

El Reglamento (CE) 2019/1111: Principales novedades e interacción con el Convenio de la Haya de 1980 y de 1996

The Regulation (CE) 2019/1111: Main novelties and the interaction with the Hague Convention of 1980 and 1996

MONTSERRAT GUZMÁN PECES

*Prof. Contratada Doctora Derecho Internacional Privado
Universidad de Alcalá*

ORCID ID: 0000-0002-5488-9103

Recibido: 15.06.2022 / Aceptado: 04.07.2022

DOI: 10.20318/cdt.2022.7250

Resumen: El presente trabajo se centra en el análisis de las principales novedades del Reglamento 2019/1111 (RBII ter) en relación con el Reglamento 2201/2003 (RBII bis) y la relación existente con los otros dos Convenios de la Conferencia de la Haya, el de 1980 y el de 1996. Para ello, se explica el ámbito de eficacia material, centrándose en las nociones de guarda y custodia y la responsabilidad parental en los diferentes instrumentos. Además, al hilo de la introducción de nuevos criterios de competencia en el RBII ter se respecto del CH 1996, se explica la relación existente con el Reglamento y, la posibilidad de elección de un foro de terceros Estados como preceptúa el art. 97 del RBII ter. Respecto del CH de 1980 se analiza la incorporación y la puesta en marcha de los instrumentos de cooperación de autoridades y la disposición del art. 96 del RBII ter. Para finalizar, se reflexiona sobre los avances en este ámbito y, el recurso a la mediación cuando se ha producido una sustracción ilícita de menores.

Palabras clave: Bruselas II ter; Convenio de la Haya de 1980 y 1996; criterios de competencia; sustracción ilícita de menores; responsabilidad parental.

Abstract: The purpose of this work is to analyze the main developments of Regulation 2019/1111 (RBII ter) in relation to Regulation 2201/2003 (RBII bis) and the existing relationship with the other two Conventions of the Hague Conference, the of 1980 and that of 1996. To do this, the scope of material effectiveness is explained, focusing on the notions of custody and parental responsibility in the different instruments. In addition, in line with the introduction of new jurisdiction criteria in the RBII ter se with respect to the CH 1996, the existing relationship with the Regulation is explained, as well as the possibility of choosing a forum of third States as stipulated in art. 97 of the RBII ter. Regarding the CH of 1980, the incorporation and implementation of the cooperation instruments of authorities and the provision of art. 96 of the RBII ter. Finally, we reflect on the advances in this area and the use of mediation when there has been an abduction of child.

Keywords: Brussels II ter; Hague Conventions 1980 and 1996; jurisdiction criteria; child abduction; parental responsibility.

* El presente trabajo se adscribe al Proyecto PID2020-114611RB-I00, "Protección del menor en las crisis familiares internacionales (Análisis del Derecho Internacional Privado español y de la Unión Europea)" concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación, cuyas investigadoras principales son la Dra. M. Guzmán Zapater y la Dra. M. Herránz Ballesteros.

Sumario: I. Introducción. II. Ampliación de las materias objeto de regulación. III. Noción de responsabilidad parental y supuestos de infracción. IV. Ámbito de aplicación y funcionamiento del Convenio de la Haya de 1980 y 1996: 1. Infracción de los derechos de guarda y custodia en ambos instrumentos. 2. Competencia de autoridades versus competencia judicial. V. Novedades en la articulación de los foros de competencia en el Reglamento 2019/111: 1. Alcance de la autonomía de la voluntad. 2. La referencia a métodos alternativos de solución de conflictos. VI. Soluciones previstas en el RBII ter: Los artículos 96 y 97. VII. Consideraciones finales.

I. Introducción

1. El Reglamento (UE) 2201/2003 sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial¹; responsabilidad parental y sustracción internacional de menores (RBII bis)² será sustituido en su totalidad el 1 de agosto de 2022 por el Reglamento (UE) 2019/1111 (RBII ter) instrumento de similar, aunque no idéntico, ámbito de aplicación³. En particular en este estudio nos centraremos en las novedades introducidas por el RB II ter en el ámbito de la sustracción civil de menores y, su relación con los principales⁴ Convenios multilaterales que regulan esta cuestión, el Convenio de la Haya de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores⁵ (en lo sucesivo CH 1980) y, el Convenio de la Haya de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños⁶ (CH 1996).

2. Respecto del RBII ter, si bien es cierto, que en la práctica se han planteado algunas dudas interpretativas, que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha ido solventado a lo largo de estos años, se ha cuestionado la necesidad de abordar una nueva reforma en este ámbito, que incorporara novedades tanto en cuestiones de carácter material, dado que esta nueva versión incluye la protección de menores, como en el ámbito de la determinación de la competencia judicial, aspectos también regulados en el Convenio de la Haya de 1996. En el Considerando tercero del RBII ter, la Comisión señala la necesidad de fortalecer los derechos de los menores, en particular se está refiriendo al derecho del menor a ser oído en los procedimientos judiciales en los que es parte y, por otro lado, se propone mejorar la

¹ El RBII bis amplió el ámbito de eficacia material con respecto al RBII, dado que incluyó la sustracción civil de menores en el ámbito europeo e, incorporó por referencia los mecanismos de cooperación de autoridades centrales previstos en el Convenio de la Haya de 1980 en relación con, la retención y sustracción ilícita de menores en el ámbito familiar. Es precisamente en el ámbito de la ejecución de las decisiones relativas a derechos de visita y de retorno donde se han planteado ciertas problemáticas a lo largo de estos años de vigencia. *Vid.* E. RODRÍGUEZ PINEAU, “Algunas cuestiones sobre la aplicación del Reglamento CE 2201/2003, *AEDIPr*, 2004, t. IV pp. 265 y ss. *Vid.* también P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “Diez años de aplicación e interpretación del Reglamento Bruselas II bis sobre crisis matrimoniales y responsabilidad parental (análisis de los aspectos de competencia judicial internacional)”, *La Ley, Unión Europea*, n.º. 21, 2014, pp. 5-22.

² M. GUZMÁN PECES, “La competencia judicial en materia de nulidad, separación y divorcio; responsabilidad parental y sustracción civil de menores en Derecho internacional privado español”, *Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos. Derecho Español y de la Unión Europea*, M. Guzmán Zapater y M. Herranz Ballesteros (Dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 243-276.

³ Los arts. 92, 93 y 103 del RBII ter, entraron en vigor el 22 de julio de 2019.

⁴ Existen otros Convenios de carácter multilateral en el ámbito de la protección de menores y los traslados ilícitos como el Convenio sobre competencia de autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores, hecho en la Haya el 5 de octubre de 1961. *BOE* núm. 199, de 20 de agosto de 1987. También, el Convenio Europeo relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como el restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980. *BOE* núm. 210, de 1 de septiembre de 1984. Este Convenio establece un mecanismo de cooperación de autoridades centrales para garantizar el cumplimiento de los derechos de custodia y visita en casos de traslados ilícitos y facilitar el reconocimiento y ejecución de decisiones en este ámbito. Tanto en relación con el CH 1961 como al Convenio europeo, el RBII ter dedica el art. 95, para indicar que en las relaciones entre Estados miembros primará el Reglamento frente a estos Convenios, en las materias objeto de regulación por el Reglamento. Y de carácter bilateral, España es parte del Convenio con el Reino de Marruecos sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores, hecho en Madrid el 30 de mayo de 1997. *BOE* núm.150, de 24 de junio de 1997.

⁵ *BOE* núm. 202 de 24 de agosto de 1987.

⁶ *BOE* núm. 291 de 2 de diciembre 2010.

comunicación entre autoridades judiciales y administrativas, para evitar retrasos y dilaciones indebidas en los procedimientos y, el reforzamiento de la ejecutividad de medidas y resoluciones con carácter transfronterizo. El ámbito de estudio quedará delimitado a las transformaciones en los criterios de atribución de la competencia, en especial a la irrupción de la autonomía de la voluntad en el ámbito de la sustracción, tanto en el plano de la jurisdicción como respecto a otros métodos alternativos de solución de conflictos⁷ y, a la interacción con los otros instrumentos internacionales aplicables en el seno de la Conferencia de la Haya (CH 1980 y CH 1996).

II. Ampliación de las materias objeto de regulación

3. El legislador comunitario se fija como objetivo primordial con la reforma del Reglamento, aumentar la seguridad jurídica con una mayor eficiencia en este tipo de procesos. Para ello, el RBII ter extiende su ámbito de eficacia a los procedimientos y resoluciones judiciales en el orden civil⁸; los documentos públicos⁹ y acuerdos extrajudiciales¹⁰ tanto en materia de responsabilidad parental como de sustracción ilícita de menores e incluye las medidas de protección del menor¹¹, tanto vinculadas a un procedimiento de crisis matrimonial como a cualquier otro procedimiento (ej. en el ámbito sucesorio).

4. Respecto de estas medidas abarca las de carácter personal como las relacionadas con los bienes o patrimonio del menor (ej. designación de administrador, representación, etc.). Y, por lo que respecta a las medidas de protección el RBII ter extiende su regulación a cualquier tipo de acogimiento en un centro u hogar de acogida o, los de carácter educativo¹².

III. Noción de responsabilidad parental y supuestos de infracción

5. En cuanto a la calificación del término “responsabilidad parental”, el RBII ter la define de modo similar a su antecesor, comprendiendo ésta los derechos y obligaciones atribuidos a una persona física o jurídica (por resolución, por ministerio de la ley o, por un acuerdo con efectos jurídicos) sobre su persona o bienes, incluyendo los derechos de custodia y visita (ap. 7º art. 2). Respecto del contenido de los derechos de custodia y visita tampoco se plantean cambios respecto de la versión anterior. El RBII ter califica de manera autónoma estos derechos, a nuestro juicio, de una manera más precisa que el CH 80 y el CH 96, como abordaremos más adelante. En cuanto al derecho de custodia, comprende en todo caso,

⁷ C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La sustracción de menores en el nuevo Reglamento 2019/1111”, *Relaciones transfronterizas, Globalización y Derecho*, Homenaje al Profesor Doctor José Carlos Fernández Rozas, 1ª ed., Civitas, Madrid, 2020, pp. 383-395.

⁸ Con relación a la noción de “resolución”, en el RBII ter se encuentran incluidas las órdenes o fallos procedentes de una decisión de un órgano jurisdiccional y también comprende las dictadas de conformidad con el Convenio de la Haya de 1980 que ordenen la restitución de un menor a otro Estado miembro. También abarca, las medidas provisionales y cautelares ordenadas por un órgano jurisdiccional competente para conocer del fondo del asunto o, aquellas otras complementarias a una orden de restitución, que tengan como objetivo evitar cualquier riesgo para el menor (psíquico o físico de conformidad con el art. 13.1.b) del Convenio de la Haya de 1980).

⁹ Incluye los documentos formalizados o registrados oficialmente por autoridad pública u, otra habilitada a tal efecto. Adicionalmente se dota de eficacia a los acuerdos firmados por las partes y registrados por una autoridad competente (administrativa, judicial, notarial).

¹⁰ En el Considerando decimocuarto del RBII ter, se precisa que comprende cualquier autoridad administrativa u otras autoridades como los notarios con competencia en materia matrimonial y de responsabilidad parental. No en vano el RBII ter garantiza la libre circulación de documentos públicos y acuerdos registrados por una autoridad competente, lo que incluye la obligación de comunicar por parte de los Estados miembros a la Comisión, conforme al art. 103, este tipo de autoridades.

¹¹ Sobre este aspecto, debe tenerse en cuenta que en este mismo ámbito existe el Convenio de la Haya de 19 octubre de 1996, sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, que ha sido ratificado por la mayor parte de los Estados miembros. Este Convenio resultará de aplicación en las relaciones entre un Estado miembro y un tercer Estado, pero en lo relativo a las relaciones entre Estados miembros, por lo que respecta a la determinación de la competencia y el reconocimiento de decisiones en su ámbito de eficacia, prevalecerá el RBII bis o RBII ter a partir de su entrada en vigor en julio de 2022.

¹² El RB II ter excluye los acogimientos preadoptivos, los realizados por un progenitor o por un pariente cercano.

los derechos y obligaciones derivados del cuidado del menor y, en particular el derecho de decidir sobre el lugar de residencia del menor. El segundo, habilita para trasladar a un menor a un lugar distinto del de su residencia habitual, durante un período de tiempo limitado. También define de manera autónoma el RBII ter la noción “custodia compartida” que implica que el otro titular de la responsabilidad parental no pueda decidir sobre el lugar de residencia habitual del menor, sin el consentimiento del otro titular. A sensu contrario, conforme al RBII ter si se atribuye a una persona la custodia de modo exclusivo, entre otros derechos, podría trasladarse a otro Estado y fijar la residencia habitual de menor sin el consentimiento o autorización del otro progenitor, bastando una simple comunicación o información al respecto.

6. Por tanto, conforme a este Reglamento un titular de la responsabilidad parental al que se le ha atribuido un derecho de custodia en exclusiva sobre un menor, que se traslada a otro Estado sin el consentimiento o autorización del otro progenitor o, de otras personas que ostenten el derecho de visita, no configuraría un supuesto de traslado ilícito. No obstante, en procesos de crisis familiares cada vez resulta más habitual la atribución de la custodia compartida, en países de nuestro entorno. En este sentido, las legislaciones nacionales de los Estados miembros difieren, aunque en la mayoría se precisa el consentimiento del otro progenitor¹³ para los traslados de residencia, siendo excepcionales los países que no lo requieren¹⁴.

7. Del mismo modo que en el RBII bis, se distingue entre sustracción y retención ilícitas, pudiéndose tipificar diversas infracciones tanto por parte del titular custodio como del otro que ostenta el derecho de visita. En el supuesto de atribución de la custodia compartida cualquiera de los progenitores puede resultar infractor, tanto si se traslada a un lugar distinto donde el menor tiene su residencia habitual (sin autorización o consentimiento) del otro custodio; como en el supuesto de que el titular del derecho de visita, una vez finalizado el período para el que tenía autorización, retiene al menor impidiendo su regreso al país de su residencia habitual, con el objetivo de instar un procedimiento judicial relativo a la guarda y custodia del menor en un entorno más favorable¹⁵ que el de la residencia habitual del menor. No obstante, una de las novedades que más eficacia va a tener es la prescripción del RBII ter, en el sentido, de impedir la adquisición de una nueva residencia habitual del menor, si se parte de un desplazamiento o retención calificado como ilícito. En la práctica, va a conllevar que, aunque haya transcurrido más de un año (período de tiempo que se establece como límite al retorno en el CH 80) se pueda instar el retorno de menor, una vez localizado, al país de su residencia habitual. En la práctica son numerosos los casos en los que finalizado el período vacacional se retiene ilícitamente al menor. Todos estos supuestos se engloban en el RBII ter, de modo similar a como analizaremos a continuación en el CH 1996.

IV. Ámbito de aplicación y funcionamiento del Convenio de la Haya de 1980 y 1996

8. El CH 1980 se caracteriza por la incorporación de una serie de mecanismos de cooperación de autoridades centrales/ jurisdiccionales y principios para la consecución material de determinados resul-

¹³ M. HERRANZ BALLESTEROS, “Análisis del consentimiento del progenitor al desplazamiento o la retención del menor en un Estado distinto al de su residencia habitual. Su interpretación en el auto de la Audiencia Provincial Barcelona (Sección 18ª) de 27 de noviembre”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 11, n.º 2, 2019, pp. 648 y ss.

¹⁴ Chipre, Finlandia, Letonia y Rumanía, con carácter general, permiten el cambio de residencia del menor por el progenitor que ostenta la custodia en exclusiva sin el consentimiento del otro progenitor. En Alemania y Austria se requiere únicamente informar al otro progenitor y, en Bélgica, Bulgaria, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Lituania, Malta, P. Bajos, Polonia, Portugal, Escocia, Irlanda, R. Checa y Suecia es obligatorio el consentimiento del otro progenitor. M. DEL C. CHÉLIZ INGLÉS, *La sustracción internacional de menores y la mediación. Retos y vía prácticas de solución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 57.

¹⁵ D. CARRIZO AGUADO, “Particularidades acerca de la autoridad judicial competente en supuestos de sustracción ilícita de menores en aras del Reglamento (CE) 2201/2003”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Octubre (2020), Vol. 12, núm. 2, en especial pp. 277-279.

tados¹⁶. El objetivo principal es el retorno de los menores¹⁷ sustraídos o retenidos ilícitamente mediante la intervención de una Autoridad Central¹⁸ (o varias, en Estados Federales o con unidades territoriales autónomas –art.6 CH 1980) por parte de cada Estado firmante del Convenio. Se pretende garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos ilícitamente en los Estados contratantes y velar por el respeto de los derechos de custodia y visita¹⁹, adoptando todas las medidas para el cumplimiento de la finalidad del Convenio²⁰.

9. El Convenio resulta de aplicación cuando un menor (hasta los 16 años) haya tenido su residencia habitual en un Estado Contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o visita²¹. El derecho de custodia incluye el derecho relativo al cuidado del menor y a decidir sobre su lugar de residencia. Por su parte el derecho de visita se define como el derecho a llevar al menor por un período de tiempo limitado a un lugar distinto al de su residencia habitual. El Convenio prevé tanto la restitución del menor en caso de traslado o retención ilícita como el respeto de los derechos de visita mediante la presentación de una demanda ante la Autoridad Central conforme al art. 21 que tenga como fin la organización o garantía del ejercicio efectivo del citado derecho²².

10. Aunque tradicionalmente se ha venido sosteniendo que el Convenio de la Haya pertenece a los instrumentos convencionales de “cooperación de autoridades”, en los últimos tiempos se insiste en una conceptualización de “carácter mixto”, por cuanto combina las actuaciones llevadas a cabo por las Autoridades Centrales y prevé la participación de autoridades judiciales para garantizar el retorno inmediato del menor al lugar donde tenía su residencia habitual inmediatamente antes del traslado²³.

11. Entre las funciones más destacables asignadas a las Autoridades Centrales se encuentra la localización de los menores para “garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable”, incluso la de tomar la iniciativa para incoar o promover la apertura de un procedimiento judicial o administrativo, con el objetivo de conseguir la restitución y posibilitar la regulación o, el ejercicio de manera efectiva del derecho de visita²⁴. No obstante, en este ámbito si no existe colaboración por parte de los progenitores resultará imposible que la restitución se puede llevar a cabo sin una ruptura total de las relaciones existentes y, sin que el menor sufra daños psicológicos, en particular me refiero al protocolo general articulado a estos efectos: una vez localizado el menor, agentes de la Policía se personarán en el domicilio del progenitor infractor y, el menor será llevado a las dependencias de un centro de protección de menores hasta que el otro progenitor se haga cargo del menor. En esta fase, sin

¹⁶ E. PÉREZ VERA, “El menor en los Convenios de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado”, *REDI*, 1993-I, pp. 101-114. *Vid.* También M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, “La familia en los Convenios de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado”, *REDI*, 1993-I, pp. 7-37.

¹⁷ En el Convenio de la Haya de 1980, se establece un límite de 16 años (art.4).

¹⁸ A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “El papel de la autoridad central: los Convenios de la Haya y España”, *REDI*, 1993-I, pp. 64-79.

¹⁹ Una visión crítica de la aplicación del Convenio por parte de nuestros Tribunales podemos encontrar en C.I. CORDERO ÁLVAREZ, “Sustracción internacional de menores extracomunitarios: A vueltas con la obligación de restitución automática del Convenio de la Haya de 1980 en la práctica española”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Marzo (2021), Vol. 13, n.º 1, pp. 134-152.

²⁰ E. PÉREZ VERA, “Informe explicativo del Convenio de la Haya de 1980”, *BIMJ*, n.º 1895, de 15 de marzo de 2000. Resulta especialmente destacable la utilidad y actualidad de este Informe en la aplicación del Convenio y, como en las reuniones periódicas que se han organizado en el seno de la Conferencia de la Haya y, en los encuentros de Jueces y Autoridades Centrales en diversos foros se siguen las recomendaciones y se adoptan las propuestas del Informe.

²¹ P. JIMÉNEZ BLANCO, *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Marcial Pons, Madrid, 2008.

²² P.P. MIRALLES SANGRO, *El secuestro internacional de menores y su incidencia en España*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1989.

²³ A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Globalización, secuestro internacional de menores y Convenios de Luxemburgo (1980) y la Haya (1980)” M.ª D. Adam Muñoz y S. García Cano (Dirs.) *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, Colex, Madrid, 2004, pp. 33-50.

²⁴ C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “Sustracción internacional de niños y ejercicio transnacional de los derechos de visita”, *Sustracción internacional...*, *op. cit.* pp. 89-114. La autora analiza la práctica de los derechos de visita y aboga por una solución material de mediación a los conflictos familiares, como respuesta a la excesiva proliferación de normas en el ámbito institucional y convencional.

restar agilidad o inmediatez al procedimiento previsto, se ha venido considerando más adecuado que se explorasen otras vías alternativas de solución para evitar sumar más daños a los ya probablemente existentes. Además, la propia operatividad de Convenio de la Haya facilitaría la intervención de mediadores familiares como paso previo a la judicialización de las relaciones jurídicas familiares. En esta línea, el RBII ter, incorpora los mecanismos previstos en el Convenio y, prevé que en cualquier momento del procedimiento el órgano jurisdiccional competente deberá instar a las partes a acudir a la mediación. No obstante, sobre esta cuestión volveremos más adelante porque surgen nuevas incógnitas y problemas prácticos de aplicación.

12. Uno de los principales logros del procedimiento articulado en el CH 1980 es la agilidad e inmediatez en la adopción de medidas garantes de la restitución. En este sentido, se insta a las autoridades judiciales o administrativas a actuar con urgencia en estos procedimientos, de tal manera que una vez iniciado el procedimiento de restitución conforme al art. 8 del Convenio, si las citadas autoridades no adoptan una decisión en el plazo de seis semanas (plazo que como señalaremos a continuación en la práctica casi siempre se incumple), el demandante o la Autoridad Central del Estado requerido, podrá exigir una declaración sobre las razones de la demora, que en su caso, deberá transmitir a la Autoridad Central del Estado requirente o al demandante²⁵. La rapidez en la adopción de medidas juega un papel clave para garantizar la restitución y la consecución de los objetivos del Convenio²⁶, dado que en este instrumento el plazo de referencia aproximado está limitado a un año con carácter general.

13. Avanzando más en esta cuestión, si en la fecha de iniciación del procedimiento, ante la autoridad judicial o administrativa del Estado donde se encuentra el menor, no hubiera transcurrido un año desde que el menor fue trasladado o retenido ilícitamente, la autoridad competente debe ordenar la restitución inmediata del menor, incluso si hubiera transcurrido más de un año, salvo en el caso de que quede demostrado que el menor se ha integrado en el nuevo entorno²⁷. Por tanto, si bien se tiene en cuenta donde tenía el menor su residencia habitual²⁸ antes del traslado o retención para considerarlo ilícito, todas las medidas tendentes a establecer el orden anterior se basan en la localización efectiva del menor. Aun en el supuesto de que hubiera transcurrido más de un año, en el Convenio se prescinde de utilizar la conexión residencia y, se alude a la “integración en el nuevo medio” para justificar la negativa a la

²⁵ C. GARCÍA REVUELTA, “Aplicación práctica del Convenio de la Haya y el Reglamento 2201/2003. El Papel de la Autoridad Central”. <http://www5.poderjudicial.es>. En cuanto a la representación y defensa, toda persona que presente una solicitud ante la Autoridad Central española va a estar representada por los Abogados del Estado, no siendo necesario presentar un certificado que demuestre la carencia de recursos económicos. También está previsto que el solicitante contrate los servicios de asesoramiento y representación a través de un abogado particular, en este caso, la Autoridad Central declina toda la responsabilidad en relación con el cumplimiento de los objetivos del Convenio.

²⁶ Un ejemplo de una nefasta aplicación del Convenio de la Haya por los órdenes jurisdiccionales, a lo largo de estos años, lo encontramos en la Sentencia que en apelación llegó al TS (TS núm. 604/1998 Sala 1ª de 22 de junio de 1998). Las autoridades judiciales españolas tardaron más de 30 semanas en resolver una demanda de restitución, respecto de unos menores de 5 y 6 años, basada en una sustracción ilícita por parte del padre español. *Vid.* J.M. ESPINAR VICENTE, “Comentario a la Sentencia 604/1998 de la Sala 1ª del Tribunal Supremo. Recurso en interés de ley. Sustracción internacional de menores. Interpretación del art. 16 del Convenio de la Haya de 1980”, *AC*, 1999-I, pp. 31-47.

²⁷ P. GONZÁLEZ VICENTE, “La sustracción internacional de menores y su nueva regulación”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 11, enero 2003, pp. 67-124.

²⁸ Los problemas surgen ante la numerosa casuística de supuestos. En ocasiones, existe un acuerdo de los progenitores en el traslado del menor durante un tiempo determinado que puede ser de uno o dos años, pues bien, aquí no existiría un traslado ilícito, pero si una posible retención ilícita si se incumple el plazo acordado. En este caso, sería el derecho del Estado de la residencia habitual inmediatamente antes de la retención el encargado de calificar como lícita o ilícita la retención. Entonces surge de nuevo la duda si el menor tiene su residencia habitual en el lugar al que ha sido trasladado, si ha pasado más de un año en el nuevo entorno. La determinación de la residencia habitual de los menores, al carecer los instrumentos aplicables de una calificación autónoma, viene siendo un tema recurrente en las disertaciones doctrinales. Si el menor es de corta edad, en la práctica resulta excepcional el retorno si han sido sustraídos por su madre, aunque a raíz de la STJUE en el caso “Mercredi” (, se han establecido una serie de pautas e indicios para determinar la residencia habitual que resultan más fácilmente perceptibles para la práctica judicial que en otros supuestos de edades intermedias. *Vid.* STJUE (Sala Primera) de 22 de diciembre de 2010. ECLI:EU:C: 2010:829.

restitución²⁹. No obstante, estas cuestiones se clarifican si resulta de aplicación el RBII ter, puesto que impide que el menor pueda adquirir una nueva residencia habitual, si el traslado o retención se califican como “ilícitos”, con independencia de que haya transcurrido más de un año.

14. Por lo que respecta al CH 1996 (con más de 50 ratificaciones), tiene un ámbito de aplicación mucho más amplio que el anterior, dado que abarca la competencia judicial, la ley aplicable, reconocimiento, ejecución de decisiones y cooperación en materia de responsabilidad parental y protección de menores. Por tanto, pueden plantearse problemas de aplicación entre este Convenio y el RBII ter porque coinciden en el ámbito de aplicación material, personal y espacial, es por lo que el art. 97 del RBII ter está dedicado a clarificar las relaciones entre ambos instrumentos. El CH 96 en su ámbito de aplicación material contempla el traslado o retención ilícito por infracción de un derecho de guarda atribuido, separada o conjuntamente, aunque la “infracción” difiere en alguna medida de la noción prevista en el RBII ter.

15. Con relación a la determinación de la competencia, en el CH 96 el criterio principal es el lugar de residencia del menor. No obstante, como señala M. Herranz Ballesteros³⁰ la mera presencia del menor en un Estado contratante es un criterio suficiente para adoptar medidas de protección respecto de los menores, del mismo modo que sucede en el RBII ter. Para determinar cuándo resulta de aplicación el citado Reglamento o el Convenio, hay que tener en cuenta que, si el menor tiene su residencia habitual en un Estado miembro parte también del Convenio, primará el RBII ter para la determinación de la competencia judicial, tanto en el ámbito de la protección de menores como de la sustracción (art. 97 del RBII ter que analizaremos en detalle más adelante). Si, por el contrario, el menor reside habitualmente en un tercer Estado parte del CH 96, la competencia se determinará conforme al Convenio³¹. Por último, si la residencia habitual del menor se encuentra en un tercer Estado no parte del Convenio, las autoridades de un Estado miembro se podrían declarar competente si las partes prorrogan la competencia a través de un acuerdo de elección de foro, en los términos que establece el art. 10 del RBII ter. La diferencia estriba en que la conexión principal³² del CH 96 es la “residencia habitual” que atiende a un criterio de proximidad y vinculado con el entorno del menor y el RBII ter desplaza este criterio por el de la elección de foro por las partes, incluso atribuye un papel preponderante a la resolución del conflicto a través de la figura de la mediación.

²⁹ Con el objetivo de solventar las dificultades prácticas del Convenio, en el seno de la Conferencia de la Haya se han venido organizando encuentros y seminarios periódicos para la mejora de los mecanismos del Convenio de la Haya a través de la cooperación judicial internacional y la cooperación entre Estados a través de sus Autoridades Centrales para contribuir a la protección internacional de los niños. En este sentido, se insiste en que debe promoverse la comunicación fluida y efectiva entre los Jueces y Autoridades Centrales (incluso se ha barajado la figura del Juez de enlace que actúe en cooperación y coordinación con las Autoridades Centrales). También se insta a los Jueces a distinguir claramente entre los procedimientos de restitución conforme al Convenio y el pronunciamiento en relación con los derechos de guarda y custodia. En este sentido, se reconoce que, en caso de sustracción de un menor, el mejor interés es regresar al lugar donde tenía su residencia habitual antes del traslado, para que sean las autoridades judiciales de la residencia habitual las encargadas de determinar los derechos de guarda y custodia y los derechos de visita. Además, se insta a los Estados Contratantes a resolver los casos con urgencia y, en todo caso, en el plazo de 6 semanas, explorando la vía de creación de procedimientos urgentes para estas cuestiones. *Vid.* “Conclusiones y Recomendaciones sobre el funcionamiento de los Convenios de la Haya sobre niñez y la protección transfronteriza de los niños en América Latina”. *The Hague Forum for Judicial Expertise*. www.hcch.net

³⁰ M. HERRANZ BALLESTEROS, “La protección internacional de menores”, *Lecciones de Derecho Internacional Privado*, 2ª ed. M. Guzmán Zapater (Dir.), Tirant, lo Blanch, Valencia, 2021, p. 445.

³¹ En referencia al procedimiento de elaboración del CH 1996 y su coordinación con el RBII ter, encontramos una visión constructiva e integradora en 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.

³² El art. 10 del CH 96 establece un foro por conexidad para medidas de protección de los niños a favor de las autoridades competentes para conocer de una demanda de separación o divorcio, siempre que se cumpla el requisito de que al menos uno de los padres resida habitualmente en dicho Estado en el momento de iniciarse el procedimiento y ostente la responsabilidad parental y, que todas las partes con responsabilidad parental acepten dicha competencia y responda al interés superior del niño. Como puede observarse presenta ciertas similitudes con la elección de foro prevista en el RBII ter, aunque este último instrumento lo concibe de una manera más flexible, sin vincularlo única y exclusivamente al foro de la crisis matrimonial.

1. Infracción de los derechos de guarda y custodia en ambos instrumentos

16. El CH 1980 distingue entre derecho de custodia y derecho de visita, estableciendo que el traslado o retención se considera ilícito cuando se infringe un derecho de custodia que se ejerce de manera efectiva. Por lo tanto, técnicamente cabe la posibilidad de que el que ostenta el derecho de custodia pueda trasladarse a otro Estado sin el consentimiento del titular del derecho de visita y, no esté configurando un traslado ilícito. Del mismo modo, el titular del derecho de visita podría, por ejemplo, durante el período vacacional trasladarse a otro Estado y no estaría tipificando una infracción conforme al Convenio. De hecho, la Conferencia de la Haya en la Guía de las buenas prácticas³³, ha aclarado que el traslado o retención se deben considerar ilícitos cuando se infringen los derechos de custodia. En este caso un padre o madre que comparte o no tiene el derecho de custodia tiene la obligación de solicitar y obtener el consentimiento de la otra persona que posea derechos de custodia. En el caso de que no sea posible, se insta a obtener el permiso de un Tribunal antes de trasladarse a otro Estado con el niño o retenerlo en otro Estado. En cualquier caso, quedaría fuera del ámbito de aplicación del precepto, conforme a este Convenio, el que ejerce la custodia en exclusiva.

17. El CH 1996 establece que el traslado o retención se considera ilícito, cuando se infringe un derecho de guarda ejercido de manera efectiva. Dicho derecho de guarda podría ejercerse separada o conjuntamente. Pues bien, desde esta perspectiva el guardador tampoco configuraría una infracción si se desplaza sin consentimiento o autorización del otro guardador durante el período que ostenta la guarda. Habría que poner el acento en que dada la casuística se podrían configurar diversas problemáticas que escapan del ámbito de aplicación de estos Convenios y que sin llegar a configurar “traslados o retenciones ilícitas” impiden a los menores relacionarse adecuadamente con los titulares de los derechos de guarda y custodia.

18. El RBII ter clarifica estas cuestiones al determinar que los titulares de la responsabilidad parental no puedan decidir sobre el lugar de residencia del menor, trasladándose a otro Estado, sin el consentimiento de otro titular. En estos términos, el que ostenta la custodia sobre el menor podría perfectamente configurar, como mínimo, una infracción de traslado ilícito. Por lo que respecta a los “titulares de la responsabilidad parental” se concreta mucho más la noción que en el RBII bis, puesto que puede ostentar el derecho, cualquier persona, institución u organismo que tenga atribuida la responsabilidad parental sobre un menor.

2. Competencia de autoridades versus competencia judicial

19. El CH 1980 se articula en torno a la cooperación de autoridades centrales de los países parte, con el objetivo de localizar y procurar el retorno inmediato del menor al lugar dónde tenía su residencia habitual inmediatamente antes del traslado. Aunque está previsto que pueda intervenir un órgano jurisdiccional, el mecanismo fundamental es la búsqueda de una solución amigable entre las partes. Por su parte, el CH 1996, aparte de que su ámbito de eficacia material es más amplio, atribuye la competencia a autoridades judiciales o administrativas de la residencia habitual del menor para adoptar las medidas de protección respecto de su persona y bienes y, también en el caso de que se haya producido un desplazamiento o retención ilícito. El criterio utilizado es el de proximidad que decae si, con carácter excepcional, otra autoridad de un Estado contratante se encuentra “mejor situada” para apreciar las medidas de protección necesarias en atención al “interés superior del menor”. También establece un procedimiento de cooperación de autoridades centrales para el cumplimiento de las obligaciones que impone el Convenio y prevé el reconocimiento y ejecución en otro Estado parte de las medidas adoptadas por una autoridad judicial o administrativa.

³³ Hague Conference in Private International Law, *Convenio sobre sustracción de niños de 1980. Guía de Buenas Prácticas. Parte VI. Art. 13 (1)(b)*, 2021, p. 21.

20. Desde esta perspectiva y teniendo en cuenta la naturaleza mixta de ambos Convenios, plantea dificultades la aplicación para los operadores jurídicos de uno u otro instrumento. Si además le sumamos que el RBII bis y RBII ter, tras su entrada en vigor, comparten ámbitos de aplicación y reglas de determinación de la competencia judicial y reconocimiento y ejecución con el CH 1996, la complejidad aumenta³⁴. Por lo que respecta al CH 1980, el RBII ter incorpora los mecanismos de cooperación de autoridades y prevé la aplicación de las disposiciones de los capítulos III y IV como complemento de aplicación del Convenio. De esta manera si se obtiene una resolución de restitución de un menor, con arreglo al Convenio en un Estado miembro, el reconocimiento y ejecución en otro Estado miembro se realizará conforme a las reglas del RBII ter.

V. Novedades en la articulación de los foros de competencia en el RBII ter

21. Aunque la estructura y los tipos de foros previstos en el RBII ter, se asemejan a como estaban configurados en el RBII bis, tan sólo es una apariencia, porque si analizamos en profundidad el planteamiento, se produce un giro radical en esta refundición. El criterio de proximidad vinculado al orden jurisdiccional de la residencia habitual del menor, para resolver cuestiones vinculadas a la responsabilidad parental y al desplazamiento o retención ilícito³⁵ y, en términos generales para cualquier medida de protección de los menores, no se configura, conforme al articulado del RBII ter (en los Considerandos se acentúa el carácter excepcional de otros foros distintos al de la residencia habitual), como un criterio principal y preponderante en su articulación.

22. En efecto en el RBII bis la competencia de un orden jurisdiccional de un Estado miembro se podía articular a título principal (arts. 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13 y 14) o, vinculada a un procedimiento en materia de nulidad, separación judicial y divorcio. En este último punto, si bien en el RBII bis expresamente se contemplaba en el art. 12, en esta nueva versión no sólo no se concreta, sino que desaparece, al menos en relación con la competencia de los órganos jurisdiccionales de Estados miembros, porque como analizaremos en relación al art. 97 del RBII ter, se podría elegir un foro de un tercer Estado para resolver cuestiones ligadas a la guarda y custodia de los menores, prorrogando la competencia hacia las autoridades competentes para resolver sobre la disolución del vínculo matrimonial. Por tanto, expresamente el RBII ter no articula un foro por atracción o conexión en estos casos.

23. A cambio, el legislador comunitario “en aras de la autonomía de la voluntad”, ofrece la posibilidad a las partes, en determinadas circunstancias cumpliendo una serie de condiciones, de elegir el foro (también en supuestos de sustracción o retención ilícita). En este sentido no encontraríamos obstáculos *a priori* para extender la competencia a favor de los órganos jurisdiccionales que estén o hayan conocido de la demanda de separación judicial o divorcio, configurando, de este modo, una “*derogatio fori*” de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la residencia habitual del menor. Lo que no queda suficientemente claro, es en qué momento se precisa la competencia por conexión/atracción o, por tener vínculos estrechos, de los órganos jurisdiccionales competentes respecto del divorcio. La incógnita sería si las autoridades judiciales que en su día dictaron una resolución judicial respecto del divorcio, incluso respecto de la atribución de las medidas sobre responsabilidad parental de ese menor, pueden seguir siendo competentes, a través de un acuerdo de elección de las partes, pasado un periodo de tiempo significativo.

³⁴ Una prueba de las dificultades de aplicación y de concreción de la residencia habitual puede verse en el asunto C-572/21 se ha planteado una petición de decisión prejudicial en el sentido de si conserva un Tribunal de un Estado miembro su competencia con arreglo al art. 8 ap. 1º del RBII bis, si el menor traslada durante la tramitación del procedimiento su residencia habitual de un Estado miembro a un tercer Estado que sea parte del CH 1996, curia.europa.eu.

³⁵ M. HERRANZ BALLESTEROS, “El Reglamento (UE) 2019/1111 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución en materia matrimonial y de responsabilidad parental y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida): principales novedades”. *REDI*, vol. 73/2, julio-diciembre, 2021, especialmente pp. 6-8. También *vid.* E. Rodríguez Pineau, “El nuevo Reglamento (UE) 2019/1111 en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores”, *La ley Derecho de Familia*, n.º 26, 2020.

24. Como señalábamos, la competencia conforme al art. 7 del RBII ter, se atribuye a los órganos jurisdiccionales de la residencia del menor en el momento que se presenta el asunto, estableciéndose una cláusula para evitar el conflicto móvil, que admite excepciones, por ejemplo, atendiendo al cambio de residencia. A continuación, se prevén una serie de supuestos, que actúan como conexiones subsidiarias: En primer lugar, se plantea una *prorrogatio fori*, a favor de los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro mejor situado³⁶ (art. 12 RBII ter y 15 del RBII bis) siempre que exista una “vinculación especial”, concepto jurídico que el propio instrumento concreta y, que fue objeto de interpretación por parte del TJUE³⁷. En segundo lugar, se contemplan dos supuestos específicos: el primero, cuando no se pueda determinar la residencia habitual del niño, que resultará competente el juez del Estado miembro en el que se encuentre el menor³⁸ (art. 11) y, en segundo lugar, si no se puede determinar la competencia en virtud del Reglamento, se podrá aplicar la legislación nacional para determinar ésta (art. 14). De este modo conforme a este artículo se introduce un foro residual que ha sido objeto de algunas críticas por entender que, por ejemplo, en el caso español el art. 22 de la LOPJ quáter d) debería resultar de aplicación, no de manera automática, sino cuando resultara un foro que presentara algún tipo de vinculación con el supuesto³⁹.

25. En este sentido, resulta imprescindible detenernos, aunque sea brevemente, en la conexión residencia habitual. En el RBII ter, tampoco se avanza en una calificación autónoma con relación a la noción residencia habitual del menor⁴⁰. El art. 8 establece una previsión, en términos similares al RBII bis, sobre el mantenimiento de la competencia en relación con los derechos de visita⁴¹. En el supuesto de que el menor cambie de residencia, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la anterior residencia habitual del menor seguirán siendo competentes, excepcionalmente, durante los tres meses siguientes al cambio para modificar una resolución sobre los derechos de visita dictada en dicho Estado miembro. Es preciso que la persona a la que se concedió el derecho de visita siga viviendo en el Estado de la anterior residencia habitual del menor. Lo anterior no se aplica si dicho titular acepta la competencia de los órganos jurisdiccionales de la nueva residencia del menor.

26. Con relación a la noción de “nueva residencia” hay que tener en cuenta dos consideraciones: La primera, que el menor no adquiere una nueva residencia si no es de acuerdo con lo establecido en la ley y, en particular, siempre que el traslado no se califique como ilícito (el nuevo Reglamento lo define). Y, por otro lado, que esta previsión se configura de manera excepcional, supeditada a que el titular del derecho de visita no acepte la competencia de los órganos jurisdiccionales de la nueva residencia habitual del menor y, sometida a un plazo de caducidad de tres meses. En estos casos, el elemento

³⁶ Esta cuestión se regulaba en el art. 15 del RBII bis. *Vid.* al respecto, B. CAMPUZANO DÍAZ, “El Artículo 15 del Reglamento 2201/2003 y la remisión a un órgano jurisdiccional mejor situado para conocer del asunto. Nota a la Sentencia del TJUE de 4 de octubre de 2018, IQ y JO As. 478/17”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, nº 2, 2019, pp. 452-461. *Vid.* también en relación con la apreciación del *forum non conveniens*, S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Responsabilidad parental, transferencia de la competencia a los órganos jurisdiccionales de otro Estado Miembro e interés superior del menor. STJUE 27 octubre de 2016, C-428/15: D”, *La Ley Unión Europea*, n.º 43, 30 diciembre 2016, pp. 2-4. Y del mismo autor una visión muy crítica sobre la falta de flexibilidad en la interpretación del TJUE respecto del “órgano jurisdiccional mejor situado”, *vid.* “De nuevo sobre la interpretación y alcance del artículo 15 del Reglamento Bruselas II bis (Una alternativa efímera a la STJ de 4 de octubre de 2018), *La Ley Unión Europea*, n.º 66, 31 enero de 2019, pp. 1-16. <https://laleydigital.laleynext.es>.

³⁷ *Vid.* STJUE (Sala Tercera) de 12 de noviembre de 2014, Caso L contra M. TJCE/2014/441. www.aranzadidigital.es.

³⁸ Este criterio también se aplicará en el caso de menores refugiados o desplazados a causa de los “disturbios” producidos en el país de origen. La redacción literal de este precepto tampoco parece plenamente satisfactoria, porque pueden quedar al margen determinados supuestos no amparados en la consideración de disturbios.

³⁹ Una visión crítica con relación a la falta de articulación de un foro de necesidad en el RBII ter *Vid.* A. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, “Análisis crítico e implicaciones prácticas de la competencia residual del Reglamento 2019/1111 en materia de responsabilidad parental”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Marzo (2022), Vol. 14, n.º 1, pp. 370-386.

⁴⁰ L.A. PÉREZ MARTÍN, “Determinación y trascendencia de la residencia habitual en las crisis familiares internacionales”, *Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos. Derecho Español y de la Unión Europea*, M. Guzmán Zapater y M. Herranz Ballesteros (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, especialmente pp. 952- 957.

⁴¹ *Vid.* STJUE (Sala Primera) de 31 de mayo de 2018, Caso N.V. contra G.B. TJCE/2018/11. ECLI:EU:C:2018: 359. El Tribunal interpreta extensamente el concepto de “derecho de visita” al incluir el derecho de visita de los abuelos a los nietos.

fundamental para que se pueda producir un cambio de residencia, es la aquiescencia –o al menos la no oposición– de los titulares de la responsabilidad parental y demás partes del proceso⁴².

27. En los supuestos de cambio de residencia legal del menor, ante la falta de consentimiento de un progenitor al traslado del menor, pasados tres meses, la competencia del órgano jurisdiccional de la anterior residencia, decae a favor de la nueva residencia (apartado segundo del art. 8). El problema surge, por la falta de un criterio autónomo de residencia habitual⁴³, a diferencia de lo que sucede con otras conexiones como “Estado miembro más vinculado”. Esta cuestión ya se planteó en el RBII bis y en el RBII ter se mantiene en el art. 8 en términos similares. Parece claro, que una estancia superior a tres meses e inferior a seis meses en un Estado no resulta un criterio claro, para entender que el menor tiene una nueva residencia, excepto si se dan otros índices de arraigo que permitan inducir una permanencia más estable. Entre esos índices podrían valorarse la escolarización del menor; la presencia de otros familiares en este Estado; la vinculación laboral del progenitor custodio con ese Estado, etc. En el caso de que no se den alguno de estos criterios, no cabe más remedio que acudir al criterio fáctico, de la presencia del menor en un determinado territorio.

28. En cuanto a la noción, “presencia del menor” se ha considerado por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), requisito ineludible para apreciar la residencia habitual de un menor en un Estado. En efecto, en la Sentencia del TJUE 2018/236 (Caso UD contra XB)⁴⁴ se planteó la cuestión prejudicial y, el TJUE entendió que es preciso que un menor se encuentre físicamente presente en un Estado miembro para que pueda considerarse que reside habitualmente en él. En el litigio mencionado, la demandante (en avanzado estado de gestación) alegaba que mediante presiones fue obligada a dar a luz y permanecer en un tercer Estado.

29. Por su parte, en caso de traslado o retención ilícita del menor, el art. 9 del RBII ter establece la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la residencia habitual del menor inmediatamente antes del traslado o retención ilícita, hasta que el menor adquiriera la residencia habitual en otro Estado miembro y, se den otra serie de requisitos, todos ellos en conducentes a entender la existencia de conformidad al traslado por parte de los titulares de la responsabilidad parental. Se requiere que los titulares de la responsabilidad parental (personas físicas o jurídicas), que tengan atribuido el derecho de custodia, hayan dado su conformidad al traslado o retención. Alternativamente es necesario el transcurso de un mínimo de un año desde que el titular de la responsabilidad parental tuviera conocimiento del paradero del menor y, éste se haya integrado en el nuevo entorno, y se den una serie de circunstancias que indiquen o bien, inacción procesal por parte del titular del derecho de custodia y, esta circunstancia se produce cuando no se ha presentado una demanda de restitución, o haya desistimiento. También en el caso de que se haya procedido a la presentación de la demanda, ésta puede haber sido denegada o, haberse dictado una resolución sobre el derecho de custodia y, la restitución no sea una medida contemplada.

1. Alcance de la autonomía de la voluntad

30. El punto de inflexión se produce por la posibilidad de la elección de foro por parte de los titulares de la responsabilidad parental y de las partes en el proceso, en detrimento del foro de la residencia

⁴² M. GUZMÁN PECES, “Problemática en la coordinación de instrumentos normativos aplicables a la sustracción de menores y en particular a la interpretación de la residencia habitual”, *AEDIPr*, vol. XIV-XV, 2015, pp. 489-522.

⁴³ La apreciación de la residencia habitual se ha debatido en numerosas Sentencias del Tribunal de Justicia. *Ad exemplum vid.* STJUE de 9 de octubre de 2014, Caso C contra M, as. C-376/14. <http://curia.europa.eu>. *Vid.* también en el caso de menores de corta edad, la STJUE (Sala Primera) de 22 de diciembre de 2010, Caso *Mercredi*, TJUE 2010/411, ECLI:EU:C:2010:829.

⁴⁴ STJUE (Sala Primera) de 17 de octubre de 2018, Caso UD contra XB, TJCE/2018/236, ECLI:EU: C:2018:835. *Vid.* B. CAMPUZANO DÍAZ, “Una nueva Sentencia del TJUE sobre el concepto de residencia habitual en el marco del Reglamento 2201/2003. Sentencia de 17 de octubre de 2018, UD y XB AS. 393/18 PPU”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2019, vol. 11, n.º 2, pp. 462-471.

habitual del menor. Si partimos de la base que éste respondía de una manera más adecuada al “interés superior del menor”, su carácter subsidiario debería quedar plenamente justificado. En efecto, si las partes han convenido la competencia de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, en los términos preceptuados en el art. 10 actuaría como un foro exclusivo y excluyente. La inclusión de la elección de foro, cuando el menor ha sido sustraído o retenido ilícitamente, debe considerarse, en principio, positiva, aunque se podría dudar de su funcionalidad, dado que en este ámbito el principal problema es la localización del menor y la falta de acuerdo entre los titulares de la responsabilidad parental. También está previsto que las partes en cualquier momento del procedimiento puedan acudir a la mediación como fórmula alternativa de resolución de litigios (art. 25 RBII ter). El principio del “interés superior del menor” actuará como criterio modulador para avanzar en la vía de la mediación o, en el procedimiento contencioso. Por tanto, no sólo podría prevalecer la elección de foro sobre el foro de la residencia habitual, si no que podría primar la resolución del litigio por métodos alternativos a la vía jurisdiccional, si el órgano jurisdiccional y las partes así lo acuerdan.

31. A partir de aquí cobra protagonismo la autonomía de la voluntad de las partes, tanto en el ámbito de la responsabilidad parental como de la sustracción o retención ilícita, relegando al Juez de la residencia habitual a un segundo plano⁴⁵. Las partes pueden elegir el órgano jurisdiccional de un Estado miembro, en determinadas circunstancias, y dicha elección se puede configurar con carácter exclusivo.

32. Dicha elección, se encuentra condicionada⁴⁶ por el cumplimiento de tres premisas: En primer lugar, que sea un foro “estrechamente vinculado” con el menor, configurándose como un concepto jurídico indeterminado. No obstante, el Reglamento establece que al menos en tres supuestos, existe esta conexión, aunque no establece un *numerus clausus*. Se dan estas circunstancias cuando, o bien, al menos uno de los titulares de la responsabilidad parental tenga su residencia habitual en dicho Estado Miembro; o, en él radique la antigua residencia habitual del menor o, el menor sea nacional de dicho Estado miembro.

33. La prórroga de competencia ya estaba prevista en el art. 12 del RBII bis⁴⁷. La principal diferencia es que la prórroga ya no se establece expresamente respecto del foro de competencia del art. 3 en materia de nulidad matrimonial, separación y divorcio. No obstante, desaparece del texto dispositivo, pero se conserva en los Considerandos del RBII ter, en particular en el vigésimo tercero. Teniendo en cuenta que al articular la conexión “vinculación estrecha” no se establece, como señalábamos con anterioridad, un *numerus clausus* y, que en los Considerandos se contempla, se podría entender que no existe ningún obstáculo para prorrogar la competencia a favor de dichos órganos jurisdiccionales, siempre claro está, que no se oponga al “interés superior del menor”.

34. El TJUE (Sala Tercera) en la Sentencia de 5 de septiembre de 2019⁴⁸, tuvo ocasión de pronunciarse sobre si la elección de un determinado foro en relación con las obligaciones alimenticias en base al art. 3.a) del Reglamento (UE) 4/2009 podría redundar en “interés del menor”. En este asunto

⁴⁵ Sobre las dificultades que puede plantear la eficacia de los acuerdos de elección de foro en el CH 1996 y en el RBII ter *vid.* B. CAMPUZANO DÍAZ, “El nuevo Reglamento...”, *loc. cit.* p. 113.

⁴⁶ *Vid.* M. GUZMÁN PECES, “Los criterios de competencia en el Reglamento (UE) 2019/1111: Especial referencia a la autonomía de la voluntad y al “interés superior del menor”, *AEDIPr*, t. XIX-XX, 2019-2020, pp. 196 y ss.

⁴⁷ El art. 12 del RBII bis establecía dos supuestos: en primer término, vinculada al foro de competencia del art. 3 en materia de nulidad matrimonial, separación o divorcio. Para ello se requería el cumplimiento de varias condiciones, esto es, que al menos uno de los cónyuges ejerciera la responsabilidad parental respecto del menor y; los cónyuges o cualquier otro titular de la responsabilidad parental la aceptaran expresamente y, dicha prórroga respondiera al interés superior del menor. En segundo término, de modo semejante a la actual redacción, el apartado tercero del art. 12, preveía también la iniciación del procedimiento en materia de responsabilidad parental, ante el órgano jurisdiccional de un Estado miembro distinto al de la residencia habitual del menor, si éste se encontraba “vinculado estrechamente” a dicho Estado. Concurre esta circunstancia, si uno de los titulares de la responsabilidad parental tiene su residencia habitual en él o, si el menor era nacional de ese Estado miembro, siempre que dicha competencia fuese aceptada por todas las partes y respondiera al “interés superior del menor”.

⁴⁸ STJUE (Sala Tercera) de 5 de septiembre de 2019, As. C-468/18, ECLI:EU:C:2019:666.

se presentó una única demanda con tres pretensiones (divorcio, responsabilidad parental y obligación de alimentos con respecto al menor). El Tribunal de Primera Instancia de Constanza, Rumanía (coincidente con la residencia habitual del demandado) decidió suspender el procedimiento y plantear una cuestión prejudicial. El TJUE entendió que la competencia de los Tribunales rumanos para el divorcio (nacionalidad común de los cónyuges) podría resultar adecuada para la disolución del vínculo y, para la determinación de las obligaciones alimenticias, como domicilio del demandado, pero precisó que dicha competencia no respondía al “interés superior del menor” en materia de responsabilidad parental.

35. La elección de foro se encuentra condicionada por la existencia de un acuerdo libre entre las partes y, de cualquier otro titular de la responsabilidad parental, en el momento de la presentación del asunto ante el órgano jurisdiccional o, si las partes aceptan expresamente la competencia durante dicho procedimiento. Dicha competencia debe responder al “interés superior del menor” que se consagra como principio informador para la determinación de la competencia. El RBII ter califica también de manera autónoma el concepto de “titularidad de la responsabilidad parental”. Si bien en el art 2 del RBII bis se configuraba como, el conjunto de derechos y obligaciones conferidas a una persona física o jurídica, el apartado octavo en relación con su titularidad, sólo se refería a –personas- sin ningún tipo de especificación. El RBII ter concreta mucho más este concepto, cuando señala que pueden ostentar la titularidad “cualquier persona, institución u organismo”, lo que supone una importante mejora técnica.

36. En cuanto a la validez del acuerdo de elección de foro, se requiere que las partes (aquí se incluye no sólo a los titulares de la responsabilidad parental sino también a otras personas interesadas), lo manifiesten mediante acuerdo por escrito -fechado y firmado- o, lo hagan constar en el acta judicial con arreglo a la legislación nacional. Se considerará realizada por escrito, toda comunicación efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo (se utiliza la misma fórmula que en el resto de los Reglamentos UE). El RBII ter ha previsto el supuesto en el que después de la presentación de la demanda sobre responsabilidad parental, aparezcan personas podrán pasar a ser partes en el procedimiento. En este caso pueden prestar su consentimiento con posterioridad, aunque bastaría con que no existiese oposición expresa al acuerdo de elección de foro. Pues bien, si el citado acuerdo es válido en atención a los criterios anteriormente enunciados (tanto de carácter material como formal), se configuraría como un foro exclusivo y por tanto excluyente, con respecto a cualquier foro, incluido el de la residencia habitual.

37. Otra cuestión que plantea ciertas dudas vendría por el hecho de que los titulares de la responsabilidad parental y otras partes del procedimiento acuerden la elección de foro. Para que exista dicho acuerdo, no tiene que haber una ruptura dramática de las relaciones personales y familiares y, si estamos en ese escenario, es probable que se haya podido llegar a un acuerdo de mediación previo⁴⁹ y, por tanto, no sea necesario acudir a ningún órgano jurisdiccional para dilucidar la responsabilidad parental. Recordemos que el RBII ter contempla y fomenta los acuerdos de mediación en este ámbito⁵⁰.

⁴⁹ En el ámbito de la Unión Europea, a partir de la publicación del Libro Verde de 2002 sobre las alternativas de resolución de conflictos, se sientan las bases en el ámbito de la mediación de lo que finalmente se plasmará en la Directiva (UE) 2008/52 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Asimismo, el Parlamento Europeo ha efectuado varios seguimientos a lo largo de estos años para calibrar el impacto de la citada Directiva en las diversas legislaciones europeas. Por citar los más relevantes, destaca el Informe del Parlamento Europeo de 2014 sobre el relanzamiento de la mediación para el incremento del número de asuntos; el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación de la Directiva (COM 2016-0542); también la recopilación de la Dirección General de Políticas Internas de la Unión sobre la implementación de la Directiva de Mediación de 2016. Todos ellos culminan en la Resolución del Parlamento Europeo de 12 septiembre de 2017 en la que se abordan una serie de propuestas de mejora. Vid. M^a. del C. Chéliz Inglés, *La sustracción internacional de menores y la mediación: Retos y vías prácticas de solución*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

⁵⁰ M. Guzmán Peces, “La implementación de la Directiva (UE) 2008/52 relativa a la mediación en asuntos transfronterizos”, *Revista de Arbitraje comercial y de inversiones*, vol. XI, n.º 2, 2018, pp. 465-482. Vid. También G. Palao Moreno, “Autonomía de la voluntad y mediación en conflictos transfronterizos en el Real Decreto-Ley 5/2012, *La Ley*, n.º 7847, 2012.

38. La elección de foro se supedita a la existencia de una “vinculación estrecha” con el órgano jurisdiccional elegido y, se da esta conexión en los supuestos de residencia habitual de los titulares de la responsabilidad parental o, si es el lugar de la anterior residencia del menor o, en el caso de que el menor sea nacional de un Estado miembro distinto del que tiene su residencia habitual. En el caso de la nacionalidad, puede que no exista demasiada vinculación con el menor, aunque sí con los titulares de la responsabilidad parental. No obstante, resulta una constante en el ámbito de las relaciones jurídicas familiares que la conexión nacionalidad se considere una conexión de carácter subsidiario.

39. Otro elemento a destacar vendría de la consideración que el acuerdo deberá atender al principio del “interés superior del menor”. Con relación al órgano jurisdiccional elegido por los titulares de la responsabilidad parental (con el acuerdo de las partes, incluido el Ministerio Fiscal), se plantea la duda sobre qué sucedería si el Juez elegido valora que dicho acuerdo no resulta positivo para el menor, de acuerdo con el citado principio. La pregunta es si podría remitir el asunto a otro órgano jurisdiccional mejor situado y, si éste puede o debe declararse incompetente, en tal caso, atendiendo a la existencia de un foro exclusivo. A nuestro juicio, todas estas incógnitas se plantearán y el TJUE a través de su labor interpretativa, deberá ir desgranando.

2. La referencia a métodos alternativos de solución de conflictos

40. Aunque en el CH 1980 y 1996 se hace alusión a las soluciones amistosas, en el RBII ter se introduce expresamente una disposición dedicada a las formas alternativas de resolución de litigios. En efecto el art. 25 abre la posibilidad a que las partes puedan acudir a la mediación u otra forma alternativa de resolución del conflicto, en cualquier fase del procedimiento relativo al establecimiento de medidas relativas a la responsabilidad parental y, en los casos que se haya producido una sustracción o retención ilícita, con dos limitaciones, esto es, que no se oponga al “interés superior del menor” y que, no suponga una maniobra dilatoria del procedimiento. En particular el art. 25 se refiere a “un retraso indebido del procedimiento”.

41. Se abre así la posibilidad a que el propio órgano jurisdiccional “invite” (terminología del RBII ter) a las partes a acudir a la mediación y se configura como un proceso de urgencia cuando se señala “lo antes posible” y, en cualquier fase del procedimiento, lo que significa que el órgano jurisdiccional que está conociendo del fondo del asunto puede suspender el procedimiento si las partes deciden acudir a la mediación u otra fórmula que garantice un acuerdo amistoso. Las partes pueden directamente elegir un mediador o, solicitar la asistencia de las Autoridades centrales a través del mecanismo integrado del CH 1980, incluso del CH 1996. Si resulta fructífera la mediación, se obtendrá un acuerdo con efecto jurídico vinculante y fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen y podrá ser reconocido y ejecutado en otros Estados miembros sin que sea necesario acudir a una declaración de ejecutividad, tal y como establece el apartado segundo del art. 65.

42. Avanzando más en esta cuestión, en principio es bienvenida la inclusión de la mediación u otro método alternativo, especialmente para dilucidar cuestiones relativas a la guarda y custodia de los menores. Entre las ventajas de acudir a la mediación se ha destacado la menor duración del procedimiento y el posible ahorro de costes. Incluso, actuaría como mecanismo preventivo antes de que se produzca la sustracción⁵¹. Pero cuando ya se ha producido una sustracción o retención ilícita (recordemos que en muchos Estados está tipificado como delito, España es uno de ellos), al margen de la mediación que ya venían ejerciendo las autoridades centrales, para garantizar el retorno del menor en las mejores condiciones posibles, se nos antoja de difícil aplicación en la práctica y, tendrá que ser el órgano jurisdiccional el que vigile su efectividad. No olvidemos que en el art. 24 se establece un procedimiento judicial acelerado, de manera que el órgano jurisdiccional de primera instancia ante el que se interpone una

⁵¹ En relación a las ventajas, *Vid.* M. del C. Chéliz Inglés, *La sustracción internacional...*, *op. cit.* pp. 169-175.

demanda de restitución del menor deberá dictar una resolución en el plazo de seis semanas (salvo que existan circunstancias excepcionales) y, en el caso de demandas ante Juzgados superiores también se les insta a dictar una resolución en el plazo de seis semanas. Por lo tanto, la mediación no debería superar los plazos previstos para el procedimiento judicial.

VI. Soluciones previstas en el RBII ter: Los artículos 96 y 97

43. El art. 96 del RBII ter está dedicado al establecimiento de las relaciones con el CH 1980. En este sentido, si el menor es retenido o trasladado ilícitamente a otro Estado miembro distinto del Estado miembro en que residía se aplicarán las disposiciones del CH 1980 completadas con lo previsto en los Capítulos III (sustracción internacional de menores arts. 22 a 29) y el Capítulo IV (dedicado al reconocimiento y ejecución arts. 30 a 75). Y, lo mismo sucede si se trata del reconocimiento y ejecución en otro Estado miembro, en cuyo caso se aplicará el Capítulo V del Reglamento. Aunque la regla parece clara, se plantean dificultades en su aplicación, atendiendo al ámbito de aplicación personal y material del Convenio y del Reglamento. El CH 1980 se aplica a todo menor de 16 años y, el RBII ter a menores de 18 años. Además, el RBII ter amplía la noción de titulares de la responsabilidad parental con relación al Convenio. Por su parte el Convenio, distingue claramente el derecho de custodia y el derecho de visita y cuando se refiere al traslado o retención ilícita comprende la infracción de un derecho de custodia, por lo que en sentido estricto podrían quedar fuera de su ámbito de aplicación, las infracciones llevadas a cabo por el titular del derecho de custodia.

44. Por lo que respecta al Convenio de la Haya de 1996, el art. 97 regula las relaciones entre ambos. En principio se establece que el Reglamento se aplicará cuando el menor tenga su residencia habitual en un Estado miembro y, respecto del reconocimiento de decisiones en este ámbito dictadas por órganos jurisdiccionales de Estados miembros. A partir de aquí, en el apartado segundo se plantea una “*derogatio fori*”, dado que se prevé que las partes puedan acordar atribuir la competencia a un órgano jurisdiccional de un Estado parte del CH 1996 y que no se aplique el Reglamento. Aquí resulta bastante confusa la redacción, porque se puede estar refiriendo a un tercer Estado (no miembro) o, que las reglas de competencia no les atribuyan competencia conforme a los criterios previstos en el RBII ter (aquí la solución hubiera venido por la introducción del foro de necesidad). Pues bien, en este supuesto, se prevé que se aplicarán las reglas del art. 10 del RBII ter, relativas a la elección de órgano jurisdiccional, al que ya nos referimos, lo que plantea interrogantes, en el caso de terceros Estados.

45. En este orden de cuestiones, el apartado 2.b) del art. 97 está referido a la transferencia de competencia, entre un órgano jurisdiccional de un Estado parte en el CH 1996, en el que no se aplique el Reglamento, resultando de aplicación los arts. 8 y 9 del CH 1996. En este supuesto podrían estar más vinculadas para conocer sobre las medidas de protección de los menores, las autoridades de la nacionalidad del menor, dónde el menor tenga sus bienes; dónde se esté sustanciado la demanda de separación o divorcio o, cualquier otro Estado con el que el niño mantenga “algún vínculo estrecho”.

46. Finalmente, el apartado 2.c) del citado artículo, establece una regla para solucionar los problemas de litispendencia, cuando un procedimiento de responsabilidad parental esté pendiente ante un órgano jurisdiccional de un Estado parte del CH 1996 en el que no se aplique el Reglamento (tercer Estado) y, esté conociendo un Juez de un Estado miembro en un litigio relativo al mismo menor y con el mismo objeto. En este caso conforme al art. 13 del CH 1996, entre Estados contratantes, si ya se ha iniciado el procedimiento antes las autoridades competentes, las autoridades del otro Estado con competencia también para adoptar medidas de protección sobre la persona o bienes del menor, deben abstenerse de conocer en favor de la autoridad que conoció en primer término.

VII. Consideraciones finales

47. Aunque el RBII ter, con relación a su antecesor, se presenta como un instrumento que introduce algunas mejoras técnicas e interpretativas fruto de la labor del Tribunal de Justicia, lo cierto es que incorpora cambios de gran calado en los aspectos que hemos tenido la oportunidad de analizar en este trabajo. Por un lado, amplía su ámbito de eficacia material a la protección de menores, materia objeto de regulación en el sector de la competencia judicial y el derecho aplicable en el CH 1996. Por otro lado, respecto de los foros previstos en el RBII bis se plantea un cambio de perspectiva. En efecto, si en el RBII bis se partía de la base que el órgano jurisdiccional mejor situado y más adecuado para conocer en materia de responsabilidad parental y sustracción de menores era el de la residencia habitual del menor, en el RBII ter la elección de foro por las partes (cumpliendo determinados requisitos) se configura como un foro exclusivo y excluyente de cualquier otro. A partir de aquí el foro de la residencia habitual se configura con carácter subsidiario.

48. El legislador comunitario entiende que la autonomía de la voluntad de las partes debe primar en este ámbito y, todo ello de acuerdo con el “interés superior del menor”. En principio, el parámetro elegido resulta loable, pero a nuestro juicio no está exento de dificultades prácticas y en especial cuando se ha producido una sustracción o retención ilícita en los términos del Reglamento. A partir de aquí surgen algunas incógnitas como, por ejemplo, si será el órgano jurisdiccional de la residencia habitual del menor el que debe abstenerse de conocer si entiende que el acuerdo de elección de foro responde al interés prioritario del menor o, si por el contrario el órgano jurisdiccional elegido debe analizar si el acuerdo de elección es válido y beneficioso para el menor y, en caso contrario, surge la duda respecto del procedimiento a seguir. Si como se ha venido señalando, los Juzgados adolecen de medios materiales y humanos adecuados para hacer frente a estos procesos en los que se debe escuchar a los menores y, en este caso, a las partes interesadas, se pueden plantear dificultades procedimentales y de interpretación, en las que entendemos que deberá entrar a dilucidar el Tribunal de Justicia.

49. Cuando se ha producido una sustracción o retención ilícita, nos preocupa la posible existencia de un “consentimiento viciado” en el acuerdo de elección de foro. Podría suceder que el titular de la responsabilidad parental infractor intentara forzar un acuerdo de elección del foro del lugar donde se ha trasladado con el menor para conseguir una resolución más favorable en relación con los derechos de guarda y custodia, a cambio de que el otro progenitor vuelva a ejercer, por ejemplo, los derechos de visita. En el caso de que se esté produciendo este tipo de “coacción” (que también plantea problemas de prueba), el Juez que ve prorrogada su competencia debería analizar escrupulosamente el acuerdo. En este sentido, también sería oportuno escuchar a todas las partes, incluido el menor si tuviera suficiente juicio. El ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes debe partir de una posición equitativa de las partes y, en este caso, esta premisa no se da o no queda suficientemente garantizada, dado que en primer término el menor es la parte débil de la relación jurídica y, el titular de la responsabilidad parental al que se le ha privado de este derecho como consecuencia de la infracción, también se encuentra en una posición que le puede impedir ejercer sus derechos con plenitud. En este escenario, el desplazamiento a un segundo plano de la conexión “residencia habitual” del menor en la determinación de la competencia, se nos antoja cuanto menos peligrosa.

50. A lo anteriormente mencionado habría que añadir que en el RBII ter, como novedad, se insta al órgano jurisdiccional competente a que, en cualquier fase del proceso, invite a las partes a llegar a un acuerdo de mediación (también en supuestos de sustracción y retención ilícita), siempre atendiendo al citado interés prioritario. De nuevo se le otorga al Juez un papel muy proactivo para velar porque los acuerdos amistosos no se conviertan en una maniobra dilatoria de alguna de las partes en el procedimiento y que efectivamente respondan al interés prioritario del menor.

51. Finalmente, respecto de las relaciones del RBII ter con relación al CH 1980, consideramos que existe una gran mejora técnica y de funcionamiento, pero respecto a las relaciones con el CH 1996,

suscita ciertas incógnitas una “*derogatio fori*” a favor de los órganos jurisdiccionales de terceros Estados, a través de un acuerdo de elección de foro. Si generaba bastantes dudas que el foro de la residencia habitual del menor se situase en un segundo plano en el ámbito del Reglamento, el desplazamiento de la competencia hacia terceros Estados, mediante un acuerdo de elección, plantea nuevas incertidumbres, atendiendo a la diversidad cultural y jurídica.