

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

“THE INTERNATIONAL CHILD ABDUCTION REGIME IN THE BRUSSELS IITER REGULATION AND ITS MAIN NOVELTIES: TOWARDS A BETTER PROTECTION OF THE BEST INTERESTS OF THE CHILD”

MARÍA GONZÁLEZ MARIMÓN

*Profesora Ayudante Doctora de Derecho Internacional privado
Universitat de València*

Recibido:15.12.2021 / Aceptado:11.01.2022

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6686>

Resumen: El presente artículo analiza las novedades introducidas en el Reglamento Bruselas II ter en materia de sustracción internacional de menores. El legislador de la UE, consciente de la complejidad y problematismo que ha acarreado la aplicación del Reglamento Bruselas II bis en la materia, ha intentado mejorar y depurar la respuesta aportada en el nuevo texto de 2019, tanto desde el punto de vista estructural como sustancial. Redundado, previsiblemente, en una mejor del interés superior de los menores involucrados en estos procedimientos.

Palabras clave: sustracción internacional de menores, Reglamento Bruselas II ter, Reglamento 2019/1111, Reglamento Bruselas II bis, retorno del menor.

Abstract: This article analyses the new developments introduced in the Brussels II ter Regulation on international child abduction. The EU legislator, aware of the complexity and problematism that the application of the Brussels IIa Regulation has entailed in the matter, has tried to improve and refine the response provided in the new 2019 text, both from the structural and substantial point of view. Predictably, resulting in a better protection of the bests interests of the children involved in these proceedings.

Keywords: international child abduction, Brussels II ter Regulation, 2019/1111 Regulation, Brussels II bis Regulation, return of the child.

Sumario: I. Introducción. II. Un primer aspecto: la relación entre el Reglamento Bruselas II ter y el Convenio de la Haya de 1980. III. Un segundo aspecto: las normas de competencia judicial internacional. IV. Las mejoras en el proceso de restitución como tercer elemento de cambio. 1. La aclaración sobre la edad del menor. 2. La celeridad, la urgencia y la especialización de los procedimientos de retorno. A) La concentración y la especialización de la jurisdicción. B) La limitación de la duración del procedimiento de retorno del menor. 3. Las novedades en las modificaciones procesales del Convenio de La Haya de 1980. A) El derecho del menor a expresar sus opiniones en los procedimientos de restitución. B) El contacto del menor con el progenitor solicitante del retorno. C) El refuerzo del retorno seguro del menor. a) La comprobación de la adopción de las medidas de protección en el Estado miembro de origen en casos de grave riesgo del menor. b) Las medidas provisionales y cautelares dictadas en el Estado miembro en el que se encuentra ilícitamente el menor. D) La intro-

ducción de la figura de la mediación. V. Una oportunidad perdida: el mantenimiento del mecanismo de prevalencia con la introducción de medidas para mejorar el funcionamiento del mecanismo de prevalencia. 1. La limitación de los supuestos en los que se aplica el mecanismo de prevalencia. 2. La clarificación de las situaciones que se pueden producir en aplicación del mecanismo de prevalencia. 3. La vinculación entre las decisiones de custodia y las órdenes de retorno y el refuerzo del interés superior del menor. 4. La corrección de la eliminación del *exequatur* “en términos absolutos” para las resoluciones de retorno derivadas del mecanismo de prevalencia: el refuerzo de las competencias del Estado miembro requerido. VI. Reflexiones finales.

I. Introducción

1. La sustracción internacional de menores se presenta en nuestros días como un ejemplo paradigmático de la complejidad de los asuntos transfronterizos en los que se involucra a la figura de un menor en el que¹, además, concurren realidades con múltiples aristas².

2. La respuesta jurídica frente a la sustracción internacional de menores en la Unión Europea (en adelante UE) muestra un complicado paisaje de pluralidad de fuentes legales, que buscan desincentivar este fenómeno³. Principalmente, se trata de un marco jurídico tripartito conformado por el juego entre 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 1347/2000⁴ (en adelante Reglamento Bruselas II bis) y el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles del secuestro internacional de menores⁵ (en adelante, Convenio de La Haya de 1980), que queda complementado por la interacción puntual del 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 niños⁶ (en adelante Convenio de La Haya de 1996)⁷. En la actualidad, se reivindica una redefinición del marco normativo de la sustracción internacional de menores para adecuarlo a nuevas realidades y la búsqueda de una clarificación de sus fuentes y de su interacción⁸.

¹ En el presente artículo el término “menor” engloba a los niños, niñas y adolescentes.

² Para una visión general sobre la sustracción internacional de menores vid. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ: “Sustracción internacional de menores: una visión general”, en Y. GAMARRA CHOPO: *El discurso civilizador en Derecho Internacional: cinco estudios y tres comentarios*, Universidad de Murcia, 2011. Se ha realizado un estudio sobre los efectos a largo plazo de la sustracción internacional de menores. En este sentido, vid. PARLAMENTO EUROPEO: “The Child Perspective in the Context of the 1980 Hague Convention”, *Policy Department for Citizens’ Rights and Constitutional Affairs Directorate-General for Internal Policies*, 2020. Versión *on line* disponible en [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2020/659819/IPOL_IDA\(2020\)659819_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2020/659819/IPOL_IDA(2020)659819_EN.pdf), último acceso el 28.11.2021. Igualmente, sobre los efectos negativos de la sustracción internacional de menores vid., entre otros, I. LORENTE MARTÍNEZ: *Sustracción internacional de menores. Estudio jurisprudencial, práctico y crítico*, Dykinson – Universidad de Murcia, Madrid, 2019, pp. 14 y ss.

³ En este sentido, el marco jurídico de la sustracción internacional de menores constituiría una clara manifestación del “overbooking de instrumentos legales” existentes en materia de protección internacional del menor al que refiere la doctrina. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ: *Derecho Internacional Privado, Volumen II*, Comares, Granada, 18ª ed., 2018, p. 491.

⁴ DO L 338, de 23.12.2003.

⁵ BOE de 24.8.1987, corr. errores BOE de 30.6.1989, y BOE de 24.1.1996.

⁶ BOE, de 2.10.2010. Para un estudio sobre la relación entre el Reglamento Bruselas II bis y el Convenio de La Haya de 1996 vid. M. MOYA ESCUDERO: “Integración del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 en el Reglamento Bruselas II bis”, en E.M. VÁZQUEZ GÓMEZ, M.D. ADAM MUÑOZ y N. CORNAGO-PIRETO (coord.): *El arreglo pacífico de las controversias internacionales: XXIV Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho internacional y Relaciones internacionales (AEPDIRI)*, Córdoba, 20-22 de octubre, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 569-582.

⁷ Para un estudio sobre la evolución del sistema de fuentes vid., por todos, A. BORRÁS: “La sustracción internacional de menores: del Convenio de La Haya de 1980 al Reglamento Bruselas II ter”, en AA.VV.: *El Derecho Internacional privado entre la tradición y la innovación. Libro homenaje al Profesor Doctor José María Espinar Vicente*, Iprolex, Madrid, 2020, pp. 159-174. Vid. igualmente ESPINOSA CALABUIG, R. y CARBALLO PIÑEIRO, L.: “Child Protection in European Family Law”, en Pfeiffer, T., Lobach, Q.C. and Rapp, T. (Eds.): *Facilitating Cross-Border Family Life – Towards a Common European Understanding: EUFams II and Beyond*, Heidelberg University Publishing, Heidelberg, 2021, pp. 53 y ss.

⁸ Se habla, así, de la necesidad de afrontar los profundos cambios sociales de las últimas décadas, reflejados en la con-

3. Uno de los elementos más problemáticos, tanto del Convenio de La Haya de 1980 como del Reglamento Bruselas II bis, es el mecanismo de retorno del menor⁹. En el Convenio de La Haya de 1980, se otorga prioridad al retorno del menor, pero a su vez, se busca el equilibrio con el interés del menor en el caso concreto a través de un sistema de excepciones al retorno. Frente a este sistema, el Reglamento Bruselas II bis restringió al máximo el sistema de excepciones al retorno mediante la introducción de una serie de modificaciones procesales¹⁰. Entre ellas, particularmente cuestionado ha sido el llamado mecanismo de prevalencia, por el cual, la última palabra en relación con el retorno del menor la posee el órgano jurisdiccional competente sobre el fondo en virtud del Reglamento¹¹.

4. El legislador de la UE, consciente de la complejidad y problematismo que ha acarreado la aplicación del Reglamento Bruselas II bis en materia de sustracción internacional de menores, ha intentado mejorar y depurar la respuesta aportada en el nuevo 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 (versión refundida)¹², en adelante, Reglamento Bruselas II ter¹³. El objeto del presente trabajo es, precisamente, desgarnar las principales novedades introducidas en el texto de 2019 en materia de sustracción internacional de menores.

II. Un primer aspecto: la relación entre el Reglamento Bruselas II ter y el Convenio de La Haya de 1980

5. El marco normativo articulado por el legislador europeo en relación con la sustracción internacional de menores en el Reglamento Bruselas II bis se caracteriza por su extrema complejidad y por lo problemático de su aplicación. Ello se reputa tanto de las soluciones autónomas diseñadas como de su interacción con el Convenio de La Haya de 1980 y, también, de 1996. Consciente de este hecho, en el nuevo texto de Bruselas II ter el legislador ha intentado mejorar y depurar la respuesta aportada.

solidación de diferentes modelos familiares, o en la, ya apuntada, mayor centralidad de los derechos del menor y su interés superior, frente al de sus progenitores. Al respecto vid., entre otros, PARLAMENTO EUROPEO: “40 Years of The Hague Convention on Child Abduction: Legal and Societal Changes in the Rights of a Child”, *Policy Department for Citizens’ Rights and Constitutional Affairs Directorate-General for Internal Policies*, 2020. Versión *on line* disponible en [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2020/660559/IPOL_IDA\(2020\)660559_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2020/660559/IPOL_IDA(2020)660559_EN.pdf), último acceso el 28.11.2021; R. SCHUZ: “The Hague Child Abduction Convention in a Changing World”, en G. DOUGLAS, M. MURCH, Y V. STEPHENS (eds.): *International and National Perspectives on child and Family Law. Essays in Honour of Nigel Lowe*, Intersentia, Cambridge -Antwerp -Portland, 2018, pp. 315-328; J. FORCADA MIRANDA: “Complejidad, carencias y necesidades de la sustracción internacional de menores en el siglo XXI y un nuevo marco legal en España”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVI, 2016, pp. 699-743.

⁹ Al respecto vid. E. RODRÍGUEZ PINEAU: “La oposición al retorno del menor secuestrado: movimientos en Bruselas y La Haya”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 35, 2018, pp. 1- 31.

¹⁰ Vid. apts. 1 a 5 del art. 11 del Reglamento Bruselas II bis.

¹¹ Vid. apts. 6 a 8 del art. 11 del Reglamento Bruselas II bis.

¹² DO L 178/1 de 2 de julio de 2019. La Comisión Europea presentó su Propuesta de Refundición del 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 en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000 (en lo sucesivo, “Propuesta de Refundición del Reglamento Bruselas II bis”). Véase COMISIÓN EUROPEA: “Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición)” {SWD(2016) 207 final} {SWD(2016) 208 final}, Bruselas, 30.6.2016, COM(2016) 411 final 2016/0190 (CNS).

¹³ Para un análisis global de las principales novedades del Reglamento Bruselas II ter vid., entre otros, A. BORRÁS: “Bruselas II, Bruselas II bis, Bruselas II ter...”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 38, 2019, pp. 1-5; M. HERRANZ BALLESTEROS: “El Reglamento (UE) 2019/1111 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 (versión refundida): principales novedades”, *Revista Española de Derecho Internacional*, v. 73, n. 2, pp. 229-260; S. CORNELOUP Y T. KRUGER: “Le règlement 2019/1111, Bruxelles II: la protection des enfants gagne du ter(rain)”, *Revue Critique de Droit International Privé*, n.º 2, 2020, pp. 215-245.

6. Los cambios son tanto de estructura como sustantivos. Desde una perspectiva estrictamente formal, una de las principales novedades del Reglamento Bruselas II ter es la introducción de un Capítulo –el Capítulo III- dedicado, exclusivamente, a la sustracción internacional de menores¹⁴. De esta manera, el procedimiento de retorno del menor, que antes se regulaba únicamente en el artículo 11 del Reglamento Bruselas II bis, pasa ahora a estar ampliamente desarrollado en un Capítulo completo del nuevo Reglamento. Previsiblemente, esta nueva estructura mejorará la lectura del Reglamento y su correcto entendimiento y aplicación por parte de los operadores jurídicos.

7. Adicionalmente, una de las principales novedades de la reforma en materia de sustracción internacional de menores constituye el intento por aclarar la relación del Reglamento Bruselas II bis con el Convenio de La Haya de 1980.

8. En este sentido, es sabido que la introducción de normas en materia de sustracción internacional de menores en el Reglamento Bruselas II bis no fue una cuestión pacífica¹⁵, más bien al contrario, fruto de un proceso complejo que generó una amplia polémica¹⁶. La solución política de compromiso adoptada¹⁷, consistente, básicamente, en la inclusión en el Reglamento de ciertas normas que completaban el Convenio de La Haya de 1980, generó algunas dudas sobre la relación entre ambos instrumentos.

9. El núcleo central de la coordinación entre los dos modelos diseñados en el Reglamento Bruselas II bis y el Convenio de La Haya de 1980 se encuentra en el artículo 11 del texto reglamentario. Principalmente, el Reglamento Bruselas II bis altera de forma parcial la articulación procesal de la resolución por la que se ordena el retorno inmediato prevista en el Convenio de La Haya de 1980 que, recordemos, apuesta por la cooperación entre autoridades sin aportar respuesta sobre la competencia de ésta o sobre la eficacia en el extranjero de las resoluciones que se puedan dictar por éstas¹⁸. Estas modificaciones, relevantes, constituyen una serie de garantías que deben añadirse a lo establecido en el propio Convenio de La Haya de 1980¹⁹.

¹⁴ La singularización de la problemática y la mayor atención del legislador de la UE a este fenómeno que ello refleja también se deduce de su inclusión expresa en el título del propio texto reglamentario que pasa a denominarse: 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.

¹⁵ Recordemos que la decisión del legislador de la UE de legislar en materia de sustracción internacional de menores no se remonta a los inicios de la normativa de la UE en materia de responsabilidad parental. En efecto, el Reglamento (CE) n.º 1347/2000 del Consejo de 29 de mayo de 2000 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes, D.O. n.º L 160 de 30 de junio del 2000, remitía directamente, sin más, al Convenio de La Haya de 1980 en materia de sustracción internacional de menores (véase Considerando 13 y artículo 3 del Reglamento 1347/2000).

¹⁶ La idoneidad, o no, de regular la sustracción ilícita internacional desde la UE dio lugar a arduas negociaciones entre los Estados miembros. Surgió una evidente división entre aquellos – Francia, Italia o España- que deseaban introducir normas sustantivas que mejoraran el Convenio de La Haya de 1980 y aquellos otros Estados miembros – Alemania, Holanda o Reino Unido, por ejemplo- que consideraban que no era necesaria intervención legislativa alguna, ya que el Convenio de La Haya de 1980 era suficiente para resolver estos conflictos. Véase un análisis del proceso de negociación en P. MCELEAVY: “The new Child Abduction Regime in the European Union: Symbolic Relationship or Forced Partnership?”, *Journal of Private International Law*, v. 1, n.º 1, 2005, pp. 5-34.

¹⁷ En palabras de Mceleavy: “This unorthodox partnership of regional and international instruments was not the intention of either of the institutions or of the Member States involved in the negotiation process, it was quite simply a political solution to what had become an embarrassing stand-off between two equally powerful and motivated blocs”. P. MCELEAVY: “The new Child Abduction Regime in the European Union...”, *cit.*, p. 6. También refleja la idea de compromiso político K. LENAERTS: “The Best Interest of the Child Always Come First: the Brussels II bis Regulation and the European Court of Justice”, *Jurisprudencia/Jurisprudence*, v. 20, n.º 4, 2013, p. 1312.

¹⁸ Véase I. REIG FABADO: “Incidencia del Reglamento 2201/2003 en materia de sustracción internacional de menores: interacción con el Convenio de La Haya de 1980”, en P. LLÓRIA GARCÍA (dir.): *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar*, Iustel, Madrid, 2008, p. 220.

¹⁹ *Ibid.*, p. 229.

10. En tal sentido, en el seno de la UE, una vez acontecido un traslado ilícito, el artículo 11 del Reglamento Bruselas II bis regula el proceso de restitución de dicho menor²⁰. Así, en el caso de que se solicite la restitución del menor ante las autoridades del Estado miembro donde haya sido trasladado ilícitamente, o retenido, el Convenio de La Haya de 1980 se deberá aplicar conjuntamente con el artículo 11 del Reglamento Bruselas II bis. Tal y como señala la Comisión Europea “cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro reciba una solicitud de restitución de conformidad con el Convenio de La Haya de 1980, aplicará las normas del mismo tal y como queda completado por los apartados 1 a 5 del Reglamento”²¹.

11. El propio Reglamento Bruselas II bis hace mención a la relación con el Convenio de La Haya de 1980 en su Considerando 17²², así como en sus artículos 60 y 62.2, diseñando la mencionada relación de complementariedad que ya hemos apuntado²³. Ahora bien, a pesar de tal relación, entendida en el sentido de que el Reglamento Bruselas II bis modula ciertos preceptos del Convenio de La Haya en lo relativo a su aplicación entre los Estados miembros de la Unión, el artículo 60 del texto reglamentario habla, a su vez, de aplicación preferente del Reglamento, lo que puede generar cierta confusión en lo referente a la relación de ambos instrumentos²⁴.

En efecto, mientras que el artículo 11 del Reglamento Bruselas II bis parece indicar la relación de complementariedad entre ambos instrumentos normativos, el artículo 60 del mismo texto señala la primacía del Reglamento Bruselas II bis sobre el Convenio de La Haya de 1980. Así, surge la duda sobre si la relación entre ambos textos era, efectivamente, de complementariedad, o, por el contrario, de prevalencia. Y en todo caso, la articulación de ambas realidades normativas era compleja y daba lugar a una práctica poco lineal.

12. Estas dudas se intentan disipar ahora con la reforma del Reglamento, mediante diversas referencias tanto en el articulado como en los Considerandos relativas a la relación del nuevo texto reglamentario con el Convenio de La Haya de 1980. De esta suerte, ya en el Considerando 40 del Reglamento Bruselas II ter se apunta la relación de complementariedad entre ambos textos, indicando que, cuando se produzca un traslado o retención ilícita de un menor, deberá “seguir aplicándose” el Convenio de La Haya de 1980, “completado” por el Reglamento Bruselas II ter, y en particular, por el Capítulo III del mismo. En el articulado del nuevo Reglamento, concretamente, en el Capítulo VIII

²⁰ Literalmente, el artículo 11.1 del Reglamento Bruselas II bis establece que: “Los apartados 2 a 8 será de aplicación cuando una persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia solicite a las autoridades competentes de un Estado miembro que se dicte una resolución con arreglo al Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (denominado en lo sucesivo Convenio de la Haya de 1980), con objeto de conseguir la restitución de un menor que hubiera sido trasladado o retenido de forma ilícita en un Estado miembro distinto del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos”.

²¹ Véase COMISIÓN EUROPEA: “Guía práctica para la aplicación del nuevo “Reglamento Bruselas II bis”. Versión *on line* disponible en http://publications.europa.eu/resource/cellar/f7d39509-3f10-4ae2-b993-53ac6b9f93ed.0007.01/DOC_1, último acceso el 10.11.2021, p. 53.

²² Considerando 17: “En caso de traslado o retención ilícitos de un menor, es importante que su restitución se produzca sin demora y con este fin debe seguir aplicándose el Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 tal y como queda completado mediante las disposiciones del presente Reglamento y, en particular, del artículo 11...”.

²³ Una cuestión que ya se produce en otros instrumentos europeos, principalmente, respecto de otros textos de la Conferencia de La Haya de DIPr. Recuérdense los Convenios sobre la Ley aplicable en materia de Accidentes de Circulación por carretera, hecho en La Haya el 4 de mayo de 1971, *BOE* de 4.11.1987 y sobre la Ley aplicable a la responsabilidad por productos, hecho en La Haya el 2 de octubre de 1973, *BOE* de 25.1.1989. y el Reglamento (CE) n.º 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), *DO L* 199/40, de 31.7.2007; o el Protocolo de La Haya de 2007 sobre alimentos y el Reglamento 4/2009.

²⁴ La Comisión Europea, en su Guía práctica para la aplicación del Reglamento Bruselas II bis clarifica la relación entre ambos instrumentos señalando que “El Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores («Convenio de La Haya de 1980»), ratificado por todos los Estados miembros de la Unión Europea, sigue en vigor en relación con los casos de sustracción de menores entre Estados miembros. Sin embargo, el Reglamento completa este Convenio mediante ciertas disposiciones, que entran en juego en estos casos. Así pues, en la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 a las relaciones entre Estados miembros, las normas del Reglamento prevalecerán sobre las normas del Convenio en la medida en que este afecte a materias que se rijan por el Reglamento”. (Véase COMISIÓN EUROPEA: “Guía práctica para la aplicación del nuevo “Reglamento Bruselas II bis”, *cit.*, p. 49).

relativo a las relaciones con otros instrumentos, se introduce un precepto dedicado, exclusivamente, a la relación entre el nuevo Reglamento con el Convenio de La Haya de 1980. En tal sentido, el artículo 96 del Reglamento Bruselas II ter establece que, en caso de una sustracción ilícita producida de un Estado miembro a otro, “*seguirán aplicándose las disposiciones del Convenio de La Haya de 1980 tal y como quedan completadas con las disposiciones de los capítulos III y IV del presente Reglamento*”.

El citado precepto también aporta una aclaración interesante al indicar que podrán aplicarse 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. Y ello, a pesar de que este procedimiento no se considere un procedimiento sobre el fondo, tal y como recuerda el Considerando 16 del nuevo texto reglamentario. Esta solución no quedaba clara en el régimen anterior, precisamente, por no tratarse de resoluciones sobre el fondo del asunto. Estas afirmaciones se reiteran en el artículo 1.3 del Reglamento Bruselas II ter, relativo al ámbito de aplicación: “*los capítulos III y IV del presente Reglamento se aplican en casos de traslado o retención ilícitos de un menor que afecten a más de un Estado miembro, completando el Convenio de La Haya de 1980. El capítulo IV del presente Reglamento se aplica a resoluciones que ordenen la restitución de un menor a otro Estado miembro de conformidad con el Convenio de La Haya de 1980 que deban ser ejecutadas en un Estado miembro distinto del Estado miembro donde se dictó la resolución*”.

13. En suma, el Capítulo III del Reglamento Bruselas II ter regula el procedimiento de restitución tras un traslado o retención ilícito de un Estado miembro de la UE a otro, completando las disposiciones del Convenio de La Haya de 1980. Este nuevo Capítulo amplía y ordena las normas anteriormente contenidas en el artículo 11 del Reglamento Bruselas II bis, pero sin modificar su objetivo²⁵. En la nueva y detallada regulación recogida en el texto de 2019 el legislador de la UE ha intentado resolver algunos de los problemas de funcionamiento detectados en la práctica, aunque manteniendo el sistema anterior, muy particularmente, el mecanismo de prevalencia o de última palabra.

III. Un segundo aspecto: las normas de competencia judicial internacional

14. Un segundo ámbito que, como es sabido, cuenta con una referencia especial a los casos de sustracción internacional de menores es el sector de la competencia judicial internacional²⁶. De esta manera, y tal como ya prevé el artículo 10 del Reglamento Bruselas II bis, cuando se produzca un traslado o retención ilícita de un Estado miembro de la UE a otro se continúa manteniendo la atribución de la competencia en materia de responsabilidad parental en favor de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de residencia habitual del menor inmediatamente anterior al traslado o retención ilícita, salvo la concurrencia de unas condiciones muy tasadas²⁷.

15. El foro en materia de sustracción internacional de menores del apuntado artículo 10 del Reglamento Bruselas II bis se mantiene en términos prácticamente idénticos, pasando a estar recogido en el artículo 9 del Reglamento Bruselas II ter.

16. De esta suerte, los preceptos señalados diseñan un sistema de doble competencia con una regla general seguida de dos excepciones: la regla general consiste, precisamente, en el mantenimiento

²⁵ A. BORRÁS: “La sustracción internacional de menores: del Convenio de La Haya de 1980 al Reglamento Bruselas II ter”, en AA.VV.: *El Derecho Internacional privado entre la tradición y la innovación. Libro homenaje al Profesor Doctor José María Espinar Vicente*, Iprolex, Madrid, 2020, p. 173.

²⁶ Para un estudio exhaustivo sobre las normas de competencia judicial internacional recogidas en los Reglamentos Bruselas II bis y ter en relación con la responsabilidad parental vid., por todos, M. GONZÁLEZ MARIMÓN: *Menor y responsabilidad parental en la Unión Europea*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2021, pp. 97 y ss.

²⁷ En profundidad sobre el foro en materia de sustracción internacional de menores vid. D. CARRIZO AGUADO: “Particularidades acerca de la autoridad judicial competente en supuestos de sustracción ilícita de menores en aras del Reglamento (CE) 2201/2003”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n.º 2, v. 12, 2020, pp. 267-782.

de la competencia en favor de los órganos jurisdiccionales del Estado de residencia habitual del menor, seguida de dos excepciones en las que se permite el cambio de la jurisdicción en favor de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la nueva residencia habitual del menor, siempre que se cumplan unos requisitos muy tasados. En primer lugar, que el menor haya adquirido su residencia habitual en otro Estado miembro, y además que

“a) toda persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia haya dado su conformidad al traslado o a la retención, o bien

b) el menor, habiendo residido en ese otro Estado miembro durante un período mínimo de un año desde que la persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia haya tenido o hubiera debido tener conocimiento del paradero del menor; esté integrado en su nuevo entorno”.

17. Esta exigencia de integración del menor viene modulada por el propio precepto al exigir, en línea con lo que también hace el artículo 10 del Reglamento Bruselas II bis que, además de la mencionada integración *“se cumpla alguna de las condiciones siguientes”*. Es, precisamente en estas condiciones en las que encontramos una mínima modificación en el nuevo texto reglamentario.

- 1) En primer lugar, y tal como establece el apartado i) de la letra b) del artículo 9, y en línea con el mandato del artículo 10.b) i) del Reglamento Bruselas II bis, *“que en el plazo de un año desde que el titular del derecho de custodia haya tenido o hubiera debido tener conocimiento del paradero del menor; no se haya presentado ninguna demanda de restitución ante las autoridades competentes del Estado miembro al que se haya trasladado o en el que esté retenido el menor”*.
- 2) En segundo lugar, como precisa el apartado ii) de la mencionada letra b) del artículo 9 del texto de 2019, en línea con lo dispuesto en el artículo 10.b) ii) del Reglamento Bruselas II bis, *“que se haya desistido de una demanda de restitución presentada por el titular del derecho de custodia sin que haya presentado ninguna nueva demanda en el plazo fijado en el inciso i),*
- 3) Los apartados iii) y iv) del artículo 9.b) del Reglamento Bruselas II ter constituyen novedades respecto del tenor del texto del Bruselas II bis. El apartado iii) exige *“que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro haya denegado una demanda de restitución presentada por el titular del derecho de custodia por motivos distintos de los contemplados en el artículo 13, apartado 1, letra b), o el artículo 13, apartado 2, del Convenio de La Haya de 1980 y que la resolución ya no sea susceptible de recurso ordinario”*. Y, el iv), por su parte, requiere *“que no se haya acudido a ningún órgano jurisdiccional según lo dispuesto en el artículo 29, apartados 3 y 5, en el Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos;*
- 4) Por último, el apartado v) del artículo 9.b) del texto de 2019 resulta coincidente con el iv) del artículo 10.b.iv) del Reglamento 2201/2003: *“v) que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos hayan dictado una resolución sobre los derechos de custodia que no implique la restitución del menor.”*

18. Siendo el modelo diseñado continuista, un punto adicional merece ser destacado. Frente al sistema de 2003, una de las novedades introducidas en materia de sustracción internacional de menores es la referencia recogida en el artículo 9 del Reglamento Bruselas II ter a *“sin perjuicio del artículo 10”* que, recordemos, refiere a la elección del órgano jurisdiccional. Esta mención, que no se encuentra presente en el texto de Bruselas II bis, abre la posibilidad de que los progenitores pacten el foro en materia de responsabilidad parental, en los términos del apuntado artículo 10 del Reglamento Bruselas II ter. La prórroga de la competencia en un contexto de sustracción de menores puede ser muy útil, por ejemplo, en aquellas ocasiones en las que las partes hayan llegado a un acuerdo amistoso que requiera la homologación por parte del órgano jurisdiccional competente sobre el fondo. Concre-

tamente, en el caso en el que el acuerdo se haya llevado a cabo en el Estado en el que se encuentra ilícitamente el menor²⁸.

19. Con esta nueva posibilidad se estaría haciendo frente al problema del fraccionamiento de la competencia judicial internacional para la homologación de los acuerdos de mediación en casos de sustracción internacional de menores, cuando dicho acuerdo se alcanza no solo sobre la restitución o no del menor, sino también, en materia de responsabilidad parental²⁹. Aunque la doctrina ya había buscado vías de solución parciales a través de la prórroga de la competencia del artículo 12 del Reglamento Bruselas II bis y la transferencia de la competencia a un órgano mejor situado para conocer del asunto del artículo 15 del citado instrumento³⁰, se había reclamado una solución más clara en este sentido³¹. Y lo cierto es que el nuevo Reglamento Bruselas II ter se refiere expresamente a esta problemática, ofreciendo una solución.

IV. Las mejoras en el proceso de restitución como tercer elemento de cambio

20. Las previsiones del artículo 11 del Reglamento Bruselas II bis pasan a estar recogidas en el nuevo Reglamento Bruselas II ter en un Capítulo completo – el Capítulo III- facilitando la comprensión y la lectura del texto reglamentario. La reforma mantiene, fundamentalmente, la lógica del régimen anterior en lo relativo al régimen de restitución del menor: esto es, la introducción de ciertas normas procesales que modulan la aplicación del procedimiento de retorno del Convenio de La Haya de 1980.

21. Ahora bien, a partir de esta premisa, el legislador de la UE ha introducido ciertas modificaciones con el objetivo de depurar diversas deficiencias detectadas en el procedimiento de retorno del menor, buscando con ello, mejorar su eficacia en la práctica.

1. La aclaración sobre la edad del menor

22. El artículo 22 del nuevo Reglamento Bruselas II ter, en sintonía con el Convenio de La Haya de 1980, aclara que el retorno del menor “*con arreglo al Convenio de La Haya de 1980*” solo podrá solicitarse si el menor tiene menos de dieciséis años. Con este precepto el Reglamento se alinea con lo previsto en el Convenio de La Haya de 1980, cuestión que en el régimen anterior podía resultar dudosa, ya que el Reglamento Bruselas II bis no recoge un concepto del menor.

23. El precepto es claro, en este sentido, al afirmar que los artículos 23 a 29 y el Capítulo VI del presente Reglamento “*serán de aplicación y complementarán el Convenio de la Haya de 1980*” cuando una persona, institución u organismo que invoque una violación del derecho de custodia “*solicite, directamente o con la asistencia de una autoridad central, al órgano jurisdiccional de un Estado miembro que dicte con arreglo al Convenio de La Haya 1980 una resolución por la cual se ordene la restitución de un menor de dieciséis años que haya sido trasladado o retenido de forma ilícita en un Estado miem-*

²⁸ En este sentido C. GONZÁLEZ BEILFUSS: “La sustracción de menores en el nuevo Reglamento 2019/1111”, en AA.VV.: *Relaciones transfronterizas, globalización y Derecho. Homenaje al Prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas, Civitas-Thomson Reuters*, Cizur Menor (Navarra), 2020, p. 389.

²⁹ Sobre esta problemática vid. M.C. CHÉLIZ INGLÉS: “La ejecución de los acuerdos resultantes de mediación familiar: el conflicto de los “package agreements” en materia de sustracción internacional de menores”, en C. AZCÁRRAGA MONZONÍS y P. QUINZÁ REDONDO (eds.): *Tratado de mediación. Tomo III. Mediación en conflictos de familia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 43-66.

³⁰ Al respecto vid. M.C. CHÉLIZ INGLÉS: *La sustracción internacional de menores y la mediación. Retos y vías prácticas de solución*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 301 y ss.

³¹ Esta posibilidad había sido reclamada por la doctrina para facilitar los acuerdos de mediación. En este sentido vid. M.C. CHÉLIZ INGLÉS: “Novedades introducidas por la refundición del reglamento Bruselas II Bis en relación con la sustracción internacional de menores”, en L. GARCÍA ÁLVAREZ, y J.M. MARTÍN RODRÍGUEZ (Coords): *El mercado único en la Unión Europea. Balance y perspectivas jurídico-políticas*, Dykinson, Madrid, 2019, p. 47.

*bro distinto del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos*³².

2. La celeridad, la urgencia y la especialización de los procedimientos de retorno

24. Una de las prioridades esenciales en los procedimientos relativos a un traslado o retención ilícita de un menor es la rápida resolución del caso. Por este motivo, el Convenio de La Haya de 1980 recoge la regla general del retorno inmediato del menor, acompañada de la orientación de la resolución del caso en un plazo máximo de 6 semanas³³. Este plazo fue introducido por el Reglamento Bruselas II bis como una obligación para los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros³⁴. Sin embargo, el legislador de la UE, en la Propuesta de Refundición de la Comisión de 2016, detectó como una de las deficiencias principales en materia de responsabilidad parental el procedimiento de retorno y su falta de efectividad³⁵. En respuesta a este problema, la Comisión planteó una serie de medidas para mejorar la eficacia del procedimiento de retorno del menor en la práctica. Principalmente, propuso la concentración de la jurisdicción para supuestos de sustracción internacional de menores³⁶, la limitación de los recursos³⁷ y de la duración del proceso³⁸ y la mejora de la cooperación entre autoridades³⁹.

25. No todas las medidas propuestas han superado el proceso de negociación. Y algunas de ellas se han mantenido de una forma indirecta, quedando relegadas a los Considerandos, y desapareciendo del articulado. Esto es, finalmente las propuestas de la Comisión han quedado integradas como pautas para una aplicación correcta de las normas en materia de sustracción internacional de menores. Por este motivo, se ha resaltado la apuntada naturaleza didáctica de la nueva regulación en la materia, aunque, no obstante, se ha cuestionado el valor jurídico de estos Considerandos, ya que carecen de valor normativo⁴⁰.

A) La concentración y la especialización de la jurisdicción

26. Una de las medidas introducidas en aras a mejorar la eficacia de los procedimientos de restitución de menores es la concentración de la competencia en materia de sustracción internacional de menores. El objetivo es asegurar una mayor eficacia y aceleración de los procesos, garantizado por la mayor experiencia que los jueces competentes tendrán en los procedimientos de retorno. Así, junto con la concentración se está realizando una correlativa apuesta por la especialización de los órganos jurisdiccionales.

27. El Considerando 41 del Reglamento Bruselas II ter recoge la recomendación del legislador de la UE, dirigida hacia los Estados miembros, de que consideren la posibilidad de concentrar la competencia relativa a los procedimientos de restitución de menores en virtud del Convenio de La Haya de 1980, de un modo coherente con la estructura de sus órganos jurisdiccionales nacionales. El tenor es claro:

“a fin de concluir los procedimientos de restitución en virtud del Convenio de La Haya de 1980 lo más rápidamente posible, los Estados miembros deben considerar, de modo coherente con la estructura de sus órganos jurisdiccionales nacionales, la posibilidad de concentrar la competencia relativa a este tipo de procedimientos en el menor número posible de órganos jurisdiccionales.” Añadiendo, en este sentido que, *“la competencia en los casos de sustracción de menores se podría concentrar en un único*

³² Art. 22 del Reglamento Bruselas II bis.

³³ Vid. art. 11 del Convenio de La Haya de 1980.

³⁴ Vid. art. 11.3 del Reglamento Bruselas II bis.

³⁵ Vid. COMISIÓN EUROPEA: “Propuesta...”, *cit.*, p. 3.

³⁶ Vid. *Ibid.*, art. 22 y Considerando 26.

³⁷ Vid. *Ibid.*, art. 25.4.

³⁸ Vid. *Ibid.*, art. 23.1 y 32.4.

³⁹ Vid. *Ibid.*, art. 25.1 a) y Capítulo V.

⁴⁰ C. GONZÁLEZ BEILFUSS: “La sustracción de menores en el nuevo Reglamento...”, *cit.*, pp. 386 y 387.

órgano jurisdiccional para todo el país o en un número limitado de órganos jurisdiccionales, utilizando como punto de partida, por ejemplo, el número de órganos jurisdiccionales de apelación y concentrando la competencia respecto de los casos de sustracción internacional de menores en un órgano jurisdiccional de primera instancia en cada distrito de un tribunal de apelación.”

28. Así, la medida de armonización parcial propuesta por la Comisión en 2016⁴¹, ha quedado finalmente incorporada como una mera recomendación en forma de Considerando, con un valor jurídico dudoso, pero claramente indicativo. Habrá que ver si los Estados miembros acogen esta medida en sus legislaciones nacionales. Por lo pronto, este mandamiento presente en los Considerandos del Reglamento ha sido acogido mayoritariamente como positivo tanto por la doctrina⁴² como por las propias instituciones de la UE⁴³. De hecho, se trata de una de las recomendaciones enunciadas por la Conferencia de La Haya⁴⁴. Y, en el caso concreto de España, la reforma española de 2015 en materia de sustracción internacional de menores introduce ya la especialización de los Tribunales y la concentración de la competencia⁴⁵.

B) La limitación de la duración del procedimiento de retorno del menor

29. Un segundo bloque de medidas adicionales para conseguir una mayor celeridad de los procedimientos en materia de sustracción internacional de menores son aquellas relacionadas con la limitación de la duración del procedimiento de retorno del menor. Particularmente, mediante la formulación de dos acciones fundamentales: la fijación de un plazo definido para la resolución del procedimiento y la limitación de la apelación a un recurso⁴⁶.

30. i) Respecto a la duración del procedimiento, tanto el Convenio de La Haya de 1980, de forma orientativa, como el Reglamento Bruselas II bis, de forma imperativa, establecen un plazo de seis semanas para la resolución del procedimiento sobre el retorno del menor⁴⁷. Pese a la existencia de este plazo, las estadísticas parecen reflejar que los procedimientos de retorno, en la práctica, sufren importantes retrasos, superando el plazo de seis semanas⁴⁸. A lo anterior se suman las cuestiones sobre el alcance

⁴¹ En la Propuesta de la Comisión de 2016 esta proposición venía incorporada en el articulado. Concretamente, dicha exigencia de concentración de la competencia se contenía en el artículo 22 de la Propuesta, que precisaba que los Estados miembros garantizarán que se concentre la competencia en un número limitado de órganos jurisdiccionales que serán comunicados por cada Estado miembro a la Comisión.

⁴² E. RODRÍGUEZ PINEAU: “La refundición del Reglamento Bruselas II bis: de nuevo sobre la función del Derecho Internacional privado europeo”, *Revista Española de Derecho Internacional*, v. 69, n.º 1, 2017, p. 143; M. A. GANDÍA SELLENS: “La responsabilidad parental y la sustracción de menores en la propuesta de la Comisión para modificar el RB II bis: algunos avances, retrocesos y ausencias”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVII, 2017, pp. 801 y 802; P. BEAUMONT, L. WALKER, y J. HOLLIDAY: “Parental Responsibility and International Child Abduction in the proposed recast of Brussels IIa Regulation and the effect of Brexit on future child abduction proceedings”, *University of Aberdeen, Working Paper 6*, 2016. Versión *on line* disponible en https://www.abdn.ac.uk/law/documents/CPIL_Working_Paper_No_2016_6_revised.pdf, último acceso el 7.4.2020, pp. 2-3; J. FORCADA MIRANDA: *Comentarios prácticos al Reglamento (UE) 2019/1111. Competencia, Reconocimiento y Ejecución de Resoluciones en materia Matrimonial, Responsabilidad Parental y Sustracción Internacional de Menores*, Sepín, Madrid, 2020, p. 208.

⁴³ Véase Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición) [COM (2016) 411 final – 2016/0190 (CNS)], párrafo 2.13.

⁴⁴ Véase Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción de menores. Parte II: medidas de aplicación, 2003, punto 5.

⁴⁵ Véase artículo 778 *quater* de la LEC.

⁴⁶ Estas medidas fueron ya propuestas por la Comisión en su Propuesta de 2016, y han sido finalmente incorporadas en el articulado del texto definitivo del Reglamento Bruselas II ter. COMISIÓN EUROPEA: “Propuesta...”, *cit.*, art. 23.1 y 32.4.

⁴⁷ Vid. Art. 11 del Convenio de La Haya de 1980 y art. 11.3 del Reglamento Bruselas II bis.

⁴⁸ De hecho, en la Propuesta de la Comisión de 2016 se indica que la duración media de resolución de los procedimientos de retorno es de 165 días. COMISIÓN EUROPEA: “Propuesta...”, *cit.*, p. 14. Igualmente vid. N. LOWE y V. STEPHENS: “Part I- A statistical analysis of applications made in 2015 under the Hague Convention of 25 October 1980 on the civil aspects of International Child Abduction- Global Report”, *The Seventh Meeting of the Special Commission on the Practical Operation of the 1980 Hague Child*

del plazo de seis semanas previsto en la regulación actual. En concreto, ha surgido la duda sobre si dicho plazo es para todas las instancias o tan solo para la primera.

31. Frente a todas estas cuestiones surgidas en la práctica, desde una perspectiva más realista, el legislador de la UE ha optado por incorporar un plazo más largo, de seis semanas para cada instancia, fijando un diseño de dieciocho semanas máximo. De esta manera, el nuevo artículo 24 del Reglamento Bruselas II ter, bajo la rúbrica “*procedimiento judicial acelerado*” establece que:

“el órgano jurisdiccional ante el que se interponga la demanda de restitución de un menor a que se refiere el artículo 22 actuará con urgencia en el marco del procedimiento en el que se sustancie la demanda, utilizando los procedimientos más rápidos que prevea el Derecho nacional”⁴⁹.

32. Este mandato viene articulado en los apartados 2 y 3 del citado precepto en los que se establecen un plazo de seis semanas para la resolución de la primera y segunda instancia, salvo que concurren circunstancias excepcionales. Concretamente, en primera instancia el plazo se concreta en seis semanas desde la iniciación del procedimiento “*salvo que existan circunstancias excepcionales que lo hagan imposible*”⁵⁰. Mientras que, en segunda instancia, se afirma que, de nuevo, “*salvo que existan circunstancias excepcionales que lo hagan imposible, los órganos jurisdiccionales de nivel superior dictarán resolución a más tardar seis semanas después de que se hayan efectuado todos los trámites procesales necesarios y el órgano jurisdiccional esté en condiciones de examinar el recurso, bien mediante audiencia o bien de otro modo*”⁵¹.

En relación con este último punto, el Considerando 42 del nuevo texto reglamentario aclara que dichos trámites pueden incluir, dependiendo del sistema jurídico en cuestión, “*la notificación del recurso al demandado, bien en el Estado miembro en el que se encuentra el órgano jurisdiccional o bien en otro Estado miembro, el envío del expediente y el recurso al órgano jurisdiccional de apelación en los Estados miembros en los que el recurso se ha de presentar ante el órgano jurisdiccional cuya resolución se recurre, o la solicitud de una parte de que se convoque una audiencia si la legislación nacional requiere tal solicitud*”.

33. A estas doce semanas, el artículo 28.2 del Reglamento Bruselas II ter añade otras seis semanas para el proceso judicial de ejecución. En caso de que la ejecución no se haga efectiva en dicho plazo, la parte que solicitó la ejecución o la autoridad central del Estado miembro de ejecución tendrán el derecho a pedir a la autoridad competente para la ejecución los motivos del retraso⁵². Además, y siguiendo en sede de ejecución, y de nuevo, buscando una resolución más eficaz de los procedimientos de retorno, el artículo 27.6 del Reglamento Bruselas II ter permite la ejecución provisional de las resoluciones de retorno, aunque esté pendiente un recurso, condicionado a que responda al interés superior del menor.

34. Con vistas a asegurar la máxima celeridad de la resolución de los casos de sustracción internacional de menores, además de introducir medidas en sede judicial, es esencial, a su vez, prestar atención a la fase administrativa previa, y en concreto, a la labor de las autoridades centrales. De conformidad con el artículo 23 del Reglamento Bruselas II ter, la autoridad central requerida deberá actuar con urgencia “*en la tramitación de las solicitudes, basadas en el Convenio de La Haya de 1980, a las que se refiere el artículo 22*” del Reglamento⁵³. Además, cuando la solicitud se reciba por parte de la

Abduction Convention and the 1996 Hague Child Protection Convention, HCCH, octubre de 2017. Versión *on line* disponible en <https://assets.hcch.net/docs/d0b285f1-5f59-41a6-ad83-8b5cf7a784ce.pdf>, último acceso el 23.10.2021.

⁴⁹ Art. 24.1 del Reglamento Bruselas II ter.

⁵⁰ Art. 24.2 del Reglamento Bruselas II ter.

⁵¹ Art. 24.3 del Reglamento Bruselas II ter.

⁵² Sin embargo, no se ha introducido la obligación de los Estados miembros de proporcionar información sobre el número de supuestos que no son ejecutados en el plazo de seis semanas, recogida en la Propuesta de la Comisión de 2016. COMISIÓN EUROPEA: “Propuesta...”, *cit.*, art. 79.2 letra b.

⁵³ Art. 23.1 del Reglamento Bruselas II ter.

autoridad central del Estado miembro requerido, deberá acusar recibo de ella en un plazo de cinco días hábiles, contados a partir de la recepción de la solicitud. Procediendo a informar “*sin dilación indebida a la autoridad central del Estado miembro requirente o al solicitante, según corresponda, de las gestiones iniciales que se hayan realizado o se vayan a realizar para tramitar la solicitud, y podrá solicitar cualquier otro documento o información necesarios*”⁵⁴.

No obstante, no se establece un plazo máximo para la resolución de esta fase administrativa, plazo que sí se preveía en la Propuesta de la Comisión de 2016⁵⁵. Este último plazo dirigido a las autoridades centrales suponía una novedad respecto a la regulación vigente, garantizando la celeridad en una fase esencial del procedimiento de retorno. Tampoco se ha resuelto la reivindicación de una mayor asignación de recursos materiales y personales para garantizar en la práctica el efectivo cumplimiento de las funciones asignadas a las autoridades centrales.

35. En general, la doctrina observa la ampliación del plazo de seis semanas como una respuesta pragmática a las deficiencias detectadas en la práctica⁵⁶. Sin embargo, y sin perjuicio de lo anterior, se ha destacado la falta de consecuencias derivadas de la eventual inobservancia del plazo en las diferentes instancias, teniendo en cuenta, además, que la obligación de informar se exige solo para el procedimiento de ejecución. En tal sentido, y considerando la inobservancia generalizada que se ha detectado en la práctica, se duda de que estos nuevos plazos se vayan a respetar⁵⁷. A su vez, otro sector doctrinal ha criticado la ampliación de los plazos, ya que no se considera que garanticen una mayor efectividad ni rapidez. Más bien al contrario, se entiende que esta ampliación relajará la tensión de los jueces, lo que provocará un incumplimiento de los nuevos lapsos previstos⁵⁸.

36. ii) Una segunda medida tendente a acelerar la resolución definitiva sobre el retorno del menor refiere a la limitación a un solo recurso contra la resolución, por la que se conceda o deniegue la restitución de un menor en virtud del Convenio de La Haya de 1980. Una vez más, la tramitación del procedimiento de reforma del Reglamento dio lugar a alteraciones significativas. Así, mientras que en la Propuesta de la Comisión de 2016 la limitación a un recurso se recogía en el artículo relativo al procedimiento de restitución del menor, finalmente esta propuesta ha quedado ahora ubicada en los Considerandos del Reglamento⁵⁹. En efecto, el Considerando 42 *in fine* del Reglamento Bruselas II ter se limita a señalar a apuntar, con carácter meramente potencial, que “*los Estados miembros deben también considerar la posibilidad de disponer que solo pueda presentarse un único recurso contra una resolución por la que se conceda o deniegue la restitución de un menor en virtud del Convenio de La Haya de 1980*”.

Consecuentemente, con la nueva regulación estará en manos de los Estados miembros limitar o no los recursos, aunque, al menos, sí ha sido posible armonizar los plazos máximos de resolución de cada instancia judicial. Esta medida, en su inclusión en la Propuesta de la Comisión de 2016, había recibido una valoración positiva por la doctrina, a pesar de advertir sobre la poca claridad del precepto al no explicitar si la apelación en casación está incluida o no⁶⁰.

⁵⁴ Art. 23.2 del Reglamento Bruselas II ter.

⁵⁵ Véase COMISIÓN EUROPEA: “Propuesta...”, *cit.*, artículo 63.1.g.

⁵⁶ En esta línea E. RODRÍGUEZ PINEAU: “La refundición del Reglamento Bruselas II bis...”, *cit.*, p. 143; M. A. GANDÍA SELLENS: “La responsabilidad parental y la sustracción...”, *cit.*, pp. 801 y 802; P. BEAUMONT, L. WALKER, y J. HOLLIDAY: “Parental Responsibility and International Child Abduction in the proposed recast...”, *cit.*, p. 3.

⁵⁷ Véase M. A. GANDÍA SELLENS: “La responsabilidad parental y la sustracción...”, *cit.*, p. 808.

⁵⁸ J. FORCADA MIRANDA: *Comentarios prácticos al Reglamento (UE) 2019/1111...*, *cit.*, pp. 219 y ss.

⁵⁹ El artículo 25.4 de la Propuesta de Refundición de 2016 explicitaba de forma taxativa que, “*contra la resolución por la que se ordena o se deniega la restitución del menor, solo cabrá un recurso*”.

⁶⁰ En esta línea M. A. GANDÍA SELLENS: “La responsabilidad parental y la sustracción...”, *cit.*, pp. 807-808; GEDIP: *Resolution on the Commission Proposal for a recast of the Brussels IIa Regulation, concerning parental responsibility and child abduction*, Milán, 16-18 septiembre de 2016, apartado II. Versión *on line* disponible en <https://www.gedip-egpil.eu/documents/Milan%202016/Bx2b-ResPar-ENG-Final2.pdf>, último acceso el 7.10.2021; SUBGRUPO NACIONALIDAD DEL GEDIP: *Comments on the Commission Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction (recast) (COM (2016) 411 final)*, párr. 14. Versión *on line* disponible en <https://www.gedip-egpil.eu/reunionstravail/Reunion%2026/Annexe%20I.pdf>, último acceso el 7.10.2021.

3. Las novedades en las modificaciones procesales del Convenio de La Haya de 1980

37. El Reglamento Bruselas II ter contiene varios preceptos relativos al procedimiento de retorno del menor. No obstante, las modificaciones procesales introducidas en el nuevo texto de Bruselas II ter en relación con el artículo 11 del Reglamento Bruselas II bis pasan ahora a estar recogidas, principalmente, en el artículo 27 del nuevo texto, bajo la <rúbrica “*procedimiento de restitución de un menor*”, incorporando diversas novedades relevantes.

A) El derecho del menor a expresar sus opiniones en los procedimientos de restitución

38. Una primera cuestión a abordar es la relativa al derecho del menor a expresar sus opiniones. Este derecho ha ido adquiriendo paulatinamente un mayor reconocimiento y protagonismo gracias a la codificación y desarrollo del elenco de derechos de los menores. Sin embargo, y a pesar de su reconocimiento general, su desarrollo práctico es muy desigual en la propia Unión Europea y no está exento de problemas⁶¹.

39. En contraste con la posición mantenida en el Reglamento Bruselas II bis, caracterizada por escasas – y esporádicas- referencias en su articulado al derecho de audiencia del menor⁶², el nuevo Reglamento Bruselas II ter incorpora una apuesta decidida a favor de que el menor sea oído en los procesos que le afectan. Una apuesta que se plasma en la existencia de una solución genérica para todos los procesos en materia de responsabilidad parental, recogida en el artículo 21 del Reglamento 2019/1111⁶³. Y otra referida específicamente a los supuestos de sustracción de menores⁶⁴.

40. En relación con esta última, en el Capítulo III del Reglamento Bruselas II ter, relativo a la sustracción internacional de menores, se vuelve a hacer referencia a la audiencia del menor con carácter específico para los procedimientos de restitución. En este sentido, el artículo 26 del nuevo Reglamento establece que el artículo 21 del mismo texto, recordemos, relativo al derecho del menor a expresar sus opiniones, será plenamente aplicable a los procedimientos de restitución con arreglo al Convenio de La Haya de 1980.

41. Se trata de un elemento que ya se encuentra presente en el Reglamento Bruselas II bis, el cual, recordemos, recoge en su artículo 11.2 la obligación de la audiencia del menor como modificación procesal respecto al funcionamiento del Convenio de La Haya de 1980. Siguiendo esta línea, el legislador de la UE refuerza la figura de la audiencia del menor en los procedimientos de sustracción internacional de menores, dedicando un precepto, exclusivamente, para constatar la plena aplicación del

⁶¹ De hecho, la Propuesta de la Comisión de 2016 identifica el derecho de audiencia del menor como una de las seis deficiencias principales en el funcionamiento práctico del Reglamento Bruselas II bis. COMISIÓN EUROPEA: “Propuesta...”, *cit.*, p. 5.

⁶² Principalmente, vid. en este sentido, art.11.2, relativo al procedimiento de retorno del menor; el art. 23 b), relativo a una casusa de denegación al reconocimiento y a la ejecución de las resoluciones en materia de responsabilidad parental: Considerando 20 del Reglamento Bruselas II bis.

⁶³ Art. 21 del Reglamento Bruselas II ter: “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”.

Situado en la Sección 3ª- Disposiciones comunes- del Capítulo II, relativo a la competencia judicial internacional. Vid. igualmente el Considerando 39.

⁶⁴ Recordemos la importante de la oposición del menor como causa de excepción al retorno articulada en el art. 13 del Convenio de La Haya de 1980. Sobre los problemas en relación con la misma vid., por todos, A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ: “Convenio de La Haya de 25 octubre 1980 y sustracción internacional de menores. algunas cuestiones controvertidas”, en AA.VV.: *El Derecho Internacional privado entre la tradición y la innovación. Libro homenaje al Profesor Doctor José María Espinar Vicente*, Iprolex, Madrid, 2020, pp. 198 y ss.

derecho fundamental del menor a expresar sus opiniones en los procedimientos de restitución. Si bien esta referencia expresa a la necesidad de audiencia del menor para los procedimientos de sustracción internacional de menores resulta de alguna manera reiterativa, lo cierto es que debe ser acogida positivamente, como una reiteración por parte del legislador de la ineludible necesidad de escuchar al menor, incluso en este tipo de procedimientos, caracterizados por su condición sumaria.

42. Además, y a pesar del hecho de reiterar el mandato del artículo 21 del nuevo texto reglamentario en relación con la audiencia del menor, el precepto parece ir más allá. Su lectura permite observar como el resultado final supone una mejora de la protección del derecho frente a la regulación del Reglamento Bruselas II bis por distintos motivos.

- 1) En primer lugar, se hace referencia al derecho de audiencia del menor en todo procedimiento en materia de sustracción internacional de menores, y no solo, como se recogía en el Reglamento Bruselas II bis, para los supuestos en los que se apliquen las excepciones de los artículos 12 y artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980. Con esta referencia genérica se altera la perspectiva, exigiendo que, como principio fundamental, en todo procedimiento de retorno se dé al menor la posibilidad de ser escuchado, salvaguardándose de esta suerte su cumplimiento.
- 2) En segundo lugar, el Reglamento Bruselas II ter mejora y corrige, significativamente, el sistema de certificados en cuanto al control del respeto del derecho de audiencia del menor. Para ello, el nuevo Reglamento prevé dos certificados diferenciados, uno para los procedimientos de retorno del menor de conformidad con el Convenio de La Haya de 1980 y otro para las resoluciones de retorno resultantes del mecanismo de prevalencia⁶⁵. De manera que, en este segundo supuesto, si no se ha ofrecido al menor la oportunidad de expresar sus opiniones, el propio certificado remite, directamente, al certificado genérico para las resoluciones en materia de responsabilidad parental⁶⁶, impidiendo, con ello, la aplicación del régimen privilegiado de reconocimiento y ejecución de estas resoluciones. Este control reforzado pretende evitar futuras situaciones como la planteada en el supuesto de hecho que dio lugar a la conocida STJUE de 22 de diciembre de 2010, en el asunto C-491/10 PPU, *Aguirre Zárraga*⁶⁷ (en adelante asunto *Aguirre Zárraga*).

B) El contacto del menor con el progenitor solicitante del retorno

43. En segundo lugar, y esta vez sí de forma novedosa, el artículo 27.2 del Reglamento Bruselas II ter refiere a la posibilidad de que el órgano jurisdiccional pueda examinar, en cualquier fase del procedimiento de retorno, si se debe garantizar el contacto entre el menor y la persona que solicita la restitución, posibilidad condicionada, por supuesto, a la plena satisfacción de su interés superior. Se trata de una medida muy demandada desde ciertos sectores que, sin embargo, no había sido introducida en la Propuesta de la Comisión de 2016, siendo incorporada posteriormente, durante el proceso de negociación.

44. La finalidad de la medida es evidente. Se intentan paliar los efectos perjudiciales que genera el transcurso del tiempo en este tipo de procedimientos, asegurando la continuidad del vínculo entre el menor y la persona que solicita la restitución. Con ello, se evita la interrupción del vínculo afectivo del

⁶⁵ Vid. anexos IV, V, VI del Reglamento Bruselas II ter.

⁶⁶ Anexo III del Reglamento Bruselas II ter.

⁶⁷ ECLI:EU:C:2010:828. En relación con la decisión, y entre otras muchas, vid. M. HERRANZ BALLESTEROS: "El control del Juez de origen de las decisiones dictadas en aplicación del artículo 42 del Reglamento (CE) n. 2201/2003: el asunto Aguirre Pelz", *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 24, 2011, pp. 1-39; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ: "STJ (Sala 1.a) de 22 de diciembre de 2010. Asunto C-491/10 Ppu, *Aguirre Zárraga y Simone Pelz*", *Revista Española de Derecho Internacional*, v. LXII, n.º 2, 2010, pp. 247-251; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ: "Desplazamiento de menores dentro de la UE. Supresión del exequátur y derechos del niño a ser oído", *Diario La Ley*, n.º 7578, 2011, pp. 1-11.

menor con el otro progenitor, previniendo potenciales situaciones traumáticas en caso de retorno tras un largo período de tiempo en el que previsiblemente se ha perdido el contacto con el progenitor.

45. Aunque es cierto que esta medida ya podía ser adoptada por el órgano jurisdiccional de conformidad con su legislación nacional, su incorporación en el Reglamento Bruselas II ter debe considerarse como un gran acierto. Con este tipo de medidas, el texto reglamentario garantiza una mejor protección del menor en el caso concreto, evitando los efectos nocivos que desencadenan la sustracción internacional de menores y los rígidos procedimientos de retorno. Esta medida, además, cuenta con el valor añadido de permitir alinear al nuevo Reglamento Bruselas II ter con el Convenio de Derechos del Niño, y muy en particular, con el derecho contenido en el artículo 9 del referido texto, relativo al derecho de niño que esté separado de uno o ambos progenitores a mantener relaciones personales y contacto directo con ellos de modo regular, salvo que sea contrario a su interés superior.

C) El refuerzo del retorno seguro del menor

46. En las últimas décadas se ha generado una preocupación creciente en torno a la cuestión de garantizar no solo el retorno del menor, sino, sobre todo, garantizar que dicho retorno sea seguro. Este retorno seguro constituye un reto para las actuales regulaciones en materia de sustracción internacional de menores, centradas en y articuladas sobre, fundamentalmente, mecanismos de retorno automáticos. Además, el retorno seguro del menor ha adquirido, aún si cabe, una mayor importancia, al aumentar paralelamente la concienciación sobre ciertos problemas sociales como la violencia doméstica y/o de género⁶⁸.

47. Dentro de las diversas facetas que deben contribuir a asegurar un retorno seguro para el menor, el legislador de la UE ha incidido, dentro del procedimiento de retorno de éste, en facilitar la adopción de medidas de protección, tanto por parte del Estado miembro de origen como, como gran novedad, por parte del Estado miembro en el que se encuentra ilícitamente el menor.

a) La comprobación de la adopción de las medidas de protección en el Estado miembro de origen en casos de grave riesgo del menor

48. En el marco de la problemática respecto al retorno seguro del menor destaca la modificación procesal introducida en su día por el artículo 11.4 del Reglamento Bruselas II bis, la cual se recoge ahora en el artículo 27.3 del nuevo Reglamento. Recordemos que el artículo 11.4 del Reglamento Bruselas II bis incorpora el impedimento de denegar el retorno de un menor en base al artículo 13.1.b) del Convenio de La Haya de 1980, siempre que se demuestre que se han adoptado las medidas de protección pertinentes en el Estado miembro de previa residencia habitual del menor para contrarrestar tal situación de riesgo. A pesar de su novedad, este precepto planteó dudas sobre cómo garantizar la efectiva protección de un menor expuesto a una situación de riesgo.

⁶⁸ Sobre la problemática de la sustracción internacional de menores y la violencia de género vid., entre otros: M. REQUEJO ISIDRO: "Secuestro de menores y violencia de género en la Unión Europea", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. VI, 2006, pp. 179-194; I. REIG FABADO: "El traslado ilícito de menores en la Unión Europea: retorno vs. violencia familiar o doméstica", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 10, nº 1, 2018, p. 616; L.A. PÉREZ MARTÍN: "Protección de los menores en el ámbito internacional: Reflexiones sobre la sustracción internacional de menores y la violencia de género en torno al caso de Juana Rivas", en R. LÓPEZ SAN LUIS (dir.): *La protección del menor: Situación y cuestiones actuales*, Comares, Granada, 2019, pp. 73-88; C. RUIZ SUTIL: "El menor sustraído ilícitamente en contextos internacionales de violencia machista", en M.C. GARCÍA GARNICA Y N. MARCHAL ESCALONA, (dirs.): *Aproximación interdisciplinaria a los retos actuales de protección de la infancia dentro y fuera de la familia*, Aranzadi, Madrid, 2019, pp. 581-606; M.D. Ortiz Vidal: "Derecho de visita y violencia de género: el principio de mutuo reconocimiento y el interés superior del menor", en C. ESPLUGUES MOTA, P. DIAGO DIAGO, Y P. JIMÉNEZ BLANCO: *50 años de Derecho Internacional Privado de la Unión Europea en el diván*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 327-337.

49. El legislador de la UE ha optado por mantener esta modificación en el nuevo Reglamento. Ahora bien, ha procedido a abordar igualmente aquellos aspectos más problemáticos del planteamiento de este precepto, sobre todo, en aras a asegurar una mejor protección del menor en riesgo.

50. Así, en primer lugar, se limita la aplicación de esta restricción a los supuestos en los que la única causa alegada sea el grave riesgo del menor, es decir, se invoque el artículo 13.1.b) del Convenio de La Haya de 1980. Junto a ello, en segundo lugar, el legislador de la UE clarifica que la carga de la prueba corresponde a la persona que solicita el retorno, sin perjuicio de que el órgano jurisdiccional pueda llegar a tener conocimiento de la existencia de las medidas de protección por otros cauces. A su vez, en tercer lugar, el nuevo Reglamento Bruselas II ter hace frente a uno de los problemas principales con los que se encontraba el antiguo artículo 11.4 del Reglamento Bruselas II bis. Este problema estriba en la dificultad para el órgano jurisdiccional de verificar la existencia de las medidas de protección en el Estado miembro de residencia habitual del menor, sin la ayuda de las autoridades de dicho Estado.

51. Para facilitar esta tarea, el nuevo Reglamento incide en la posibilidad del órgano jurisdiccional de emplear los cauces de cooperación existentes para averiguar la existencia o no de las medidas de protección. Tal es la importancia de la cooperación en este ámbito que el legislador de la UE introduce un apartado, el 3, en el artículo 27 del nuevo Reglamento exclusivamente para recalcar la posibilidad del órgano jurisdiccional, tanto de recurrir a la comunicación directa como otros cauces de cooperación en materia de responsabilidad parental previstos en los Capítulos V y VI del Reglamento Bruselas II ter.

52. A mayor abundamiento, el legislador de la UE, con objeto de facilitar la aplicación de este precepto en la práctica, introduce en el Considerando 45 del Reglamento Bruselas II ter ciertos ejemplos de disposiciones consideradas como adecuadas para garantizar la protección del menor tras su restitución. Textualmente, señala las siguientes; “*una orden de un órgano jurisdiccional del Estado miembro por la que se prohíba al demandante acercarse al menor; una medida provisional, incluidas las medidas cautelares, de dicho Estado miembro por la que se permita al menor permanecer con el progenitor que lo ha sustraído y que asume su cuidado efectivo hasta que se adopte en ese Estado miembro una resolución sobre el fondo de los derechos de custodia tras la restitución; o, en caso de que el menor necesite tratamiento médico, la prueba de que se tiene acceso a los servicios médicos oportunos*”.

b) Las medidas provisionales y cautelares dictadas en el Estado miembro en el que se encuentra ilícitamente el menor

53. En la búsqueda de un retorno seguro del menor en supuestos en que haya un potencial riesgo para el mismo en caso de retorno, una reivindicación que se ha planteado en la práctica refiere a la facultad del órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que se encuentra ilícitamente el menor de dictar medidas provisionales.

54. Ciertamente, para que tenga sentido esta medida, tales medidas de protección complementarían la resolución de retorno y deberían acompañar al menor en dicho retorno. Esto es, las medidas de protección dictadas por el órgano jurisdiccional que ordena la restitución deberían ser susceptibles de reconocimiento y ejecución en el Estado miembro al que retorna el menor. Sin embargo, esta opción no es posible en el sistema del Reglamento Bruselas II bis, ya que las medidas provisionales dictadas por órganos jurisdiccionales no competentes sobre el fondo, en virtud del Reglamento no gozan del régimen de eficacia extraterritorial previsto en el citado texto⁶⁹. Esta limitación ha conducido a un menoscabo de la protección del menor en supuestos de grave riesgo.

⁶⁹ Al respecto vid. M. GONZÁLEZ MARIMÓN: *Menor y responsabilidad parental ...*, cit., pp. 409 y ss.

55. Estos evidentes problemas fueron detectados por la Comisión Europea, quién intentó darles respuesta en la Propuesta de 2016. Específicamente para los procesos de restitución de menores, la Comisión Europea introducía la posibilidad de adoptar medidas provisionales o cautelares⁷⁰. Esta opción se ha visto ahora recogida en los actuales artículos 27.5 y 15 del Reglamento Bruselas II ter-. Como novedad frente al sistema anterior, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que se encuentra ilícitamente el menor no solo tendrán competencia para dictar medidas de protección dictadas ante una situación de grave riesgo del artículo 13.1.b) del Convenio de La Haya de 1980. Sino que, además, dichas medidas podrán ser reconocidas y ejecutadas en otros Estados miembros, y en concreto, tal y como apunta el Considerando 30 del Reglamento Bruselas II ter, estas medidas permanecerán en vigor hasta que un órgano jurisdiccional del Estado miembro de residencia habitual del menor tome las medidas que considere apropiadas.

56. Tal y como explicaba la Propuesta de la Comisión de 2016, la finalidad de este nuevo régimen estribaba en lograr que las medidas provisionales dictadas por el Estado miembro en el que se encuentra ilícitamente el menor pudieran “viajar con el menor” al Estado miembro de su residencia habitual, siendo susceptibles de ser reconocidas y ejecutadas en dicho Estado hasta el momento en que los órganos jurisdiccionales competentes sobre el fondo en virtud del Reglamento se pronunciasen sobre las medidas⁷¹.

57. En este marco, dicha posibilidad vendría a complementar la prohibición dirigida hacia el órgano jurisdiccional competente de dictar una resolución de no retorno basada en el artículo 13.1 b) del Convenio de La Haya de 1980 si se demuestra que se han adoptado las medidas de protección adecuadas en el Estado miembro de residencia habitual, previa al traslado o retención ilícito, para garantizar la protección del menor tras su restitución. En este sentido, el Considerando 29 del texto de 2019 explica que, con anterioridad a dictar una resolución de retorno, el órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que se encuentra ilícitamente el menor debe comprobar no solo que no se haya adoptado medidas de protección, sino si se podrían adoptar tales medidas.

58. Existen ciertos autores que apuntan al carácter positivo de esta medida, ya que, sin duda, permitirá favorecer el retorno del menor, fortaleciendo a su vez las garantías de protección del menor⁷². Además, estas modificaciones son vistas de manera favorable al alinearse con lo dispuesto en el artículo 11.2 del Convenio de La Haya de 1996⁷³. Sobre todo, se aplaude la inclusión de las medidas provisionales y cautelares en el régimen de reconocimiento y ejecución.

59. Sin embargo, en relación con esta cuestión, también se pusieron de relieve ciertas críticas respecto a la Propuesta de la Comisión. Existiendo distintos autores que llegan a situar la inclusión de las medidas provisionales específicamente en el Capítulo relativo a la sustracción internacional de menores como un retroceso respecto a la regulación actual. Y ello porque se entiende que la redacción del precepto es ambigua respecto a si las medidas provisionales son para ordenar el retorno del menor, o mediante una interpretación poco deseable, precisamente para el no retorno del menor⁷⁴.

Adicionalmente, en relación con las medidas provisionales, una preocupación que aún no ha sido resuelta por el legislador europeo es la protección del progenitor sustractor en supuestos en los que

⁷⁰ COMISIÓN EUROPEA: “Propuesta...”, *cit.*, art. 25.1, de conformidad con el art. 12.

⁷¹ La Comisión citaba como ejemplo paradigmático de lo anterior el supuesto de la concesión provisional por el Estado miembro requerido del derecho de visita a uno de los progenitores, que sería ejecutable en el Estado miembro de origen hasta el momento en que se dictara en éste una resolución final en relación con el derecho de visita del menor (COMISIÓN EUROPEA: “Propuesta...”, *cit.*, p. 15). Otros ejemplos similares se recogen en el Considerando 46 del Reglamento Bruselas II ter: “*la decisión de que el menor siga residiendo con la persona que asume su cuidado efectivo o la determinación del modo en que deben tener lugar los contactos con el menor tras la restitución hasta que el órgano jurisdiccional del Estado de residencia habitual del menor haya dictado las medidas que considere apropiadas*”.

⁷² En este sentido E. RODRÍGUEZ PINEAU: “La refundición del Reglamento Bruselas II bis...”, *cit.*, p. 144.

⁷³ Véase P. BEAUMONT, L. WALKER, Y J. HOLLIDAY: “Parental Responsibility and International Child Abduction in the proposed recast...”, *cit.*, p. 11.

⁷⁴ Así lo afirma M. A. GANDÍA SELLENS: “La responsabilidad parental y la sustracción...”, *cit.*, p. 810.

hay un riesgo de violencia de género. Al respecto, el Parlamento Europeo sugirió añadir tras la expresión “*en caso de urgencia*”, una referencia expresa a los casos de violencia doméstica o de género⁷⁵. Sin embargo, esta enmienda no fue incorporada al texto final.

60. En definitiva, el legislador de la UE ha mejorado la regulación existente, respondiendo a la preocupación creciente por asegurar más que el retorno del menor, un retorno seguro y lo menos traumático posible⁷⁶. Con las nuevas medidas, previsiblemente, en la práctica resultará más sencillo proteger al menor por parte del Estado miembro en el que se encuentra ilícitamente. No obstante, perdura como reto pendiente afrontar los procedimientos de retorno en los que se alega violencia doméstica y/o de género. Aunque es cierto que las modificaciones introducidas mejorarán la respuesta a esta problemática, quizá se echa en falta una involucración más directa del legislador de la UE con vistas a clarificar la aplicación de la regulación en materia de sustracción internacional de menores a este tipo de casos, cuestión altamente problemática y delicada que suscita problemas en la práctica.

D) La introducción de la figura de la mediación

61. Junto a todas estas medidas apuntadas, una de las mayores novedades introducidas en la regulación de la sustracción internacional de menores es la inclusión expresa en el nuevo Reglamento de la posibilidad de recurrir a formas alternativas de resolución de litigios⁷⁷. Así, el artículo 25 del Reglamento Bruselas II ter afirma de forma taxativa que, en cualquier fase del procedimiento, el órgano jurisdiccional, directamente o, si procede, con la asistencia de las autoridades centrales, “*lo antes posible y en cualquier fase del procedimiento*”, invitará a las partes a que consideren si están dispuestas a recurrir a la figura de la mediación o a cualquier otra vía de alternativa de resolución de litigios. Con ello, se atribuye a los Tribunales de un papel activo en la búsqueda de un acuerdo entre las partes, claro reflejo del cambio de filosofía y enfoque del nuevo Reglamento en la materia⁷⁸.

Esta opción presenta ciertas limitaciones articuladas por el propio legislador europeo en el mencionado artículo 24 del Reglamento. Se excepciona, así, el recurso a la mediación y otros medios de resolución alternativa de litigios, si ello puede ser contrario al interés superior del menor, no resulte adecuado en el caso particular o conlleve un retraso indebido del procedimiento. Además, de estos supuestos, el Considerando 43 del Reglamento Bruselas II ter reitera que la mediación puede no resultar apropiada en todos los casos, mencionando, en particular, los casos de violencia sobre la mujer.

62. Este precepto supone, en definitiva, una manifestación con vocación didáctica, de la voluntad del legislador europeo de fomentar el recurso a las ADR en el seno de la Unión⁷⁹. En esta línea, el legislador de la UE, en un claro intento de fomentar la mediación, señala en el Considerando 43 del texto reglamentario que debe preverse la posibilidad de prorrogar la competencia en favor del órgano

⁷⁵ Véase enmienda 46 de la Resolución legislativa del Parlamento Europeo.

⁷⁶ Igualmente en este sentido A. J. CALZADO LLAMAS: “Las medidas provisionales y cautelares en los procedimientos de restitución de menores: análisis del Reglamento (UE) 2019/1111 en conexión con el ordenamiento jurídico español”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 13, n.º 1, 2021, p. 108.

⁷⁷ Sobre el recurso a la figura de la mediación en supuestos de sustracción internacional de menores *vid.*, por todos, M.C. CHÉLIZ INGLÉS: *La sustracción internacional de menores y la mediación...*, *cit.*

⁷⁸ C. ESPLUGUES MOTA: “El Reglamento Bruselas II ter y el recurso a los MASC en materia de responsabilidad parental y sustracción internacional de menores”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 13, n. 2, 2021, p. 159.

⁷⁹ En el marco de una tendencia global favorable a la exploración de vías alternativas a los Tribunales estatales, la UE está manteniendo desde hace años una posición marcadamente propicia al fomento de las ADRs o MASC como vías para resolver las controversias que puedan surgir en el espacio jurídicamente integrado que conforma la Unión. En este sentido *vid.*, por todos, S. BARONA Y C. ESPLUGUES: “ADR Mechanisms and Their Incorporation into Global Justice in the Twenty-First Century: Some Concepts and Trends”, en C. ESPLUGUES Y S. BARONA: *Global Perspectives on ADR*, Intersentia, Cambridge, 2014, pp. 7-16; G. PALAO MORENO: “Cross-border mediation in Spain”, en J.J. FORNER I DELAYGUA, C. GONZÁLEZ BEILFUSS Y R. VIÑAS FARRÉ (coords.): *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber amicorum Alegría Borrás*, Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 641.

jurisdiccional que esté conociendo sobre el retorno, de forma que pueda darle efecto jurídico al acuerdo no solo en materia del retorno del menor sino, también, en materia de responsabilidad parental⁸⁰.

63. En relación con esta materia, la doctrina está dividida respecto a la idoneidad o no de la figura de la mediación en supuestos de sustracción internacional de menores. Un argumento relevante en favor del recurso a la mediación es el evidente cambio de lógica en la resolución del conflicto. Frente a la confrontación de un procedimiento de restitución, se fomenta la cooperación y el acuerdo⁸¹. Otra perspectiva adicional es considerar a la figura de la mediación como un medio de prevención precisamente de los casos de sustracción ilícita internacional, es decir, como una medida *ex ante*⁸².

En sentido contrario, varios autores se muestran cautelosos respecto al potencial uso del instituto de la mediación en supuestos de sustracción de menores⁸³. Entre otros argumentos, su utilización es vista como una oportunidad para una posible estrategia del progenitor sustractor para dilatar el procedimiento y, con ello, retrasar el retorno del menor que, además, resulta muy difícil de detectar en la práctica⁸⁴.

64. Aún aquellos que acogen positivamente la llamada a la mediación advierten, sin embargo, del carácter escaso de su formulación en el nuevo texto reglamentario, al no detallarse el procedimiento a seguir y las garantías necesarias para su desarrollo debido, quizá, a las divergencias entre los Estados miembros en la materia⁸⁵. En el extremo doctrinal opuesto, se alaba, precisamente el carácter flexible y abierto del régimen introducido en el Reglamento Bruselas II ter⁸⁶.

65. Más allá de la, quizás no especialmente sofisticada ni apropiada, formulación del recurso a la mediación introducida en el Reglamento Bruselas II ter, sin duda, el empleo de métodos amigables de solución de conflictos se está incrementando en general en el Derecho de familia tanto en Europa como fuera de ella. En la UE numerosos autores han manifestado la necesidad de desarrollar cauces para facilitar el recurso a la mediación transfronteriza en el seno de los conflictos de familia. En el marco de esta tendencia, también se ha reivindicado la necesidad de impulsar la mediación internacional para supuestos de sustracción internacional de menores⁸⁷.

V. Una oportunidad perdida: el mantenimiento del sistema de retorno con la introducción de medidas para mejorar el funcionamiento del mecanismo de prevalencia

66. A pesar de los aplaudidos avances señalados en las líneas anteriores, y como último punto, el legislador de la UE ha perdido la oportunidad de suprimir el cuestionable mecanismo de prevalencia

⁸⁰ La introducción de la mediación para supuestos de sustracción internacional de menores es complementaria a la obligación de la autoridad central de facilitar la resolución amistosa de los conflictos en materia de responsabilidad parental, recogida en el artículo 79.g) del Reglamento Bruselas II ter.

⁸¹ En este sentido C. GONZÁLEZ BEILFUSS: “La sustracción de menores en el nuevo Reglamento...”, *cit.*, p. 397.

⁸² Véase J. FORCADA MIRANDA: *Sustracción internacional de menores y mediación familiar*, Sepín, Madrid, 2015, p. 15.

⁸³ Entre otros vid. M. A. GANDÍA SELLENS: “La responsabilidad parental y la sustracción...”, *cit.*, p. 812.

⁸⁴ Véase P. BEAUMONT, L. WALKER, Y J. HOLLIDAY: “Parental Responsibility and International Child Abduction in the proposed recast ...”, *cit.*, p. 4.

⁸⁵ En esta línea E. RODRÍGUEZ PINEAU: “La refundición del Reglamento Bruselas II bis...”, *cit.*, p. 144; P. BEAUMONT, L. WALKER, Y J. HOLLIDAY: “Parental Responsibility and International Child Abduction in the proposed recast ...”, *cit.*, pp. 12-13; SUBGRUPO NACIONALIDAD DEL GEDIP: *Comments on the Commission Proposal...*, *cit.*, párr. 26. A este respecto, el Parlamento Europeo enmendó considerablemente el Considerando 28 de la Propuesta de la Comisión de 2016 –relativo a la mediación– llegando a introducir un nuevo Considerando 28 bis relativo a la formación de los mediadores y jueces (Véase enmiendas 14 y 15 de la Resolución legislativa del Parlamento Europeo). No obstante, tales propuestas finalmente no han sido incorporadas en el texto final del nuevo Reglamento. En detalle sobre esta cuestión vid. M. GONZÁLEZ MARIMÓN: “El fomento de la mediación en casos de sustracción internacional de menores en el Reglamento Bruselas II ter”, en S. BARONA VILAR (Ed.): *Meditaciones sobre mediación (Med+)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 399-418.

⁸⁶ J. FORCADA MIRANDA: *Comentarios prácticos al Reglamento (UE) 2019/1111...*, *cit.*, p. 231.

⁸⁷ En este sentido véase H. FULCHIRON: *Les enlèvements internationaux d'enfants*, Droit et Justice, Paris, 2005; C. AZCÁRRAGA MONZONÍS: “Sustracción internacional de menores: vías de actuación en el marco jurídico vigente”, *Revista bolivariana de derecho*, n.º 20, julio 2015, pp. 192-213.

o de última palabra. No obstante, lo cierto es el legislador de la UE ha intentado clarificar el citado procedimiento especial, depurando y clarificando su funcionamiento.

67. En este sentido, recordemos que los apartados 6 y siguientes del artículo 11 del Reglamento Bruselas II bis introducen un procedimiento especial, también llamado mecanismo de prevalencia o de última palabra. Básicamente, este mecanismo tiene por objetivo asegurar que la decisión última sobre el retorno del menor no recaiga sobre el Estado miembro en el que se encuentra ilícitamente el menor, sino que la decisión corresponda a los órganos jurisdiccionales competentes sobre el fondo en virtud del Reglamento Bruselas II bis⁸⁸.

Consecuentemente, este mecanismo desempeña una doble función: por un lado, vigorizar el sistema de competencias en favor del Estado miembro de origen; y por otro, reforzar, aún en mayor medida que el Convenio de La Haya de 1980, el logro del retorno inmediato del menor. Estos objetivos se consiguen, además, mediante la eliminación del *exequátur* de las resoluciones resultantes de este mecanismo, esto es, de las resoluciones del artículo 11.8 del Reglamento Bruselas II bis, certificadas de conformidad con el artículo 42 del mismo texto.

68. Sin embargo, no estamos ante una decisión sin controversias. Desde un inicio, ciertos sectores de la doctrina plantearon sus reticencias respecto a la eliminación del *exequátur* del mecanismo de prevalencia del Reglamento⁸⁹. Con carácter general, la eliminación del *exequátur* se calificó como una medida prematura para la cual el espacio judicial de la UE no estaba suficientemente preparado, debido a la falta de armonización en las normas procesales y materiales, y la consecuente divergencia entre las legislaciones nacionales de los Estados miembros. Con carácter específico, se plantea lo confuso que es poner en contradicción dos resoluciones de dos Estados miembros que se han basado en criterios similares, y en última instancia, en el interés superior del menor; de tal manera que, mientras una ordena el retorno, la otra lo deniega.

69. Las dudas y eventuales problemas apuntados no solo se han planteado doctrinalmente, sino que han sido evidenciados por la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE⁹⁰ y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁹¹. Fundamentalmente, se abrió un debate en torno a la idoneidad de

⁸⁸ En detalle sobre el mecanismo de prevalencia vid. C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ: “La supresión del *exequátur* en el R. 2201/2003”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 3, n.º 1, 2011, pp. 63-83; M. GONZÁLEZ MARIMÓN: “El “diálogo” entre el TJUE y el TEDH en torno a la eliminación del *exequátur* del mecanismo de retorno del Reglamento Bruselas II bis”, en L. GARCÍA ÁLVAREZ Y J.M. MARTÍN RODRÍGUEZ (Coords): *El mercado único en la Unión Europea. Balance y perspectivas jurídico-políticas*, Dykinson, Madrid, 2019, pp. 81-94.

⁸⁹ Muy críticos con la eliminación del *exequátur* son M. LÓPEZ DE TEJADA RUIZ: “La supresión del *exequátur* en el espacio judicial europeo”. *Diario La Ley. Sección Tribuna*, n.º 776, 30 de diciembre 2011; R. CARO GÁNDARA: “De la desconfianza recíproca al reconocimiento mutuo: una laboriosa transición (El Reglamento Bruselas II bis como banco de pruebas)”. *Diario La Ley. Sección Doctrina*, n.º 8395, 31 de mayo de 2011; R. ESPINOSA CALABUIG: *Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 223.

⁹⁰ Principalmente vid. STJUE de 22.12.2010, en el asunto C-491/10 PPU, *Aguirre Zárraga*, ECLI:EU:C:2010:828; STJUE de 5.10.2010, en el asunto C-400/10 PPU, *McB*, ECLI:EU:C:2010:582, I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ: “STJ de 5 de octubre de 2010 (asunto c-400/10), *J. McB y L. E.*”, *Revista Española de Derecho Internacional*, v. LXII, n.º 2, 2010, pp. 241-244; STJUE de 1.7.2010, en el asunto C-211/10 PPU, *Povse*, ECLI:EU:C:2010:400, N. MAGALLÓN ELÓSEGUE: “STJ (Sala 3.a) de 1 de julio de 2010. As. c-211/10. *D. Povse c. M. Alpagó*”, *Revista Española de Derecho Internacional*, v. LXII, n.º 2, 2010, pp. 235-238; STJUE de 11.7.2008, en el asunto C-195/08 PPU, *Igná Rinau*, ECLI:EU:C:2008:406, vid. C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ: “Las resoluciones de restitución de menores en la Unión Europea: el caso *Rinau*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 2, n.º 2, 2010, pp. 222-235.

⁹¹ Principalmente vid. Vid. STEDH de 6.7.2010, demanda n.º 41615/07, *Neulinger y Shuruk c./ Suiza*, TOL2.640.774, <http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-3192833-3555735>; STEDH 9.9.2010, demanda n.º 25437/08, *Raban c./ Rumania*, TOL2.644.403, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-101471>; STEDH de 12.7.2011, demanda n.º 14737/09, *Sneersone y Kampanella c./ Italia*, TOL2.646.980, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-147380>; STEDH de 15.5.2012, demanda no. 13420/12, *M.R y M.L c./ Estonia*, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-111198>; STEDH de 26.11.2013, demanda n.º 27853/09, *X c./ Letonia*, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-138939>; STEDH de 21.9.2017, demanda n.º 53661/15, *Severe c./ Austria*, TOL6.409.054, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-177079>.

⁹² En esta línea R. ESPINOSA CALABUIG: “Traslado o retención ilícitos de menores tras la reforma de 2015: rapidez, especialización y... algunas ausencias”. *Revista Española de Derecho Internacional*, Sección Foro, vol. 68, n.º 2, 2016, p. 352; J. FORCADA MIRANDA: “El nuevo proceso español de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional: La decidida apuesta por la celeridad y la novedosa Circular de la Fiscalía 6/2015 (Parte I)”. *Bitácora Millennium DIPr.*, n.º 3, 2016, p.32. Versión *on line* disponible en www.millenniumdipr.com, último acceso el 8.11.2021.

ponderar de forma más estrecha cuestiones de fondo presentes en este tipo de procesos. En estos casos, el Tribunal de Estrasburgo adopta una interpretación más garantista y sustantiva, centrada en la efectiva consideración del interés superior del menor en el caso concreto, más allá del retorno automático del menor⁹³.

70. Frente a esta problemática, el legislador de la UE ha adoptado una postura continuista, pero abordando los aspectos más problemáticos detectados en la práctica. De entrada, el citado mecanismo se clarifica estructuralmente, puesto que pasa a estar contenido, de forma separada, en el artículo 29 del Reglamento Bruselas II ter, bajo el título “*procedimiento siguiente a la denegación de restitución del menor con arreglo al artículo 13, párrafo primero, letra b), y el artículo 13, párrafo segundo, del Convenio de La Haya de 1980*”. Tal y como explicita el apartado primero del citado precepto, el mecanismo de prevalencia se activa cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro dicta una resolución de denegación de restitución de un menor a otro Estado miembro en base únicamente en el artículo 13.1.b) del Convenio de La Haya de 1980 –grave riesgo para el menor en caso de retorno- o el artículo 13.2 del citado texto –firme oposición del menor al retorno-.

1. La limitación de los supuestos en los que se aplica el mecanismo de prevalencia

71. En el primer apartado del artículo 29 del Reglamento Bruselas II ter radica una de las principales modificaciones introducidas en el nuevo Reglamento, como es la limitación, en un doble sentido, del ámbito de aplicación del mecanismo de prevalencia. Por un lado, este mecanismo solo se podrá activar cuando se aleguen las causas relativas al grave riesgo del menor o a la firme oposición del menor al retorno. Y, por otro, se acota a los supuestos en los que los motivos para el no retorno se justifiquen solo en base a una de estas causas⁹⁴. Con ello, se depura y aclara el ámbito de aplicación del mecanismo de prevalencia, siguiendo las recomendaciones realizadas por la doctrina en esta línea⁹⁵.

72. Esta medida es sumamente importante ya que clarifica el ámbito de aplicación del mecanismo de prevalencia, y al mismo tiempo, lo restringe. Con ello, se solucionan ciertas dudas que habían surgido en la práctica, como, por ejemplo, si el mencionado mecanismo de prevalencia era de aplicación en supuestos en los que el no retorno se había justificado en más de una causa del Convenio de La Haya de 1980.

73. Además de esta labor clarificadora, esta medida forma parte de un conjunto de modificaciones dirigidas hacia el Estado miembro requerido, ofreciéndole un mayor margen de maniobra, pero a su vez, exigiéndole una mayor diligencia en su actuación. En esta línea, con la nueva regulación, el órgano jurisdiccional que resuelva el no retorno del menor deberá dejar muy claro en base de qué causa del Convenio de La Haya de 1980 se ha centrado su argumentación. Ahora bien, quizá podría haberse introducido de una forma más evidente la obligatoriedad de motivar adecuadamente las resoluciones de no retorno.

⁹³ En relación con la problemática entre el TJUE y el TEDH vid. D. PORCHERON: “La jurisprudence des deux Cours européennes (CEDH et CJUE) sur le déplacement illicite d’enfant : vers une relation de complémentarité?”, *Journal du Droit International Lexinexis*, t. 142, Juillet- Août-Septembre 2015, 821-844; M. HERRANZ BALLESTEROS: “Los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo ante la protección de los derechos fundamentales en supuestos de sustracción internacional de menores”, *Revista de Derecho Europeo*, n.º 44, 2012, pp. 41-60; ARENAS GARCÍA, R.: “Medidas frente al incumplimiento de los instrumentos internacionales en materia de sustracción internacional de menores”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 13, n.º 2, 2021, pp. 114 y 115. M. GONZÁLEZ MARIMÓN: “El principio del interés superior del menor en supuestos de sustracción ilícita internacional: la jurisprudencia del TJUE y del TEDH”, en M.C. GARCÍA GARNICA Y N. MARCHAL ESCALONA, (dirs.): *Aproximación interdisciplinaria a los retos actuales de protección de la infancia dentro y fuera de la familia*, Aranzadi, Madrid, 2019, pp. 637-658.

⁹⁴ Significativamente, esta modificación supera la sugerida por la Propuesta de la Comisión de 2016. En efecto, la Propuesta se limitaba a exigir al Estado miembro requerido la justificación de la resolución de no restitución del menor. COMISIÓN EUROPEA: “Propuesta...”, *cit.*, art. 26.

⁹⁵ Véase P. BEAUMONT, L. WALKER, Y J. HOLLIDAY: “Conflicts of EU Courts on Child Abduction...”, *cit.*, p. 50.

2. La clarificación de las situaciones que se pueden producir en aplicación del mecanismo de prevalencia

74. Como complemento de lo anterior, el artículo 29 del Reglamento Bruselas II ter clarifica las dos situaciones que pueden suscitarse en desarrollo del mecanismo de prevalencia.

75. Una primera situación, cubierta por el artículo 29.3 del texto reglamentario, refiere a la previa existencia, en el Estado miembro de residencia habitual del menor anterior al traslado o retención ilícita, de un procedimiento relativo al fondo de los derechos de custodia del menor. En este caso, el órgano jurisdiccional que haya dictado la resolución de no retorno, si tiene conocimiento de la existencia de tal procedimiento, transmitirá, bien directamente, bien a través de las autoridades centrales, y en el plazo de un mes desde que se dictó la resolución, los siguientes documentos: una copia de la resolución, el certificado de la misma, y si procede, un acta o resumen de la vista o cualquier otro documento que se considere pertinente⁹⁶.

76. En segundo lugar, el apartado 5 del artículo 29 cubre el caso en que no exista un procedimiento pendiente sobre el fondo de los derechos de custodia del menor. En esta segunda situación se abre la posibilidad de que cualquiera de las partes inicie tal procedimiento sobre el fondo en el Estado miembro de residencia habitual del menor inmediatamente anterior al traslado o retención ilícita. En este supuesto, las partes cuentan con un plazo de tres meses, a partir de la fecha de la notificación de la resolución de no retorno, para presentar el asunto ante los órganos jurisdiccionales referidos, debiendo presentar la documentación referida para la primera situación.

77. Aunque en términos generales el nuevo artículo 29 del Reglamento Bruselas II ter mantiene las dos situaciones ya previstas en la regulación anterior, se realiza una importante labor clarificadora, siendo la lectura mucho más sencilla que la enrevesada redacción del previo artículo 11 del Reglamento Bruselas II.

3. La vinculación entre las decisiones de custodia y las órdenes de retorno y el refuerzo del interés superior del menor

78. En tercer lugar, una aclaración adicional de gran calado en la práctica del mecanismo de prevalencia es la vinculación expresa entre las resoluciones de retorno resultantes de dicho mecanismo y la decisión sobre el fondo en materia de derechos de custodia del menor. Aunque es cierto que en el Reglamento Bruselas II bis ya se señalaba que el mecanismo de prevalencia suponía el inicio de un procedimiento sobre “*la cuestión de la custodia del menor*” en el Estado miembro de residencia habitual del menor anterior al traslado o retención ilícita⁹⁷, este extremo no ha acabado de quedar claro en la práctica⁹⁸.

79. Concretamente, el artículo 29.3 del Reglamento Bruselas II ter explicita que el mecanismo de prevalencia o de última palabra se activa cuando se inicie un “*procedimiento para examinar el fondo del*

⁹⁶ Adicionalmente, al amparo del artículo 29.4 del nuevo Reglamento, el órgano jurisdiccional del Estado miembro de residencia habitual del menor estará facultado para requerir a una parte que facilite una traducción o una transcripción de la resolución a que se refiere el apartado 1, de conformidad con el artículo 91, así como de cualquier otro documento adjunto al certificado de conformidad con el apartado 3, letra c), del propio artículo 29.

⁹⁷ Vid. art. 11.7 del Reglamento Bruselas II bis.

⁹⁸ En este punto no ayudó la argumentación seguida por el TJUE en su sentencia en el asunto *Igná Rinau*, en el que se afirma la necesaria separación entre la resolución de la custodia y la resolución respecto al retorno o no del menor, dando lugar a posibles confusiones. También se llegaron a formular otras interpretaciones poco deseables del artículo 11.8 del Reglamento Bruselas II bis como, por ejemplo, entender el mecanismo de prevalencia como una segunda instancia para el progenitor que no ha conseguido el retorno del menor; aplicar el 11.8 del Reglamento Bruselas II bis mediante medidas provisionales, interpretación que parecía derivarse de la decisión en el asunto *Povse*; o aplicar el referido precepto mediante un procedimiento sumario. Así lo entiende P. BEAUMONT, L. WALKER, Y J. HOLLIDAY: “Parental Responsibility and International Child Abduction in the proposed recast ...”, *cit.*, pp. 4-5.

derecho de custodia”. E, igualmente, en el apartado 6 del artículo 29 del nuevo texto reglamentario se elimina todo margen de duda al reiterar que la resolución resultante del mecanismo de prevalencia, y que gozará del régimen privilegiado de ejecución, es “*cualquier resolución sobre el fondo del derecho de custodia resultante del procedimiento a que se refieren los apartados 3 y 5 que suponga la restitución del menor*”.

80. Por su parte, el Considerando 48 del Reglamento Bruselas II ter reitera que en este procedimiento sobre el fondo “*deben examinarse minuciosamente todas las circunstancias, incluida, pero no solamente, la conducta de los progenitores, teniendo en cuenta el interés superior del menor*”. Las implicaciones de esta modificación son esenciales, puesto que la prevalencia de la competencia del Estado miembro de origen posee ahora una mayor justificación. De entrada, está el ya conocido argumento de que, en definitiva, el Estado miembro de residencia habitual es el que posee -generalmente- competencia para resolver sobre el fondo, y que, en caso contrario, se estaría favoreciendo una distorsión del sistema competencial, precisamente, debido al traslado ilícito. Además de este clásico argumento, esta modificación se justifica en que, mientras que el Juez requerido realiza un análisis en un procedimiento urgente y expeditivo, el Juez del Estado miembro de origen, por el contrario, resuelve sobre el retorno en el marco de un procedimiento de custodia del menor y tomando en cuenta su interés superior.

81. No obstante, en lo relativo a un mayor énfasis en la protección del menor y su interés superior, la versión definitiva del Reglamento Bruselas II ter ha retrocedido respecto a la Propuesta de la Comisión de 2016⁹⁹. En esta Propuesta se reforzaba con mucha mayor intensidad la consideración del interés superior del menor, mediante la exigencia de un examen exhaustivo del mismo con anterioridad a la redacción de una resolución de custodia que pueda implicar la restitución del menor. Por tanto, el legislador de la UE ha perdido la oportunidad de reforzar la consideración del interés superior del menor.

82. Un segundo aspecto que ha sido omitido en la versión definitiva es la exigencia de que el órgano jurisdiccional del Estado miembro de residencia habitual del menor -previa al traslado o retención ilícita- tuviera en cuenta “*las razones y las pruebas en las que se fundamenta la resolución denegatoria de la restitución del menor*”¹⁰⁰. Esta obligación tenía por objetivo reforzar la cooperación y la confianza entre los Jueces entre ambos Estados de la UE implicados, intentando superar los problemas de desconfianza detectados en la práctica diaria. Por ello, no es muy comprensible la razón de su supresión en la versión definitiva. Ahora bien, esta cuestión sí se encuentra recogida en el Capítulo relativo al régimen de reconocimiento y ejecución de las resoluciones de retorno¹⁰¹.

83. Con todo, la vinculación entre las decisiones custodia y las resoluciones de retorno ha sido acogida positivamente, puesto que explicita la necesaria relación entre ambas decisiones¹⁰². Este extremo constituye la piedra angular que fundamenta el sentido del mecanismo de prevalencia o de última palabra. En efecto, el objetivo inicial del legislador de la UE fue reforzar la competencia del órgano jurisdiccional del Estado miembro de residencia habitual anterior al traslado o retención ilícita, competente para resolver sobre el fondo, sobre la responsabilidad parental del menor. Es este razonamiento el que

⁹⁹ Concretamente, se introducía la obligación dirigida al Juez del Estado miembro de residencia habitual del menor – previa al traslado o retención ilícita – de examinar “*la cuestión de la custodia del menor teniendo en cuenta el interés superior del niño, así como las razones y las pruebas en las que se fundamenta la resolución denegatoria de la restitución del menor*”. Véase COMISIÓN EUROPEA: “Propuesta...”, *cit.*, art. 26.4.

¹⁰⁰ Véase COMISIÓN EUROPEA: “Propuesta...”, *cit.*, art. 26.4.

¹⁰¹ Concretamente, una de las condiciones para expedir el certificado del artículo 47.4 del Reglamento Bruselas II ter es que el órgano jurisdiccional haya tenido en cuenta las razones y los hechos en los que se basa la resolución anterior dictada en virtud del artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980 por el Estado miembro en el que se encuentra ilícitamente el menor.

¹⁰² M. A. GANDÍA SELLENS: “La responsabilidad parental y la sustracción...”, *cit.*, p. 803; P. BEAUMONT, L. WALKER, Y J. HOLLIDAY: “Parental Responsibility and International Child Abduction in the proposed recast...”, *cit.*, pp. 4-5. A pesar del carácter evidentemente positivo de esta aclaración, se ha destacado, no obstante, que sigue concurriendo el problema de los plazos para resolver sobre este procedimiento en torno a la custodia del menor, que se puede alargar considerablemente, dejando al menor durante un amplio periodo de tiempo en el Estado miembro en el que se encuentra ilícitamente. C. GONZÁLEZ BEILFUSS: “La sustracción de menores en el nuevo Reglamento...”, *cit.*, p. 395.

justifica que dicha resolución tenga preferencia sobre otra resolución de un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro que ha resuelto el no retorno del menor en un procedimiento sumario de conformidad con el Convenio de La Haya de 1980. Solo desde esta óptica –procedimiento sobre el fondo *versus* procedimiento sumario– se puede entender el mecanismo de prevalencia y su pretendida utilidad –dejando al margen en este punto las críticas realizadas al mismo¹⁰³.

4. La corrección de la eliminación del *exequátur* “en términos absolutos” para las resoluciones de retorno derivadas del mecanismo de prevalencia: el refuerzo de las competencias del Estado miembro requerido

84. En relación con el mecanismo de prevalencia, adquieren una dimensión determinante las modificaciones realizadas en el sector de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras¹⁰⁴. Y ello, atendiendo al debate generado en torno a la eliminación del *exequátur* en términos absolutos de las resoluciones de retorno del artículo 11.8 del Reglamento Bruselas II bis. Esto es, las resultantes del mecanismo de prevalencia, sin posibilidad de alegar ningún motivo de oposición a la ejecución. Fundamentalmente, este régimen ha demostrado generar problemas, en ciertos supuestos límite, en torno a la efectiva protección de los derechos del menor en el caso concreto¹⁰⁵. A este problematismo, habría que añadirle las tensiones provocadas entre Estados miembros, y la consecuente afectación de la confianza mutua entre administraciones de justicia¹⁰⁶.

85. Frente a estos problemas, el legislador de la UE ha decidido mantener el mecanismo de prevalencia y su régimen privilegiado de reconocimiento y ejecución, pero, sin embargo, sí se ha introducido una posibilidad de suspender el procedimiento de ejecución, también aplicable para dicho régimen privilegiado. Es decir, se revoca el régimen anterior de eliminación del *exequátur* sin posibilidad de impugnar la ejecución de la resolución en el Estado miembro requerido. Con ello, se introduce un cierto margen de maniobra en el Estado miembro requerido para, ante una situación excepcional, valorar el interés superior del menor en el caso concreto y suspender, o en última instancia, denegar, la ejecución de una resolución de retorno derivada del mecanismo de prevalencia.

86. Esta nueva posibilidad iría encaminada a resolver los problemas detectados, sobre todo, en la jurisprudencia del TJUE en casos de sustracción internacional de menores, relacionados con la excesi-

¹⁰³ A pesar de estas modulaciones del mecanismo de prevalencia, un sector amplio de la doctrina sigue mostrándose muy crítico con dicho mecanismo, insistiendo en que el legislador europeo no ha corregido los problemas que acompañan al artículo 11.8 del Reglamento Bruselas II bis. Se llega a afirmar que, más que preocuparse por el interés superior del menor, se está resolviendo el equilibrio de competencias entre Tribunales dentro de la UE. E. RODRÍGUEZ PINEAU: “La refundición del Reglamento Bruselas II bis...”, *cit.*, p. 146.

¹⁰⁴ Vid. Capítulo IV del Reglamento Bruselas II ter. En profundidad sobre las modificaciones en el régimen de reconocimiento y ejecución en el Reglamento Bruselas II ter vid. M. GONZÁLEZ MARIMÓN: *Menor y responsabilidad parental ...*, *cit.*, pp. 331 y ss.

¹⁰⁵ En relación con esta problemática vid. N. MARCHAL ESCALONA: “Supresión del *exequátur* en las resoluciones de restitución de menores vs. Derechos de defensa: ¿crónica de una muerte anunciada?”, en E.M. VÁZQUEZ GÓMEZ, M.D. ADAM MUÑOZ Y N. CORNAGO-PRIETO (coord.): *El arreglo pacífico de las controversias internacionales: XXIV Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho internacional y Relaciones internacionales (AEPDIRI)*, Córdoba, 20-22 de octubre, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 631-640; M. GONZÁLEZ MARIMÓN: “El “diálogo” entre el TJUE ...”, *cit.*, pp. 81-94.

¹⁰⁶ Están de acuerdo en afirmar que el mecanismo de prevalencia menoscaba el principio de confianza mutua, entre otros: P. MCELEAVY: “Brussels II bis: Matrimonial matters, Parental Responsibility, Child Abduction and Mutual Recognition”, *The International and Comparative Law Quarterly*, n.º 53, 2004, p. 510; B. ANCEL Y H. MUIR WATT: “L’intérêt supérieur de l’enfant dans le concert des juridictions: le Règlement Bruxelles II bis”, *Revue Critique de Droit International privé*, v. 94, n.º 4, 2005, p. 602.; T. KRUGER Y L. SAMYN: “Brussels II bis: successes and suggested improvements”, *Journal of Private International Law*, v. 12, n.º 1, 2016, p. 158; R. ESPINOSA CALABUIG: *Custodia y visita de menores...*, *cit.*, p. 223; E. RODRÍGUEZ PINEAU: “La oposición al retorno...”, *cit.*, p. 17. Sin embargo, no toda la doctrina es tan crítica con el mecanismo de prevalencia o de última palabra. Para una visión diferente vid. L. CARPANETO: “In-Depth Consideration of Family Life v. Immediate Return of the Child in Abduction Proceedings within the EU”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, v. 50, n.º 4, 2014, pp. 931-958.

va rigidez del mecanismo de prevalencia ante una modificación significativa de las circunstancias desde que se dictó la resolución de retorno hasta el momento de la ejecución¹⁰⁷.

87. Así pues, la cuestión de cómo afrontar un cambio sustancial de las circunstancias, particularmente en supuestos de aplicación del mecanismo de prevalencia ante un caso de sustracción internacional de menores, se resuelve en el nuevo Reglamento mediante la introducción de la posibilidad de suspender el procedimiento de ejecución, recogida en el artículo 56.4 del nuevo texto reglamentario. Concretamente, el precepto señala que, “*en casos excepcionales, la autoridad competente para la ejecución o el órgano jurisdiccional podrán suspender, a instancia de la persona contra la que se inste la ejecución o, cuando así se establezca en la legislación nacional, del menor afectado o de cualquier parte interesada que actúe atendiendo al interés superior del menor; el procedimiento de ejecución en caso de que la ejecución exponga al menor a un riesgo grave de daño físico o psíquico debido a impedimentos temporales que hayan surgido después de que la resolución haya sido dictada, o en virtud de cualquier otro cambio significativo de circunstancias*”.

En el supuesto de producirse la referida suspensión de la ejecución, añade el apartado 6 del artículo 56 del Reglamento, ésta deberá reanudarse en cuanto cese el riesgo grave de daño físico o psíquico del menor. Si el riesgo fuera permanente y no cesase, por contar éste con un “*carácter duradero*”, el órgano jurisdiccional del Estado miembro de ejecución estará, finalmente, facultado para denegar la ejecución de la resolución en cuestión.

88. Esta ha sido la solución finalmente adoptada, en contraste con la Propuesta de la Comisión de 2016, que apostó por la introducción de una causa de denegación a la ejecución, de aplicación excepcional¹⁰⁸. Aunque, finalmente, se haya optado por la fórmula técnica de la suspensión de la ejecución solicitada, quizá no sea desacertado seguir hablando de la existencia en el sistema articulado por el Reglamento Bruselas II ter de una cláusula de cierre: una suerte de cláusula de orden público que actúa como último garante del interés superior del menor y que sirve para dotar de un grado adicional de flexibilidad al modelo del Reglamento.

89. El legislador de la UE está revocando la eliminación absoluta del *exequátur* que había diseñado para el mecanismo de prevalencia del artículo 11.8 del Reglamento Bruselas II bis. El Estado miembro requerido contará, por tanto, con un cierto margen de maniobra, reestableciendo un cierto equilibrio en el reparto de competencias entre Estado miembro de origen y Estado miembro requerido. Con ello, el nuevo Reglamento responde a las críticas derivadas de la interpretación formalista del TJUE, y opta por prever una solución para supuestos excepcionales en los que el interés superior del menor en el caso concreto recomienda la no restitución del menor, siguiendo el criterio del TEDH. También se puede constatar que la postura de la Comisión Europea es más garantista respecto a la protección de los derechos fundamentales, y en concreto, de los derechos del menor. Con ello, se acerca a los estándares tanto del TEDH como del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas¹⁰⁹.

90. Ahora bien, no debemos olvidar que la práctica no funciona siempre tal y como desearía la teoría. Y en este sentido, la suspensión de la ejecución no es una excepción. Ya respecto a la Propuesta de Refundición de 2016, numerosos autores advirtieron del riesgo de abuso del margen de discrecionalidad otorgado al Estado miembro requerido, por ejemplo, empleando dicho precepto de forma excesiva para justificar el no retorno del menor¹¹⁰. Aunque la suspensión de la ejecución está acotada en mayor medida que la propuesta de 2016, igualmente, surgirán problemas interpretativos en torno a los límites de esta suspensión. Y es que, en el fondo de todos los planteamientos se sitúa el principio del interés superior del

¹⁰⁷ Vid. nota a pie n. 86.

¹⁰⁸ Vid. COMISIÓN EUROPEA: “Propuesta...”, *cit.*, art. 40.2.

¹⁰⁹ Vid. COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO: “Observación General n.º 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)”, 2013, CRC/C/GC/14.

¹¹⁰ M.A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ: “La reforma del Reglamento (CE) n.º 2201/2003: análisis de las soluciones propuestas en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVII, 2017, p. 782.

menor, que, en última instancia, es susceptible de justificar tanto el retorno como el no retorno. Al ser un concepto jurídico indeterminado que debe concretarse atendiendo a las circunstancias del caso concreto.

91. Esta cuestión de gran sensibilidad desafía principios esenciales para la integración de la UE como el reconocimiento mutuo, basado en la confianza entre las administraciones de justicia de los Estados miembros. Por ello, quizás, y aprovechando la supresión del *exequátur* en general para todas las resoluciones en materia de responsabilidad parental¹¹¹, hubiera resultado una opción más acorde con los principios de la UE suprimir el mecanismo de prevalencia.

92. Pese a todo lo dicho, lo cierto es que el sistema no estaba funcionando suave y correctamente, tal y como se ha evidenciado tanto por la jurisprudencia del TJUE como del TEDH. Ante esta situación, el legislador de la UE ha dado una respuesta que busca paliar los problemas surgidos en la práctica. Quizás, se quiso correr demasiado mediante la eliminación absoluta del *exequátur* sin ningún motivo de oposición. Ahora, el legislador de la UE parecer haber dado, por tanto, un paso atrás, pero sin renunciar al gran avance que supone la eliminación del *exequátur* para todas las resoluciones en materia de responsabilidad parental.

VI. Reflexiones finales

93. En términos generales, se puede afirmar que las modificaciones introducidas en el nuevo Reglamento Bruselas II ter en materia de sustracción internacional de menores mejoran la regulación actual. El legislador de la UE ha intentado buscar el equilibrio entre dos ejes fundamentales: por un lado, la mejora de la protección del interés superior del menor, y por otro, el avance en el procedimiento de integración europea a través del reconocimiento mutuo, basado en la confianza entre las administraciones de justicia de los Estados miembros.

94. Respecto al primer punto, se han introducido numerosas referencias a la necesidad de evaluar cuál es el interés superior del menor, tanto en los procedimientos de custodia como en los procedimientos de restitución de menores. También se ha reforzado el principio de audiencia del menor, como un criterio necesario –entre otros– precisamente para definir el interés superior del menor. A pesar de que estos derechos ya eran exigibles tanto por el sistema de protección de derechos fundamentales de la UE como el del Consejo de Europa, y por supuesto, del Comité de Derechos del Niño de la ONU, la práctica estaba demostrando la dificultad de garantizar estos derechos fundamentales del menor en el marco de conflictos transfronterizos, en especial en supuestos de sustracción de menores¹¹².

95. A pesar del carácter positivo de estos cambios, en la materia específica de la sustracción internacional de menores, el legislador europeo ha perdido la oportunidad de suprimir el problemático mecanismo de prevalencia. Este mecanismo ha demostrado no ser favorable ni a la protección del interés superior del menor ni a la confianza entre los Estados miembros, generando tensiones entre Tribunales de diferentes Estados miembros.

96. En conclusión, y sin perjuicio de que la complejidad del mecanismo de prevalencia perdura, la nueva regulación en materia de sustracción internacional de menores alcanza un mejor equilibrio, tanto en lo referente al reparto de competencias entre Estado miembro competente sobre el fondo y Estado miembro en el que se encuentra ilícitamente el menor. Como en relación con la asunción del principio

¹¹¹ Vid. Capítulo IV del Reglamento Bruselas II ter.

¹¹² Esta tendencia es una manifestación más de la creciente vinculación del Derecho Internacional privado con la protección de determinados intereses vulnerables. Al respecto vid., entre otros, Espinosa Calabuig, R.: “Derecho internacional privado europeo y protección de grupos vulnerables”, *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 54, 2021, pp. 1-18; Diago Diago, P., “La nueva regulación de la protección de adultos en España en situaciones transfronterizas e internas”, en *Diario La Ley*, n.º 9779, 2021, p. 5.

del interés superior del menor y el juego entre el retorno inmediato del menor y las excepciones al retorno. A pesar de la compleja regulación en la materia, con una debida diligencia de los órganos jurisdiccionales implicados en la resolución del caso, acompañada de una adecuada comunicación entre ellos¹¹³, quizá nos encontremos con la base para el establecimiento de un adecuado clima de confianza entre administraciones de justicia que redunde, en la práctica, en una mejor protección del menor afectado.

¹¹³ Recalca la importancia de reforzar la cooperación entre autoridades para la confianza mutua, R. ARENAS GARCÍA: “Construyendo la confianza mutua”, en AA.VV.: *El Derecho Internacional privado entre la tradición y la innovación. Libro homenaje al Profesor Doctor José María Espinar Vicente*, Iprolex, Madrid, 2020, p. 155.