

Panorámica y evaluación de la articulación en el ordenamiento
jurídico español de las novedades introducidas
por el Reglamento (UE) 2019/1111 en los procesos
de restitución de menores

Panoramic and Evaluation on the Articulation
of the Innovations Introduced by the Regulation (EU)
2019/1111 Concerning Child Return Procedures
in the Spanish Legal System

ANTONIO JESÚS CALZADO LLAMAS

*Investigador Predoctoral
Universidades de Sevilla y Bolonia*

ORCID: 0000-0002-2888-2696

Recibido: 15.06.2022 / Aceptado: 11.07.2022

DOI: 10.20318/cdt.2022.7249

Resumen: La presente comunicación pretende contrastar las novedades más relevantes que introduce el Reglamento 2019/1111 en sus relaciones con el Convenio de la Haya 1980, con las normas españolas en la materia (especialmente, la Ley de Enjuiciamiento Civil). Se plantea, en primer lugar, la interacción normativa analizando los ámbitos material, espacial, personal y temporal. Seguidamente, se analiza la interacción en relación con el concepto de sustracción internacional de menores y sus principales componentes, como el concepto de traslado o retención ilícitos, el derecho de custodia y la residencia habitual. Finalmente, se evalúa la legislación española vigente a través de un contraste con las disposiciones del Capítulo III del Reglamento 2019/1111, dedicado a complementar el proceso de restitución de menores. A partir del análisis, puede concluirse que el nuevo Reglamento mejora el anterior marco normativo europeo, si bien ha de señalarse que el legislador español ya había regulado en nuestro ordenamiento jurídico una gran parte de esas mejoras.

Palabras clave: Sustracción internacional de menores, Reglamento 2019/1111, Convenio de La Haya de 1980, Ley de Enjuiciamiento Civil.

Abstract: This communication aims to contrast the most relevant innovations that Regulation (EU) n°. 2019/1111 introduces concerning the relationship with the 1980 Hague Convention, and the Spanish rules on the issue. We focus firstly on the normative interaction by analysing material, terri-

* La presente comunicación se enmarca en la ejecución del Proyecto de investigación “Matrimonio y otros modelos familiares: crisis y protección de menores en un contexto de creciente migración” [ref. PID2020-113444RB-I00], financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033 (Investigadora principal: Beatriz Campuzano Díaz).

torial, personal and temporal scope. Followingly, it is analysed the interaction around the concept of international child abduction and its principal components, like the illegal transfer or removal, the rights of custody and the habitual residence. Finally, we evaluate the Spanish legislation in force by means of a contrast with the rules contained on Chapter III of the Regulation, enshrined to complement the return procedure. From this analysis, we conclude that the new Regulation enhances the previous legal framework, even it must be pointed that the Spanish legislator had already considered most of those new measures in our national legal system.

Keywords: International child abduction, Regulation 2019/1111, 1980 Hague Convention, Spanish Act on Civil Procedure.

Sumario: 1. Introducción. 2. Interacción normativa. 3. Interacción conceptual. 3.1. El derecho de custodia y su relación con la patria potestad. 3.2. La residencia habitual. 4. Interacción procedimental. 4.1. Respecto al papel de las Autoridades Centrales. 4.2. Medidas en relación con el procedimiento judicial acelerado. 4.3. Fomento de la mediación. 4.4. Sobre la posibilidad de que el menor sea oído durante el procedimiento de restitución. 4.5. Medidas cautelares. 4.6. Ejecución provisional de las sentencias. 4.7. Mecanismo de prevalencia. 5. Conclusiones.

1. Introducción

1. La presente comunicación tiene el objetivo de contrastar las principales novedades que aportará la llegada del 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*¹ (en adelante, R. 2019/1111), en sus relaciones con el *Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980*² (en adelante, CH 80), con la legislación española vigente.

2. Si bien nuestra exposición se limita a la coordinación entre el CH 80, el R. 2019/1111 y la LEC, no se puede olvidar que no solo estas tres normas forman el régimen jurídico vigente en España. Nuestro país ha suscrito otros importantes Convenios en la materia que, directa o indirectamente, tratan la sustracción internacional de menores.

3. Así, en cuanto a la normativa internacional, contamos también con el *Convenio relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños*³ (en adelante CH 96). Igualmente, como Estado Parte del Consejo de Europa, también ha ratificado el *Convenio Europeo relativo al reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980*⁴ (en adelante, CLUX 80). Finalmente, entre los Convenios bilaterales en materia de cooperación judicial internacional en materia civil, destaca también el *Convenio entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita*

¹ DOUE L 178, de 2 de julio de 2019.

² Instrumento de ratificación publicado en el BOE núm. 202, de 24 de agosto de 1987; y corrección de errores en el BOE núm. 21, de 24 de enero de 1996.

³ Instrumento de ratificación publicado en el BOE núm. 291, de 2 de diciembre de 2010.

⁴ Instrumento de ratificación publicado en el BOE núm. 210, de 1 de septiembre de 1984.

y devolución de menores, firmado en Madrid el 30 de mayo de 1997⁵ (en adelante, CEM 97). Como Estado Miembro de la UE, aplica el nuevo R. 2019/1111, que sustituirá al *Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000*⁶ (en adelante, R. 2201/2003).

4. El cauce interno para lograr la restitución de menores en España se encuentra regulado hoy en día en el Capítulo IV bis de la *Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*⁷ (en adelante, LEC). Dicho Capítulo se incorpora como resultado de la reforma operada en la LEC por la *Ley 1/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria*⁸. Dicha reforma, que toma por base el régimen jurídico anterior de la anterior LEC de 1881, lo actualiza, desarrolla y corrige a partir de las deficiencias observadas en la práctica y por la doctrina sobre las disposiciones de los antiguos arts. 1901-1908; y le da una naturaleza de procedimiento contencioso de carácter especial⁹. Desde el punto de vista interno, también tiene importancia nuestro Código Civil, ya no solo por las cuestiones relativas a la patria potestad, en la medida en que guardan relación con la sustracción internacional de menores, sino porque recoge importantes medidas cautelares en el art. 158 ante el riesgo de un traslado o retención ilícitos. También nuestro Código Penal contempla la sustracción de menores en el art. 225 bis CP.

2. Interacción Normativa

5. Lo primero es estudiar cómo se relacionan los tres conjuntos de normas. Ello lo plantearemos desde una doble perspectiva: en primer lugar, estudiando las cláusulas del CH 80, del R. 2019/1111 y de la LEC llamadas a relacionarse con instrumentos coincidentes material y territorialmente; y en segundo lugar, con el estudio contrastado de los ámbitos de aplicación de las tres normas.

6. El CH 80 ha quedado incorporado a nuestro ordenamiento interno en virtud del mandato que nuestra Constitución Española¹⁰ articula en su art. 96.1 CE (primer inciso): “*Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno.*” Por tanto, el Convenio es directamente aplicable en nuestro país (se le dice, de hecho, que es un Convenio *self-executing*). En sus relaciones con otros instrumentos internacionales o internos, el Convenio manifiesta flexibilidad, pues de acuerdo con el art. 34 CH 80 (párrafo segundo): “*(...) el presente Convenio no restringirá la aplicación de un instrumento internacional en vigor entre el Estado de origen y el Estado requerido ni la invocación de otras normas jurídicas del Estado requerido, para obtener la restitución de un menor que haya sido trasladado o retenido ilícitamente o para organizar el derecho de visita.*” En España, esto permitiría tanto la aplicación de otros Convenios contra la sustrac-

⁵ BOE núm. 150, de 24 de junio de 1997.

⁶ DOUE L 338, de 23 de diciembre de 2003.

⁷ BOE núm. 7, de 08 de enero de 2000.

⁸ BOE núm. 158, de 03 de julio de 2015.

⁹ Sobre las novedades que incorpora esta reforma podemos encontrar, entre otros, los trabajos de S. CALAZA LÓPEZ, *Los procesos de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional*, Madrid: La Ley, 2015, en especial, pp. 171-240; F.J. FORCADA MIRANDA, *Sustracción internacional de menores y mediación familiar*, Madrid: Sepin, 2015, pp. 30-36; *Íd.* “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 y Parte II)”, ambos en *Bitácora Millenium DIPr*, núm. 3º (enero-junio 2016); *Íd.* “Carencias, necesidades y conflictos de la sustracción internacional de menores y el novedoso marco legal español”, *Revista Española de Derecho Internacional* (sección foro), Vol. 68/2, julio-diciembre 2016, Madrid, pp. 337-347; 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. 68/2, julio-diciembre 2016, Madrid, pp. 347-358; E. RODRÍGUEZ PINEAU, “International Child Abduction: New Developments in Spain”, *Yearbook of Private International Law*, Vol. 17 (2015/2016), pp. 427-448.

¹⁰ BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

ción de menores, como el CH 96¹¹, el CLUX 80¹² o el CEM 97¹³, así como la aplicación de las normas especiales internas recogidas en el Capítulo IV bis LEC¹⁴.

7. El R. 2019/1111, en modo similar a su antecesor, el R. 2201/2003, es aplicable en España como Estado Miembro de la UE en virtud del carácter imperativo de las normas reglamentarias europeas (art. 288.1 TFUE). Dicha norma también contiene reglas sobre relaciones con otros instrumentos. Dos son las pautas que marca el Reglamento con respecto a los instrumentos concurrentes en materia de sustracción internacional de menores: la primera es la primacía tanto respecto del CLUX 80 (art. 95.d) R. 2019/1111), como del CH 96, al menos en lo que se refiere a las relaciones entre los Estados Miembros (art. 97 CH 96)¹⁵. Por otro lado, el R. 2019/1111 desarrolla en términos más claros que su antecesor la interacción con el CH 80, aportando extremos novedosos a la relación de complementariedad con el Convenio. El texto del art. 96 R. 2019/1111 indica: “*Cuando un menor esté retenido o haya sido trasladado ilícitamente a un Estado miembro distinto del Estado miembro en donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos, 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. Cuando una resolución por la que se ordene la restitución de un menor con arreglo al Convenio de La Haya de 1980 haya sido dictada en un Estado miembro y deba reconocerse y ejecutarse en otro Estado miembro tras el traslado o la retención ilícitos del menor, será de aplicación el capítulo IV.*”¹⁶ La novedad estriba en que el nuevo Reglamento, además de complementar el procedimiento de restitución del CH 80

¹¹ El art. 50 CH 96, en relación con el CH 80, indica: “*El presente Convenio no afecta al Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos civiles de la Sustracción Internacional de Menores, en las relaciones entre las Partes en ambos Convenios. Nada impide, sin embargo, que se invoquen disposiciones del presente Convenio para obtener el retorno de un niño que ha sido ilícitamente desplazado o retenido, o para organizar el derecho de visita.*” En todo caso, a través del CH 96 se buscaría la restitución del menor a partir de un pronunciamiento sobre la custodia, lo cual no sería posible en el CH 80, ya que su art. 16 establece el mandato a las autoridades competentes para decidir el retorno de no pronunciarse sobre cuestiones de fondo.

¹² También el art. 19 CLUX 80 se muestra flexible ante la aplicación de otros instrumentos internacionales: “*El presente Convenio no constituirá impedimento para invocar otro instrumento internacional que vincule al Estado de origen con el Estado requerido, o el derecho del Estado requerido, no derivado de un Convenio internacional, para obtener el reconocimiento o la ejecución de una resolución.*”

¹³ El CEM 97 no establece una cláusula sobre relaciones con otros instrumentos aplicables. Pero cabe destacar que el CH 80 está vigente entre España y Marruecos desde el 10 de mayo de 2011. Tres meses después de que España aceptase la adhesión (publicada en BOE núm. 76, de 30 de marzo de 2011). Ello no quiere decir que el CEM 97 haya perdido vigencia. Sin embargo, la doctrina entiende que el CH 80 resulta un instrumento más eficaz a nivel jurídico y práctico. *vid.*, entre otros E. PÍAS GARCÍA, “El papel de la autoridad central española en la sustracción internacional de menores”, en AA.VV., *La sustracción interparental de menores*. Madrid: Dykinson, 2006, pp. 40-41 (contabiliza en 2006 un total de 20 solicitudes invocando este Convenio). J.M. DE LA ROSA CORTINA, *Sustracción parental de menores. Aspectos civiles, penales, procesales e internacionales*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010, pp. 225-227, y C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “El secuestro internacional de menores: soluciones entre España y Marruecos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2011), Vol. 3, No. 1, pp. 47-62, en especial, pp. 60-62.

¹⁴ España sigue la práctica legislativa de muchos Estados, denominados “dualistas”, en los cuales la aplicación del CH 80 se complementa con una normativa interna que incorpora los mandatos del Convenio a la legislación interna, al mismo tiempo que desarrolla algunas cuestiones procesales relativas al procedimiento interno de restitución de los menores. *Vid.* CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, “Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores: Segunda parte – Medidas de ejecución”, disponible en: <https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=2781>, pp. 19-22.

¹⁵ Sin perjuicio de las excepciones que permiten la aplicación del CH 96: a) en caso de prórroga de la competencia en favor de los tribunales que conocen de la crisis matrimonial en un Estado no Miembro parte del CH 96; b) en caso de transferencia de la competencia a las autoridades de un Estado no Miembro parte del CH 96; c) y en caso de pendencia de un proceso en dicho Estado. Para un estudio en profundidad de la interacción entre el R. 2019/1111 y el CH 96, *vid.* CAMPUZANO DÍAZ, B., “El nuevo Reglamento (UE) 2019/1111: análisis de las mejoras en las relaciones con el Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 sobre responsabilidad parental”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2020), Vol. 12, N.º 1, pp. 97-117.

¹⁶ Igualmente, *vid.* arts. 1.3 y 22 R. 2019/1111. Sobre el efecto clarificador del nuevo art. 96 R. 2019/1111 se han pronunciado algunos autores, como B. CAMPUZANO DÍAZ, “El nuevo Reglamento (UE) 2019/1111: análisis de las mejoras en las relaciones con el Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 sobre responsabilidad parental”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2020), Vol. 12, N.º 1, pp. 97-117, p. 102; C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La sustracción de menores en el nuevo Reglamento 2019/1111”, en AA.VV., *Relaciones Transfronterizas, Globalización y Derecho. Homenaje al Profesor Doctor José Carlos Fernández Rozas*, Pamplona: Aranzadi, 2020., p. 385; R. ESPINOSA CALABUIG, y L. CARBALLO PIÑERO, “Child protection in European Family Law”, en T. PFEIFFER, Q. C. LOBACH, y T. RAPP, (Eds.), *Facilitating Cross-Border Family Life – Towards a Common European Understanding EUFams II and Beyond*, Dresden: Heidelberg University Publishing, 2021, p. 72;

aportando novedades en el Capítulo III R. 2019/1111, extiende también las normas de reconocimiento y ejecución de resoluciones a aquellas que resuelven el retorno del menor al Estado Miembro de residencia habitual. Ello tiene el propósito de evitar tener que iniciar un nuevo procedimiento de restitución en caso de ulteriores traslados ilícitos posteriores al dictamen de la Sentencia (Considerando 16 R. 2019/1111).

8. En la normativa nacional, la conexión con las normas anteriormente citadas se produce desde el art. 778 quáter. 1 LEC. Esta norma, que abre las disposiciones generales del Capítulo IV bis LEC, establece como condición para poder aplicar sus reglas la suscripción por parte de España y el otro Estado implicado de un convenio o norma europea por el cual se pretenda la restitución de un menor trasladado o retenido en España.¹⁷ De esta manera, a nivel interno, se garantiza una solución homogénea en lo procesal para el tratamiento de sustracciones internacionales que se encaucen bien por el CH 80, por el CLUX 80, por el CEM 97, por el R. 2201/2003, y a futuro, también por el R. 2019/1111. Si la flexibilidad es la característica general de los convenios multilaterales sobre sustracción de menores, y la imperatividad, la propia de los Reglamentos europeos, la normativa española procesal se caracteriza por la uniformidad.

9. ¿Cuándo operan las tres normas en su conjunto? La respuesta a este interrogante deberá pasar por estudiar los ámbitos de aplicación de cada una de esas normas:

10. En el ámbito material, los tres conjuntos de normas coinciden en la regulación de aspectos procesales del procedimiento de restitución de menores. La convergencia no es, por tanto, dificultosa. Sin embargo, conviene distinguir aquí, especialmente para los Estados Miembros de la UE, entre supuestos donde la sustracción se combate por medio de una acción de retorno o por medio de un procedimiento sobre la custodia. En el primer caso, el resultado de la acción será una resolución que se limita a declarar que procede o no devolver al menor al Estado de donde fue desplazado, sin pronunciarse sobre el fondo del asunto, esto es, sobre el derecho de custodia¹⁸. En el segundo caso, estamos ante un procedimiento sobre el fondo, concerniente al derecho de custodia, cuya decisión final puede ordenar cuál sea el destino del menor y podrá ser hecha valer mediante el procedimiento de reconocimiento y ejecución¹⁹. Pues bien, solamente en la primera de las vías, es decir, en la acción de retorno, es donde cabe hablar de la interacción entre el Reglamento, el Convenio y la LEC.²⁰ En el segundo caso, se aplica única y exclusivamente el Reglamento.

¹⁷ Art. 778 quáter. 1 LEC: “En los supuestos en que, siendo aplicables un convenio internacional o las disposiciones de la Unión Europea, se pretenda la restitución de un menor o su retorno al lugar de procedencia por haber sido objeto de un traslado o retención ilícito y se encuentre en España, se procederá de acuerdo con lo previsto en este Capítulo. No será de aplicación a los supuestos en los que el menor procediera de un Estado que no forma parte de la Unión Europea ni sea parte de algún convenio internacional.”

¹⁸ En tanto no se haya decidido sobre la restitución, las Autoridades del Estado requerido no deben pronunciarse sobre el fondo del asunto (art. 16 CH 80).

¹⁹ No nos referimos solamente al procedimiento posterior a la restitución que permite revocar la denegación del retorno con una decisión sobre la custodia (arts. 11.6 a 11.8 R. 2201/2003 y futuro art. 29 R. 2019/1111). La idea de poder solicitar el retorno del menor sin ejercitar la acción de retorno, sino directamente a través de un proceso sobre la custodia, con la correspondiente solicitud de reconocimiento y ejecución de la resolución, también ha sido avalada por el TJUE en aplicación del R. 2201/2003, para los Estados Miembros que lo aplican, *vid.* STJUE de 19 de septiembre de 2018, as. C-325/18 PPU y C-375/18 PPU, *Hampshire County Council* (ECLI:EU:C:2018:739). Igualmente, *vid.* A.-L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional Privado. Tomo II*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2020, p. 2174. Esta vía de actuación contra la sustracción de menores se ve favorecida en el nuevo R. 2019/1111 gracias a la supresión del exequátur con carácter general.

²⁰ Téngase en cuenta que el procedimiento recogido en el Capítulo IV bis se condiciona a que sea aplicable un Convenio o norma europea vigente entre los Estados requirente y requerido para la restitución (art. 778 quáter. 1 LEC). Entre España y los Estados Miembros de la UE, los instrumentos comunes son el CH 80 y el R. 2019/1111. Si el R. 2019/1111 es complementario al CH 80, ello significa que, para aplicar la simbiosis jurídica entre Reglamento y Convenio, se debe tomar como base las características del CH 80, y entre ellas, su carácter fáctico (con la restricción de no pronunciarse sobre el fondo del asunto hasta que se decida sobre el retorno). Si el Reglamento se aplica desde la óptica de un procedimiento sobre custodia, no se estará aplicando el CH 80 (porque no es un convenio sobre responsabilidad parental), ni tampoco las normas europeas que interactúan con el CH 80 (porque complementan a un Convenio que no se está aplicando). Por tanto, no entrarían tampoco en juego las normas de la LEC. Es decir, a nuestro modo de entender, no basta con que las normas europeas o convencionales sobre restitución de menores sean aplicables, como dice el art. 778 quáter. 1 LEC, sino que además deben ser efectivamente aplicadas, frente a la opción de conseguir la restitución por medio de un proceso sobre la custodia.

11. En cuanto al ámbito territorial, debemos encontrarnos ante sustracciones en las que el Estado requirente y el requerido sean Miembros de la UE²¹ y apliquen el Reglamento.²² Además, para que se apliquen las reglas procesales del Capítulo IV bis LEC, se precisa que el menor secuestrado se encuentre presente en España (art. 778 quáter. 1 LEC), en el entendido de que el procedimiento regulado en dicho Capítulo (en concreto, en el art. 778 *quinquies* LEC) parte de que España como Estado requerido.

12. Continuando con el ámbito personal, nos centramos en el concepto de menor. De acuerdo con el CH 80, se considera como tal a toda persona que no haya alcanzado los 16 años. El R. 2019/1111, sin embargo, aporta su concepto de menor en el art. 2.2.6, como toda persona menor de 18 años²³. La aparente discordia en las definiciones no es tal, siempre que tengamos en cuenta que, a efectos del procedimiento de restitución de menores, el R. 2019/1111 complementa al CH 80, y por tanto ha de regirse por sus parámetros. De entrada, el art. 22 R. 2019/1111, que encabeza el Capítulo III del nuevo Reglamento, dedicado a la sustracción internacional de menores, menciona que se aplicará “(...) 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 (...)”.²⁴ El Considerando 17 R. 2019/1111 aclara que el propósito de la definición es evitar solapamientos con el Convenio de La Haya de 13 de enero de 2000 sobre Protección Internacional de los Adultos, pero seguidamente añade que “En el caso de los menores de hasta 16 años, debe seguir aplicándose el Convenio de La Haya de 1980 y, por lo tanto, también el capítulo III del presente Reglamento, que complementa la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 en las relaciones entre los Estados miembros.”

13. En España, la mayoría de edad también se alcanza a los 18 años, e incluso a efectos de protección de menores esa es la edad de referencia²⁵. Ello no impide que consideremos también la edad de 16 años como límite, pues el art. 778 quáter.1 LEC hace depender la operatividad del proceso especial de restitución de menores a que exista un Convenio aplicable. Por tanto, si está vigente el CH 80 entre España y el otro Estado, tendremos que ajustarnos a los ámbitos de aplicación de este Convenio, incluyendo el requisito de la edad del menor. Cabe añadir que no basta con que el menor no haya alcanzado los 16 años al interponer la acción: si esa edad se alcanza pendiente el proceso de retorno, también deja de aplicarse el CH 80 (y en consecuencia, el R. 2019/1111 y la LEC, al menos, en lo que a la acción de retorno refiere)²⁶.

14. Finalmente, a nivel temporal, hemos de tomar en consideración que el R. 2019/1111 comenzó a aplicarse el 1 de agosto de 2022. Antes de esa fecha, continúa aplicándose el R. 2201/2003. Los procedimientos de sustracción de menores que estén pendientes en el momento temporal del cambio

²¹ El traslado de un Estado Miembro a otro no tiene por qué ser directo, o al menos el Reglamento no lo exige. Es decir, el menor puede haber realizado estancias en Estados no Miembros de la UE antes de ser retenido en un Estado Miembro. *Vid.*, al respecto, P. JIMÉNEZ BLANCO, *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Madrid: Marcial Pons, 2008, pp. 152-153.

²² Conviene hacer dos precisiones: una es que Dinamarca ha decidido no participar en el R. 2019/1111, como indica el Considerando 96 R. 2019/1111; la otra es que, aunque el Considerando 95 mencione la participación del Reino Unido en el R. 2019/1111, este Estado ha dejado de ser Miembro de la UE, a consecuencia del *Brexit*.

²³ Sobre las diferencias en el concepto de menor que utilizan los instrumentos internacionales consagrados a su protección, *vid.* M. GONZÁLEZ MARIMÓN, *Menor y responsabilidad parental en la Unión Europea*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, pp. 27-30.

²⁴ *Vid.* M. GONZÁLEZ MARIMÓN, “La regulación de la sustracción internacional de menores en el Reglamento Bruselas II ter y sus principales novedades: hacia una mejor protección del interés superior del menor”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2022), Vol. 14, Nº 1, p. 293.

²⁵ De acuerdo con el art. 1 de la *Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil* (BOE núm. 15 de 17 de enero de 1996, en adelante, LOPJM): “La presente Ley y sus disposiciones de desarrollo son de aplicación a los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español, salvo que en virtud de la ley que les sea aplicable hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad”.

²⁶ La Fiscalía General del Estado ha establecido como criterio orientativo para los fiscales en España, en la orientación undécima de su Circular 6/2015 que “Deberán los Sres. Fiscales partir de que si el menor afectado cumple los dieciséis años durante la tramitación del procedimiento no procederá adoptar resolución alguna sobre su retorno o restitución”.

normativo del anterior al nuevo Reglamento siguen rigiéndose por el R. 2201/2003 (art. 100.2). Tanto antes como después de esa fecha, la LEC permitirá seguir complementando las normas del Reglamento en su caso aplicable.

3. Interacción conceptual

3.1. El derecho de custodia y su relación con la patria potestad

15. El CH 80 y el R. 2019/1111 (al igual que su antecesor, el R. 2201/2003) coinciden en la definición dada al concepto de sustracción internacional de menores. Los elementos para valorar son: a) la existencia de un traslado o retención del menor fuera de las fronteras del Estado de su residencia habitual, y b) la vulneración con ello de un derecho de custodia atribuido (ya sea por la ley, por resolución o mediante acuerdo) de conformidad con la legislación de aquel Estado, y que se venía ejerciendo de forma efectiva o cuyo ejercicio resulta imposible a causa del secuestro. La única diferencia entre el Convenio y el Reglamento, lógicamente, es que el Reglamento habla de Estados Miembros (los de su ámbito territorial) (arts. 3 CH 80, 2.11 R. 2019/1111). Nuestra legislación procesal civil no da un concepto propio del fenómeno, sino que se adapta al ámbito material que le sea aplicable (como sabemos por el art. 778 quáter. 1 LEC).

16. En cuanto al derecho de custodia, como elemento a valorar dentro del supuesto de hecho de la sustracción internacional de menores, Reglamento y Convenio coinciden en que comprende el derecho al cuidado de la persona de un menor, con especial hincapié en el derecho a decidir la residencia habitual de aquél (art. 5.a) CH 80 y 2.2.9 R. 2019/1111). El derecho de custodia, en ambos instrumentos, es un concepto autónomo, y como tal no depende de las consideraciones del Derecho interno de los Estados Parte del Convenio y/o del Reglamento. A la hora de comprobar si una persona tiene un derecho de custodia (en la concepción internacional del mismo), se deberá comprobar si las facultades que tiene con respecto a su derecho interno se pueden subsumir en dicha categoría de derechos²⁷. En definitiva, si la legislación interna da a uno, a otro o a ambos progenitores el derecho a decidir dónde reside el menor, eso será denotativo de un derecho de custodia, con independencia de que a nivel interno el cuidado del menor se asigne a uno, a otro, o a ambos progenitores.²⁸

17. Es particularmente reveladora la aclaración novedosa que realiza el Considerando 18 R. 2019/1111, cuando manifiesta que: “*A efectos del presente Reglamento, se debe considerar que una persona tiene «derechos de custodia» cuando, con arreglo a una resolución, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos en virtud del Derecho del Estado miembro donde reside habitualmente el menor, un titular de la responsabilidad parental no pueda decidir sobre el lugar de residencia del menor sin el consentimiento de dicha persona, con independencia de los términos utilizados en la legislación nacional. En algunos sistemas jurídicos que mantienen los términos de «custodia» y «visita», el progenitor que no tiene la custodia puede conservar de hecho importantes responsabilidades en cuanto a decisiones que afectan al menor y que van más allá del mero derecho de visita.*”

18. Así ocurre en España. En nuestro ordenamiento el concepto por antonomasia empleado para hablar de las relaciones jurídicas entre los progenitores y sus hijos es la *patria potestad*. Dicha patria potestad, hasta muy recientemente, comprendía fundamentalmente dos facultades: “*1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2.º Representarlos y administrar sus bienes.*” (art. 154 CC, párrafo tercero, en su redacción anterior a 2021). El con-

²⁷ Vid. K. BEEVERS y J. PÉREZ MILLA, “Child Abduction: Convention ‘Rights of Custody’ – Who Decides? An Anglo-Spanish Perspective”, *Journal of Private International Law*, 2007, Vol. 3, No. 1, pp. 206-208.

²⁸ Vid. B. GÓMEZ BENGOCHEA, *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de la Haya de 1980*, Madrid: Dykinson, 2002, pp. 70-73.

cepto de patria potestad, así definido no dejaba claro si comprendía la facultad de decidir la residencia habitual de los menores. No ocurre así, por ejemplo, en la *Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia*²⁹, en cuyo Capítulo IV (“Potestad Parental”) y más concretamente, en su Sección 3ª (“Contenido de la potestad parental”), el art. 236-17, apartado 2, establece que: “*Los progenitores determinan el lugar o los lugares donde viven los hijos y, de forma suficientemente motivada, pueden decidir que residan en un lugar diferente al domicilio familiar*”³⁰.

19. La cuestión no es del todo problemática en la medida en que el menor y los progenitores conviven en un mismo núcleo familiar, ya que la titularidad y el ejercicio de la patria potestad serán presumiblemente conjuntos (arts. 154.1 CC y 156 CC). No obstante, en caso de crisis matrimoniales (nulidad, separación o divorcio), lo usual es distribuir las funciones derivadas de la patria potestad entre ambos progenitores: a veces el ejercicio de la patria potestad se reserva a un solo progenitor, otras veces se mantiene el ejercicio conjunto, y en otros supuestos también se pueden distribuir las funciones de esa patria potestad, bien en forma de custodia compartida o en un régimen de guarda y custodia exclusiva y un régimen de visitas, entre otros supuestos.

20. La cuestión clave será dilucidar a quién pertenece el derecho de decidir la residencia habitual del menor. En esta cuestión, la jurisprudencia menor ha sido muy diversa, y en algunos casos las Audiencias Provinciales han entendido que el titular de la guarda y custodia es la persona que puede decidir la residencia habitual del menor, mientras que en otros casos se ha entendido que la residencia habitual es una facultad de la patria potestad, y que la cuestión ha de resolverse en términos de titularidad y ejercicio de aquélla, con independencia de quién asuma en concreto la guarda y custodia.³¹ Esta última posición fue en su día suscrita por el Tribunal Supremo en la *STS núm. 642/2012, de 26 de octubre*³². En ella se declara que la facultad de decidir dónde reside el menor es una cuestión atinente a la patria potestad³³ y que, incluso en caso de crisis matrimonial, los progenitores (a quienes por regla general les corresponde el ejercicio conjunto de la patria potestad, *ex art. 156 CC*) han de decidir la residencia del menor³⁴. Para mejor y más definitiva aclaración, la D.F. 2ª, apartado segundo, de la reciente *Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia*³⁵ ha incorporado, como facultad dimanante de la patria potestad: “*3.º Decidir el lugar de residencia habitual de la persona menor de edad, que solo podrá ser modificado con el consentimiento de ambos progenitores o, en su defecto, por autorización judicial*”.

²⁹ BOE núm. 203, de 21 de Agosto de 2010.

³⁰ Como confirma la *AAP Barcelona (Sección 18ª) núm. 376/2019 de 9 de octubre*, (ECLI:ES:APB:2019:7737A), es una facultad que corresponde a ambos progenitores incluso en los supuestos de crisis familiar: “*La facultad de decidir el lugar de residencia de los hijos menores forma parte del contenido de la potestad parental (art. 236-17 CCCat) cuyas responsabilidades no quedan alteradas por la nulidad, divorcio o separación de los padres (art. 233-8 CCCat) y que corresponde a ambos padres. Llevar a cabo un cambio de residencia dentro del territorio nacional exige las mismas condiciones. En concreto, el art. 236-11. 6 CCCat exige consentimiento expreso o tácito del otro progenitor o, en otro caso, autorización judicial para variar el domicilio de los hijos si ello los aparta de su entorno habitual*”.

³¹ *Vid. M. HERRANZ BALLESTEROS*, “Traslado del domicilio del menor en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en A. L. CALVO CARAVACA, Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, (dir.) *El Tribunal Supremo y el Derecho Internacional Privado. Vol. 2. Murcia: RapidCentro Color, S.L.*, 2019, p. 579; E. ZARRALUQUI NAVARRO, “Guarda y custodia vs. Patria potestad en cuanto a la decisión del lugar de residencia de los hijos menores”, en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DEL ABOGADO, *El derecho de familia. Novedades en dos perspectivas*, Madrid: Dykinson, 2010, pp. 167-176.

³² ECLI:ES:TS:2012:6811.

³³ *STS núm. 642/2012, F.J. 2º*: “*Las acciones y responsabilidades que derivan de la patria potestad corresponden a ambos padres de tal forma que cualquiera de ellos, tanto el que tiene la guarda como el que no la conserva, puede actuar en relación a sus hijos una posición activa que no solo implica colaborar con el otro, sino participar en la toma de decisiones fundamentales al interés superior del menor. Una de ellas la que concierne a su traslado o desplazamiento en cuanto le aparta de su entorno habitual e incumple el derecho de relacionarse con el padre o madre no custodio*”.

³⁴ *Ibid. F.J. 2º*: “*La ruptura matrimonial deja sin efecto la convivencia y obliga a los progenitores a ponerse de acuerdo para el ejercicio de alguna de estas facultades que traen causa de la patria potestad, entre otra la de fijar el nuevo domicilio y, como consecuencia, el de los hijos que se integran dentro del grupo familiar afectado por la ruptura coincidente por lo general con el de quien ostenta la guarda y custodia*”.

³⁵ BOE núm. 134, de 05 de junio de 2021.

21. Por lo tanto, la cuestión de la atribución del derecho de custodia a nivel internacional se resuelve a nivel interno desde el punto de vista de la titularidad y ejercicio de la patria potestad. Cuando la titularidad es conjunta, pero el ejercicio no, sólo el progenitor ejerciente es quien tiene capacidad para decidir la residencia habitual. Cuando el ejercicio es conjunto, como suele ser la regla general (art. 156 CC), ambos decidirán sobre la misma.³⁶

22. Esta lectura es importante también cuando nos enfrentamos a la cuestión de la legitimación para ejercitar la acción de restitución del menor en los términos de la LEC. Desde la reforma operada en 2015, nuestra LEC permite incoar la acción de restitución a “*la persona, institución u organismo que tenga atribuida la guarda y custodia o un régimen de estancia o visitas, relación o comunicación del menor, la Autoridad Central española encargada del cumplimiento de las obligaciones impuestas por el correspondiente convenio, en su caso, y, en representación de ésta, la persona que designe dicha autoridad*” (art. 778 quáter. 3 LEC). Ya sea el titular de la guarda y custodia o el beneficiario de un régimen de visitas, relación o comunicación, la cuestión implícita es que dicho titular tenga capacidad para decidir la residencia habitual del menor.

3.2. La residencia habitual

23. Ni el CH 80, ni el R. 2019/1111 ni la LEC definen qué ha de entenderse por residencia habitual del menor. Sin embargo, su importancia es tal en el procedimiento de sustracción internacional de menores que merece unas consideraciones. No podemos hablar del “concepto”, pero sí de la “concepción” que se tiene de este criterio de conexión en los diversos ámbitos geográficos, de mayor a menor: los Estados Parte del CH 80, los Estados Miembros de la UE, y finalmente, nuestro país. La jurisprudencia en los tres casos ha dado ciertas ideas que permiten atisbar una serie de características importantes del término.

24. El criterio, empleado en el CH 80, se caracteriza por ser, en primer lugar, autónomo. Esto quiere decir que no depende de las consideraciones que sobre la residencia habitual hagan los Estados Parte; y en segundo lugar, que su interpretación ha de ajustarse a los objetivos del Convenio³⁷. Por otra parte, es un concepto de carácter fáctico, a determinar por las autoridades competentes en función de las circunstancias de hecho presentes en el caso concreto³⁸. A partir de aquí, se ha hecho notar en la jurisprudencia la existencia de tres tendencias interpretativas según en qué circunstancias el órgano jurisdiccional ponga mayor acento. Existen precedentes judiciales donde el enfoque se centra exclusivamente en el menor, esto es, las circunstancias que rodean a su vida en particular hasta que se produce el traslado o retención, con independencia de la intención de los progenitores. En otros casos, se pone el acento en cuál es la intención de los progenitores, teniendo en cuenta la mayor dependencia que el menor tiene con el contexto familiar frente al social cuando aquél tiene una corta edad. Finalmente, en una línea intermedia, podemos encontrar un enfoque mixto, donde se valoran ambos tipos de factores de forma global.³⁹

³⁶ Vid. M. J. MONFORT FERRERO, “Algunas cuestiones civiles en torno a la sustracción de menores en el ámbito familiar”, en P. LLORIA GARCÍA (dir.), *Secuestro de menores en el ámbito familiar un estudio interdisciplinar*, Madrid: Iustel, 2008, pp. 127-129.

³⁷ Una explicación detallada de estas ideas se puede encontrar en el CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, “Manual práctico sobre el funcionamiento 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 niños”, disponible en <https://assets.hcch.net/docs/68be6d4e-f4b8-4a8e-b041-faa17efb050.pdf>, p. 178, par. 13.83-13.84. Aunque el Manual Explicativo se refiere al CH 96, hace continuas alusiones al CH 80 cuando explica el criterio de la residencia habitual del menor.

³⁸ Vid. E. PÉREZ VERA, “Informe explicativo del Convenio HCCH sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores; Elisa Pérez-Vera”, disponible en <https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=2779> p. 19, par. 66; CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, “Manual práctico sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996...”, *op. cit.*, p. 178, y en especial, par. 13.83.

³⁹ Nos basamos en el análisis de los precedentes judiciales presentado por P. McLEAVY Y A. FIORINI (s.f.), “Residencia habitual”, INCADAT, disponible en: <https://www.incadat.com/es/convention/case-law-analysis>.

25. En la UE, también se ha desarrollado una amplísima jurisprudencia sobre el concepto de residencia habitual del menor. En un importante número de cuestiones prejudiciales, precisamente el caso de origen ha sido un desplazamiento del menor entre Estados Miembros donde las autoridades judiciales se encontraban en la tesitura de concluir en si verdaderamente constituía una sustracción ilícita en los términos del art. 2.2.11 R. 2201/2003. Derivado de ello, al evaluar el elemento de la residencia habitual, se han aportado importantes criterios hermenéuticos sobre la base del foro general de la residencia habitual del menor para los asuntos de responsabilidad parental (art. 8 R. 2201/2003), del cual el art. 10 R. 2201/2003 es una regla especial, que busca la conservación de la competencia en los tribunales del Estado de residencia habitual pese al traslado o retención ilícitos. *Grosso modo*, se puede concluir del conjunto de los pronunciamientos que la residencia habitual es un concepto autónomo que se debe interpretar de conformidad con los objetivos del R. 2201/2003 (en particular, el Considerando 14 establece que el foro responde tanto al interés superior del menor como al criterio de proximidad). Del mismo modo, es un concepto que tiene un carácter fáctico, y que habrá de determinarse en cada caso concreto según las circunstancias que el asunto presente. Respecto de estos criterios, se ha señalado, por ejemplo, que la presencia física del menor en un Estado Miembro es un requisito necesario, aunque no suficiente para corroborar la residencia habitual. También corresponde comprobar en conjunto factores como la duración y la regularidad de esa presencia, la integración social en dicho Estado (relaciones familiares, sociales, escolarización, conocimiento del idioma...). La intención de los progenitores, manifestada en ciertas acciones externas también constituye un importante factor a valorar; especialmente, en los casos en los que el menor tiene corta edad (como el caso de los lactantes)⁴⁰.

26. En definitiva, de las tres posturas observadas por los Estados parte del CH 80, la jurisprudencia del TJUE adopta un enfoque mixto⁴¹. Este enfoque ha sido acogido también en la jurisprudencia española. Si se observan los pronunciamientos más recientes en torno al concepto de residencia habitual, se pueden observar que muchos de ellos hacen suya la doctrina del TJUE en su fundamentación para, a continuación, valorar los hechos del caso concreto siguiendo el estándar interpretativo de la jurisprudencia europea. Dejamos indicados algunos ejemplos:

27. -SAP Barcelona (Sección 18^a) núm. 785/2017, de 3 de octubre⁴², se consideran elementos determinantes de la residencia habitual de un menor en el Reino Unido y no en España: la integración laboral y familiar de los progenitores en el país británico, y la permanencia allí durante un tiempo de dos años antes de que el menor naciera y conviviera con ellos en dicho país. No se considera relevante el empadronamiento en España.

28. - SAP Palencia (Sección 1^a) núm. 171/2018, de 20 de abril⁴³, se concluye que el menor tiene su residencia en Reino Unido partiendo de que el menor realizaba una estancia vacacional en España y poseía billete de regreso a Reino Unido, donde está inscrito en el Registro Consular, en una escuela

⁴⁰ Son numerosas las sentencias que se pronuncian sobre cuestiones relacionadas con la residencia habitual del menor. Muchas de ellas, además, traen por causa supuestos de traslado o retención de menores: STJUE (Sala Tercera) de 2 de abril de 2009, as. C-523/07, *A* (ECLI:EU:C:2009:225); STJUE (Sala Primera) de 22 de diciembre de 2010, as. C-497/10 PPU, *Mercredi* (ECLI:EU:C:2010:829); STJUE (Sala Tercera) de 9 de octubre de 2014, as. C376/14 PPU, *C y M* (ECLI:EU:C:2014:2268); STJUE (Sala Primera) de 15 de febrero de 2017, as. C-499/15, *W y V* (ECLI:EU:C:2017:118); STJUE (Sala Primera) de 8 de junio de 2017, as. C-111/17 PPU, *OL y PQ* (ECLI:EU:C:2017:436), par. 42; STJUE (Sala Quinta) de 28 de junio de 2018, asunto C-512/17, *HR* (ECLI:EU:C:2018:513). Igualmente, podemos encontrar estudios recientes sistematizando las posiciones jurisprudenciales en J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Litigación Internacional, responsabilidad parental y foro de la residencia habitual del menor en un Estado Miembro. Un estudio jurisprudencial", en A. CEBRIÁN SALVAT Y I. LORENTE MARTÍNEZ (dir.), *Protección de Menores y Derecho Internacional Privado*, Granada: Comares, 2019, pp. 307-323; M. GONZÁLEZ MARIMÓN, *Menor y responsabilidad parental en la Unión Europea*, op. cit., pp. 126-153

⁴¹ Vid. C. M. CHÉLIZ INGLÉS, *La sustracción internacional de menores y la mediación. Retos y vías prácticas de solución*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019, pp. 51-52.

⁴² ECLI:ES:APB:2017:10784, en especial, F.J. 3^o.

⁴³ ECLI:ES:APP:2018:217, en especial, F.J. 1^o. Sobre esta sentencia, vid. nota de I. REIG FABADO, "La construcción del concepto autónomo de residencia habitual del menor en los supuestos de sustracción internacional de menores", *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2019), Vol. 11, N^o 1, pp. 877-888.

británica y en el sistema de salud de dicho país. El empadronamiento posterior a la salida del menor de Inglaterra no es relevante.

29. - SAP A Coruña (Sección 4ª), núm. 262/2019, de 5 de julio⁴⁴, se considera que la menor secuestrada en España tiene su residencia habitual en Bélgica, donde la madre se encuentra instalada desde que se mudó en 2014. Allí, además se casó, inscribió su matrimonio y residió con su marido en el mismo domicilio. También consta que la madre trabajaba para dos empresas, y en una de ellas a tiempo completo.

30. - SAP Pontevedra (Sección 1ª) núm. 413/2019, de 15 de julio⁴⁵, se entiende que el menor tiene su residencia habitual en España, donde vive en un piso arrendado con los progenitores. En España está escolarizado y asiste a actividades extraescolares.

31. - SAP Girona (Sección 2ª) núm. 495/2019, de 13 de diciembre⁴⁶: Los menores trasladados a España tienen su residencia en el Reino Unido, donde vivían hasta que fueron trasladados (un período de 4 años). Allí desarrollaban su actividad vital, recibían formación, disponían de asistencia sanitaria y de un entorno familiar y social. Además, el padre consintió a que los menores se trasladaran a dicho país.

32. - SAP Madrid (Sección 24ª) núm. 1055/2020, de 18 de noviembre⁴⁷: El empadronamiento en ciudad española no es relevante para entender que los menores no residen en Reino Unido. La escolarización en España responde al deber de los padres de dar educación a sus hijos, pero no condiciona la residencia de las menores, máxime cuando no concurre el consentimiento paterno.

33. -SAP Málaga (Sección 6ª) núm. 1027/2021, de 27 de julio⁴⁸: Los menores retenidos en España tienen su residencia habitual en Estonia, donde permanecieron bajo el cuidado de los abuelos durante casi dos años, sólo han realizado estancias en España por tres meses y en el Reino Unido durante las vacaciones de Navidad. Además, consta la aquiescencia del padre a que los menores regresen a Estonia tras dichas estancias (no se interpone acción judicial al respecto). Los menores acuden a centros escolares en Estonia y allí residen sus abuelos con quienes han convivido desde que se trasladaron con su madre.

4. Interacción procedimental

4.1. Respeto al papel de las Autoridades Centrales

34. A lo largo del presente apartado daremos cuenta de las principales novedades que introduce el R. 2019/1111 y de si se corresponden o no con la legislación vigente en España. Este planteamiento busca comprobar si nuestro ordenamiento está a la vanguardia de los principales cambios normativos que han acontecido en la UE a raíz de la reciente reforma del Reglamento.

35. Comenzaremos por Autoridades Centrales. Estas instituciones ocupan un papel esencial en el proceso de restitución de menores. El CH 80 da la posibilidad de conseguir a través de ellas un retorno voluntario del menor, sin necesidad de acudir al procedimiento judicial (arts. 8-10 CH 80). No obstante, al mismo tiempo, cumplen una función asistencial en los casos en que se ejerce una acción de restitución ante los órganos jurisdiccionales (arts. 29-30 CH 80)⁴⁹. De una manera u otra, están presentes y su intervención puede ser crucial para lograr un rápido retorno.

⁴⁴ ECLI:ES:APC:2019:1546, en especial, F.J. 3º.

⁴⁵ ECLI:ES:APPO:2019:1766.

⁴⁶ ECLI:ES:APGI:2019:1950, en especial, F.J. 4º.

⁴⁷ ECLI:ES:APM:2020:13855, en especial, F.J. 4º.

⁴⁸ ECLI:ES:APMA:2021:3080, en especial, F.J. 4º.

⁴⁹ El hecho de que la restitución de menores se encauce ante autoridades judiciales o administrativas no implica que las Autoridades Centrales tengan que inhibirse o dejen de intervenir en el procedimiento de restitución. Como explica E. PÉREZ VERA,

36. El R. 2019/1111 ha desarrollado muy ampliamente el Capítulo V sobre cooperación de autoridades en materia de responsabilidad parental, lo que implica un compromiso fehaciente por mejorar este aspecto de las relaciones entre los Estados Miembros. Ahora bien, este Capítulo V no opera en relación con la cooperación de las autoridades en materia de sustracción internacional de menores, pues claramente el Considerando 73 R. 2019/1111 así lo señala⁵⁰. La razón es que no constituyen procedimientos de fondo sobre responsabilidad parental: algo insuficientemente justificado, si tenemos en cuenta que, en otros ámbitos, el carácter fáctico de los procedimientos de restitución no ha impedido extender otro tipo de reglas también a aquéllos, como las normas de reconocimiento y ejecución de resoluciones (Considerando 16 y art. 2.1, apartados a y b R. 2019/1111). Menos sentido tiene aún cuando el legislador europeo recomienda a los Estados Miembros que las Autoridades Centrales que cooperan en nombre del CH 80 y del CH 96 sean las mismas (Considerando 72 R. 2019/1111): se está invitando a una unidad institucional, al mismo tiempo que se mantiene una dualidad en los regímenes jurídicos. Se desaprovecha así, para los Estados Miembros, la oportunidad de establecer un régimen más perfilado y común de cooperación entre las Autoridades Centrales, que apenas se suple con las normas del CH 80,⁵¹ las cuales dejan a discreción de los Estados Parte la configuración del sistema de cooperación.⁵²

37. Dentro del Capítulo III R. 2019/1111, dedicado a la sustracción internacional de menores, se establecen algunas funciones específicas asignadas a la Autoridad Central de cada Estado Miembro. En el art. 23.2 R. 2019/1111 se establece un plazo de 5 días para que la Autoridad Central acuse recibo de las solicitudes de retorno de menores sustraídos, además de informar sin dilación de las gestiones realizadas o a realizar.⁵³ Se establece la posibilidad de asistencia de las Autoridades Centrales en caso de acudir a mediación en el art. 25 R. 2019/1111. En el art. 27.4 R. 2019/1111 se establece como rol de la Autoridad Central la asistencia comunicativa a los órganos jurisdiccionales para conocer de las medidas establecidas en el Estado de residencia habitual del menor destinadas a paliar el grave riesgo de peligro físico o psíquico, o situación intolerable para el menor. También se establece la función de asistir en la comunicación de los trámites procesales seguidos en el proceso de restitución al órgano jurisdiccional que, en el momento de resolverse el retorno, esté conociendo de un procedimiento sobre el derecho de custodia, de conformidad con el art. 29.3 R. 2019/1111. Estas funciones comunicativas son alternativas

“Informe explicativo...”, *op. cit.* p. 9, par. 103: “(...) los esfuerzos para la entrega voluntaria del menor pueden proseguir tras la presentación de la demanda ante las autoridades judiciales o administrativas, si dichos esfuerzos se iniciaron antes; por otra parte, en la medida en que la iniciativa con vistas al retorno del menor no se transfiere a esas otras autoridades, es la Autoridad central la que debe decidir si las tentativas para alcanzar dicho objetivo han fracasado. Por lo demás, resulta claro que los trámites previstos en este artículo no deben prejuzgar la acción de las Autoridades centrales para impedir un nuevo traslado del menor, de conformidad con el artículo 7, apartado 2b.”

⁵⁰ Dice el Considerando 73 R. 2019/1111: “Las disposiciones del presente Reglamento sobre cooperación en materia de responsabilidad parental no deben aplicarse al trámite de solicitudes de restitución en virtud del Convenio de la Haya de 1980 que, de conformidad con el artículo 19 de dicho Convenio y la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, no constituyen procedimientos sobre el fondo de la responsabilidad parental. Sin embargo, la aplicación del Convenio de la Haya de 1980 se debe complementar con las disposiciones del presente Reglamento en materia de sustracción internacional de menores y con el capítulo del presente Reglamento sobre reconocimiento y ejecución y el capítulo sobre las disposiciones generales.”

⁵¹ El CH 80 apenas dedica dos artículos al régimen jurídico de las Autoridades Centrales. El art. 6 establece el deber de los Estados Parte del Convenio de designarla. El Art. 7 enuncia un catálogo de funciones de cooperación entre ellas. Contamos en la actualidad, además, con una Guía de Buenas Prácticas destinada al buen hacer de las Autoridades Centrales, que en cualquier caso, tiene carácter de recomendaciones de *soft law*. *Vid.* CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, “Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre De 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores: Primera parte – Práctica de las Autoridades Centrales”, disponible en: <https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=2780>.

⁵² *Vid.* M. ZUPAN, C. HOEHN, Y U. KLUTH, “Central Authority Cooperation Under The Brussels II ter Regulation”, *Yearbook of Private International Law*, Vol. 22 (2020/2021), p. 195.

⁵³ Se critica, no obstante, que más allá del acuse de recibo de las solicitudes, no se establezca un plazo máximo para tramitarlas. En la Propuesta de Reforma del año 2016, sí se preveía, en el art. 67.1.g), un plazo de seis semanas. *Vid.*, por ejemplo, C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La sustracción de menores en el nuevo Reglamento 2019/1111”, *op. cit.*, p. 393; M. GONZÁLEZ MARIMÓN, “La regulación de la sustracción internacional de menores en el Reglamento Bruselas II ter y sus principales novedades: hacia una mejor protección del interés superior del menor”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2022), Vol. 14, Nº 1, p. 297; DE SOUSA GONÇALVES, A. S., “Wrongful removal or retention of children and the Brussels IIa proposed recast”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVIII, 2018, pp. 363-364.

a la posibilidad de comunicación directa entre las autoridades jurisdiccionales de los Estados requirentes y requerido (art. 86 R. 2019/1111).

38. En nuestra legislación interna, la primera cuestión a resaltar es que disponemos de una misma Autoridad Central para las cuestiones de cooperación civil internacional en materia de sustracción internacional de menores y cuestiones de responsabilidad parental. Se trata de la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional, dependiente de la Dirección General de Cooperación Jurídica Internacional y Derechos Humanos del Ministerio de Justicia.⁵⁴ Este órgano ya fue designado en su momento por nuestro país para asistir en la cooperación judicial internacional respecto del Reglamento anterior (en virtud de los arts. 53 y 67.a R. 2201/2003),⁵⁵ y del mismo modo, también como Autoridad Central a los efectos de aplicar el CH 80.⁵⁶

39. Esta Autoridad Central, además de observar las tareas que el CH 80 y el R. 2019/1111 le confiere en los procesos de restitución, también tiene asignadas las siguientes tareas en el marco del procedimiento interno de restitución de menores:

40. *-Legitimación en el proceso de restitución de menores (Art. 758 quáter. 3 LEC):* La Autoridad Central española, además de dar curso a las solicitudes de restitución de menores, también puede interponer la acción de retorno del menor, asistida por la intervención del Abogado del Estado. Esta intervención cesa cuando el propio interesado comparece con su propia representación y postulación procesales (art. 778 quáter. 4 LEC).

41. *-Asistencia en las comunicaciones judiciales directas entre los órganos jurisdiccionales:* En caso de que el Juez lo precise, una alternativa para facilitar las comunicaciones directas es el auxilio de las Autoridades Centrales, aunque ya como sugería el R. 2019/1111, se puede acudir a otras vías alternativas (Considerandos 45 y 46): el art. 778 quáter. 7 LEC menciona las Redes de Cooperación Judicial Internacional existentes (como, por ejemplo, la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil), la Red Internacional de Jueces de la Conferencia de La Haya o los jueces de enlace.

42. *-Asistencia en materia de ejecución de resoluciones:* Para dar eficacia a los pronunciamientos que deciden el retorno del menor de España a otro Estado Miembro o Parte de algún Convenio vigente, la Autoridad Central, según dice el art. 778 quinquies. 13 LEC, “prestará la necesaria asistencia al Juzgado para garantizar que se realice sin peligro, adoptando en cada caso las medidas administrativas precisas”.

43. *-Asistencia en la obtención declaración de la ilicitud del traslado o retención (art. 778 sexies. 2 LEC).*

4.2. Medidas en relación con el procedimiento judicial acelerado

44. Otro de los puntos de actuación de la reforma del R. 2201/2003 sobre el proceso de restitución de menores ha tenido que ver con la configuración de la vía judicial para lograr la devolución al

⁵⁴ Vid. Real Decreto 453/2020, de 10 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia, y se modifica el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado, aprobado por el Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, BOE núm. 63, de 12 de marzo 2020. En especial, arts. 81. a) y b), y 8.2. a).

⁵⁵ Para consultar la información transmitida en materia de autoridades centrales y lenguas por España a la Comisión en aplicación del art. 67.a) R. 2201/2003, vid. COMISIÓN EUROPEA (25 de junio de 2021). *Reglamento «Bruselas II bis» — Cuestiones matrimoniales y de responsabilidad parental: BUSCAR TRIBUNALES COMPETENTES*. European E-Justice, disponible en: https://e-justice.europa.eu/377/ES/brussels_ii_regulation_matrimonial_matters_and_matters_of_parental_responsibility?SPAIN&member=1 (Consultado el 10 de mayo de 2022).

⁵⁶ Para consultar la información de las Autoridades Centrales de los Estados Parte del CH 80, vid. CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (s.f.). #28 - *Autoridades*. hchch.net. disponible en: <https://www.hchch.net/es/instruments/conventions/authorities1/?cid=24> (Consultado el 10 de mayo de 2022).

Estado de residencia habitual del menor sustraído. En este punto, la reforma ha incidido especialmente en los plazos de tramitación del proceso de restitución de menores: el nuevo R. 2019/1111 establece un plazo de seis semanas para resolver el asunto en primera instancia (art. 24.2 R. 2019/1111) y otras seis semanas para la resolución del eventual recurso en segunda instancia (art. 24.3 R. 2019/1111). Junto a ello, se establece un plazo de otras seis semanas para la ejecución (art. 28.2 R. 2019/1111) Plazos no más breves, pero sí más realistas⁵⁷.

45. Si acudimos a nuestra normativa procesal civil, encontramos que el art. 778 *quáter*. 5 LEC establece que el procedimiento “*Deberá realizarse, en ambas instancias, si las hubiere, en el inexcusable plazo total de seis semanas desde la fecha de la presentación de la solicitud instando la restitución o el retorno del menor, salvo que existan circunstancias excepcionales que lo hagan imposible*”. Este reducido plazo se ayuda de otro tipo de medidas que aceleran la tramitación procesal, como la exclusión de la prejudicialidad penal en el proceso de restitución de menores (art. 778 *quáter*. 6 LEC) o también, como declara la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, otra medida ha consistido en “*atribuir competencia al Juzgado de Guardia en caso de inicio de actuaciones en días inhábiles*”⁵⁸. No obstante, a pesar de lo indicado, las estadísticas más recientes muestran que España, entre 2015 y 2017, resolvió los procedimientos de restitución en un promedio de 190 días (para ordenarla) y de 147 días (para rechazarla)⁵⁹.

46. Junto a ello, el R. 2019/1111 plantea, a modo de recomendación, que los Estados Miembros consideren la posibilidad de concentrar la competencia judicial internacional en materia de sustracción internacional de menores en uno solo o en un conjunto concreto de órganos jurisdiccionales (Considerando 41 R. 2019/1111). Del mismo modo, plantea que sería conveniente que sólo se pudiera presentar un único recurso contra la resolución por la cual se resuelve sobre el retorno del menor (Considerando 42 R. 2019/1111). Ambas cuestiones, hoy en los indicados Considerandos, habían formado parte del texto normativo primigenio de la Propuesta presentada por la Comisión en el año 2016. Concretamente en el art. 22 de dicho primer borrador establecía: “*Los Estados miembros garantizarán que su competencia para las demandas de restitución de un menor contemplada en el artículo 21 se concentre en un número limitado de órganos jurisdiccionales. Estos órganos jurisdiccionales serán comunicados por cada Estado miembro a la Comisión de conformidad con el artículo 81.*” Y del mismo modo, el art. 25.4 de la Propuesta, en el seno del proceso de restitución de menores, establecía: “*Contra la resolución por la que se ordena o se deniega la restitución del menor, solo cabrá un recurso*”.⁶⁰ Finalmente, estos artículos no forman parte de la versión definitiva, pues según han indicado algunos autores, suponían adentrarse en un ámbito que está fuera de la competencia de la UE, como es la organización interna de los órganos jurisdiccionales de cada Estado Miembro.⁶¹

⁵⁷ Vid. P. BEAUMONT, L. WALKER Y J. HOLLIDAY, “Parental Responsibility and International Hague Abduction in the proposal recast of Brussels IIa Regulation and the effect of Brexit on future child abduction proceedings”. Working Paper No. 2016/6, University of Aberdeen, School of Law. Recuperado de: https://www.abdn.ac.uk/law/documents/CPIL_Working_Paper_No_2016_6_revised.pdf, p. 3. En el mismo sentido, vid. C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La sustracción de menores en el nuevo Reglamento 2019/1111”, *op. cit.*, p. 393; M. GONZÁLEZ MARIMÓN, “La regulación de la sustracción internacional de menores en el Reglamento Bruselas II ter y sus principales novedades: hacia una mejor protección del interés superior del menor”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2022), Vol. 14, Nº 1, pp 296-297.

⁵⁸ Vid. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, “Circular 6/2015, sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”. Recuperado de: http://www.cvca.es/wp-content/uploads/2017/03/sustraccion_internacional_menores.pdf, p. 66.

⁵⁹ Vid. N. LOWE y V. STEPHENS, “Prel. Doc. No 11 C of July 2018 - Part III — A statistical analysis of applications made in 2015 under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction — National reports”, disponible en <https://assets.hcch.net/docs/6ca61ff3-5ca6-4f8e-a79a-cb6e7485f4b0.pdf>, p. 118 Aunque la Reforma del procedimiento entró en vigor en el año 2015, los instrumentos internacionales suscritos por España, en concreto, el CH 80 y el R. 2201/2003, ya eran aplicables imponiendo la exigencia del plazo de seis semanas, con lo que entendemos que los datos pueden servirnos de orientación.

⁶⁰ Vid. M. GONZÁLEZ MARIMÓN, “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”, *op. cit.*, pp. 294-295.

⁶¹ Vid. F. 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*, Madrid:

47. Ambas “sugerencias” son realidades jurídicas en nuestra normativa interna. En cuanto a la competencia interna para conocer de los procedimientos de sustracción internacional de menores, la reforma de la LEC del año 2015, a través del art. 778 quáter. 2 LEC, introduce dos criterios de concentración competencial: el primero, de carácter objetivo, en los Juzgados de Primera Instancia especializados en Derecho de Familia; y el segundo, de carácter territorial, en el fuero de la capital de la provincia en cuya demarcación se halle el menor. Esta doble concentración permite, por un lado, unificar dos criterios locativos (la capital de provincia y la circunscripción), que antaño habían originado conflictos de competencia⁶²; y en segundo lugar, se excluye la posibilidad de conflictos entre los Juzgados de Familia y los de Violencia de Género⁶³.

48. Por lo que se refiere a la unidad de recurso, El art. 778 *quinquies* LEC, en su apartado 11, establece que “*Contra la resolución que se dicte sólo cabrá recurso de apelación con efectos suspensivos, que tendrá tramitación preferente, debiendo ser resuelto en el improrrogable plazo de veinte días*”. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reiterado en no pocas ocasiones que no cabe ulterior recurso contra la resolución que resuelve el recurso de apelación interpuesto frente a una sentencia sobre restitución de menores.⁶⁴ Se diferencia este recurso, por tanto, del recurso de apelación estándar, donde de conformidad con el art. 466 LEC, cabría posibilidad de interponer un recurso de queja o de casación, si se dan los requisitos procesales.⁶⁵

4.3. Fomento de la mediación

49. La doctrina ha insistido en que resultaría conveniente que la solución a los conflictos familiares, especialmente en caso de traslado o retención ilícitos, se planteara desde la mediación familiar. Primero, porque permitiría una solución pacífica a menor coste y con mayor celeridad procesal frente a una jurisdicción cada vez más colapsada e ineficiente⁶⁶. Segundo, porque alcanzar acuerdos entre los progenitores es conveniente porque la relación paternofamiliar está llamada a perdurar, al menos durante el tiempo en que el menor dependa de sus progenitores. Y tercero, porque a nivel procesal, este tipo de conflictos internacionales requiere de una especial sensibilidad y de una formación especializada, que

Sepin, 2020, p. 208; M. NÍ SHÚILLEABHÁIN, “An overview of the principal reforms in Regulation (EU) 2019/1111”, *Yearbook of Private International Law*, Volume 22 (2020/2021), p. 132.

⁶² Da buena cuenta de ello el AAP Las Palmas de Gran Canaria núm. 144/2006, de 18 de julio, ECLI:ES:APGC:2006:1320A. En este Auto se resolvía el conflicto competencial entre el fuero de la demarcación judicial del menor sustraído (art. 1902 LEC-1981) y el fuero preferencial de la capital de provincia, en caso de intervención del Estado como parte (art. 15 Ley 52/1997), en favor del primero con un argumento de preponderancia del interés superior del menor sobre prerrogativas organizativas del Estado.

⁶³ Al respecto *vid.* S. CALAZA LÓPEZ, *Los procesos de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional op. cit.*, p. 87; , F. 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 II)”, *Bitácora Millenium DIPr*, núm. 3º (enero-junio 2016), pp. 5-6; 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)”, *Revista Española de Derecho Internacional*, julio-diciembre 2021, Vol. 73, No. 2, p. 248.

⁶⁴ *Vid.* AATS de 31 de octubre de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:11590A, ECLI:ES:TS:2018:11557A y ECLI:ES:TS:2018:11592A), ATS de 10 de junio de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:3481A), ATS de 11 de noviembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:10299A), ATS de 2 de diciembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:11276A), ATS de 16 de diciembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:12796), ATS de 20 de octubre de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1382).

⁶⁵ C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “Sustracción Internacional de Menores. Aplicación por el Tribunal Supremo de los instrumentos internacionales vigentes para España”, en A.-L. CALVO CARAVACA, y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, (*dir.*) *El Tribunal Supremo y el Derecho Internacional Privado. Volumen 2*. RapidCentro Color, S.L., Murcia, 2019, pp. 590-592.

⁶⁶ En este sentido, *vid.* Y. VELARDE D’ AMIL “La mediación en los supuestos de sustracción internacional de menores y el Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980, sobre aspectos civiles de las Sustracción Internacional de menores”, *Revista de Derecho UNED* núm. 17, 2015, p. 1289. Cabe recordar que la dilación procesal puede acabar provocando que, valorada la efectiva integración del menor, si transcurre un año desde el traslado o retención, la restitución se deniegue, *vid.* art. 12, párrafo segundo CH 80.

permita tratar con solvencia diferencias idiomáticas, culturales, geográficas, y jurídicas que atañen a los conflictos familiares internacionales.⁶⁷

50. En los albores del procedimiento de evaluación de impacto del R. 2201/2003 se pusieron igualmente de manifiesto los beneficios que comportaría incorporar la mediación a la sustracción internacional de menores. La Comisión, a estos efectos, encargó a una comisión especializada de la Red Judicial Europea la elaboración de un estudio al respecto. Dicha comisión emitió un informe donde reconocía que la mediación es un medio que contribuiría a resolver casos de sustracciones ilícitas producidas tanto entre Estados parte del CH 80 como respecto de Estados ajenos al Convenio. Destaca que permitiría prevenir estas sustracciones, así como alcanzar soluciones pacíficas que serían cumplidas voluntariamente por las partes⁶⁸.

51. El legislador europeo, consecuente con estas recomendaciones, ha introducido el recurso a la mediación en el art. 25 R. 2019/1111, que indica lo que sigue: “*Lo antes posible y en cualquier fase del procedimiento, el órgano jurisdiccional invitará a las partes, directamente o, si procede, con la asistencia de las autoridades centrales, a que consideren si están dispuestas a recurrir a la mediación o a otra vía alternativa de resolución de litigios, a menos que ello sea contrario al interés superior del menor, no sea adecuado en el caso particular o conlleve un retraso indebido del procedimiento.*” Esta medida supone el último eslabón de una importante serie de iniciativas en favor de consolidar los medios alternativos de resolución de conflictos en la UE.⁶⁹

52. Con este precepto se instaure en el Reglamento la posibilidad de una vía pacífica de resolución del conflicto provocado por la sustracción internacional de menores. Vía que se completa, además, por la posibilidad de prorrogar la competencia sobre los asuntos de responsabilidad parental en los tribunales competentes para decidir sobre el retorno, con el propósito de concentrar en el mismo proceso la resolución de las posturas discrepantes en materia de responsabilidad parental y dar eficacia jurídica al acuerdo de mediación a través de los órganos jurisdiccionales del Estado requerido para el retorno (art. 9 y Considerandos 22 y 43 R. 2019/1111)⁷⁰.

53. Lo que no encontramos en el R. 2019/1111 son directrices procedimentales de la mediación en caso de traslados o retenciones ilícitos de menores.⁷¹ No es que no las haya, porque debemos recordar otro hito anterior en el fomento de la mediación en la UE, que es la *Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en*

⁶⁷ Entre otros autores que hacen referencia a las ventajas de la mediación para los casos de sustracción transfronteriza, podemos encontrar un desarrollo muy completo en C. CHÉLIZ INGLÉS, *La sustracción internacional de menores y la mediación. Retos y vías prácticas de solución*, op. cit., pp. 166-175. A. MARÍN VELARDE Y F. MORENO MOZO, “El interés superior del menor y su relevancia en la sustracción internacional de menores”, en A. MONGE FERNÁNDEZ, (dir.) *La sustracción internacional de menores desde una perspectiva multidisciplinar*, JYB Bosch Editor, Barcelona, 2019, pp. 237-239, consideran una ventaja para tratar la sustracción, la aplicación de los principios orientadores de la mediación, tales como voluntariedad, imparcialidad, neutralidad, flexibilidad, los cuales se enuncian tanto en la legislación nacional como en la autonómica especificada *infra*. También son interesantes los trabajos de A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Mediación y Secuestro Internacional de Menores: Ventajas e inconvenientes”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre 2014), Vol. 6, núm. 2, p. 136; C. CARRILLO LERMA, “Mediación Familiar Internacional y Sustracción Internacional de menores”, *BARATARIA. Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, núm. 19, 2015, p. 187.

⁶⁸ Vid. COUNCIL OF EUROPEAN UNION, “Conclusions of the ministerial seminar organised by the Belgian Presidency concerning international family mediation in cases of international child abduction”, 6121/10, JUSTCIV 194, de 12 November 2010, disponible en: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-16121-2010-INIT/en/pdf>, en especial, pp. 5-6.

⁶⁹ Para una panorámica sobre las iniciativas sobre mediación en el contexto de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, del Consejo de Europa, de la UE y de España, vid. 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* (Octubre 2021), Vol. 13, Nº 2, pp. 132-173.

⁷⁰ Vid. B. CAMPUZANO DÍAZ, “Los acuerdos de elección de foro en materia de responsabilidad parental: un análisis del art. 10 del Reglamento (UE) 2019/1111”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 40, diciembre 2020, p. 8.

⁷¹ Vid. M. GONZÁLEZ MARIMÓN, “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”, op. cit., p. 304.

*asuntos civiles y mercantiles*⁷², que llama a los Estados Miembros a la armonización de sus legislaciones al respecto. Igualmente, son relevantes otras iniciativas al modo de recomendaciones de *soft law*, como por ejemplo el *Código de conducta europeo para Mediadores*⁷³, impulsado por la Comisión Europea; o también el *Vademécum del Mediador ante el Parlamento Europeo para casos de sustracción internacional de menores*⁷⁴. También es relevante, en relación con el CH 80, la elaboración por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado de una Guía de Buenas Prácticas sobre mediación.⁷⁵

54. En nuestro ordenamiento es muy prolífica la legislación existente sobre mediación, sea con carácter general o en especial, referida a la mediación familiar. Sirva de anticipo que nuestra LEC, en su art. 778 *quinquies*. 12, ya contemplaba desde 2015 la posibilidad de los órganos jurisdiccionales de promover, si lo valoran factible, la mediación entre las partes una vez interpuesta la acción de restitución, lo cual es acorde con el fomento de la mediación que se hace en el art. 25 del Reglamento 2019/1111⁷⁶. A ello se añade, a nivel nacional, la promulgación *Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*⁷⁷ (en lo sucesivo, LM), que sirve de vía de trasposición de la Directiva europea sobre mediación. E igualmente, contamos con una pluralidad de normas de origen autonómico⁷⁸. Del repaso de todas ellas, se pueden atisbar unas características comunes:

55. a) Sobre la formación del mediador. La legislación autonómica tiende a requerir de los mediadores una formación específica en titulaciones como Derecho, Psicología, Psicopedagogía, Sociología, Pedagogía, Trabajo Social, Educación social y análogas; y una formación específica mediante cursos de mediación especializados⁷⁹.

56. b) Interdicción en caso de violencia doméstica. El R. 2019/1111 menciona el caso de la violencia doméstica, como inidóneo para acudir a este mecanismo de resolución de conflictos (Considerando 43). Del mismo modo, cuando nuestro ordenamiento se pronuncia, fundamentalmente a nivel au-

⁷² DOUE núm. L 136, de 24 de mayo de 2008. Para una valoración de la acogida de la Directiva en los Estados Miembros, vid. J. TYMONSKI, "The Mediation Directive. European Implementation Assessment. In-Depth Analysis". PE 593.789. Diciembre de 2016. Recuperado de: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/593789/EPRS_IDA\(2016\)593789_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/593789/EPRS_IDA(2016)593789_EN.pdf). En especial, pp. 29-35.

⁷³ Disponible a través del siguiente enlace: <https://e-justice.europa.eu/fileDownload.do?id=4240637c-21b9-46d1-a7cc-e50a30d4dab4>

⁷⁴ Se puede consultar en el siguiente enlace: https://www.europarl.europa.eu/pdf/mediator_children/Child_abduction_handbook_es.pdf

⁷⁵ Vid. CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, "Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre De 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Mediación", disponible en: <https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=6475&dtid=52>

⁷⁶ No obstante, C. GONZÁLEZ BEILFUSS, plantea que la legislación española podría prever una fase previa al litigio, para valorar la posibilidad de que el caso concreto sea resuelto por mediación. Vid. C. GONZÁLEZ BEILFUSS, "La sustracción de menores en el nuevo Reglamento 2019/1111", *op. cit.*, p. 396. Ahora bien, aunque llegara a regularse así en nuestro país, lo decisivo para que la mediación sea efectiva es que exista predisposición de los progenitores a alcanzar un acuerdo. Si la tendencia de los conflictos familiares es litigiosa, exigir una valoración sobre la posibilidad de la mediación puede contribuir a ralentizar la restitución del menor. Recordemos, por cierto, que el art. 25 R. 2019/1111 excepciona esta exigencia de promover mecanismos extraprocerales si conllevan un retraso indebido del procedimiento. Lo ideal sería recabar primero la voluntad de las partes sobre la posibilidad de un acuerdo (basta cerciorar sobre las ventajas de la mediación y preguntar si quieren realizarla).

⁷⁷ BOE, núm. 162, de 7 de julio de 2012. Dicha Ley traspone en nuestro ordenamiento la Directiva 2008/52/CE.

⁷⁸ Por orden alfabético de Comunidades Autónomas. En Andalucía: Ley 1/2009, de 27 de febrero (en lo sucesivo LMFA). En Aragón: Ley 9/2011, de 24 de marzo (en lo sucesivo, LMFAR). En Asturias: Ley del Principado de Asturias 3/2007, de 23 de marzo (en lo sucesivo, LMFAs). En Canarias: Ley 15/2003, de 8 de abril, de la Mediación Familiar (en lo sucesivo, LMFC). En Cantabria: Ley 1/2011, de 28 de marzo (en lo sucesivo LMCant). En Castilla-La Mancha: Ley 1/2015, de 12 de febrero (en lo sucesivo, LMFCM). En Castilla y León: Ley 1/2006, de 6 de abril (en lo sucesivo, LMFCL). En Cataluña: Ley 15/2009, de 22 de julio (en lo sucesivo, LMCat). En la Comunidad Valenciana: Ley 24/2018, de 5 de diciembre (en lo sucesivo (LMV). En Galicia: Ley 4/2001, de 31 de mayo (en lo sucesivo, LMG). En las Islas Baleares: Ley 4/2010, de 9 de diciembre (en lo sucesivo, LMFB). En la Comunidad de Madrid: Ley 1/2007, de 21 de febrero (en lo sucesivo, LMFM). En el País Vasco: Ley 1/2008, de 8 de febrero (en lo sucesivo, LMFPV). En Navarra: ORDEN FORAL 117/2012, de 27 de marzo (en lo sucesivo, OFMN).

⁷⁹ Sobre los requisitos de los mediadores para ejercer la mediación, vid. arts. 11 LM, 13 LMFA, 8 LMFAR, 18 LMFAs, 22 LMFB, 5 LMFC, 3 LMCat, 25 LMCant, 8 LMFCL, 11 LMFCM, 5 LMFG, 12 LMFM, 9 LMFPV, 25 y 26 LMFV, 6.3 OFMN.

tonómico, excluye de la mediación todo caso que implique violencia familiar o de género. Similarmente ocurre en el caso de existencia de otros ilícitos penales en alguno de los progenitores⁸⁰.

57. c) Duración de la mediación. El Considerando 42 R. 2019/1111 limita la duración de la mediación al plazo previsto para resolver el procedimiento judicial acelerado, es decir, seis semanas por instancia⁸¹. Nuestra legislación es consecuente con esta exigencia, pues el plazo de suspensión de las actuaciones judiciales para acudir a mediación, cuando se inicia con posterioridad al comienzo del proceso judicial de restitución, se limita a una duración máxima de seis semanas (art. 778 *quinquies*, apartado 12, párrafo segundo LEC)⁸², un plazo más breve que el de suspensión habitual por sesenta días del art. 19.4 LEC.

58. e) Lugar de celebración de la mediación. Se promueve el acuerdo de las partes para decidir el lugar (Art. 19.1.g) LM). Igualmente, el Considerando 53 R. 2019/1111, que insta a los órganos jurisdiccionales a emplear los medios telemáticos a su disposición si la inmediatez no es posible. A nivel estatal, la mediación telemática está contemplada en el art. 24.1 LM, condicionada a que se verifique la identidad de los sujetos llamados a mediar. También algunas autonomías contemplan expresamente el recurso a medios electrónicos⁸³.

59. f) Objeto de la mediación. El espectro de materias que pueden tratarse a través de la mediación es más amplio que el de la acción judicial de restitución. Como apunta P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “*el acuerdo puede ir más allá de la mera solución a la situación de secuestro: puede pretender dar una solución más o menos definitiva al fondo del litigio*”⁸⁴. Además, como hemos indicado, el R. 2019/1111 alienta a los Estados Miembros a permitir que los órganos jurisdiccionales que conocen de la restitución puedan en estos casos ostentar competencia en materia de responsabilidad parental para resolver el fondo del asunto (Considerando 43 *in fine*)⁸⁵.

60. g) Coste de la mediación. Nuestra legislación es coherente con las recomendaciones de la Conferencia de la Haya acerca de procurar información sobre los costes de la mediación⁸⁶. Así, los sujetos que plantean someterse a mediación tienen derecho a conocer, y por contraparte se exige que se

⁸⁰ En concreto, *vid.* arts. 31.i) LMFA 13.3 LMFAr, la DA única LMFA, el art. 5.4 LMCant, 2.1 LMFCCL, 14.4 LMFCM 6.1, 14.b) 30.a) y c) y 31.2 y 31.3.a) LMCat, 38.2.a) LMV, 4.4 LMFB, 5.4 LMFPV 2.4 OFMN. Asimismo, *vid.* CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. “Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores - Quinta parte – Mediación”, *op. cit.*, apdos. 261-267.

⁸¹ Dice el Considerando 42 R. 2019/1111: “(...) *El hecho de que se recurra a medios alternativos de resolución de litigios no debe considerarse en sí mismo una circunstancia excepcional que autorice que se rebase el plazo. Sin embargo, durante el recurso a este tipo de medios o como consecuencia de ellos pueden surgir circunstancias excepcionales. (...)*”.

⁸² F. 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*, *op. cit.*, p. 232.

⁸³ *Vid.* arts. 8.2 LMFA, 8 LMCat, 10.2 LMV, 2.f) y g) LMFB. Al respecto de la mediación *online* y sus ventajas, *vid.* HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., “Mediación y Secuestro Internacional de Menores: Ventajas e inconvenientes”, *op. cit.*, pp. 144-145 y SOTO RODRÍGUEZ, M.L. “La mediación en la Sustracción Internacional de Menores en la Unión Europea”, *Revista de Estudios Europeos*, nº 71, enero-junio 2018, pp. 149-170, en especial, pp. 164-166.

⁸⁴ P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “Mediación y Sustracción Internacional de Menores”, en F. ALDECOA LUZÁRRAGA, y J.J. FORNER DELAYGUA (Dir.), *La Protección de los niños en el Derecho Internacional y en las relaciones internacionales. Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño*, Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 374. En el mismo sentido, A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Mediación y Secuestro Internacional de Menores: Ventajas e inconvenientes”, *op. cit.*, p. 141.

⁸⁵ Según puede extraerse del Considerando 43 R. 2019/1111: “(...) *Los Estados miembros que han concentrado la competencia deben (...) considerar la posibilidad de permitir que el órgano jurisdiccional al que se ha sometido el procedimiento de restitución con arreglo al Convenio de La Haya de 1980 ejerza también la competencia acordada o aceptada por las partes en virtud del presente Reglamento en materia de responsabilidad parental si el acuerdo entre las partes se ha alcanzado durante dicho procedimiento de restitución.*” Las decisiones sobre la patria potestad forman parte del ámbito material de la mediación familiar, como expresamente indican algunas de nuestras leyes autonómicas. *Vid.* arts. 1.2. d) LMFA, 5.2.b) y f) LMFAr, 3.a) LMFCM, 3. a)-c) LMFCCL, 2.1.e) LMCat, y 4.3.e) y g) LMFB.

⁸⁶ *Vid.* CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. “Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores - Quinta parte – Mediación”, *op. cit.*, apdos. 158-165.

los mediadores informen con carácter previo sobre sus honorarios⁸⁷, incurriendo en infracción en caso de cobro indebido o falta de información⁸⁸. También se contempla en la normativa autonómica la posibilidad de extender el beneficio de la asistencia jurídica gratuita⁸⁹. Algunas Comunidades Autónomas prevén en sus normativas programas de sesiones informativas o de mediación gratuitos⁹⁰.

61. A grandes rasgos, podemos concluir que nuestro ordenamiento jurídico es favorable al uso de la mediación desde el punto de vista técnico-jurídico, hasta el punto de que toma como mandatos internos las recomendaciones internacionales sobre el uso de métodos alternativos de resolución de conflictos para los supuestos de sustracción internacional de menores en todos los parámetros estudiados. Sin embargo, a esa adecuación jurídica notablemente favorable, se le deberá acompañar una buena disposición de los progenitores a alcanzar acuerdos, lo cual es dificultoso por la agudización del enfrentamiento a consecuencia de la sustracción.

4.4. Sobre la posibilidad de que el menor sea oído durante el procedimiento de restitución

62. En puridad, el R. 2019/1111 aporta una novedad significativa en materia de audiencia del menor dentro del procedimiento de restitución de menores. Ya en el R. 2201/2003, el art. 11.2 establecía que “*En caso de aplicarse los artículos 12 y 13 del Convenio de La Haya de 1980, se velará por que se dé al menor posibilidad de audiencia durante el proceso, a menos que esto no se considere conveniente habida cuenta de su edad o grado de madurez*”. La novedad es la extensión de la posibilidad de que el menor sea escuchado, atendiendo a su apacidad para formarse sus propios juicios, en todo proceso sobre la responsabilidad parental (art. 21 R. 2019/1111)⁹¹. A dicho precepto se remite el art. 26 R. 2019/1111 para garantizar que el menor será también escuchado en los procedimientos de restitución de menores.⁹²

63. La opinión del menor puede jugar un papel importante en la decisión sobre el retorno, por que puede implicar la posibilidad de denegarlo si el menor se opone a regresar al Estado de su residencia habitual (art. 13 párrafo segundo CH 80). Igualmente, la trascendencia de este derecho del menor a ser oído condiciona la libre circulación de las resoluciones en materia de responsabilidad parental, incluidas las que deciden sobre el retorno del menor. Así, cabe la posibilidad de denegar el reconocimiento y ejecución de resoluciones si el menor no ha tenido oportunidad de ser oído de acuerdo con su interés superior, salvo en los procedimientos que versen exclusivamente sobre los bienes del menor; o en caso

⁸⁷ Vid. arts. 19 LM, 4.f) y 16.a) LMFA, 12.2.b) y Exposición de motivos, apartado III. 7 LMFA, 10.h) y 16.1 LMFAr, 8.b) y 13.e) LMFB, 6.2.g) y 10.3 LMFC, 22.e), 29 y 37.1 LMCant, 9 LMG, 9.c) LMFM, 15.5 LMFPV y 23.b), 28.b) 34 y 35.1.d) LMV. También muchas de estas leyes dejan constancia de que el coste, salvo pacto en contrario, se satisface por mitad o en la proporción que les corresponda, incluso si alguna de las partes goza de la gratuidad de la mediación (vid. arts. 15 LM, 27.2 LMFA, 26.2 LMFA, 21 LMFC, 24.2 LMFCant, 10.1 LMFCM, 13.2 LMFC, 27.5 LMFCat, 9.2 LMG, 40 y 41.2 LMV).

⁸⁸ Vid. arts. 29.b) LMFA, 26.b) y 28.a) LMFAr, 28.e) LMFA, 35.4.f) LMFCM, 48.d) LMCant, 19.d) LMFC, 23.h)-i) y 24.f)-g) LMFC, 30.g) LMCat, 23.e) LMG, 24.d) LMFM, 28. a) y 29. n) LMFPV y 43.2.1.a), 43.2.2.a), 44.2.3.d) y 44.2.3. d) y e) LMV.

⁸⁹ Vid. arts. 27 LMFA, 26 LMFA, 24.1 LMFAr, 21 LMFC, 13 y 14 LMFC, 21 LMFC, 24 LMFCant, 27 LMCat, 41 LMV.

⁹⁰ Vid. al respecto arts. D.A.2ª. 2 LM, 6.1 y 9.c) LMFB, 10.2 LMFCM, 20.f) y 27.3 LMCat y 4 LMFPV 1.2 OFMN.

⁹¹ El art. 21 R. 2019/1111 establece que “*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*”. Este precepto recuerda a otros Convenios que, de forma similar, recogen el mismo derecho, como el art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño (Instrumento de Ratificación publicado en «BOE» núm. 313, de 31 de diciembre de 1990) o el art. 24 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (versión consolidada en DOUE C núm. 202 de 7 de julio de 2016).

⁹² Vid. M. GONZÁLEZ MARIMÓN, “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”, *op. cit.*, pp. 298-299.

de que existan motivos fundados: en particular, por la urgencia del asunto⁹³ (art. 39.2 R. 2019/1111 y, por remisión, el art. 41 R. 2019/1111). Del mismo modo, es un motivo de revocación del certificado de las resoluciones privilegiadas dictadas en el marco del mecanismo de prevalencia del art. 29 R. 2019/1111 (art. 48.2 en relación con el art. 47.3.b) R. 2019/1111).

64. El art. 21 R. 2019/1111 queda complementado, además, con una serie de Considerandos de apoyo interpretativo, que definen las pautas que deben guiar este derecho de audiencia al menor (fundamentalmente, Considerandos 39, 53 y 57 R. 2019/1111)⁹⁴:

65. -La cuestión de quién ha de oír al menor y la manera en que debe hacerse depende de la legislación de cada Estado Miembro.

66. -La audiencia del menor ante el órgano jurisdiccional es un derecho, pero no debe comportar una obligación absoluta: debe evaluarse teniendo en cuenta el interés superior de aquél.

67. -Cuando el órgano jurisdiccional valore que procede escuchar al menor, ha de poner a disposición todos los medios apropiados para conseguir que el menor pueda ser efectivamente escuchado: ya sean los previstos en la legislación nacional o los contemplados en los instrumentos de cooperación judicial internacional.

68. -Cuando el menor no pueda ser oído en persona, siempre que se disponga de los medios necesarios, se podrá considerar el empleo de videoconferencia o TICs. Ello salvo que, según las circunstancias particulares, su uso sea inadecuado para el correcto desarrollo del proceso.

69. -No constituye causa de denegación del reconocimiento de las resoluciones el hecho de que el Estado de origen utilice para oír al menor un método distinto del que emplearían las autoridades del Estado requerido.

70. Gran parte de las premisas sobre la posibilidad del menor a ser escuchado encuentran hoy en día reflejo en nuestra legislación interna:

71. a) *Sobre el momento procesal para escuchar al menor:* Nuestro ordenamiento es más flexible sobre la oportunidad de escuchar al menor, toda vez que el art. 11.2 R. 2201/2003 se limita a conceder esa posibilidad en caso de aplicar las causas de denegación de los arts. 12 y 13 CH 80. Sin embargo, el órgano jurisdiccional español debe escuchar al menor, si las circunstancias lo aconsejan, tanto si se decide restituir al menor como si no (art. 778 quinquies. 8 LEC). Dicho precepto establece que el menor podrá ser escuchado en cualquier momento.

72. b) *En cuanto a los sujetos que recaban la opinión del menor:* Si bien el art. 778 quinquies. 8 LEC habla de la audiencia ante el juez, igualmente la relativiza cuando “no se considere conveniente atendiendo a la edad o grado de madurez del mismo, lo que se hará constar en resolución motivada”. Ello no implica que no puedan utilizarse otros medios. Se prevé también el auxilio de terceros y especialistas para la exploración del menor, a quienes el art. 9.1 y 2 LOPJM concreta en: representantes del menor, para el caso en que no puedan comparecer por sí mismos, bien sean los legales –salvo conflicto de interés- o personas de confianza; profesionales capacitados para evaluar la madurez del menor, e intérpretes.

73. c) *En cuanto a los medios para recabar la opinión del menor:* La legislación también prevé

⁹³ El Considerando 57 R. 2019/1111, aclara que “*Tales motivos fundados podrían darse, por ejemplo, en caso de que existiera un peligro inminente para la integridad física o psíquica o la vida del menor y que una demora adicional pudiera suponer la materialización de dicho peligro*”.

⁹⁴ Estos considerandos recogen en gran medida la doctrina sobre la posibilidad de escuchar al menor sentada en la STJUE (Sala Primera) de 22 de diciembre de 2010, as. C- 491/10 PPU, *Aguirre Zárraga*, ECLI:EU:C:2010:828.

la posibilidad de utilizar medios telemáticos, como la videoconferencia (art. 778 *quinquies*. 8 LEC, párrafo segundo). En cuanto la forma de expresión, el art. 9.2 LOPJM permite tanto la expresión verbal como no verbal, y por lo que respecta a la captación de sus declaraciones, la Fiscalía General del Estado ha recomendado la grabación o la transcripción de las declaraciones del menor “*a fin de que pueda en su caso ser debidamente valorada en segunda instancia sin necesidad de una nueva y siempre perturbadora comparecencia del menor en dependencias judiciales*”⁹⁵.

74. d) *Criterios de valoración de la opinión del menor*: se indica que la madurez se ha de valorar según su “*desarrollo evolutivo*” y “*su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto*” y se presume, además, que el menor tiene madurez suficiente a los 12 años (9.2 LOPJM). Además, la Circular 6/2015, de la Fiscalía General del Estado, sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores añade como criterio para valorar las opiniones del menor la argumentación ofrecida por éste, entre otras razones, porque puede evidenciar que está siendo manipulado por alguno de los progenitores⁹⁶.

4.5. Medidas cautelares⁹⁷

75. Entre las mejoras del proceso de restitución de menores introducidas por el R. 2019/1111, merece también una especial mención la facultad de los órganos jurisdiccionales competentes para decidir el retorno de dictar medidas provisionales, incluidas las cautelares. Esto se plantea para dos momentos procesales concretos.

76. En primer lugar, durante el proceso de restitución (art. 27.2 R. 2019/1111): “*En cualquier fase del procedimiento, de conformidad con el artículo 15, el órgano jurisdiccional podrá examinar si se debe garantizar el contacto entre el menor y la persona que solicita su restitución, teniendo en cuenta el interés superior del menor*”. Una previsión nada extraña para nuestro ordenamiento, que ya contempla esta posibilidad en el art. 778 *quáter*. 8 LEC, cuyo párrafo segundo indica que el órgano jurisdiccional “*podrá acordar que durante la tramitación del proceso se garanticen los derechos de estancia o visita, relación y comunicación del menor con el demandante, incluso de forma supervisada, si ello fuera conveniente a los intereses del menor*. Como se apunta al final del artículo, la garantía del contacto entre el menor y el progenitor que solicita el custodia puede no ser conveniente, y por ello, el legislador contempla la medida antagónica en el art. 158.5º CC, a saber, la “*prohibición de comunicación con el menor, que impedirá a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas establecer contacto escrito, verbal o visual por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, con respeto al principio de proporcionalidad*”. Esta medida es aplicable a la retención de un menor en España por remisión del art. 778 *quáter*. 8 LEC de forma genérica al catálogo de medidas del art. 158 CC.⁹⁸

77. En segundo lugar, una vez dictada la decisión sobre el retorno del menor (art. 27.5 R.

⁹⁵ Vid. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. “Circular 6/2015, sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=FIS-C-2015-00006>, p. 77.

⁹⁶ Vid. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. “Circular 6/2015, sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, *op. cit.*, pp. 39-40. Los tribunales españoles parecen conscientes del riesgo de que la opinión del menor pueda resultar capciosa por influencia del progenitor que los traslada o retiene de forma ilícita. La jurisprudencia menor nos permite encontrar algunos supuestos donde las Audiencias Provinciales detectan visos de manipulación en la declaración de los menores. *Vid.*, por ejemplo, SAP Barcelona (Sección 18ª) núm. 205/2016, de 8 de marzo (ECLI:ES:APB:2016:2563); SAP Las Palmas de Gran Canaria (Sección 3ª) núm. 218/2017, de 6 de abril (ECLI:ES:APGC:2017:312); SAP Madrid (Sección 22ª) núm. 354/2018, de 27 de abril (ECLI:ES:APM:2018:6348).

⁹⁷ En este epígrafe, se reproducen de manera muy sintética las conclusiones principales de una anterior publicación nuestra en esta revista. Por ello, para un desarrollo más amplio sobre el tema, *vid.* 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*, Vol. 13, núm. 1 (marzo 2021), pp. 87-109; así como a la bibliografía citada en dicho artículo.

⁹⁸ *Vid.* M. GONZÁLEZ MARIMÓN, “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”, *op. cit.*, pp. 299-300.

2019/1111): “Cuando ordene la restitución del menor, el órgano jurisdiccional podrá, en su caso, dictar medidas provisionales, incluidas las cautelares, de conformidad con el artículo 15 del presente Reglamento a fin de proteger al menor del riesgo mencionado en el artículo 13, párrafo primero, letra b), del Convenio de La Haya de 1980, siempre que el estudio y la adopción de dichas medidas no retrase indebidamente el procedimiento de restitución.” Estas medidas cautelares pueden beneficiarse del régimen de reconocimiento y ejecución (supresión del exequátur incluido) gracias a que se consideran introducidas dentro del concepto de resolución a efectos de aplicar el Capítulo IV sobre eficacia extraterritorial de resoluciones (art. 2.1.b) y Considerandos 30, 46 y 59 R. 2019/1111).⁹⁹ Sobre la previsión y eventual acogida en España de esta especialidad procesal, debemos hacer algunas precisiones. En primer lugar, el sistema de medidas cautelares en los procesos de restitución parte de la idea de que dichas medidas se dictarán a lo largo de todo el proceso (art. 778 *quáter.* 8 LEC). En este sentido, parece evidenciarse que el horizonte temporal sobre el que proceden las medidas cautelares va desde la demanda de restitución del menor hasta el dictamen de la sentencia sobre el retorno¹⁰⁰. Nuestra LEC no plantea ni excluye la posibilidad de que se puedan dictar medidas cautelares, una vez dictada la sentencia. De hecho, cuando el propio art. 778 *quinquies.* 9 LEC menciona que la sentencia sobre el retorno del menor se dictará “teniendo en cuenta el interés superior de éste y los términos del correspondiente convenio o de las disposiciones de la Unión Europea en la materia, según el caso”, nos parece que deja bagaje suficiente para que estas medidas puedan dictarse, en observancia (además imperativa) de las reglas del R. 2019/1111.

78. Ambos preceptos se remiten al art. 15 R. 2019/1111, que es marco regulatorio nuclear de las medidas provisionales, incluidas las cautelares, en materia de responsabilidad parental. Por lo tanto, es de recibo observar los requisitos que este artículo plantea para poder dictar las medidas cautelares correspondientes en el seno de un proceso de restitución de menores. Se parte, por supuesto, de que el órgano jurisdiccional llamado a resolver sobre la sustracción no lo es para conocer de las cuestiones en materia de responsabilidad parental, en tanto no se decida sobre la devolución del menor (art. 16 CH 80, en conexión con el art. 9 R. 2019/1111).

79. En primer lugar, se menciona el requisito de la urgencia en su adopción. Dicho requisito debe valorarse, como ha tenido ocasión de expresar el TJUE, de acuerdo con la situación del menor, su evolución, la eficacia o la imposibilidad de accionar ante el tribunal competente sobre el fondo del asunto.¹⁰¹ En el contexto concreto de la sustracción internacional de menores, esta urgencia se identifica en el R. 2019/1111 con el grave riesgo de peligro físico o psíquico o situación intolerable para el menor en el Estado de su residencia habitual (Considerandos 46 y 79, junto al art. 27.5 R. 2019/1111). Del mismo modo, a la hora de aplicar nuestro procedimiento interno, recogido en la LEC, se parte precisamente del supuesto en el que España es un Estado requerido para devolver a un menor ilícitamente trasladado o retenido en nuestro país (art. 778 *quáter.* 1 LEC).

⁹⁹ El R. 2019/1111 aporta además varias importantes consideraciones sobre las medidas cautelares que acompañan a la resolución sobre la restitución del menor. Entre ellas, primero, no se comprenden dentro del concepto de *resolución* las medidas “ordenadas (...) sin que el demandado haya sido citado a comparecer, a menos que la resolución que contenga la medida haya sido notificada al demandado antes de la ejecución.” (art. 2.1 R. 2019/1111). Segundo, citando el Considerando 46 R. 2019/1111: “Estas medidas provisionales y su circulación no deben retrasar el procedimiento de restitución con arreglo al Convenio de La Haya de 1980 ni afectar a la delimitación de las competencias respectivas del órgano jurisdiccional al que se haya sometido el procedimiento de restitución con arreglo a dicho Convenio y del órgano jurisdiccional competente para conocer del fondo de la responsabilidad parental con arreglo al presente Reglamento.” Tercero, se establece un deber de comunicación bien a través de las Autoridades Centrales o las redes de cooperación judicial existentes (art. 15.2 y Considerandos 46 y 79 R. 2019/1111). Cuarto, no cabe la ejecución parcial de la sentencia que ordene la restitución del menor sin acompañarla de las medidas cautelares que en su caso se dicten, ex art. 27.5 R. 2019/1111 (art. 53.3 R. 2019/1111). *Vid.* también M. GONZÁLEZ MARIMÓN, “La regulación de la sustracción internacional de menores en el Reglamento Bruselas II ter y sus principales novedades: hacia una mejor protección del interés superior del menor”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2022), Vol. 14, N° 1, pp. 301-303.

¹⁰⁰ Téngase en cuenta que, de conformidad con el art. 206.1.3ª LEC, la sentencia se dicta para poner fin al proceso en la instancia correspondiente.

¹⁰¹ *Vid.* STJCE de 2 de abril de 2009, asunto C-523/07, *A* (ECLI:EU:C:2009:225), p. 60; STJUE de 23 de diciembre de 2009, asunto C-403/09 PPU, *Detiček* (ECLI:EU:C:2009:810), p. 42 y STJUE de 15 de julio de 2010, asunto C-256/09, *Purrucker* (ECLI:EU:C:2010:437), p. 94.

80. Se requiere, igualmente, la presencia del menor¹⁰² o de sus bienes en el Estado Miembro donde se pretendan dictar las medidas cautelares: es decir, una coincidencia espacial entre el sujeto y los bienes y la autoridad llamada a dictar la medida. En caso de sustracción internacional de menores, donde la competencia de las autoridades del Estado requerido se basa en el hecho de que el menor está ilícitamente retenido en su jurisdicción, este requisito no plantea especial problemática. Igualmente, en nuestra legislación interna, el condicionante de la urgencia se podría identificar con el denominado “*periculum in mora*” (728.1 LEC), esto es, el riesgo que comporta no adoptar la medida de forma urgente¹⁰³.

81. Por último, se alude a la provisionalidad de la medida. La medida provisional o cautelar dictada por los jueces o tribunales no competentes en cuanto al fondo se mantendrá vigente hasta que las autoridades que sí lo son se pronuncien al respecto, ordenando sus propias medidas (art. 15 R. 2019/1111). La provisionalidad también se contempla como una característica esencial de estas medidas: desde el régimen general, el art. 726.2 LEC se refiere expresamente a ello y, además, siendo más específico que la norma europea, pues se permite que, durante el procedimiento, se puedan modificar, modular o incluso dejar sin efecto las medidas cautelares (art. 743 LEC). Es decir, nuestra legislación nacional permite suspender una medida cautelar bajo la mera evidencia de la desaparición del riesgo que la motiva, sin necesidad de esperar a que el órgano competente sobre el derecho de custodia dicte alguna medida.

82. En cuanto al tipo de medidas a adoptar, el Reglamento se remite al Derecho de los Estados Miembros para especificarlas (art. 15.1 R. 2019/1111), si bien en el Considerando 46 sugiere algunas de cara a la aplicación del art. 27.5 R. 2019/1111, como “*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*”. Desde el art. 778 *quáter*. 8 LEC, se habilita al Juez, igualmente para adoptar una serie de medidas cautelares en el marco del art. 773 LEC y del art. 158 CC. En especial, este último artículo, el 158 CC porque su texto recoge, entre otras, algunas medidas cautelares que buscan evitar el riesgo de que la sustracción internacional de menores llegue a producirse. Lo cual evidencia del legislador español su voluntad de anticiparse, más que de remediar tan complejo fenómeno. En el ordinal tercero, se mencionan tres: “*a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa. b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido*¹⁰⁴. *c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor*”¹⁰⁵.

¹⁰² El nuevo Reglamento ha cambiado, respecto al anterior, la genérica denominación de “personas” por la de “menor”, lo cual soluciona, en opinión de E. RODRÍGUEZ PINEAU, el criticado razonamiento del TJUE que consideraba, respecto de una medida de custodia provisional, que tanto el menor como sus progenitores debían estar presentes en el Estado Miembro donde esa medida fuera a dictarse (STJUE de 23 de diciembre de 2009, as. C-403/09 PPU, *Detiček*, par. 50-52). Vid. 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*, vol. 69/1, enero-junio 2017, p. 162. Vid. también P. JIMÉNEZ BLANCO, “Medidas cautelares y sustracciones de menores”, *Diario La Ley*, Núm. 7601, Sección Tribuna, 31 de marzo de 2011, Año XXXII, p. 8, y T. KRUGER Y L. SAMYN, “Brussels II bis: successes and suggested improvements”, *Journal of Private International Law*, 2016, pp. 148-149.

¹⁰³ Vid. S. CALAZA LÓPEZ, *Los procesos de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional*, Madrid: Wolters Kluwer, 2015, p. 89 e I. PRETELLI, “Provisional Measures in Family Law and the Brussels II ter Regulation”, *Yearbook of Private International Law*, Volume 20 (2018/2019), pp. 128-129.

¹⁰⁴ En concreto, sobre la expedición del pasaporte, contamos igualmente con el *Real Decreto 411/2014, de 6 de junio, por el que se modifica el Real Decreto 896/2003, de 11 de julio, por el que se regula la expedición del pasaporte ordinario y se determinan sus características* (BOE núm. 154, de 25 de junio de 2014). Este Real Decreto modificó el art. 4.2 de dicho Real Decreto 896/2003, exigiendo a partir de la reforma que quienes ostentaren patria potestad sobre el menor deban prestar su consentimiento ante el funcionario competente para la expedición de un pasaporte al menor, acreditando documentalmente su identidad y la relación de parentesco o tutela. Además, deben corroborar que el ejercicio de la patria potestad no se encuentra limitado, y en caso de estarlo, que se ha suplido con autorización judicial.

¹⁰⁵ Para algunos estudios sobre las medidas cautelares del art. 158 CC, Vid. M^a.A. MARTÍN HUERTAS, “El Convenio de la Haya de 1980. Las medidas preventivas establecidas por el legislador español en la sustracción internacional de menores”, en MONGE FERNÁNDEZ, A. (dir.), *La sustracción internacional de menores desde una perspectiva multidisciplinar*, op. cit., pp. 95-129; o más recientemente, el trabajo de M. A. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, “El riesgo de la sustracción internacional de menores como fundamento para el acuerdo de medidas preventivas”. *Bitácora Millennium DIPr: Derecho Internacional Privado*, 2021, N.º 14, pp. 68-95.

4.6. Ejecución provisional de las sentencias

83. Procesalmente, existe un conflicto entre dos intereses jurídicos necesitados de un equilibrio. Por una parte, como sabemos, el interés superior del menor exige que las decisiones y medidas para devolver al menor a su entorno habitual se realicen con la menor demora posible, ya que el tiempo juega en contra con la pérdida de lazos afectivos y familiares en el Estado de origen y la progresiva integración en el Estado de retención. Una actuación excesivamente lenta de las autoridades competentes podría comportar que se legitimen sustracciones ilícitas por el mero paso del tiempo. Sin embargo, también se necesita que las resoluciones judiciales sean lo suficientemente sólidas, en el sentido de una buena fundamentación, como para evitar que, en instancias posteriores, las iniciales concesiones al retorno del menor queden desplazadas por resoluciones que terminen revocando la decisión de retorno en primera instancia.

84. El nuevo Reglamento propone, como forma de conjugar la rapidez en la restitución con el riesgo de desacierto en las resoluciones que ordenen la restitución, la posibilidad de solicitar su ejecución provisional hasta que se decida firmemente la cuestión, conforme al art. 27.6 R. 2019/1111. Esta posibilidad se hace igualmente extensiva a las resoluciones que deciden sobre los derechos de visita, como expresamente disponen los arts. 34.2 y 45.2.a) R. 2019/1111.

85. El Reglamento plantea la disposición como una “posibilidad” y, además, revestida de carácter excepcional. En efecto, su aplicación debe valorarse conforme al interés superior del menor (Considerando 47 R. 2019/1111) y también según las exigencias de urgencia que requieran una rápida restitución (Considerando 66 R. 2019/1111). Con todo, también es posible que lo idóneo sea suspender la ejecución de la resolución, en especial cuando la impugnación de la eficacia de las resoluciones obedezca a la concurrencia de causas de denegación de la ejecución o de revocación de los certificados relativos a las resoluciones privilegiadas, o cuando no haya transcurrido el plazo de recurso al efecto¹⁰⁶.

86. La ejecución provisional, como hemos dicho, descansa en la seguridad del juez de primera instancia en que sus resoluciones no serán revocadas en apelación. Se trata de una seguridad moderadamente razonable si atendemos a las estadísticas sobre apelaciones de resoluciones que deciden sobre el retorno de los menores. Según N. LOWE, N. Y V. STEPHENS, tomando datos relativos a 2015, tanto para Estados parte como no parte del Reglamento, más de la mitad de las resoluciones dictadas en primera instancia son confirmadas en apelación, tendencia que se observa especialmente cuando la decisión consiste en devolver al menor a su Estado de residencia habitual¹⁰⁷.

87. Por lo que respecta a España, se da la particularidad de que la ejecución provisional de resoluciones que ordenen la restitución del menor está expresamente excluida, según el art. 525.1.1ª LEC. Según F.J. FORCADA MIRANDA, la política legislativa procesal española había consistido más bien en una apuesta por disminuir los plazos del recurso de apelación, en la configuración dada por el art. 778 *quinquies*, 11 LEC, garantizando que la impugnación en segunda instancia se tramitara con la suficiente rapidez como para no tener que recurrir a la ejecución provisional¹⁰⁸.

88. Lo cierto es que la iniciativa española resulta, pese a la contrariedad con la normativa europea, muy razonable. Por poco probable que resulte, la ejecución provisional conlleva el riesgo de que el menor sea trasladado en virtud de una resolución judicial que posteriormente, si es revocada, conlleva una nueva salida del menor del Estado de restitución, lo cual es desacertado porque no contribuye a la estabilidad del menor en un entorno concreto.

¹⁰⁶ *Vid.* Considerandos 67 y 68, así como los arts. 33, 44, 56, 57 y 63 del R. 2019/1111.

¹⁰⁷ N. LOWE, Y V. STEPHENS, *Part II — A statistical analysis of applications made in 2015 under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction — Regional report, op. cit.*, p. 9.

¹⁰⁸ *Vid.* F. 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, op. cit.*, pp. 251-252.

89. Podemos citar el ejemplo de la STJUE de 9 de octubre de 2014, C-376/14 PPU, *C contra M*¹⁰⁹. En el supuesto, se trasladó a la menor de Francia a Irlanda en virtud de una resolución que provisionalmente daba derecho a instalarse en este último país, pero finalmente, la decisión es revocada por otra sentencia ocho meses después, que establece la residencia del menor en Francia, lo que comportaría devolverle al país de origen. El TJUE matizó que, cuando se revoca una resolución provisional de ese tipo, se ha de evaluar si el menor mantiene la residencia habitual en el Estado de origen. Si la mantiene y no se le devuelve, se produce una retención ilícita. Si no la mantiene, entonces se deniega la demanda de restitución. Aun así, indica que el hecho de que la resolución esté siendo ejecutada provisionalmente por encontrarse recurrida en apelación no es concluyente sobre un cambio de residencia habitual, pues no se sabe en ese momento cuál será la duración de la estancia del menor.

90. En cierto modo, cabe temer que la ejecución provisional es una declaración implícita de la imposibilidad de acelerar los procedimientos judiciales, por mucho que se impongan límites temporales al procedimiento en segunda instancia, porque, si los procedimientos fuesen verdaderamente expeditivos, la provisionalidad no sería necesaria. Prevista queda la regla, en todo caso, y está por verse qué tal funciona en la práctica.

4.7. Mecanismo de prevalencia

91. En la misma línea que el R. 2201/2003, el nuevo R. 2019/1111 mantiene el denominado por la doctrina “mecanismo de prevalencia” (en inglés, “*overriding mechanism*”). A través de éste, se podrá lograr que una resolución de fondo sobre el derecho de custodia, dictada por los órganos jurisdiccionales del Estado Miembro de residencia habitual del menor anterior al traslado o retención, pueda superponerse a otra decisión denegatoria del retorno del menor, dictada por las autoridades del Estado Miembro donde el menor se encuentra retenido.

92. Las modificaciones importantes que experimenta el régimen jurídico del mecanismo de prevalencia en el nuevo art. 29 R. 2019/1111 son, las siguientes:

93. - En primer lugar, se aclaran cuáles son las causas de denegación que permiten invocar este mecanismo: el art. 11.6 R. 2201/2003 hablaba simplemente del art. 13 CH 80, pero ahora se especifica que este mecanismo sólo es posible invocarlo ante denegaciones fundadas en el grave riesgo de peligro físico o psíquico o situación intolerable (art. 13, párrafo primero, b) CH 80), o en los supuestos de negativa del menor a regresar al Estado de la residencia habitual anterior al traslado o retención (art. 13, párrafo segundo).¹¹⁰

94. - El Reglamento prevé la expedición de oficio de un certificado (recogido en su Anexo I), bien en la lengua de la resolución o en cualquier otra lengua oficial de la UE (Art. 29.2 R. 2019/1111). La finalidad de este nuevo certificado es informar sobre la posibilidad de plantear una demanda sobre el fondo del asunto una vez se deniega la restitución, o de informar al órgano jurisdiccional en caso de que ya se haya planteado demanda (Considerando 49 R. 2019/1111). Este certificado aporta datos sobre la identidad de las partes, del menor que no ha de ser restituido, del órgano jurisdiccional que dicta la resolución, de la causa de denegación invocada y sobre el aporte de documental relativo a la vista, entre otros documentos pertinentes. Se hace constar también si existe un proceso pendiente sobre la custodia, y si se han adoptado medidas para garantizar el contacto con el menor.

¹⁰⁹ ECLI:EU:C:2014:2268. En especial, apdos. 20, 22, 23, 55 y 69.

¹¹⁰ *Vid.* S. COURNELOUP Y T. KRUGER, “Le règlement 2019/1111, Bruxelles II : la protection des enfants gagne du terrain”, *Revue critique de droit international privé* 2020/2, N° 2, pp. 223-224 ; M. GONZÁLEZ MARIMÓN, “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”, *op. cit.*, p. 306.

95. A estas novedades se añade una cuestión importante en materia de reconocimiento y ejecución. Se trata de la posibilidad de revocación del certificado expedido a efectos de posibilitar que se ejecuten las resoluciones privilegiadas en materia de derecho de custodia (art. 48.2 R. 2019/1111). La competencia para ello recae en el Estado de origen, si aprecia que fue expedido de manera indebida conforme a los requisitos de expedición del certificado recogidos en el art. 47 R. 2019/1111. El órgano jurisdiccional emitirá un certificado declarando la falta de fuerza ejecutiva (art. 49 R. 2019/1111). También se añade, a través del art. 56.4 R. 2019/1111, dentro de las disposiciones comunes a la ejecución, la posibilidad de suspenderla debido a circunstancias sobrevenidas que expongan al menor a un grave riesgo de peligro físico o psíquico con posterioridad al dictamen de la resolución.¹¹¹

96. Nuestra LEC complementa al mecanismo de prevalencia realizando concreciones sobre los cauces internos a través de los cuales se deben realizar algunos de los trámites procesales. Se encuentran en la Disposición Final 22ª, llamada aún hoy a la interacción con el R. 2201/2003, y que se reformará cuando empiece a aplicarse el R. 2019/1111:

97. -Se estipula, por ejemplo, el empleo de la providencia para emitir las certificaciones del anexo IV del R. 2201/2003 relativo a la resolución sobre la custodia dictada con posterioridad a un pronunciamiento denegatorio de restitución (D.F. 22ª, apartado 2 LEC).

98. -La denegación del certificado adopta la forma de auto para denegarla, y es susceptible de recurso de revisión (D.F. 22ª, apartado 5 LEC).

99. -También se concreta el procedimiento para rectificar los errores de esa certificación: “*se resolverá de la forma establecida en los tres primeros apartados del artículo 267 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*” (D.F. 22ª, apartado 4 LEC).

100. -Se recoge cuáles son los documentos que transmitir en caso de denegación de la restitución, en respuesta al art. 11.6 R. 2201/2003: “*incluirá una copia de la resolución judicial de no restitución con arreglo al artículo 13 del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, y una copia de la grabación original del acta de la vista en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen, así como de aquellos documentos que el órgano jurisdiccional estime oportuno adjuntar en cada caso como acreditativos del cumplimiento de las exigencias de los artículos 10 y 11 del Reglamento*” (D.F. 22ª, apartado 6 LEC),

101. -Y, finalmente, se concreta la competencia y el procedimiento para conocer de la reclamación posterior a la denegación de la restitución: el cauce procesal será el de un procedimiento sobre la guarda y custodia de menores, pero la competencia judicial interna se determina con arreglo a las reglas del proceso de restitución de menores en supuestos de sustracción internacional (D.F. 22ª, apartado 7 LEC).

102. Es previsible que, llegado el momento de aplicar el nuevo R. 2019/1111, se deban realizar algunas adaptaciones, más allá de la mera actualización en la redacción de los preceptos ya vigentes. Al menos, hay dos consideraciones que deben hacerse de cara a ajustar las normas internas procesales destinadas al mecanismo de prevalencia:

¹¹¹ Vid. 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), *op. cit.* 2, pp. 250-251. Con anterioridad a la Reforma del Reglamento, la posición del TJUE había sido contraria a que las autoridades del Estado de ejecución pudieran suspender la ejecución de una resolución sobre la custodia certificada alegando un grave riesgo para el menor por un cambio sobrevenido de las circunstancias. Ello sería una cuestión para valorar por las autoridades del Estado de origen de la resolución a ejecutar. Vid. STJUE de 1 de julio de 2010, as. C-211/10 PPU, *Povse*, ECLI:EU:C:2010:400, par. 84, apdo. 4).

103. -En primer lugar, se deberá prever qué documento procesal será el que permita ventilar la expedición del nuevo certificado recogido en el Anexo I del nuevo R. 2019/1111. También habrá que concretar cuál es el tipo de resolución que declare la falta de fuerza ejecutiva de un certificado expedido respecto a una resolución de custodia (Anexo VII del R. 2019/1111). Posiblemente se pueda seguir utilizando la providencia, como ocurre con otros certificados.

104. -En segundo lugar, habremos de plantearnos cuál es el cauce procesal por el cual deberá realizarse la revocación del certificado expedido en relación con la resolución sobre la custodia dictada al amparo del mecanismo de prevalencia. El art. 48.3 R. 2019/1111 deja la cuestión al Derecho interno de los Estados miembros. Por el momento la Ley de Enjuiciamiento Civil mantiene silencio sobre la cuestión. La autora M^a. A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ afirma que lo previsible es que esta revocación se articule mediante el recurso de reposición¹¹², regulado en el art. 451 y ss. LEC.

5. Conclusiones

105. Desde el 1 de agosto del presente año, el R. 2019/1111 ha comenzado a desplegar sus efectos en los procedimientos sobre crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores que inicien desde esa fecha en adelante. De este modo, los Estados Miembros disfrutarán de un régimen mejorado respecto del anterior, que solventa muchas de las dudas interpretativas suscitadas en la práctica y en la jurisprudencia.

106. La complementariedad entre el nuevo Reglamento y el CH 80, en nuestro país, también se verá acompañada del procedimiento recogido en nuestra LEC desde el año 2015. Y hemos de destacar que, con independencia de que exista necesidad de puesta a punto y desarrollo de reglas hasta ahora no previstas, el legislador español se anticipa a muchas de las medidas que el R. 2019/1111 establece como novedades.

107. En la medida en que existe un paralelismo entre las normas procesales nacionales y las normas comunitarias en el proceso de restitución de menores, dos son las ventajas notables: primero, se podrá reciclar la experiencia de los operadores jurídicos que ya venían trabajando desde más de media década con el procedimiento reformado de nuestra LEC; en segundo lugar, desde el punto de vista de las relaciones entre Estados Miembros, se garantiza una coordinación en el régimen procesal, que permitirá contribuir a la confianza mutua entre los ordenamientos de los Estados Miembros.

108. Aun con todo, las conclusiones de nuestro estudio deben ser tomadas desde un punto de vista prudente. Nuestro propósito ha sido evaluar sobre el texto del R. 2019/1111 y las normas españolas las necesidades de adaptación de las normas internas a las internacionales. Cosa distinta será la práctica, y para concluir en el acierto o no de las nuevas medidas, podremos hipotetizar, pero sólo una vez puesto en marcha el nuevo Reglamento, se podrá evidenciar qué ha mejorado y qué está por mejorar.

¹¹² Vid. M^a. A., RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, "La reforma del Reglamento (CE) n° 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. 780, nota 53.