad a lo largo del texto.¹⁷ Además, se estudian algunas sentencias tanto del TEDH como del TJUE.

Anteriormente, el Reglamento de Bruselas II bis, no establecía una obligación uniforme acerca de los órganos jurisdiccionales de los distintos Estados Miembros competentes en materia de responsabilidad parental velaran por el Derecho del menor de ser escuchado. No se les ofrecía la opción de expresar su opinión, o por lo menos no estaba recogida la obligación de hacerlo. Únicamente se contemplaba dicho derecho en los casos de sustracción de menores, como podemos observar en el apartado 2 del artículo 11 del Reglamento de Bruselas II Bis: 2. “La competencia mencionada en el apartado 1 también se debe aplicar a los menores refugiados y a los desplazados internacionalmente a causa de disturbios ocurridos en su Estado miembro de residencia habitual.”¹⁸

No obstante, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, está consagrado este derecho. En su artículo 24.1 observamos: “Los niños tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente.”¹⁹ Estas disposiciones, de la misma manera que el Reglamento, van dirigidas a todos los Estados Miembros de la UE.

Otras fuentes que recogen el derecho a analizar, es el Consejo de Europa en los artículos 6 y 8 del CEDH.

¹⁷ Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental y sobre la sustracción internacional de menores (DOUE. Núm. 178, de 2 de julio de 2019)

¹⁸ 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 (DOUE. Núm. L 338, de 23 de diciembre de 2003, pp. 1-29).

¹⁹ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea 2010/c 83/02 (BOE. (2010). Diario Oficial de la Unión Europea, L 83, Z00389-Z00403.)

Por último es preciso mencionar que las Directrices del Consejo de Europa para una justicia adaptada a los niños que recoge (como el de acceso a la justicia y a un juicio justo), al de ser oído.²⁰

Con la referencia de todas las fuentes mencionadas, elaboraremos el presente escrito, en el que la estructura constará; En primer lugar, de una introducción al tema y su marco normativo, así como su contexto y razón de estudio. En segundo lugar, profundizaremos acerca del tema en cuestión, exponiendo el marco normativo europeo de responsabilidad parental, así como las dificultades de este derecho. Continuaremos con la competencia judicial internacional y las medidas cautelares, el reconocimiento y ejecución de decisiones, y la cooperación judicial internacional. Seguiremos abordando el tema enfocándonos en los casos de sustracción internacional, apoyándonos en el Reglamento de Bruselas II Ter y en el Convenio de la Haya, tanto de 1980 como el de 1996 y en jurisprudencia relevante. Por último, expondremos las conclusiones finales a las que hemos llegado.

1.3 El derecho del niño a ser escuchado en los procesos de crisis matrimoniales y responsabilidad parental. Regulación internacional.

El reconocimiento del derecho del niño a ser escuchado en los procesos de crisis matrimoniales y responsabilidad parental es un aspecto fundamental de la protección de los derechos infantiles a nivel internacional. Para el presente desarrollo del tema, nos basaremos en la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), especialmente en los artículos 5 y 12 y sobre todo en la Observación General referida a este último artículo. Además, es preciso mencionar el art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.²¹

²⁰ Comisión Europea, Consejo de Europa, Dirección General de Justicia, (2015). *Directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa para una justicia adaptada a los niños: adoptadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 17 de noviembre de 2010 y exposición de motivos*, Oficina de Publicaciones.

²¹ “1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.

Este artículo reconoce claramente el derecho a ser escuchado de manera equitativa a todas las personas, sin excluir a los menores. Es por ello que en la jurisprudencia del TEDH se afirma que establecer un régimen de custodia sobre un menor, en un procedimiento de divorcio, si haber sido escuchado, vulnera su derecho a ser oído en juicio del artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Por ejemplo, el Caso de M. Y. M. contra Croacia, (Demanda núm. 10161/13, Sentencia de 3 de septiembre de 2015)²² en el que el TEDH determinó que Croacia había violado el artículo 6.1 del Convenio debido a la falta de medidas adecuadas para garantizar que los niños fueran escuchados en un procedimiento de custodia. Otro ejemplo es el caso de Sommerfeld contra Alemania, (Demanda núm. 31871/96, Sentencia de 8 de julio de 2003)²³ en el cual el TEDH concluyó que había también una vulneración del artículo 6.1 porque las autoridades alemanas no habían asegurado que el niño fuera escuchado de manera adecuada en el proceso de determinación de la custodia, lo cual afectó a la imparcialidad del procedimiento. En el Caso Sahin contra Alemania (Demanda núm. 30943/96, Sentencia de 8 de julio de 2003)²⁴, el TEDH concluyó que había una violación del artículo 6.1

2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.

3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:

a) A ser informado en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él.

b) A disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa.

c) A defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan.

d) A interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra.

e) A ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia.”

Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Texto consolidado) (Consejo de Europa, 4 de noviembre de 1950) (publicado en «BOE» núm. 243, de 10 de octubre de 1979).

²² Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos núm. 10161/13, del 3 de diciembre de 2015 [versión electrónica - base de datos HUDOC del Tribunal Europeo de Derechos Humanos].

²³ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos núm. 31871/96, del 8 de julio de 2003 [versión electrónica - base de datos HUDOC del Tribunal Europeo de Derechos Humanos]

²⁴ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos núm. 30943/96, del 8 de julio de 2003 [versión electrónica - base de datos HUDOC del Tribunal Europeo de Derechos Humanos]

porque las autoridades alemanas no habían escuchado suficientemente al niño en un procedimiento de visitas, lo cual afectó la imparcialidad del procedimiento. Como último ejemplo, de los cientos casos que hay, el caso P., C. y S. contra el Reino Unido (Demanda núm. 56547/00, Sentencia de 16 de julio de 2002)²⁵. En este caso, el TEDH concluyó que el Reino Unido había violado el artículo 6.1 del Convenio al no garantizar que las opiniones de los niños sean adecuadamente escuchadas durante el procedimiento de adopción y custodia, afectando la equidad del proceso.

La Convención sobre los Derechos del Niño, regula el derecho del niño a ser escuchado. En su artículo 12.²⁶ Este artículo reconoce la relevancia de la implicación activa de los niños en los asuntos que les conciernen y enfatiza la importancia de considerar sus opiniones en base a su edad y madurez. Asimismo, destaca la necesidad de que tengan la oportunidad de ser escuchados en los procedimientos judiciales o administrativos, garantizando así su participación eficaz en las resoluciones que afecten a sus vidas.

En otras palabras, el primer párrafo del artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (CDN) establece que los países que forman parte de la Convención deben velar por que los niños que sean suficientemente capaces de entender y tomar decisiones por sí mismo tengan derecho a manifestar lo que piensan sobre todo aquello que les afecte. Buscando la participación del menor, reconocen así la capacidad de este de expresar opiniones significativas.

En relación al segundo párrafo, que, con el propósito de cumplir el objetivo del párrafo anterior, se señala que el niño deberá de tener dicha oportunidad en cualquier situación legal, por sí mismo o por un representante. Todo ello, deberá llevarse a cabo conforme al Derecho de cada Estado Miembro.

²⁵ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos núm. 56547/00, del 16 de julio de 2002 [versión electrónica - base de datos HUDOC del Tribunal Europeo de Derechos Humanos]

²⁶ "1. Los Estados partes garantizarán al niño que esté 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. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, 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." Convención sobre los Derechos del Niño (Resolución 44/25 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989) (publicada en «BOE» núm. 313, de 31 de diciembre de 1990).

En relación a este precepto, la Observación General número 12 (OG 12)²⁷ es un documento redactado por el Comité de los Derechos del Niño, un órgano de expertos independientes creado en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN). Este comité está formado por especialistas en derechos del niño y se le encomienda la tarea de supervisar la implementación de la CDN por parte de los Estados miembros.

La Observación General número 12 tiene por objetivo ofrecer orientación y claridad acerca de la interpretación del artículo 12 de la CDN. Aborda estos asuntos de protección del derecho del niño desde distintas situaciones y contextos, como procedimientos judiciales, decisiones familiares, el colegio y las distintas comunidades. Además, facilita interpretaciones detalladas y directrices prácticas, de tal forma que quede garantizada la efectiva aplicación del derecho del niño a ser escuchado.

En cuanto al contenido de dicha observación, podemos destacar varios puntos, los siguientes aspectos:

En primer lugar, el texto profundiza y analiza para llegar a su literalidad los dos párrafos del artículo 12, expuesto en párrafos anteriores del presente trabajo. A continuación, expone “Medidas para garantizar la observancia del derecho del niño a ser escuchado”. Estas medidas son exigidas por la aplicación de dicho artículo, y ayudan a hacer realidad la aplicación de dicho derecho. Son cinco concretamente: Preparación, audiencia, evaluación de la capacidad del niño, información sobre la consideración otorgada a las opiniones del niño (comunicación de los resultados del niño), y, por último, quejas, vías de recurso y desagravio.

La primera, preparación, es una medida que pretende hacerle saber al niño que puede ejercer su derecho a expresar sus opiniones en todos los asuntos que lo afecten, especialmente en procesos judiciales y administrativos. El niño debe recibir información sobre la posibilidad de expresar su opinión directamente o a través de un representante, comprendiendo las posibles consecuencias. Antes de la audiencia, el responsable de

²⁷ Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 12 (2009). El derecho del niño a ser escuchado (Ginebra. 51° período de sesiones, 25 de mayo a 12 de junio de 2009, GE.09-43702 (S) 051009 071009).

tomar decisiones debe preparar al niño explicándole cómo, cuándo y dónde se llevará a cabo, considerando las opiniones del niño en el proceso.

La medida de audiencia, por su lado, pretender darle al niño la seguridad de que sus opiniones se van a tener en cuenta y van a ser escuchadas y consideradas en todo momento. Debe transmitirse al niño un entorno de confianza, donde este seguro y en un ambiente, si es posible, de confidencialidad, en vez de en audiencia pública, puesto que esta puede alterar su manera de expresarse. Además, expone que dicha persona encargada de escuchar al niño puede ser desde un maestro, hasta un juez o incluso un psicólogo.

La evaluación de la capacidad del niño, argumenta y defiende la importancia de que la opinión formada por el menor sea una opinión independiente, razonable y con juicio propio.

La información sobre la consideración otorgada a las opiniones del niño (comunicación de los resultados al niño). Se le debe hacer llegar al niño el resultado del proceso, así como la manera en que se tuvieron en cuenta sus opiniones respecto a los distintos temas abarcados en el conflicto.

Quejas, vías de recurso y desagravio. Se precisa legislación que establezca vías de reclamación y recursos para los menores cuando se ignore su derecho a ser escuchados. Los niños deben tener la posibilidad de acudir a defensores en instituciones como colegios y centros de día. En casos de conflicto familiar, los niños pueden dirigirse a los servicios comunitarios para jóvenes. Cuando se violan los derechos de los niños en procedimientos judiciales y administrativos, debe garantizarse el acceso a procedimientos de apelación y denuncia sin exponer a los niños al riesgo de violencia o castigo.

La Observación menciona cuales son las obligaciones entre los Estados partes. Existen obligaciones básicas y obligaciones más concretas. Respecto a las básicas, los Estados Partes tienen la obligación de revisar y modificar su legislación para asegurar el pleno acceso de los menores a la información pertinente, al acompañamiento cuando sea preciso, a la comunicación de cómo se toman en consideración sus opiniones y a los procedimientos de denuncia y apelación. En cumplimiento de estas obligaciones, se les insta a que eliminen las declaraciones restrictivas y las reservas relativas al artículo 12, creen instituciones independientes de derechos humanos, proporcionen formación sobre el artículo 12 a los profesionales que trabajan con niños, garanticen condiciones propicias para que los niños expongan sus opiniones, combatan las actitudes negativas mediante

campañas públicas y valoren periódicamente la efectividad de los reglamentos y disposiciones para garantizar una consideración adecuada de las opiniones de los niños.

Las concretas se concentran en tres grandes bloques, según el procedimiento al que se esté haciendo frente en el momento. Es decir, el derecho del niño a ser escuchado: en procedimientos judiciales civiles, en procedimientos judiciales penales o en procedimientos judiciales administrativos. Dependiendo del procedimiento, los Estados partes tendrán unas u otras obligaciones.

En los procedimientos civiles, en los que nos centraremos, las cuestiones principales que exigen que el niño ejerza su derecho a ser escuchado son tres: En divorcio y separación, en separaciones de los padres y formas sustitutivas de cuidado y en los casos de adopción y kafala del derecho islámico. En el primer caso, los hijos menores se ven afectados por las resoluciones de los jueces, quienes determinan la manutención, la custodia y el acceso. Es por ello que los Estados Partes deben garantizar que el derecho del niño a ser escuchado este dentro de su legislación interna. No obstante, es importante como señala la observación, que se individualice cada caso, estudiando la madurez, edad y capacidad del niño. En casos de separación de los padres debido a abuso o negligencia, se debe tener en cuenta la opinión del niño para determinar su interés superior. Sin embargo, el Comité señala que los Estados a menudo no consideran adecuadamente el derecho del niño a ser escuchado. Se recomienda que los Estados establezcan leyes y normas para recoger y considerar las opiniones del niño en decisiones relacionadas con el cuidado y visitas familiares. En el caso de adopción o kafala del derecho islámico, es crucial escuchar al niño, ya que su interés superior debe ser la consideración primordial. El Comité insta a los Estados a informar al niño sobre los efectos de la adopción y garantizar por ley que se escuchen sus opiniones en estos procesos.

Estos tres claros ejemplos demuestran distintas situaciones en las que el menor se encuentra en una situación de vulnerabilidad, en las cuales pueden ver alterado su bienestar y salud mental. Todo esto, afecta de manera directa al desarrollo adecuado psicológico de un niño. Es por ello que es fundamental que se sientan escuchados, libres de dar su opinión, amparados y protegidos. Varios estudios psicológicos demuestran el gran impacto que se produce en un niño cuando este se siente escuchado. Entre los impactos más sonantes, destacan la forja de su autoestima. Cuando un niño se sientes escuchado, que se le presta atención, cuando se siente valido, el niño se siente importante, se siente que es valioso. En una situación traumática como puede ser un divorcio

conflictivo o cualquiera de las tres situaciones recientemente vistas, hacerle sentir al menor que es importante y que este cuente con una gran autoestima, es crucial para rebajar el estrés y el trauma que la situación puede llegar a causar. Cuando la ruptura matrimonial supone la disolución de la familia y de la pareja, el niño puede vivenciar esta situación como una situación de estrés y trauma que, en algunos casos, es el factor que desencadena un comportamiento anómalo en el ámbito emocional y cognitivo, lo que puede repercutir de forma negativa en su crecimiento conductual y evolutivo²⁸. El sentirse escuchados y comprendidos mejora también el bienestar emocional. Por lo tanto, podemos decir que es evidente que la capacidad de expresión en los niños es indispensable para su desarrollo emocional, social y psicológico, y aún más relevante si están pasado por un proceso anormal y conflictivo, en el que pueden llegar a sentirse solos o incomprendidos.

Este texto, estudia la relación del artículo 12 con otros artículos mencionados en la convención. Estos artículos son el artículo 2 (derecho a la no discriminación), el artículo 3 (derecho a la libertad de expresión), el artículo 5 (evolución de las facultades del niño y dirección y orientación apropiadas de los padres) el artículo 6 (derecho a la vida, supervivencia y desarrollo), el artículo 13 (derecho a la libertad de expresión) y el artículo 17 (derecho a la información) (OG 12). De todos estos, nos centraremos en especial en el artículo 5. Este es de especial relevancia, por que como señala la Observación general número 12, es imprescindible que en la orientación que ofrezcan los padres se tenga en cuenta la evolución de las facultades del niño. Este, establece que los Estados deben respetar el papel de los padres, tutores y otros integrantes de la familia o comunidad en la orientación y dirección de los menores en el disfrute de sus derechos. Se establece que los niños tienen derecho a recibir instrucciones y orientación. No obstante, este acompañamiento debe ser adaptado a la ausencia de conocimientos y experiencia de los niños y debe evolucionar con el desarrollo de sus aptitudes. A medida que los niños ganan más conocimientos y experiencia, se prevé que la dirección y la orientación pasen de ser instrucciones a convertirse en recordatorios, consejos y, con el tiempo, en un intercambio más igualitario. Este es un proceso que no se produce en un momento fijo del desarrollo, sino de forma gradual, a medida que se anima a los niños a que expresen sus ideas y participen más activamente en la toma de decisiones. En esencia, subraya la importancia de adaptar la orientación a medida que los niños crecen y adquieren experiencia,

²⁸ Novo, M., Arce, R., y Rodríguez, M. J. (2003). Separación conyugal: consecuencias y reacciones postdivorcio de los hijos. *Revista galego-portuguesa de psicología e educación*, p.4.

fomentando un proceso de orientación progresivo y basado en el respeto hacia la autonomía.²⁹

Esta afirmación se refuerza mediante el artículo 12 de la Convención, que establece que las opiniones del niño deben considerarse debidamente, siempre y cuando el niño tenga la capacidad de formar su propio juicio. A medida que los niños desarrollan sus habilidades, tienen el derecho de asumir una mayor responsabilidad en la regulación de los asuntos que les afectan.

Otro punto a destacar es la observancia del derecho a ser escuchado en diferentes ámbitos y situaciones. Son mencionados numerosos escenarios y entornos. En la familia, en las modalidades alternativas de acogimiento, en la atención de salud, en la educación y la escuela, en las actividades lúdicas, recreativas, deportivas y culturales, en el lugar de trabajo, en situaciones de violencia, en la formulación de estrategias de prevención, en los procedimientos de inmigración y asilo, en situaciones de emergencia y por último, en ámbitos nacionales e internacionales³⁰. De todas estas situaciones nombradas, y dado el tema elegido para este Trabajo de Fin de Grado, no nos centraremos más que en el ámbito de la familia. Destaca la trascendencia de crear un entorno familiar en el que los niños puedan manifestar libremente sus opiniones desde pequeños, sirviéndoles de modelo para ejercer su derecho a ser escuchados en la sociedad. La Convención reconoce los derechos y responsabilidades de los progenitores para guiar a los niños, pero hace hincapié en que esto debería hacerse de forma coherente con el grado de desarrollo de las facultades del niño. Se urge a los Estados a promover la escucha activa de los niños y a que tengan en cuenta sus opiniones, mediante la promoción de programas educativos para padres basados en actitudes positivas y la difusión de información sobre los derechos del niño. Estos programas deben abordar cinco grandes puntos: La relación de respeto mutuo entre padres e hijos, la participación de los niños en la adopción de decisiones, las consecuencias de tener debidamente en cuenta las opiniones de cada miembro de la familia, la comprensión, la promoción y el respeto de la evolución de las facultades del niño y, por último, los modos de tratar las opiniones en conflicto dentro de la familia. Como hemos señalado, es importantísimo que el niño, para que sepa y ejerza de manera correcta su derecho a ser escuchado, haya podido desarrollarlo antes en casa. Es decir, si un niño está acostumbrado a dar libremente su opinión, a no sentirse juzgado, a sentirse

²⁹ *Ibid.* pp.21-22

³⁰ *Ibid.* P.22-30

escuchado y valorado, a tratar con respeto y a dialogar con adultos en caso de conflictos familiares, estará más preparado y será más consciente, con un juicio propio más libre y sin miedos, de dar su opinión ejercer su derecho cuando tenga que hacerlo. En cambio, si el estado no promueve ningún tipo de programas para favorecer el desarrollo de este derecho, y un niño no estimula este tipo de acciones dentro de su familia, de cara a un posible conflicto, se verá mucho menos preparado para ejercer su derecho a ser escuchado.³¹

Por último, es importante dirigirnos a las condiciones básicas para la observancia del derecho del niño a ser escuchado. La observación general número 12 enumera una serie de características que deben tener todos los procesos en los que participen menores. Esto se debe a la importancia y deber que tienen los Estados miembros de proteger a los niños en su ejercicio del derecho. Son nueve los puntos a tener en cuenta. En primer lugar, los procesos deben ser transparentes e informativos. De manera que los menores tengan acceso a una información cierta, clara y adaptada a su madurez y edad. Por otro lado, este derecho es voluntario, es decir, no se podrá obligar bajo ninguna circunstancia a un niño a dar una opinión si este no quiere, además de dejar de declarar en el momento que lo consideren una vez empezado. En tercer lugar, es importante que los adultos se dirijan a los niños siempre de manera respetuosa, conociendo la situación socioeconómica de ellos. Otra cuestión a tener en cuenta, es que los niños tienen derecho a expresar sus opiniones sobre asuntos que sean auténticamente relevantes en sus vidas, permitiéndoles utilizar sus conocimientos, habilidades y capacidad. También es esencial proporcionar un espacio que les permita resaltar y abordar las cuestiones que consideren pertinentes e importantes por sí mismos. La adaptación de los ambientes y métodos de trabajo a las capacidades de los niños y que la participación de estos sea incluyentes, son otras de las dos cuestiones que se busca. Para facilitar la participación efectiva de los niños, los adultos requieren formación, conocimientos prácticos y apoyo. Esto implica adquirir habilidades para escuchar, colaborar con los niños y promover su participación según el desarrollo de sus capacidades. Los propios niños pueden actuar como instructores y facilitadores, pero necesitan capacitación para fortalecer sus habilidades, incluyendo la participación efectiva, la conciencia de sus derechos y habilidades para organizar reuniones, recaudar

³¹ *Ibid.* p 23.

fondos, interactuar con los medios de comunicación, hablar en público y realizar tareas de promoción.

Uno de los ámbitos más importantes a tener en cuenta, es la seguridad. Las situaciones a las cuales se enfrentan los niños a dar su opinión, pueden en algunas ocasiones implicar riesgos. Esto se debe evitar a toda costa, garantizándole al niño la seguridad y protección necesaria, y que esto no sea un impedimento para que pueda este ejercer su derecho a ser escuchado.

Por último, los niños deben tener acceso a la información que les brinde y de qué manera se ha tenido en cuenta su opinión para la resolución del conflicto. Y estos, podrán rechazar el análisis de las conclusiones e influir en él. De tal manera, que, en las evaluaciones de la participación de los menores, se haga siempre que se pueda con ellos presentes.

En resumen, destacamos la importancia fundamental del derecho del niño a expresar sus opiniones y ser escuchado en todos los asuntos que le afecten. Subrayamos que el derecho a ser escuchado es aplicable en todas las situaciones, ya sea en el ámbito familiar, judicial, administrativo, escolar o comunitario. Reconocemos la necesidad de adaptar la participación del niño según su edad y grado de madurez, garantizando una consideración adecuada de sus opiniones. Observamos que se pide a los Estados a establecer procedimientos accesibles y adaptados para permitir la participación activa de los niños, asegurando que comprendan la información y se sientan cómodos expresando sus opiniones. Enfatizamos que la participación del niño no debe limitarse a expresar opiniones, sino que también debe incluir la toma de decisiones significativas en función de su capacidad y madurez. Destacamos la importancia de escuchar al niño en casos de custodia, adopción y otras decisiones que afecten sus relaciones familiares. Subrayamos la relevancia de la participación del niño en la vida escolar, desde la toma de decisiones hasta el establecimiento de políticas educativas y, por último, reconocemos la importancia de proteger a los niños contra represalias cuando expresan sus opiniones, fomentando un ambiente seguro para la participación.

2. EL DERECHO DEL NIÑO A SER ESCUCHADO EN PROCEDIMIENTOS TRANSFRONTERIZOS

2.1 Marco normativo europeo en materia de responsabilidad parental

Son tres los textos relevantes en esta materia en ámbito europeo: El Reglamento de Bruselas II Ter, el Convenio de la Haya de 1980 y el Convenio de la Haya de 1996. A continuación, procederemos a analizarlos.

La regulación de la responsabilidad parental de menores en asuntos transfronterizos se regula en el Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, conocido como Bruselas II ter, aprobado el 25 de junio de 2019. Este reglamento aborda temas como la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de decisiones en casos matrimoniales y de responsabilidad parental, así como la sustracción internacional de menores. El Bruselas II ter reemplaza al Reglamento (UE) n.º 2201/2003 del Consejo, conocido como Bruselas II bis, aunque este último aún se aplica a los procedimientos iniciados antes de la fecha de entrada en vigor del Bruselas II ter, que fue el 1 de agosto de 2022. El Bruselas II ter es fundamental para la cooperación judicial de la Unión Europea en materia de matrimonio y responsabilidad parental, siendo de aplicación en todos los países miembros de la UE excepto Dinamarca.³²

Son varios los aspectos principales que aborda el Bruselas II ter. En primer lugar, la competencia judicial. Establece las normas para determinar qué tribunal de un Estado miembro tiene competencia para conocer de un asunto matrimonial o de responsabilidad parental. En segundo lugar, el reconocimiento y ejecución de resoluciones. Establece los procedimientos para el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental entre diferentes Estados miembros de la UE. En tercer lugar, la sustracción internacional de menores. Establece medidas para prevenir y abordar los casos de sustracción internacional de menores, así como para facilitar su retorno en caso de sustracción ilícita.

El Bruselas II ter es una pieza fundamental de la cooperación judicial en asuntos familiares dentro de la Unión Europea, ya que busca garantizar la protección de los

³² e-Justice Europa. (s.f.). Parental responsibility, child custody and contact rights. Recuperado de https://e-justice.europa.eu/302/ES/parental_responsibility_child_custody_and_contact_rights

derechos de los menores y la eficacia de las decisiones judiciales en un contexto transfronterizo. El Reglamento hace referencia explícita a la legislación nacional en ciertas materias específicas, reconociendo en su artículo 21 literalmente el derecho del menor a ser escuchado³³.

El Reglamento es de aplicación directa en los Estados miembros que están vinculados por él y, como tal, tiene primacía sobre la legislación nacional, según lo establecido en el artículo 288, apartado 2, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). “El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro”³⁴.

Además de este, otro instrumento relevante es el Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Esta convención establece procedimientos para la pronta restitución de niños que han sido sustraídos ilícitamente por uno de los progenitores a otro país, y promueve la cooperación entre los Estados para resolver estos casos de manera rápida y efectiva, siempre teniendo en cuenta el interés superior del niño.

Como se detalla en el capítulo IV del Reglamento de Bruselas II Ter, referente a la sustracción de menores, el Reglamento mantiene la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 en los casos de traslado o retención ilícitos de un menor entre Estados miembros de la UE. Con este fin, el Reglamento complementa y aclara algunas de las normas del Convenio de La Haya de 1980 en los capítulos III y VI, permitiendo que una resolución de restitución dictada en un Estado miembro sea reconocida y ejecutada en otro Estado miembro de acuerdo con el capítulo IV. Ambos instrumentos (el Convenio de La Haya de 1980 y el Reglamento) establecen un conjunto de normas interrelacionadas destinadas a facilitar la restitución inmediata del menor al Estado miembro de su residencia habitual.

³³Artículo 21 Derecho del menor a expresar sus opiniones

“1. En el ejercicio de su competencia conforme a la sección 2 del presente capítulo, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, de conformidad con la legislación y el procedimiento nacionales, darán a los menores que tengan capacidad para formarse sus propios juicios la posibilidad real y efectiva de expresar libremente sus opiniones, bien directamente bien a través de un representante o un organismo apropiado.

2. Cuando el órgano jurisdiccional, de conformidad con la legislación y el procedimiento nacionales, dé al menor la oportunidad de expresar sus opiniones de acuerdo con el presente artículo, prestará la debida importancia a las opiniones del menor de acuerdo con su edad y madurez”

³⁴ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). (2010). Título del tratado, artículo 288, apartado 2. Recuperado de <https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199.pdf>

Finalmente, debe mencionarse el Convenio de La Haya de 1996 sobre Competencia, Ley Aplicable, Reconocimiento, Ejecución y Cooperación en Materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños amplía el alcance del Convenio de 1980. Este tratado aborda cuestiones más amplias relacionadas con la responsabilidad parental, incluida la competencia judicial en asuntos de responsabilidad parental, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales, así como la cooperación internacional en esta área.

El Convenio de la Haya de 1996 busca establecer un marco legal integral para abordar los aspectos transfronterizos de la responsabilidad parental, asegurando la protección de los derechos de los niños y promoviendo la cooperación entre los Estados firmantes. Ambos convenios son importantes instrumentos internacionales que buscan proteger los intereses superiores del menor en situaciones de conflictos familiares transfronterizos.

2.2 El derecho del niño a ser escuchado en crisis familiares transfronterizas: dificultades y trascendencia.

El derecho del niño a ser escuchado, aunque es ampliamente reconocido, enfrenta numerosas dificultades en su implementación práctica. Su trascendencia radica en su impacto directo en el bienestar y la protección de los derechos de los menores.

Encontramos varias dificultades en la implementación. La principal dificultad radica en la variabilidad de la aplicación del derecho del niño a ser escuchado en diferentes Estados miembros de la UE. Cada país tiene su propio sistema jurídico, cultural y administrativo, lo que puede influir en cómo se escucha y valora la opinión del niño. Según el Reglamento Bruselas II Ter, los Estados miembros están obligados a garantizar que se escuche al niño en procedimientos de responsabilidad parental. Sin embargo, la implementación de esta disposición puede variar considerablemente entre países.

Otra dificultad que encontramos son las barreras lingüísticas y culturales pueden dificultar la comunicación efectiva entre el niño y las autoridades judiciales. La diversidad lingüística en la UE puede impedir que los niños expresen sus opiniones de manera clara y comprensible para los profesionales involucrados. Además, las diferencias culturales pueden influir en cómo se percibe y se respeta la voz del niño.

La falta de formación específica de los profesionales del derecho y de los trabajadores sociales sobre cómo escuchar y valorar adecuadamente la opinión del niño es otra barrera

significativa. La Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, subraya la necesidad de formación adecuada para los profesionales a lo largo de todo su texto, pero su aplicación no siempre es uniforme.³⁵

Por otro lado, la cooperación judicial transfronteriza entre los Estados miembros a menudo es complicada y puede retrasar los procesos judiciales. La falta de mecanismos eficientes para la cooperación y el intercambio de información puede resultar en decisiones judiciales que no reflejan adecuadamente los intereses y necesidades del niño. En cuanto a la trascendencia del Derecho del Niño a Ser Escuchado encontramos varios aspectos relevantes a mencionar. El derecho del niño a ser escuchado es crucial para la protección de sus derechos humanos. Escuchar y considerar la opinión del niño puede contribuir a decisiones judiciales más justas y equilibradas, reflejando mejor sus intereses y necesidades. Este derecho está en línea con los principios establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) de las Naciones Unidas, específicamente en su, ya mencionado, artículo 12.

Experimentar un acontecimiento traumático como puede ser un divorcio de unos padres afecta significativamente en la salud mental e incluso física de los menores. Permitir que el niño participe en los procesos que afectan su vida puede tener un impacto positivo en su bienestar psicológico y emocional. Sentirse escuchado y valorado puede proporcionar al niño un sentido de control y pertenencia, mitigando los efectos negativos de las crisis familiares³⁶. La implementación efectiva del derecho del niño a ser escuchado puede fomentar una mayor armonización en la protección de los derechos de los menores en toda la UE. El Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo subraya la importancia de este derecho en los procedimientos transfronterizos, lo que puede ayudar a crear un enfoque más coherente y uniforme en toda la región.

El derecho del niño a ser escuchado en crisis familiares transfronterizas es esencial para la protección y el bienestar de los menores. Sin embargo, su implementación enfrenta diversas dificultades, incluyendo la variabilidad en la aplicación, las barreras lingüísticas y culturales, la falta de formación de los profesionales y los desafíos en la cooperación

³⁵Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo (BOE.es - DOUE-L-2011-82637)

³⁶ Neuraxpharm, "Bienestar psicológico infantil", Neuraxpharm, 2023 (disponible en <https://www.neuraxpharm.com/es/salud/bienestar-psicologico-infantil>; última consulta 4/06/2024). *Cfr.*

judicial. A pesar de estas dificultades, la trascendencia de este derecho radica en su capacidad para proteger los derechos humanos del niño y promover decisiones judiciales más justas y equilibradas.

2.3 Competencia judicial internacional y medidas cautelares

La competencia judicial en responsabilidad parental está recogida en el Reglamento de Bruselas II TER. Su artículo 7 manifiesta que la competencia general la posee el órgano del estado miembro en el que el menor tenga su residencia habitual. No obstante, hay una serie de excepciones en casos excepcionales que no encajan dentro del general. En el artículo 8, establece que en caso de que un menor cambia su residencia de un Estado miembro a otro y establece una nueva residencia habitual en este último, los tribunales del Estado miembro donde residía previamente el menor mantendrán su competencia, como una excepción al artículo 7, durante un lapso de tres meses luego del cambio de residencia. Esta disposición se aplica para modificar una decisión sobre el derecho de visita que se haya tomado en ese Estado miembro antes de que el menor cambiara de residencia, siempre y cuando la persona a quien se le haya otorgado el derecho de visita continúe residiendo habitualmente en el Estado miembro de la residencia anterior del menor. Esta excepción no se aplicará si la persona que posee el derecho de visita mencionado ha aceptado la competencia de los tribunales del Estado miembro de la nueva residencia habitual del menor al participar en un procedimiento ante dichos tribunales sin impugnar su competencia. Para la elección del órgano jurisdiccional dentro de un Estado miembro, deberán cumplir con una serie de requisitos. En primer lugar, el menor debe tener arraigo al Estado Miembro, ya sea porque es su lugar o antiguo lugar de residencia habitual, tiene la nacionalidad de dicho Estado miembro o uno de sus titulares de la responsabilidad parental tenga su residencia habitual en él.

Por otro lado, también es necesario que las partes hayan convenido libremente en la competencia y esta ha sido aceptada libremente por todos. Por último, el tercer requisito, que siempre se vea el interés del menor protegido, es decir, que el ejercicio de la competencia corresponda a la voluntad del niño.

En los casos en los que les sea imposible determinar la residencia o última residencia habitual del menor, tendrán competencia el Estado miembro en el que se encuentre el menor en ese momento, tal y como establece el Artículo 11.1 del mismo Reglamento.

Por todo esto, es preciso destacar que, en todo caso posible, para facilitarle al niño la proximidad al tribunal competente, lo cual a su vez le facilite el poder ser escuchado o entrevistado para conocer su opinión, tendrá competencia el tribunal de su residencia habitual.

Las medidas cautelares son una serie de prevenciones que son impuestas para asegurar la protección de los derechos de las partes involucradas en un proceso. En estos casos, estas medidas pueden ser impuestas en situaciones en las que el menor se encuentre en peligro, exista riesgo de sustracción internacional, haya habido un cambio de domicilio sin el consentimiento o la oposición de cualquiera de los progenitores o uno de ellos no pueda hacerse cargo de ellos³⁷. En cualquiera de estos acontecimientos, el tribunal tiene la facultad de emitir, ya sea de oficio o a petición de una de las partes, las medidas provisionales que considere adecuadas en relación con el ejercicio de la patria potestad sobre el menor. En algunas situaciones como estas, no se puede permitir esperar el largo proceso de modificación de medidas, que puede prolongarse durante meses. Por lo tanto, es crucial que el progenitor afectado actúe con prontitud y busque asesoramiento legal para iniciar el. Cada Estado Miembro, según su legislación, actuará de una u otra manera³⁸. En el caso de España el artículo 158 del Código Civil, recoge el procedimiento previsto para estas situaciones.³⁹

Además, tiene la autoridad para revocar o modificar dichas medidas según lo crea conveniente. Si los padres o el tutor desean que se les restituyan los derechos que les hayan sido privados, deben solicitarlo al tribunal competente en cuya jurisdicción se encuentre el domicilio o la residencia habitual de la persona a quien se les haya

³⁷ De Belare Abogados, "Medidas urgentes de protección de menores", De Belare Abogados, 2021 (disponible en <https://www.debelareabogados.es/medidas-urgentes-proteccion-menores/>; última consulta 4/06/2024)

³⁸ *Id.*

³⁹ "El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará:

1. Las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber, por sus padres.
2. Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda.
3. Las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas y, en particular, las siguientes:
 - a. Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa.
 - b. Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido.
 - c. Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.
4. En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.

Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria."

encomendado dichos derechos y este decidirá si continuar con las medidas cautelares impuestas o revocarlas.

2.4 Reconocimiento y ejecución de decisiones.

El reconocimiento y la ejecución de decisiones entre estados miembros en materia de responsabilidad parental es el proceso mediante el cual una decisión judicial o administrativa tomada en un Estado Miembro de la Unión Europea es reconocida y ejecutada en otro Estado Miembro. Esto es especialmente relevante en casos en los que están involucrados menores y cuestiones relacionadas con la custodia, el cuidado de los niños y otros aspectos de la responsabilidad parental. El objetivo es garantizar que las decisiones sobre la responsabilidad parental tomadas en un Estado Miembro sean respetadas y aplicadas en otros Estados Miembros, contribuyendo así a la protección de los derechos de los niños y la coherencia en la aplicación de la ley dentro de la Unión Europea.

El reconocimiento y ejecución de decisiones viene recogido en el capítulo IV del Reglamento Bruselas II Ter. El artículo 30. 1 y 2 establece que el proceso de reconocimiento de resoluciones en la Unión Europea implica que las resoluciones tomadas en un Estado miembro deben ser automáticamente reconocidas en otros sin la necesidad de procedimientos adicionales, incluso en casos de actualización del registro civil tras un divorcio o nulidad matrimonial en otro Estado miembro.

Sin embargo, hay situaciones en las que el reconocimiento no es automático. Esto se debe a una serie de circunstancias y motivos. Uno de ellos que implicaría la denegación del reconocimiento y de la ejecución, es el previsto en el artículo 39.2, que reza:

“Podrá denegarse el reconocimiento de una resolución en materia de responsabilidad parental si este se concedió sin que el menor capaz de formarse su propio juicio haya tenido la posibilidad de expresar su opinión de conformidad con el artículo 21, excepto en los casos en que:

- a) el procedimiento solo afectó a los bienes del menor y siempre que no se requiriera dar dicha oportunidad al menor, habida cuenta del objeto del procedimiento; o
- b) existían motivos fundados habida cuenta, en particular, de la urgencia del asunto”.

Este artículo lo mencionábamos al principio del presente trabajo, debido a su importancia y relevancia en el tema en cuestión. Si un juez dicta sentencia en un país de la Unión Europea, y se demuestra que no se ha respetado de la manera correcta el derecho del menor a ser escuchado, o si se otorgó sin que el menor haya sido capaz de formar su propio juicio, cualquier otro Estado miembro podrá negarse a reconocer y ejecutar dicha sentencia.

El artículo citado es relevante en relación con el derecho del menor a ser escuchado porque establece una salvaguarda importante para proteger los intereses y derechos del niño en tales situaciones. En primer lugar, la disposición reconoce el principio fundamental de que los niños deben tener la oportunidad de expresar su opinión en los asuntos que les conciernen, de acuerdo con su capacidad para formarse un juicio. Esto refleja el reconocimiento de la autonomía y la dignidad del niño como individuo con derechos propios, y no simplemente como objeto de decisiones tomadas por adultos.

Además, al condicionar el reconocimiento de una resolución en materia de responsabilidad parental al cumplimiento de este requisito, se garantiza que las decisiones judiciales tomadas en un país miembro de la Unión Europea respeten el derecho del niño a ser escuchado, incluso cuando dicha resolución se haya dictado en otro Estado miembro. Esto promueve la coherencia y la protección de los derechos del niño en un contexto transfronterizo, evitando posibles discrepancias o violaciones de sus derechos en diferentes jurisdicciones.

La importancia de este artículo radica en su contribución a la protección de los derechos del niño en un contexto internacional, asegurando que su voz sea tenida en cuenta de manera efectiva y significativa en procesos que pueden tener un impacto significativo en su vida y bienestar. Además, establece criterios claros para evaluar la validez y el reconocimiento de las resoluciones judiciales relacionadas con la responsabilidad parental, lo que ayuda a garantizar la coherencia y la equidad en la aplicación del derecho en toda la Unión Europea.

2.5 Cooperación judicial internacional. Práctica de pruebas transfronterizas. Reglamento europeo de pruebas transfronterizas.

La cooperación judicial internacional es la colaboración entre diferentes sistemas judiciales y autoridades judiciales de distintos países para abordar y resolver cuestiones

legales que tienen implicaciones transfronterizas⁴⁰. La cooperación entre diferentes sistemas judiciales permite garantizar que los niños tengan la oportunidad de expresar sus opiniones y que estas sean tomadas en cuenta en los procesos judiciales, incluso cuando se encuentran en contextos internacionales. En casos de disputas de custodia, sustracción de menores o cualquier otro asunto de responsabilidad parental que abarque múltiples jurisdicciones, la cooperación judicial internacional es fundamental para asegurar que los niños sean escuchados de manera efectiva. Esto implica que los tribunales y autoridades judiciales de diferentes países trabajen juntos para facilitar la participación del menor en los procedimientos legales, ya sea a través de entrevista o cualquier otro medio adecuado⁴¹.

La cooperación judicial internacional también garantiza que las decisiones tomadas en un país respecto a la custodia, visitas u otros aspectos relacionados con el bienestar del niño sean reconocidas y respetadas en otros países involucrados. Esto asegura la coherencia y la protección de los derechos del niño en un contexto global, donde las decisiones legales pueden tener repercusiones significativas en su vida⁴².

El Reglamento de Bruselas II Ter, en su artículo 85 regula la cooperación y comunicación entre órganos jurisdiccionales. Establece que estos órganos deberán de colaborar entre sí, además de que podrán solicitarse mutuamente información, manteniendo siempre la confidencialidad y el respeto a los derechos procesales de las partes en dichos procedimientos. Además, las autoridades centrales, tal y como consagra el artículo 79 de este mismo reglamento, tienen la responsabilidad de llevar a cabo diversas tareas específicas para garantizar la adecuada aplicación del Reglamento en casos de responsabilidad parental transfronteriza. Estas tareas incluyen proporcionar asistencia para localizar al menor cuando sea necesario, recabar e intercambiar información relevante, brindar apoyo a los titulares de la responsabilidad parental en solicitudes de reconocimiento y ejecución de resoluciones, facilitar la comunicación entre órganos jurisdiccionales y autoridades competentes, así como entre órganos jurisdiccionales, y ofrecer información y asistencia para la aplicación del Reglamento en general. Además, se promueve la facilitación de acuerdos entre los titulares de la responsabilidad parental

⁴⁰ UNIR, "Cooperación Jurídica Internacional", Revista Española de Derecho Internacional, 2021 (disponible en <https://www.unir.net/ciencias-sociales/revista/cooperacion-juridica-internacional/>; última consulta 4/06/2024). *Cfr.*

⁴¹ *Id.*

⁴² *Id.*

a través de medios alternativos de resolución de litigios, fomentando la cooperación transfronteriza en este aspecto.

La práctica de pruebas transfronterizas es el proceso mediante el cual se obtienen pruebas o evidencias relevantes para un caso legal que involucra a partes ubicadas en diferentes países o jurisdicciones. Esta práctica es común en litigios internacionales o transfronterizos, donde las partes pueden necesitar recopilar información, documentos o testimonios de testigos que se encuentran fuera del territorio donde se lleva a cabo el proceso legal. La práctica de prueba transfronteriza implica coordinar con autoridades judiciales y otros organismos competentes en diferentes países para obtener y compartir la información necesaria para el caso, respetando al mismo tiempo los procedimientos legales y los derechos de todas las partes involucradas. El Reglamento (UE) 2020/1783 establece un marco legal para la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la Unión Europea en la obtención de pruebas en asuntos civiles o mercantiles de naturaleza transfronteriza. Este reglamento busca facilitar el intercambio de información y pruebas entre los sistemas judiciales de diferentes países para garantizar una administración eficiente y efectiva de justicia en casos que trascienden las fronteras nacionales. En relación con el derecho del niño a ser escuchado, este reglamento podría ser relevante en situaciones donde los procedimientos judiciales involucran a menores y se requiere obtener pruebas ubicadas en otros Estados miembros de la UE. Por ejemplo, en casos de custodia, adopción o responsabilidad parental, donde es crucial tener en cuenta la opinión y el interés del niño, el intercambio de pruebas transfronterizas facilitado por este reglamento puede permitir que los tribunales accedan a información relevante para tomar decisiones informadas que protejan los derechos del niño. Es importante porque garantiza que los derechos del niño a ser escuchado y a participar en procedimientos judiciales que lo afecten directamente se respeten y se protejan adecuadamente, incluso en casos que involucren fronteras nacionales. Además, la cooperación judicial internacional promovida por este reglamento ayuda a evitar obstáculos y retrasos en la administración de justicia, asegurando una respuesta oportuna y efectiva a las necesidades y preocupaciones de los menores en situaciones transfronterizas.⁴³

⁴³ Reglamento (UE) 2020/1784 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2020, relativo a la notificación y traslado de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil en los Estados miembros (notificación o traslado de documentos) (DOUE. Núm. L 405, de 2 de diciembre de 2020, pp. 40-83). Disponible en: [<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2020-81761>]

3. EL DERECHO DEL NIÑO A SER ESCUCHADO EN CASO DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL EN EL REGLAMENTO DE BRUSELAS II TER Y EN EL CONVENIO DE LA HAYA DE 1980

La sustracción internacional de menores es un fenómeno que ha ganado relevancia en el ámbito del derecho internacional privado, especialmente debido al aumento de la movilidad transfronteriza y la multiplicidad de familias con vínculos en distintos países. Este problema no solo afecta el bienestar de los menores, sino que también genera complejos desafíos legales y diplomáticos entre los Estados.

Para abordar esta problemática, la comunidad internacional ha desarrollado un marco normativo específico.

Por una parte, destaca el Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. GONZÁLEZ MARIMÓN. afirma que “es sin duda, el instrumento normativo de referencia en materia de sustracción internacional de menores, tanto en Europa como fuera de ella”⁴⁴ y que “su éxito reside en el diseño de un mecanismo de retorno del menor, basado en la cooperación entre Estados contratantes, cuya finalidad última es el retorno del menor en el menor plazo posible”⁴⁵.

Por otro lado, ya en el ámbito de la UE, el reciente Reglamento (UE) n.º 2019/1111 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. Anteriormente, el Reglamento (CE) n.º 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) n.º 1347/2000 se caracterizaba por su extrema complejidad y los problemas de aplicación derivados de la interacción con los Convenios de La Haya de 1980 y 1996. Consciente de estos desafíos, el legislador ha intentado mejorar y refinar la respuesta en el nuevo Reglamento Bruselas II ter, introduciendo cambios tanto estructurales como sustantivos.⁴⁶

⁴⁴ González Marimón, M. (2020). “La libre circulación de resoluciones en la UE en el caso de la sustracción internacional de menores”. *Revista Justicia y Derecho*. Vol. 3. p. 5.

⁴⁵ *Id.*

⁴⁶ González Marimón, M. (2022). “La regulación de la sustracción internacional de menores en el Reglamento Bruselas II Ter y sus principales novedades: hacia una mejor protección del interés superior

Una de las principales novedades del Reglamento Bruselas II ter es la inclusión de un Capítulo III dedicado exclusivamente a la sustracción internacional de menores, ampliando y organizando las normas que antes se encontraban en el artículo 11 del Reglamento Bruselas II bis. Esta nueva estructura busca facilitar la lectura y correcta aplicación del Reglamento por parte de los operadores jurídicos. Además, la reforma intenta aclarar la relación del Reglamento Bruselas II bis con el Convenio de La Haya de 1980. La introducción de normas sobre sustracción internacional de menores en el Reglamento Bruselas II bis generó polémica y dudas sobre la interacción entre ambos instrumentos. El artículo 11 del Reglamento Bruselas II bis regula la restitución del menor una vez que se ha producido un traslado ilícito, señalando que el Convenio de La Haya de 1980 se aplicará conjuntamente con el artículo 11 del Reglamento.⁴⁷

El nuevo Reglamento Bruselas II ter trata de disipar estas dudas mediante referencias en su articulado y en los considerandos, subrayando la relación de complementariedad entre ambos textos. El Considerando 40 y el artículo 96 del Reglamento Bruselas II ter establecen que, en caso de sustracción ilícita entre Estados miembros, se aplicarán las disposiciones del Convenio de La Haya de 1980 complementadas por las del Reglamento Bruselas II ter, especialmente por el Capítulo III. Bruselas II TER también introduce la posibilidad de aplicar las normas de reconocimiento y ejecución del Reglamento cuando un Estado miembro dicte una resolución de retorno del menor de conformidad con el Convenio de La Haya de 1980, incluso si este procedimiento no se considera sobre el fondo del asunto.⁴⁸

Un elemento esencial en los casos de sustracción de menores es el derecho del menor a ser escuchado. Tanto el Reglamento de Bruselas II ter como el Convenio de La Haya de 1980 incluyen disposiciones para garantizar que la voz del menor sea tenida en cuenta en los procedimientos relacionados con la sustracción internacional.

El artículo 9 del Reglamento (UE) n.º 2019/1111 del Consejo, tiene una relevancia directa en los casos de sustracción internacional de menores, ya que establece la continuidad de la competencia del tribunal del Estado miembro de origen, incluso cuando el menor haya adquirido una nueva residencia habitual en otro Estado miembro. En casos de sustracción

del menor”. CUADERNOS DE DERECHO TRANSNACIONAL, 14(1), 286-312.
<https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6686>

⁴⁷ *Id.*

⁴⁸ *Id.*

de menores, el artículo 9 asegura que el tribunal del Estado miembro donde el menor tenía su residencia habitual antes de la sustracción puede mantener su competencia para modificar decisiones sobre la responsabilidad parental. Esto significa que el tribunal del país de origen sigue teniendo jurisdicción, evitando que el tribunal del país al que el menor ha sido llevado asuma inmediatamente la competencia. Esto es esencial en situaciones donde un progenitor traslada ilícitamente al menor a otro Estado miembro con la intención de obtener una resolución judicial más favorable en el nuevo lugar de residencia. Además, la normativa previene el 'forum shopping', donde un progenitor podría trasladar al menor a otro Estado miembro con la esperanza de obtener una decisión judicial más favorable sobre la custodia o la responsabilidad parental. Al mantener la competencia del tribunal de origen, se protege la estabilidad jurídica y el mejor interés del menor.

El artículo 9 también establece plazos específicos y condiciones bajo las cuales la competencia del tribunal de origen cesa, lo que introduce una estructura temporal clara para los procedimientos. Por ejemplo, si dentro de tres meses desde que el menor adquiere una nueva residencia habitual, no se presenta una solicitud de modificación de la decisión ante el tribunal de origen, la competencia del tribunal de origen cesa. Esto asegura que los casos se manejen de manera oportuna y que los derechos del menor y de los padres se respeten sin demoras innecesarias. El reglamento considera que la continuidad en la competencia puede ser fundamental para proteger el mejor interés del menor, especialmente en circunstancias donde el menor es trasladado sin consentimiento. Al mantener la competencia en el Estado de origen, se puede garantizar que cualquier decisión sobre el menor se tome teniendo en cuenta el contexto y las circunstancias originales antes de la sustracción.

Como hemos mencionado en los primeros párrafos del presente capítulo, en el contexto de la sustracción internacional de menores, el derecho del menor a ser escuchado también se vuelve crucial. El Reglamento Bruselas II ter ha incorporado como novedad, respecto de su antecesor, el carácter esencial de la audiencia del menor. Esto está reflejado en sus arts. 21 y 39. El primero en relación a la CJI el segundo en relación al reconocimiento.

El artículo 21 destaca que los menores que son capaces de formarse su propio juicio deben tener la oportunidad de ser escuchados durante los procedimientos. En casos de sustracción, esto significa que las decisiones sobre la restitución del menor a su Estado

de origen deben considerar seriamente las opiniones del menor, asegurando que su bienestar y perspectivas sean parte del proceso judicial.

Por otra parte, el artículo 39 del Reglamento Bruselas II ter introduce una novedad importante al establecer que una de las razones para no reconocer una sentencia extranjera es que en el procedimiento de origen no se haya escuchado al menor. Este avance refuerza la protección de los derechos de los niños en los procesos judiciales transfronterizos de varias maneras.

En primer lugar, Asegura que el interés superior del menor sea una consideración primordial en los procedimientos judiciales, ya que escuchar al menor permite al tribunal obtener una visión más completa y precisa de su situación y necesidades. Además, promueve el cumplimiento de las garantías procesales en los Estados miembros al exigir que se respete el derecho del menor a ser escuchado antes de emitir una sentencia que podría tener repercusiones significativas en su vida. Facilita una mayor armonización en la aplicación del derecho de la UE en materia de responsabilidad parental, asegurando que los Estados miembros apliquen normas coherentes y respeten los mismos principios fundamentales.

La inclusión de este motivo de no reconocimiento implica que, al evaluar la ejecución de una sentencia extranjera, los tribunales del Estado miembro requerido deben verificar si se ha respetado el derecho del menor a ser escuchado en el procedimiento de origen. Si se determina que este derecho no ha sido respetado, el tribunal puede rechazar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia. Este enfoque no solo protege los derechos de los menores, sino que también promueve una mayor responsabilidad y diligencia por parte de los tribunales de los Estados miembros al abordar casos de responsabilidad parental y secuestro internacional de menores.

La modificación de los artículos 21 y 39 del Reglamento de Bruselas II Ter causa la jurisprudencia del TJUE, concretamente en la sentencia el caso "Aguirre Zarraga" (TJUE, C-491/10 PPU)⁴⁹ que aborda la cuestión de la sustracción internacional de menores y el derecho del niño a ser escuchado en procedimientos judiciales.

Este caso podríamos relacionarlos con los artículos 21 y 39 del Reglamento (UE) 2019/1111.

⁴⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto C 491/10 PPU, del 22 de diciembre de 2010 [versión electrónica - base de datos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea]

La sentencia "Aguirre Zarraga" resalta la importancia del derecho del niño a ser escuchado, tal como se establece en el artículo 21 del Reglamento Bruselas II ter. En este caso, los tribunales alemanes se negaron a ejecutar una orden de restitución española basándose en que la menor no había sido escuchada en el procedimiento original en España. El TJUE sostuvo que, aunque el derecho del menor a ser oído es fundamental, la forma en que se debe implementar este derecho está regulada por el Derecho nacional del Estado miembro de origen.⁵⁰

El TJUE destacó que el tribunal del Estado miembro de origen debe garantizar que el menor tenga una oportunidad real y efectiva de expresar su opinión, pero también reconoció que hay un margen de discrecionalidad sobre cómo se debe llevar a cabo esta audiencia.⁵¹ Esta interpretación se alinea con el artículo 21 del Reglamento Bruselas II ter, que deja a la legislación nacional la manera específica de escuchar al niño.

El artículo 39 del Reglamento Bruselas II ter establece que la falta de audiencia del menor puede ser un motivo para denegar el reconocimiento de una sentencia extranjera. En el caso "Aguirre Zarraga", los tribunales alemanes querían aplicar una interpretación similar, negándose a ejecutar la sentencia de restitución española debido a la falta de audiencia del menor. Sin embargo, el TJUE determinó que, bajo el Reglamento Bruselas II bis (el marco legal vigente en ese momento), los tribunales del Estado miembro requerido no tenían la autoridad para revisar la decisión del tribunal del Estado miembro de origen respecto a si el menor había sido escuchado. Este aspecto ha sido modificado en el Reglamento Bruselas II ter con el artículo 39, que ahora permite denegar el reconocimiento de una sentencia si no se ha dado al menor la oportunidad de ser oído.

El derecho del niño a ser escuchado en caso de sustracción internacional está contemplado también, como hemos mencionado, en el Convenio de la Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Este convenio establece mecanismos para la pronta devolución del menor sustraído ilícitamente a su país de residencia habitual, así como para garantizar el derecho del niño a ser escuchado durante el proceso judicial.

El artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980 establece que “La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a su restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones.”

⁵⁰ *Id.*

⁵¹ *Id.*

En este sentido, el Convenio de La Haya de 1980 establece que los órganos jurisdiccionales deben tener en cuenta las opiniones del niño en función de su edad y madurez, y se deben tomar medidas para garantizar que el niño sea escuchado de manera adecuada durante el proceso judicial. Esto puede incluir la designación de un representante legal o un psicólogo especializado en la escucha de menores, así como la adopción de medidas para proteger la intimidad y seguridad del niño durante el proceso.

Son varios los puntos que este Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores establece varias disposiciones importantes en relación con el derecho del niño a ser escuchado en casos de sustracción internacional. Entre los más relevantes, encontramos, en primer lugar, el principio del interés superior del niño. El convenio reconoce el principio del interés superior del niño como una consideración primordial en todos los procedimientos relacionados con la sustracción internacional de menores. Esto implica que las decisiones judiciales deben tomarse teniendo en cuenta el bienestar y las necesidades del niño como prioridad. Por otro lado, el derecho a ser escuchado. El convenio reconoce el derecho del niño a ser escuchado en todos los procedimientos judiciales relacionados con su sustracción internacional. Esto significa que los tribunales deben permitir al niño expresar sus opiniones y preferencias, teniendo en cuenta su edad y grado de madurez. Es preciso hacer hincapié en el factor de la madurez, ya que el derecho del menor a ser oído no es absoluto, porque puede llegar a ser denegado, precisamente en su propio interés, cuando no se revele nada útil de dicha audiencia, antes bien, pueda resultarle perjudicial⁵² “La capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual que la de un adolescente de 16 años: por ello debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior, objetivo último de la normativa de Derecho Internacional de los Derechos Humanos en este dominio”⁵³. Una vez más se antepone el interés del menor y su protección frente a todo. Aunque el convenio no establece una edad mínima para que el niño sea escuchado, se espera que los tribunales consideren las opiniones del niño de acuerdo con su edad y madurez. La opinión del menor, su percepción de cuanto le rodea, y lo que el comportamiento de sus referentes le hace sentir, estará fundada en su propia lógica, en muchas ocasiones insobornable⁵⁴. Esto

⁵² Rivero Hernández, F. El interés del menor, 2ª ed. Madrid Dykinson, 2007.

⁵³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva n°17, (2002), párrafo 101

⁵⁴ Barber Cárcamo. R “El derecho del menor a ser oído y a que su opinión se tenga en cuenta” REDUR 17, diciembre 2019. P.9

implica tomar en cuenta las preferencias del niño de manera proporcional a su capacidad para comprender la situación y expresar sus deseos. La designación de representante legal o psicólogo, es otro de los puntos que aborda el Convenio. En algunos casos, los tribunales pueden designar un representante legal o un psicólogo especializado en la escucha de menores para garantizar que se respete el derecho del niño a ser escuchado de manera adecuada. Estos profesionales pueden ayudar al niño a expresar sus opiniones y necesidades de manera efectiva ante el tribunal.

Por último, pero no menos importante, cabe destacar también la privacidad y seguridad del niño. Se deben tomar medidas para proteger la intimidad y seguridad del niño durante el proceso judicial. Esto puede incluir la adopción de medidas de confidencialidad para proteger la identidad del niño y evitar cualquier tipo de represalia o presión indebida.⁵⁵

Como hemos comprobado a lo largo del presente trabajo, la protección de los derechos de los menores en procedimientos judiciales es un aspecto esencial del marco normativo europeo, especialmente en contextos que afectan directamente su bienestar. El derecho del menor a ser escuchado es un principio fundamental reconocido tanto por la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (CDN) como por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. La normativa europea que regula este derecho y la cual hemos ido trabajando a lo largo del presente trabajo principalmente es: Reglamento Bruselas II ter (Reglamento (UE) 2019/1111), El Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y el Convenio de la Haya de 1996.

En cuanto al Reglamento de Bruselas II TER, podemos decir que este nuevo reglamento, que reemplaza al Bruselas II bis, introduce mejoras significativas en la protección del derecho del menor a ser escuchado. Destacamos el artículo 21 del Reglamento Bruselas II ter que garantiza que los menores deben tener la oportunidad real y efectiva de expresar su opinión durante los procedimientos y el artículo 39 del mismo reglamento establece que la falta de escucha del menor puede ser un motivo para no reconocer una sentencia extranjera, reforzando así la importancia de este derecho.

En cuanto al Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, aunque no es exclusivamente europeo, es fundamental para los casos de sustracción internacional. Destacamos el artículo 13 del Convenio permite que

⁵⁵ *Id.*

las autoridades no ordenen la devolución del menor si éste se opone y tiene una edad y madurez adecuadas para que su opinión sea tenida en cuenta.

El Convenio de la Haya de 1996 por su lado, establece normas para la protección de menores en situaciones transfronterizas y refuerza la cooperación judicial internacional en materia de responsabilidad parental y medidas de protección. Destacamos el artículo 23 del Convenio de 1996 destaca la importancia de escuchar a los menores en procedimientos que afectan sus intereses, alineándose con los principios del Reglamento Bruselas II ter y la CDN.

Para llevar a cabo una evaluación crítica de la normativa, es preciso nombrar tanto las fortalezas de la misma, como sus dificultades y desafíos.

En cuanto a sus fortalezas encontramos el enfoque progresista y protección del menor. El Reglamento Bruselas II ter representa un avance significativo en la protección del derecho del menor a ser escuchado, haciéndolo explícito y dándole un peso considerable en los procedimientos legales. La inclusión del artículo 39, que permite el no reconocimiento de sentencias si no se ha escuchado al menor, asegura la implementación efectiva de este derecho. También destacamos la complementariedad de este con los Convenios de La Haya de 1980 y 1996. La normativa europea complementa y refuerza los Convenios de La Haya de 1980 y 1996, proporcionando un marco más robusto y coherente para la protección de los menores en casos de sustracción internacional. Esto asegura que los principios fundamentales de la CDN y de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE sean respetados en el ámbito europeo. La adaptabilidad y flexibilidad son otros de los aspectos a favor a tener en cuenta de la normativa europea. El reglamento de Bruselas II TER permiten adaptarse a las circunstancias individuales de cada caso, considerando la edad y madurez del menor, lo cual es esencial para una aplicación justa y equitativa del derecho a ser escuchado.

Sin embargo, como hemos señalado al principio, la normativa europea también presenta dificultades y desafíos. A pesar de las disposiciones claras, la aplicación práctica del derecho del menor a ser escuchado puede variar significativamente entre los Estados miembros debido a diferencias en los sistemas legales y en la formación de los profesionales del derecho. La falta de directrices específicas sobre cómo debe ser escuchado el menor puede llevar a inconsistencias y a una protección desigual del derecho. Además, los jueces y otros profesionales del derecho a menudo carecen de la

formación necesaria para llevar a cabo entrevistas efectivas y sensibles con menores, lo que puede afectar negativamente la calidad y la utilidad de las declaraciones de los menores. La normativa actual no proporciona suficientes mecanismos o incentivos para mejorar la capacitación en este ámbito crucial. En cuanto a la consideración del mejor interés del menor, en la práctica, puede ser difícil equilibrar estos principios, especialmente en casos complejos de sustracción internacional donde los padres tienen intereses opuestos. Las decisiones judiciales deben asegurarse de que el proceso de escucha no sea simplemente una formalidad, sino que realmente influya en el resultado final de manera que refleje el mejor interés del menor.

En conclusión, podríamos decir que la normativa europea sobre el derecho del menor a ser escuchado en casos de sustracción internacional de menores ha avanzado significativamente con la introducción del Reglamento Bruselas II ter. Sin embargo, la implementación práctica de este derecho presenta desafíos importantes, incluyendo la necesidad de formación adecuada para los profesionales del derecho y la garantía de una aplicación consistente y equitativa en todos los Estados miembros. La complementariedad con el Convenio de La Haya de 1980 fortalece el marco normativo, pero es esencial seguir trabajando para asegurar que el derecho del menor a ser escuchado se respete y se valore adecuadamente en todos los procedimientos judiciales.

4. CONCLUSIONES

En el presente trabajo de fin de grado, se ha logrado cumplir con los objetivos planteados al inicio de la investigación. Se ha realizado un análisis desde tres perspectivas: legal, jurisprudencial y doctrinal sobre el tema "El derecho del niño a ser escuchado en los procedimientos transfronterizos de responsabilidad parental y crisis matrimonial en el Derecho de la UE". Este estudio ha permitido identificar las normativas vigentes y cómo se aplican en la práctica, ofreciendo una visión completa sobre la protección de los derechos del niño en este contexto.

La incorporación del Reglamento Bruselas II ter ha supuesto avances significativos en comparación con el Bruselas II bis, especialmente en la protección del derecho del niño a ser escuchado. Sin embargo, persisten algunas dificultades, como la variabilidad en la aplicación de este derecho entre los diferentes Estados miembros y la carencia de profesionales especializados, como psicólogos, que puedan garantizar que la voz del niño

sea adecuadamente considerada. Estos desafíos resaltan la necesidad de una mayor uniformidad y especialización en el tratamiento de estos casos.

Hemos podido comprobar a lo largo del trabajo que el derecho del niño a ser escuchado tiene una importancia trascendental para la protección de sus derechos humanos, destacando su vulnerabilidad y necesidad de protección. Este derecho no solo asegura que los menores sean considerados en las decisiones que afectan sus vidas, sino que también refuerza su dignidad y reconocimiento como sujetos de derecho. La participación activa del niño en los procesos judiciales y administrativos es crucial para la promoción de su bienestar y desarrollo integral.

Es fundamental reconocer que la madurez del niño debe ser un criterio esencial al considerar su capacidad para asumir responsabilidades y expresar su opinión. La evaluación de la madurez debe ser cuidadosa y considerar la edad, el contexto y la capacidad individual del niño para formar juicios propios. Este enfoque asegura que las decisiones tomadas en base a sus opiniones sean en su mejor interés, protegiendo su bienestar y desarrollo psicológico.

La creación de un enfoque más coherente y uniforme en la aplicación del derecho del niño a ser escuchado es crucial para garantizar la igualdad de protección en toda la Unión Europea. Las disparidades en la interpretación y aplicación de este derecho entre los Estados miembros pueden llevar a inconsistencias y vulnerabilidades en la protección de los menores. Un marco uniforme garantizaría que todos los niños, independientemente de su lugar de residencia, tengan la misma oportunidad de ser escuchados y considerados en los procedimientos que les afectan.

Finalmente, es vital continuar trabajando para mejorar la eficacia del derecho del niño a ser escuchado. Esto implica no solo el fortalecimiento de las normativas y procedimientos existentes, sino también la capacitación de los profesionales involucrados y la sensibilización de la sociedad sobre la importancia de este derecho. El compromiso continuo y la evolución de las políticas y prácticas asegurarán que los niños reciban la protección y el respeto que merecen en todas las circunstancias.

5. BIBLIOGRAFÍA

Regulación internacional

- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea 2010/c 83/02 (BOE. (2010). Diario Oficial de la Unión Europea, L 83, Z00389-Z00403.)
- Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 12 (2009). El derecho del niño a ser escuchado (Ginebra. 51º período de sesiones, 25 de mayo a 12 de junio de 2009, GE.09-43702 (S) 051009 071009)
- Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, BOE núm. 202, de 24 de agosto de 1987, referencia BOE-A-1987-19691.
- Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, BOE núm. 291, de 2 de diciembre de 2010, referencia BOE-A-2010-18510.
- Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Texto consolidado) (Consejo de Europa, 4 de noviembre de 1950) (publicado en «BOE» núm. 243, de 10 de octubre de 1979).
- Convención sobre los Derechos del Niño (Resolución 44/25 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989) (publicada en «BOE» núm. 313, de 31 de diciembre de 1990).
- Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo (BOE.es - DOUE-L-2011-82637)
- Guía sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado con arreglo a la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados (ACNUR. Núm. 2372, de diciembre de 2011, pp. 1-193).
- 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 («DOUE» núm. L338, de 23 de diciembre de 2003, páginas 1 a 29).

- Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, 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 (DOUE núm. 178, de 2 de julio de 2019, páginas 1 a 115).
- Reglamento (UE) 2020/1783 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2020, relativo a la notificación y traslado de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil en los Estados miembros (notificación o traslado de documentos) (DOUE. Núm. L 405, de 2 de diciembre de 2020, pp. 40-83). Disponible en:
[<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2020-81761>]

Jurisprudencia

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva n°17, (2002), párrafo 101
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos núm. 56547/00, del 16 de julio de 2002 [versión electrónica - base de datos HUDOC del Tribunal Europeo de Derechos Humanos]
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos núm. 31871/96, del 8 de julio de 2003 [versión electrónica - base de datos HUDOC del Tribunal Europeo de Derechos Humanos]
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos núm. 30943/96, del 8 de julio de 2003 [versión electrónica - base de datos HUDOC del Tribunal Europeo de Derechos Humanos]
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos CEDH núm. 41614/07, del 6 de julio de 2010 [versión electrónica - base de datos HUDOC del Tribunal Europeo de Derechos Humanos]
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos núm. 10161/13, del 3 de diciembre de 2015 [versión electrónica - base de datos HUDOC del Tribunal Europeo de Derechos Humanos]

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto C 491/10 PPU, del 22 de diciembre de 2010 [versión electrónica - base de datos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea]
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Demanda núm. 27853/09, del 26 de noviembre de 2013 [versión electrónica - base de datos HUDOC del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Ref. TJUE 2013/27853/09]

Doctrina

- Barber Cárcamo, R. “El derecho del menor a ser oído y a que su opinión se tenga en cuenta” REDUR 17, diciembre 2019. P.9
- González Marimón, M. (2020). “La libre circulación de resoluciones en la UE en el caso de la sustracción internacional de menores”. Revista Justicia y Derecho. Vol. 3.
- González Marimón, M. (2022). “La regulación de la sustracción internacional de menores en el Reglamento Bruselas II Ter y sus principales novedades: hacia una mejor protección del interés superior del menor”. CUADERNOS DE DERECHO TRANSNACIONAL, 14(1), 286-312. <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6686>
- Novo, M., Arce, R., y Rodríguez, M. J. (2003). Separación conyugal: consecuencias y reacciones postdivorcio de los hijos. Revista galego-portuguesa de psicología e educación, p.4.
- Ravetllat Ballesté, I. El interés superior del niño: concepto y delimitación del término. Educatio siglo XXI, 2012. p. 3.
- Rivero Hernández, F. El interés del menor, 2ª ed. Madrid Dykinson, 2007.
- Serrano, A., "Impacto psicológico del divorcio en los niños", Universidad Católica Argentina, 2016 (disponible en <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/6130/1/impacto-psicologico-divorcio-ninos-serrano.pdf> ; última consulta 4/06/2024).

Recursos de internet

- Instituto Nacional de Estadística. (2022). Encuesta Nacional de Salud y Demografía [PDF]. Recuperado de https://www.ine.es/prensa/ensd_2022.pdf
- (S/f). Ine.es. Recuperado el 9 de abril de 2024, de https://www.ine.es/prodyser/demografia_UE/bloc
- e-Justice Europa. (s.f.). Parental responsibility, child custody and contact rights. Recuperado
- *INEbase / Demografía y población / Padrón / Estadística del Padrón de españoles residentes en el extranjero / Últimos datos.* (s/f). INE. Recuperado el 10 de abril de 2024, https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736177014&menu=ultiDatos&idp=1254734710990 https://e-justice.europa.eu/302/ES/parental_responsibility_child_custody_and_contact_rights
- Neuraxpharm, "Bienestar psicológico infantil", Neuraxpharm, 2023 (disponible en <https://www.neuraxpharm.com/es/salud/bienestar-psicologico-infantil>; última consulta 4/06/2024).
- De Belare Abogados, "Medidas urgentes de protección de menores", De Belare Abogados, 2021 (disponible en <https://www.debelareabogados.es/medidas-urgentes-proteccion-menores/>; última consulta 4/06/2024)
- Pons.P, "Ligar por internet: así cambian las aplicaciones nuestras relaciones", La Vanguardia, 2019 (disponible en <https://www.lavanguardia.com/tecnologia/20190214/46454394015/ligar-parejas-internet-aplicaciones-tinder-sociologia-tecnologia.html> ; última consulta 4/06/2024).
- UNIR, "Cooperación Jurídica Internacional", Revista Española de Derecho Internacional, 2021 (disponible en <https://www.unir.net/ciencias-sociales/revista/cooperacion-juridica-internacional/>; última consulta 4/06/2024).
- UNICEF. (s.f.). Convención sobre los Derechos del Niño: ¿Por qué son importantes? Recuperado de <https://www.unicef.org/es/convencion-derechos-nino/por-que-son-importantes>