

Las vías penal y civil para proteger al menor frente a supuestos de sustracción internacional. Su coexistencia en el espacio judicial europeo

The criminal and civil ways to protect the minor against international abduction. Its coexistence in the European judicial area

MERCEDES SABIDO RODRÍGUEZ

*Profesora Titular de Derecho internacional privado
Universidad de Extremadura*

ORCID ID: 0000-0003-1627-6725

Recibido:17.11.2022 / Aceptado:22.12.2022

DOI: 10.20318/cdt.2023.7563

Resumen: La protección frente a la sustracción internacional de menores se articula a través de distintas vías. Los convenios internacionales y, más recientemente, los textos europeos tienen por objeto la regulación de instrumentos a través de los cuales se articula la protección civil. A través de ella se pretende la restitución del menor o, en su caso, el reconocimiento y/o ejecución de una decisión adoptada en otro Estado relativa a la responsabilidad parental. Junto a esta vía, las legislaciones nacionales contemplan el delito de sustracción internacional de menores, a través de la cual se articula la vía penal de tutela frente a este tipo de ilícitos. La coexistencia de ambas vías, cuya utilización es opcional y cumulativa, no está exenta de dificultades particularmente en aras al funcionamiento del espacio judicial europeo. Un espacio regido por los principios de igualdad y prohibición de discriminación, en el que la libertad de circulación y de residencia se configura como libertad básica y donde el principio de reconocimiento mutuo se configura como piedra angular del sistema de cooperación tanto en el ámbito civil como en el penal. Una aproximación a las cuestiones que suscita la coexistencia de esta doble vía de tutela en el espacio judicial europeo constituye el objeto del presente estudio.

Palabras clave: Sustracción internacional de menores, protección penal, protección civil, Unión Europea.

Abstract: Protection against international child abduction is articulated through different channels. The international conventions and, more recently, the European texts are intended to regulate the instruments through which civil protection is articulated. Through it, the restitution of the minor is sought or, where appropriate, the recognition and/or execution of a decision adopted in another State regarding parental responsibility. Along with this route, national legislation contemplates the crime of international child abduction, through which the criminal protection route is articulated against this type of crime. The coexistence of both channels, which use optional and cumulative, is not exempt from difficulties, particularly for the sake of the functioning of the European judicial area. A space governed by the principles of equality and prohibition of discrimination, in which freedom of movement and residence is configured as a basic freedom and where the principle of mutual recognition is configured as a cornerstone of the cooperation system in both the civil and social spheres. An approach to the issues raised by the coexistence of this double path of protection in the European judicial space is the object of this study.

Keywords: International Child abduction, criminal protection, civil protection, European Union.

Sumario: I. Introducción. II. La protección penal en los sistemas estatales. 1. El delito de sustracción internacional de menores. 2. El principio de reconocimiento mutuo en el ámbito penal. 3. El principio de libre circulación y residencia y la protección penal. III. La protección civil frente a los supuestos de sustracción internacional de menores. 1. Pluralidad normativa. 2. La acción de restitución. 2. El reconocimiento y ejecución en un Estado de decisiones adoptadas por autoridades de otro Estado. IV. Coexistencia de ambas vías. V. A modo de conclusión.

I. Introducción

1. La creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea en el que se garanticen la libre circulación de personas y el acceso a la justicia requiere que, respetando los diferentes sistemas jurídicos y tradiciones de los Estados miembros, se refuerce la confianza mutua en los respectivos sistemas jurídicos. Con vistas a la realización de dicho objetivo, deben reforzarse los derechos de las personas en los procedimientos judiciales. La cooperación, civil y penal, a través de dos principios básicos, la armonización de legislaciones y el reconocimiento mutuo de decisiones judiciales, se configuran como elementos claves. Junto a las libertades europeas, y a partir del principio de reconocimiento mutuo basado en la confianza mutua entre los Estados miembros, el nuevo modelo de cooperación judicial civil y penal en la Unión Europea conlleva un cambio radical en las relaciones entre los Estados miembros que se proyecta en las relaciones de tráfico externo. En este contexto, el presente trabajo trata de abordar la virtualidad de las soluciones adoptadas en aras a la tutela del menor frente a los supuestos de sustracciones internacionales.

2. La casuística de la sustracción internacional de menores en el mundo actual es muy amplia. La multiplicación de los supuestos resulta favorecida por múltiples factores, pero, además, los casos no se agotan en un modelo único y homogéneo. La eliminación de las fronteras, la proliferación de parejas mixtas y el desarrollo de vías de comunicación favorecen este tipo de actos. Actos que lejos de configurarse con un perfil único adoptan múltiples formas. En todos los supuestos la nota común es el traslado de un menor, realizado por un progenitor sin el consentimiento del otro, desde su Estado de residencia habitual a otro Estado distinto, impidiendo el desarrollo de la convivencia familiar. De este modo se lesiona el derecho del niño a relacionarse con ambos progenitores además de imposibilitar que el progenitor no sustractor pueda ejercer sus derechos y obligaciones y relacionarse con su hijo.

3. Tradicionalmente se consideró que el sujeto activo de este tipo de conductas era el titular del derecho de visitas, generalmente el padre, quien aprovechando el ejercicio de este derecho trasladaba o retenía ilícitamente al menor en un Estado distinto al de su residencia habitual, separándolo de su madre. En la actualidad, en cambio, no es este el supuesto más generalizado. Aunque todavía concurren, se introducen algunas variantes¹. Hoy, suele ocurrir que el padre no custodio sustrae a los menores con el fin de ejercer sobre la madre violencia de género, violencia vicaria². No obstante, no es la generalidad de los supuestos. Los supuestos que más comúnmente se verifican son aquellos en los que quien lleva a cabo la sustracción de los menores es la madre custodia. En muchos casos amparada por la necesidad de huir de situaciones de violencia de género vividas con el progenitor no custodio. En otros casos, los menos asiduos, la sustracción se produce cuando alguno de los progenitores, queriendo comenzar una

¹ I. REIG FABADO, “El traslado ilícito de menores en la UE. Retorno vs. Violencia familiar o Doméstica”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, (marzo 2018) vol.10 núm.1, pp. 610-619; M. J. CAÑADAS LORENZO, “La incidencia de la violencia de género en la sustracción internacional de menores” en *Jornadas de Unificación de Criterios en materia de Violencia de Género*, celebradas en Madrid en octubre de 2017. Disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-degenero/Actividad-del-Observatorio/Formacion/Jornadas-Unificacion-de-criterios-enmateria-de-Violencia-de-Genero--4-al-6-de-octubre-de-2017>; M. V. CUARTERO RUBIO, “La alegación de violencia doméstica en el proceso de restitución internacional de menores”, en M. T. MARTÍN LÓPEZ/J. M. VELASCO RETAMOSA (Coord.) *La igualdad de género desde la perspectiva social, jurídica y económica*, 2014, pp. 74-101; M. REQUEJO ISIDRO, “Secuestro de menores y violencia de género en la Unión Europea”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, vol. 6, 2006, pp. 179-194; M. ESLAVA RODRÍGUEZ, “Secuestro internacional de menores y violencia doméstica”, *Manuales de formación continuada*, núm. 25, 2004, pp. 131-182.

² Vid., entre otros, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 26 de noviembre de 2021 (ECLI:ES:APB:2021:13268A)

nueva vida en otro Estado³, no encuentra la comprensión necesaria en el otro para autorizar el traslado de los menores y decide llevarlo a cabo sin su consentimiento.

4. En todos los supuestos confluyen un cúmulo de intereses. De un lado, el interés del menor en el mantenimiento de la paz y la convivencia familiar y en su derecho a mantener relaciones personales con ambos progenitores. De otro, los intereses de ambos progenitores. Habiendo sido disuelto el vínculo matrimonial y atribuida la responsabilidad parental, el progenitor custodio estará interesado en el pleno ejercicio de los derechos y obligaciones que tiene atribuidas, así como, en los supuestos en los que concurra violencia, en la necesidad de protegerse frente a actos que atentan contra su dignidad y la de sus descendientes; o, en ocasiones, en el derecho a rehacer su vida y circular libremente. El progenitor no custodio, tendrá interés en seguir manteniendo las relaciones personales con su descendiente y puede temer que la distancia geográfica las impida o dificulte. Cuando la responsabilidad parental no está atribuida, al progenitor no sustractor le interesará que este extremo se resuelva por los órganos competentes del Estado de la residencia habitual del menor mientras que al progenitor sustractor le interesa la “legalización” del secuestro mediante el pronunciamiento a su favor de la custodia del menor por los órganos del Estado al que ha sido trasladado el menor.

5. Para la tutela de estos intereses se han articulado varios instrumentos que, además de disponer un ámbito de aplicación material y territorial diverso, responden a objetivos diferentes. El cambio en las circunstancias fácticas en los supuestos de secuestros internacionales de menores se proyecta en la ordenación de esta figura. Su desarrollo normativo es el resultado de su adaptación a la realidad de los supuestos regulados. A través de distintos instrumentos se configuran dos vías de tutela, penal y civil, cuyo ejercicio, si bien puede realizarse de forma cumulativa, no está exento de dificultades. En las siguientes páginas, a partir de los principales contenidos de los diferentes mecanismos articulados, trataremos de exponer algunas de estas dificultades.

6. De un lado, la protección civil ha sido configurada a través de mecanismos que tienen por objeto bien la restitución inmediata del menor bien la efectividad en otro Estado de la decisión vulnerada por la persona que lleva a cabo el secuestro. Su ordenación se ha llevado a cabo a través de la elaboración de convenios internacionales. En España, el Convenio de Luxemburgo de 1980 sobre reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales relativas al derecho de custodia y el restablecimiento del derecho de custodia (en adelante, CvL80)⁴, el Convenio de la Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (en adelante, CvH80)⁵, y el Convenio Hispano-marroquí de 1997⁶ integran el régimen convencional. El texto elaborado en el marco de la Conferencia de La Haya es la piedra angular del sistema y a partir del este texto el legislador nacional introdujo importantes cambios en la ordenación del procedimiento, aunque no resultaron satisfactorios⁷. Con posterioridad, se aprobó el Convenio de La Haya 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 (en adelante, CvH96)⁸ y, en el marco europeo, del Reglamento 2201/03 sobre competencia, reconocimiento

³ C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “El traslado lícito de menores: las denominadas *relocation disputes*”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXII (2), 2010, p. 52.

⁴ Convenio Europeo relativo al reconocimiento y 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, *BOE* núm. 210, de 1 de septiembre de 1984.

⁵ Convenio sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980, *BOE* núm. 202, de 24 de agosto de 1987; corrección de errores en *BOE* núm. 155 de 30 de junio de 1989 y *BOE* núm. 21 de 24 de enero de 1996.

⁶ Convenio entre el Reino de España y el Reino de Marruecos de 30 de mayo de 1997 sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores. *BOE* núm. 150, de 24 de junio de 1997.

⁷ A. ALONSO CARVAJAL, “Sustracción interparental de menores”, en M^a JOSÉ VARELA PORTELA (Dir) *Separación y Divorcio, Cuadernos de Derecho Judicial*, 2006, pp. 363-393, especialmente, p. 375 ss

⁸ Vid. Decisión del Consejo, de 19 de diciembre de 2002, por la que se autoriza a los Estados miembros a firmar, en interés de la Comunidad, el Convenio de La Haya de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución

y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (en adelante, Reglamento 2201/03)⁹, que, aunque mantiene la aplicabilidad del Convenio del CvH80 entre los Estados miembros, introdujo modificaciones, fundamentalmente procedimentales, que también obligaron a adaptar la legislación española¹⁰. Más recientemente ha visto la luz el Reglamento 2019/1111 competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (en adelante, Reglamento 2019/1111)¹¹.

7. De otro lado, frente a los supuestos de sustracción internacional de menores la tutela civil no es la única. Los Estados contemplan en sus legislaciones penales el delito de sustracción de menores. Es lo que ocurrió en España tras la reforma operada por la Ley Orgánica 9/2002¹², en el artículo 225 bis Código Penal (en adelante, CP). Aunque territorialmente limitada y, en consecuencia, tratándose de sustracciones internacionales puede resultar menos efectiva, la persona que es víctima de este tipo de conductas puede denunciarlas ante las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado bien ante el juzgado o ante el Ministerio Fiscal. Se iniciaría así una andadura que, en el mejor de los casos, finalizará con un proceso penal en el que se sentenciará la condena del autor del secuestro.

8. Las posibilidades de trasladado son infinitas y ello justifica la intensificación de la cooperación internacional civil y penal. No obstante, en el presente trabajo centraremos nuestra atención en la virtualidad de los mecanismos articulados en el espacio judicial europeo. La coexistencia de dos vías paralelas lleva a plantearnos la relación existente entre ambas y determinar su efectividad en el contexto europeo, con los principios y libertades que lo rigen. Tras analizar las vías propuestas desde la perspectiva española, trataremos de determinar si la tutela alcanzada a través de los instrumentos articulados en el ámbito europeo resulta suficiente y garantiza el pleno ejercicio de las libertades que lo rigen o, por el contrario, conforman restricciones y, en su caso, si las mismas resultan o no justificadas y proporcionadas atendiendo a los fines perseguidos¹³.

II. La protección penal en los sistemas estatales

1. El delito de sustracción de menores

9. La sustracción de menores se configura, en la mayoría de los países de nuestro entorno, como ilícito penal, ubicado sistemáticamente en el marco de los delitos contra la familia. En España, por ejemplo, el tipo básico está integrado, conforme a lo dispuesto en el artículo 225 bis CP¹⁴, por el progenitor que sin causa justificada sustrae a su hijo menor bien mediante su traslado del lugar de su residencia sin el consentimiento del otro progenitor o de las personas o instituciones a las que estuviese confiada su

y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, (*DOUE* núm. 48, de 21 de febrero de 2003) y la Decisión del Consejo, de 5 de junio de 2008, por la que se autoriza a los Estados miembros a firmar, en interés de la Comunidad, el Convenio de La Haya 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, (*DOUE* núm. 151, de 11 de junio de 2008).

⁹ Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento 1347/2000. *DOUE* L 338, de 23 de diciembre de 2003, pp. 1-27.

¹⁰ El resultado de esta adaptación es la ordenación del procedimiento previsto en los artículos 778 quáter a 778 sexies de la LEC

¹¹ Reglamento (UE) 2019/1111, del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (*DOUE* L 178 de 2 de julio de 2019)

¹² A. ALONSO CARVAJAL, “Sustracción interparental de menores”, (...), cit., p. 374-375

¹³ Véase la STS 1403/2021, de 23 de abril (ECLI:TS:2021:1403).

¹⁴ El precepto ha sido objeto de reciente reforma operada mediante el apartado veintinueve de la disposición final sexta de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia *BOE* de 5 de junio de 2021

guarda o custodia bien mediante su retención incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa. En línea similar el artículo 249 del Código penal portugués¹⁵, el artículo 573 del Código penal italiano¹⁶ o los artículos 227-6 a 227-8 del Código penal francés¹⁷.

10. Tradicionalmente la jurisprudencia menor ha exigido para la concurrencia del tipo del artículo 225 bis CP la existencia de una resolución judicial o administrativa que atribuyera la guarda o custodia del menor objeto de traslado o retención y que tal actuación fuera llevada a cabo por el progenitor no custodio. De este modo se justificaba la excepcionalidad de la vía penal que, a partir del principio de intervención mínima, articulaba una tutela específica y limitada a supuestos más estrictos o limitados que los previstos en el ámbito civil. No obstante, esta jurisprudencia mayoritaria se ha visto superada con la relativamente reciente sentencia del TS de fecha 23 de abril de 2021 en la que, a partir de una interpretación sistemática del precepto, concluye, entre otros aspectos, la incidencia en el mismo del Convenio de La Haya de 1980. *El delito de sustracción de menores previsto en el art. 225 bis, se configura como un tipo mixto alternativo, donde se contemplan sendas conductas típicas: trasladar y retener, pero una sola de ellas basta para configurar el delito y donde es indiferente que se realice una o ambas conductas en orden a su calificación; de modo que no parece criterio metodológico adecuado acudir a una solución que contemple únicamente la modalidad de retener y no permite identificar un bien jurídico común para la alternativa del traslado, donde la conducta se tipifica sin distinción alguna, tanto cuando la custodia se otorga por resolución judicial, cuando sin esa resolución judicial viene deferida por atribución o previsión legal*¹⁸.

11. Para valorar la concurrencia de los elementos del tipo penal hay que atender a la naturaleza del bien jurídico protegido. Su consideración, cuya concreción está reservada al legislador, constituye el elemento clave a la hora de determinar la respuesta penal adecuada atendidos los diferentes intereses implicados. No obstante, la cuestión no está exenta de debate ni jurisprudencial ni doctrinalmente¹⁹. Tradicionalmente se hace referencia como bien jurídico protegido al interés superior del menor²⁰. De

¹⁵ Lei n.º 94/2021, de 21/12 Artigo 249.º *Subtracção de menor. 1 - Quem: a) Subtrair menor; b) Por meio de violência ou de ameaça com mal importante determinar menor a fugir; ou c) De um modo repetido e injustificado, não cumprir o regime estabelecido para a convivência do menor na regulação do exercício das responsabilidades parentais, ao recusar, atrasar ou dificultar significativamente a sua entrega ou acolhimento; é punido com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias. 2 - Nos casos previstos na alínea c) do n.º 1, a pena é especialmente atenuada quando a conduta do agente tiver sido condicionada pelo respeito pela vontade do menor com idade superior a 12 anos. 3 - O procedimento criminal depende de queixa.*

¹⁶ Artículo 573 CP: *Chiunque sottrae un minore, che abbia compiuto gli anni quattordici, col consenso di esso, al genitore esercente la ((responsabilita' genitoriale)) o al tutore, ovvero lo ritiene contro la volonta' del medesimo genitore o tutore, e' punito, a querela di questo, con la reclusione fino a due anni.. La pena e' diminuita, se il fatto e' commesso per fine di matrimonio; e' aumentata, se e' commesso per fine di libidine. Si applicano le disposizioni degli articoli 525 e 544.*

¹⁷ Artículo 227-6 “*Le fait, pour une personne qui transfère son domicile en un autre lieu, alors que ses enfants résident habituellement chez elle, de ne pas notifier son changement de domicile, dans un délai d’un mois à compter de ce changement, à ceux qui peuvent exercer à l’égard des enfants un droit de visite ou d’hébergement en vertu d’un jugement, d’une convention judiciairement homologuée ou d’une convention prévue à l’article 229-1 du code civil, est puni de six mois d’emprisonnement et de 7 500 euros d’amende.*”; Artículo 227-7 CP “*Le fait, par tout ascendant, de soustraire un enfant mineur des mains de ceux qui exercent l’autorité parentale ou auxquels il a été confié ou chez qui il a sa résidence habituelle, est puni d’un an d’emprisonnement et de 15 000 euros d’amende*”; artículo 227-8 “*Le fait, par une personne autre que celles mentionnées à l’article 227-7 de soustraire, sans fraude ni violence, un enfant mineur des mains de ceux qui exercent l’autorité parentale ou auxquels il a été confié ou chez qui il a sa résidence habituelle, est puni de cinq ans d’emprisonnement et de 75 000 euros d’amende.*”

¹⁸ STS 1403/2021, de 23 de abril (ECLI:TS:2021:1403)

¹⁹ Vid, A.E. GUDÍN RODRÍGUEZ-MARIÑO, “El bien jurídico protegido del delito de sustracción de menores tras la reforma del artículo 225 bis por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio”, *Diario La Ley*, Nº 10052, Sección Tribuna, 20 de abril de 2022.

²⁰ SAP de Barcelona de 7 de febrero de 2022 (ECLI:ES:APB:2022:4289), siguiendo lo dispuesto en la SAP de 2 de diciembre de 2019 y en resoluciones anteriores, afirma que “*el art. 225 bis*” *encuentra fundamento en la Carta Europea de Derechos del niño, aprobada por resolución A3-0172/92, de 8 de julio de 1992, norma que reconoce en su apartado 8.13 que en caso de separación de hecho, separación legal, divorcio de los padres o nulidad del matrimonio, el niño tiene derecho a mantener contacto directo y permanente con los dos padres, ambos con las mismas obligaciones, incluso si alguno de ellos viviese en otro país, al tiempo que insta a los Estados a adoptar todas las medidas oportunas para impedir el secuestro de los niños, su retención o no devolución ilegales. (...). El bien jurídico protegido por el artículo 225 Bis del CP no es otro que el derecho del menor a mantener su ámbito familiar afectivo, conservando en supuestos de crisis de pareja la relación de educación y*

este modo, el bien jurídico estaría constituido por el derecho del menor a desarrollarse en un ambiente estable y relacionarse con sus progenitores o, en su caso, el derecho a recibir la protección legalmente prevista para los casos de desamparo. Se trata, en definitiva, de proteger la dignidad de los menores, en particular en cuanto titulares del derecho fundamental a la estabilidad familiar, al equilibrio en su desarrollo psico-afectivo, lo que incluye los colaterales derechos a la relación parental y a su armónico desenvolvimiento, pero también el derecho de los padres a relacionarse con sus hijos, así como a la propia Administración de Justicia y a las entidades públicas de protección de menores.

12. No obstante, la dicción literal del artículo 225 bis CP plantea algunas dudas interpretativas que han llegado a cuestionar este bien jurídico para afirmar que el interés superior del menor no es propiamente el bien jurídico protegido, si bien puede ser una pauta teleológica de interpretación del tipo del máximo interés. De este modo, el bien jurídico tutelado estaría conformado por los derechos de responsabilidad parental de los progenitores no sustractores, de las personas encargadas del cuidado del menor o de la Administración Pública en aquellos supuestos en los que el menor está a cargo de un centro o institución, siendo este último responsable de aquel. El menor no es objeto de protección directa por el tipo penal pero sí de manera indirecta en la medida en que los derechos de responsabilidad parental que se protegen se ejercen y redundan en su protección y beneficio.

13. En este contexto, la citada STS de 23 de abril de 2021, afirma que *se tutela la paz en las relaciones familiares conforme enseña su ubicación en el Código Penal, a través de un tipo penal que se configura como infracción del derecho de custodia, en directa inspiración, pero con autonomía propia, de la definición de secuestro ilícito recogida en el Convenio de la Haya de 1980, con el fin de evitar que la custodia sea decidida por vías de hecho, al margen de los cauces legalmente establecidos para ello. A partir de esta configuración, el artículo 225 bis CP sanciona la conducta del progenitor que desvincula al hijo de su entorno familiar para separarlo definitivamente del otro progenitor o para conseguir por vías de hecho la guarda y custodia, a espaldas de los cauces legalmente previstos. Las conductas sancionadas, con sustantividad y autonomía propias, pero a partir de las conductas de traslado o la retención de un menor que se consideran como ilícitas en el CvH80, pueden y deben entenderse entre las medidas que discrecionalmente incumbe a los Estados adoptar para garantizar el cumplimiento del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en la esfera de las relaciones personales y familiares²¹; y en consecuencia, como efectivo elemento de disuasión de estas conductas, también y especialmente cuando el traslado o la retención conllevan el desplazamiento no consentido de la residencia habitual del menor a otro Estado.*

14. Junto al tipo básico la mayoría de los países europeos configuran un tipo agravado derivado de la internacionalización del secuestro²². Así, el artículo 227-9 del Código penal francés establece que *“Los hechos tipificados por los artículos 227-5 y 227-7 se castigan con tres años de prisión y multa de 45.000 euros: (...) 2º Si el hijo menor es detenido indebidamente fuera del territorio de la República.”* y el artículo 574 bis del texto italiano, bajo la rúbrica *“Sottrazione e trattenimento di minore all’estero”*, dispone que *“Salvo che il fatto costituisca piu’ grave reato, chiunque sottrae un minore al genitore esercente la responsabilità genitoriale o al tutore, conducendolo o trattenendolo all’estero contro la volontà del medesimo genitore o tutore, impediendo in tutto o in parte allo stesso l’esercizio della responsabilità genitoriale, e’ punito con la reclusione da uno a quattro anni. Se il fatto di cui al primo comma e’ commesso nei confronti di un minore che abbia compiuto gli anni quattordici e con il suo*

cariño hasta entonces llevada con ambos progenitores, así como a salvaguardar el marco geográfico en el que conformaba su desarrollo mediante un entramado de relaciones sociales, familiares, educativas o de esparcimiento, evitando que todo ello sucumba de manera mezquina en un ciego enfrentamiento propiciado por los desafectos de pareja y sin sujeción a la vía judicial legalmente establecida para -en supuestos de discrepancia-ponderar las circunstancias concurrentes y velar así por los derechos del menor”.

²¹ Un derecho también reconocido en el artículo 24 de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea; y en el apartado 7 de la Carta Europea de los Derechos del Niño (DOCE C 241, de 21 de septiembre de 1992),

²² El acceso a la legislación de los Estados Miembros puede obtenerse a través de la Red europea de cooperación judicial penal en <https://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn2021/InfoAbout/EN>

consenso, si applica la pena della reclusione da sei mesi a tre anni. Se i fatti di cui al primo e secondo comma sono commessi da un genitore in danno del figlio minore, la condanna comporta la sospensione dall'esercizio della responsabilità genitoriale". En la misma línea se incardina el artículo 235.2 del Código penal alemán²³ y, en España, el párrafo tercero del artículo 225 bis CP prevé que "*Cuando el menor sea trasladado fuera de España o fuese exigida alguna condición para su restitución la pena señalada en el apartado 1 se impondrá en su mitad superior*".

15. El agravamiento de la respuesta punitiva en los supuestos de sustracción internacional de menores se fundamenta en que tal actuación lesiona más intensamente el bien jurídico protegido porque el elemento internacional incorpora mayor dificultad al retorno del menor, para la vuelta a la situación anterior, configurándose las fronteras estatales en barreras entre padres e hijos, facilitando la ruptura de la relación entre el menor y el progenitor no sustractor, y por el peligro que puede suponer la aplicación de sistemas estatales más favorables a las intenciones del progenitor sustractor. La configuración de este delito tiene por objeto castigar específica y de forma autónoma, respecto a otros tipos delictuales, las conductas de los progenitores que sustraen a sus hijos y los trasladan a otros países sin el consentimiento del otro progenitor. Con ello se facilita la expedición de órdenes de detención internacional y las peticiones de extradición²⁴

16. En este contexto, la tutela penal tiene por objeto sancionar una conducta penalmente reprochable. El traslado a otro país tendrá como objetivo alejar al menor de su entorno habitual, intentando incluso borrar todo rastro para evitar su localización. Según sea a Estados con los que España haya celebrado acuerdos, la búsqueda del menor podrá ser más o menos complicada y en ello también influirá la decisión del progenitor secuestrador. Asimismo, influirá en esta última la posibilidad de que favorezca a sus intereses las decisiones que el Estado de destino pueda adoptar acerca de la custodia del menor²⁵. Dificultades que justifican la modalidad agravada.

17. En otras ocasiones, la razón de la agravación se ha fundamentado en la mayor dificultad para la localización y restitución del menor al hallarse fuera de España o, incluso, en las dificultades para hacer efectiva la decisión adoptada por las autoridades españolas. Tales justificaciones no tienen en cuenta, sin embargo, el grado de internacionalización de los supuestos²⁶. Desde esta perspectiva, como tendremos ocasión de exponer en los siguientes apartados, las soluciones en vía penal no solo no tienen en cuenta el nivel de integración jurídica alcanzado, sino que, en ocasiones, pueden constituir restricciones al pleno ejercicio de las libertades europeas. La coexistencia de la vía civil y penal para la protección de menores en el espacio judicial europeo requiere, a falta de armonización o unificación del tipo penal, la búsqueda de un equilibrio que, atendiendo a los intereses en juego, garantice, a partir del principio de intervención mínima, una respuesta penal adecuada destinada a sancionar aquellas conductas graves que atenten contra la estabilidad familiar de los menores.

18. Los supuestos de secuestro internacional de menores plantean, entre otras dificultades, su concreción. El tipo agravado concurre, en los términos del artículo 225 bis CP español, cuando se pro-

²³ El artículo 235 del Código Penal, titulado «Sustracción de menores», dispone en sus apartados 1 y 2: "*1) Será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa quien sustraiga o retenga, sin consentimiento de los progenitores o de uno de ellos o del tutor o curador: 1. a una persona menor de 18 años con fuerza, amenaza de daño grave o engaño; o 2. a un niño sin ser familiar suyo. 2) Será castigado con la misma pena quien, sin consentimiento de los progenitores o de uno de ellos o del tutor o curador: 1. Sustraiga a un niño para trasladarlo al extranjero, o 2. retenga en el extranjero a un niño después de haberlo trasladado allí o después de que el niño se haya desplazado allí.*"

²⁴ Vid. Recomendación del Defensor del Pueblo número 66/99 de 17 de noviembre

²⁵ A. QUIÑONES ESCÁMEZ, "Búsqueda de soluciones efectivas en un ámbito europeo e internacional a la sustracción del menor por uno de los padres", *Cursos de Derechos Humanos de Donostia – San Sebastián* (ed. SOROETA LICERAS, J.), vol. IV, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, Guipúzcoa, 2003, p. 314.

²⁶ Debería construirse el tipo distinguiendo según la sustracción se lleve a cabo o no fuera de las fronteras de la Unión Europea, Vid., J.M. DE LA ROSA CORTINA, "El delito de sustracción de menores: última jurisprudencia", Ponencia presentada en *Sustracción parental de menores: aspectos civiles, penales y procesales*, del 21 al 23 de junio de 2017, pp. 1-88.

duce el traslado del menor fuera de España. A diferencia del secuestro interno, una interpretación literal del precepto excluye del tipo los supuestos de retención. Las dudas se suscitan en relación con aquellos casos en los que en un primer momento el traslado del menor fuera de territorio nacional se realiza lícitamente, con el consentimiento de la persona que ostenta la custodia del menor, pero posteriormente deviene ilícito²⁷. Limitándose el tipo agravado a la modalidad de traslado, la retención ilícita o la no devolución del menor no podría ser calificado como un supuesto de sustracción internacional de menores conforme al artículo 225 bis CP pues el traslado al extranjero se habría efectuado sin vulnerar las estipulaciones de la resolución judicial o administrativa o con el consentimiento del titular de la guarda o custodia. La posterior negativa a reintegrar al hijo menor llevando a cabo una retención en el extranjero, no sería punible conforme a esta modalidad agravada.

19. No es infrecuente, tampoco, el incremento de supuestos en los que el progenitor custodio quiera trasladarse, estando este traslado sometido al consentimiento del otro progenitor o a autorización judicial²⁸. Aunque no existe unanimidad en la doctrina penalista en este punto, el legislador español no puede calificar hechos acaecidos fuera de su territorio. Los principios de territorialidad y legalidad que rigen las normas penales informan la solución propuesta. Tal actuación deberá ser calificada como lícita o ilícita conforme a las normas penales del Estado al que fue lícitamente trasladado el menor para determinar si existe o no retención ilícita. No puede considerarse, como afirma un sector de la doctrina, que el traslado devino ilícito porque el consentimiento prestado estaba viciado y, como tal, fue nulo. Traslado y retención son dos actuaciones que el artículo 225 bis CP individualiza y solo el traslado que se lleva a cabo en territorio español puede ser una conducta reprochable penalmente por nuestro ordenamiento jurídico. No obstante, en este marco, debemos tener en cuenta la doctrina sentada en la citada STS de 23 de abril de 2021 según la cual, el precepto citado sanciona la sustracción de menores y describe dos conductas alternativas que la integran. Se configura como un tipo mixto alternativo, donde se contemplan varias conductas, donde se contemplan sendas conductas típicas: trasladar y retener, pero una sola de ellas basta para configurar el delito y donde es indiferente que se realice una o ambas conductas en orden a su calificación. A partir de las previsiones contenidas en los textos convencionales, y contemplando como criterio finalístico el principio rector del interés superior del menor, el precepto sanciona las conductas que desvinculan al hijo de su entorno familiar para separarlo definitivamente del otro progenitor o para conseguir por vías de hecho la guarda y custodia, a espaldas de los cauces legalmente previstos. Otros ordenamientos, en cambio, no difieren el tipo de actuaciones que pueden ser calificadas como secuestro interno e internacional, a salvo la conexión con otro Estado.

20. A partir de un análisis sistemático, el TS también confirma la correlación existente entre el artículo 225 bis CP y el Convenio de La Haya de 1980 teniendo en cuenta otros elementos como la penalidad establecida. Siendo un umbral mínimo escasamente utilizado en nuestro Código se justifica para que en casos de degradación siempre sea posible la reclamación extradicional del acusado, pero con umbral máximo cercano para no desbordar la proporcionalidad punitiva de estas conductas. De este modo, junto al tipo básico, que no requiere el traslado más allá de las fronteras estatales, se añade una agravación específica cuando esto sucede que determina una pena de tres a cuatro años que, aunque degradada, permite la solicitud de extradición del progenitor sustractor. Afirma el TS que *“La pena conlleva pues, cierta gravedad, pero deviene consecuencia necesaria de una tutela efectiva por vía indirecta, de la estabilidad familiar de los menores, pues a pesar de las bondades del Convenio de La Haya de 1980, no siempre el derecho internacional privado resultaba eficaz para lograr la restitución del menor a su residencia habitual, finalidad primordial de este Convenio, de naturaleza procedimental, pues no permite entrar a valorar el fondo del asunto, es decir, con cuál de los progenitores el menor estaría mejor atendido; sólo atiende, salvo excepciones tasadas, a reponer la situación precedente a la sustracción, para encauzar por las vías legales establecidas, la cuestión de fondo sobre la custodia. De modo que el superior interés del menor se concreta en el Convenio de la Haya en conseguir el retorno del menor*

²⁷ J.M. DE LA ROSA CORTINA, “El delito de sustracción de menores: (...)”. cit., p. 50, nota. 57.

²⁸ C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “El traslado lícito de menores: las denominadas *relocation* (...)”, cit., p. 52.

sustraído ilegalmente, lo antes posible, a su residencia habitual anterior al secuestro o sustracción, lo que se procura a través de la tutela del derecho de custodia establecido en su lugar de residencia antes de la sustracción, que en modo alguno queda decidido con la resolución que acuerda el retorno.”

2. El principio de reconocimiento mutuo en el ámbito penal

21. La armonización de legislaciones y el principio de reconocimiento mutuo constituyen ejes vertebrales a partir de los cuales se sustenta la creación de un espacio judicial europeo. En el ámbito penal, si bien la armonización de legislaciones no ha alcanzado un amplio desarrollo, el principio de reconocimiento mutuo, basado en la confianza recíproca entre los Estados miembros, se configura como piedra angular de la cooperación judicial. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 82 TFUE, en dicho principio se basa la cooperación judicial en materia penal. A partir de este principio se ha producido un auténtico cambio en las relaciones de cooperación entre los Estados miembros, al permitir que una resolución emitida por una autoridad judicial de un Estado miembro sea reconocida y ejecutada en otro Estado miembro, salvo cuando concurra alguno de los motivos que permita denegar su reconocimiento.

22. Este nuevo modelo de cooperación judicial conlleva un cambio radical en las relaciones entre los Estados miembros de la Unión Europea, al sustituir las antiguas comunicaciones entre las autoridades centrales o gubernativas por la comunicación directa entre las autoridades judiciales, suprimir el principio de doble incriminación en relación con un listado predeterminado de delitos y regular como excepcional el rechazo al reconocimiento y ejecución de una resolución, a partir de un listado tasado de motivos de denegación. Además, se ha logrado simplificar y agilizar los procedimientos de transmisión de las resoluciones judiciales, mediante el empleo de un formulario o certificado que deben completar las autoridades judiciales competentes para la transmisión de una resolución a otro Estado miembro.

23. Las medidas a través de las cuales se ha materializado el nuevo modelo de cooperación judicial en materia penal abordan diferentes ámbitos. Desde la orden de entrega y procedimientos de entrega entre Estados miembros, dotándolos de mayor rapidez y seguridad jurídica²⁹ al reconocimiento de decisiones en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea, en cuya virtud se permite que una resolución condenatoria por la que se impone a una persona física una pena o medida privativa de libertad sea ejecutada en otro Estado miembro cuando ello contribuya a facilitar la reinserción del condenado³⁰. Más allá, la Directiva 2011/99/UE, de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden europea de protección³¹, tiene por objeto extender la protección que a través de las medidas pertinentes haya impuesto la autoridad competente de un Estado miembro para proteger a una persona contra posibles actos delictivos de otra persona que puedan poner en peligro de cualquier modo su vida o su integridad física, psicológica o sexual —por ejemplo, impidiendo cualquier forma de acoso— o su dignidad o libertad personal —por ejemplo, impidiendo el secuestro, el acecho y cualquier otra forma de coerción indirecta—, así como a evitar nuevos actos delictivos o reducir las consecuencias de los cometidos anteriormente. Estos derechos personales de la persona protegida corresponden a valores fundamentales reconocidos y defendidos en todos los Estados miembros.

24. Se responde así a la necesidad de garantizar el pleno funcionamiento de los principios y libertades europeos. En un espacio común de justicia sin fronteras interiores es menester garantizar que la protección ofrecida a una persona física en un Estado miembro se mantenga y continúe en cualquier otro Estado miembro al que la persona vaya a trasladarse o se haya trasladado. Debe garantizarse asimismo que el ejercicio legítimo por parte de los ciudadanos de la Unión de su derecho a circular y a residir

²⁹ Decisión Marco 2002/584/JAI, de 13 de junio de 2002 (*DOCE* núm. 190, de 18 de julio de 2002)

³⁰ Decisión Marco 2008/909/JAI, de 27 de noviembre de 2008 (*DOUE* núm. 327, de 5 de diciembre de 2008)

³¹ *DOUE* núm. 338, de 21 de diciembre de 2011

libremente en el territorio de los Estados miembros en virtud del artículo 3, apartado 2, del Tratado de la Unión Europea (TUE) y del artículo 21 del TFUE, no vaya en menoscabo de su protección

25. En nuestro ordenamiento, el resultado de esta proliferación normativa ha sido la elaboración de la Ley 26/2014 de reconocimiento mutuo de resoluciones penales de la Unión Europea³². Conforme a lo dispuesto En su artículo 20 se relacionan una serie de delitos, entre los que se encuentra el secuestro, respecto de los cuales cuando una orden o resolución dictada en otro Estado miembro sea transmitida a España para su reconocimiento y ejecución, estos instrumentos no estarán sujetos al control de la doble tipificación por el Juez o Tribunal español, debiendo cumplir las condiciones exigidas por la Ley para cada tipo de instrumento de reconocimiento mutuo. En particular, estos instrumentos son la orden europea de detención y entrega y la resolución por la que se impone una pena o medida privativa de libertad o, en su caso, la resolución de libertad vigilada, la resolución sobre medidas de vigilancia de la libertad provisional o la orden europea de protección.

26. A partir de cuanto antecede, los mecanismos elaborados en el marco de la cooperación judicial penal vacían de contenido los temores frente a secuestros internacionales en el marco de la Unión Europea basados en las dificultades para la detención del progenitor sustractor, así como para hacer efectivas las decisiones penales frente a este tipo de conductas. Los instrumentos de reconocimiento mutuo previstos en la ley como el de orden de detención y entrega, de un lado, y el de la resolución por la que se impone una pena o medida privativa de libertad, de otro, son claves en la lucha frente a los secuestros internacionales de menores.

3. Las libertades garantizadas por el Derecho europeo como límite a la legislación penal de los Estados miembros

27. Al delimitar el tipo delictivo, aunque la legislación penal es competencia de los Estados miembros, esta debe ejercerse de acuerdo con las libertades fundamentales garantizadas por el Derecho de la Unión, tanto originario como derivado. En este marco, el Derecho europeo impone límites a los Estados miembros en el ejercicio de aquellas competencias.

28. Los principios de igualdad y prohibición de discriminación por razón de nacionalidad y, de otro, la libertad de circulación y de residencia inciden en nuestro ámbito de estudio. En la configuración del tipo penal, especialmente el tipo agravado, el legislador nacional debe proyectar los principios y libertades europeos. En su virtud, los nacionales y residentes en los Estados miembros gozan en cualquier otro Estado miembro de los mismos derechos que este último reconoce a sus nacionales. El Derecho europeo impide que un Estado miembro subordine la concesión de un derecho a una persona exigiéndole la concurrencia de un requisito que no se impone a sus nacionales. Estos principios despliegan sus efectos en el ámbito del Tratado, sin perjuicio de las disposiciones particulares en las que su aplicación se concreta en situaciones específicas como es el caso de las disposiciones relativas a las libertades de circulación o prestación de servicios. El principio de no discriminación se opone a que un Estado miembro, por lo que respecta a las personas a las que el Derecho comunitario garantiza la libertad de circulación y residencia, imponga limitaciones a esa libertad a través de su legislación penal³³.

29. El artículo 21 TFUE no solo reconoce el derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, sino que también implica una prohibición de toda discriminación

³² Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea (BOE núm. 282, de 21 de noviembre de 2014)

³³ Vid. SSTJUE de 2 de febrero de 1989, *Cowan*, as. 186/87, (ECLI:EU:C:1989:47), apartado 19; de 24 de noviembre de 1998, *Bickel y Franz* as. C274/96, (ECLI:EU:C:1998:563), apartado 17; de 28 de abril de 2011, *El Dridi* as. C61/11 PPU, (ECLI:EU:C:2011:268), apartados 53 y 54 y de 26 de febrero de 2019, *Rimšēvičs y BCE/Letonia* aacc. C202/18 y C238/18, (ECLI:EU:C:2019:139), apartado 57.

por razones de nacionalidad³⁴. En consecuencia, una normativa nacional que resulta desfavorable para determinados nacionales por el mero hecho de haber ejercitado su libertad de circular y residir en otro Estado miembro constituye una restricción a las libertades que el artículo 21.1 TFUE reconoce a todo ciudadano de la Unión³⁵.

30. En este contexto, las normas penales sobre secuestro internacional de menores introducen una diferencia de trato en función de si el secuestrador es nacional o no del Estado miembro, afectando con ello a la libre circulación de los ciudadanos de otros Estados miembros. Se produce, por tanto, una restricción de la libertad que consagra el artículo 21 TFUE.

31. Esta problemática ha sido planteada con ocasión del asunto C-454/19³⁶. El TJUE, en su sentencia de fecha 19 de noviembre de 2020, resuelve la cuestión planteada por el Amtsgericht Heilbronn (Tribunal de lo Civil y Penal de Heilbronn, Alemania) sobre la compatibilidad del artículo 235 del Código penal alemán con el artículo 21 TFUE y, en particular, con la Directiva 2004/38, que reconoce a los ciudadanos de la Unión un amplio derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, cuestionando si el Derecho europeo se opone a la aplicación de una norma penal nacional que, no diferenciando entre Estados miembros y terceros países, castiga la retención de un niño en el extranjero sin consentimiento de la persona que tiene atribuida la custodia.

32. La decisión del TJUE tiene su origen en un proceso penal incoado en Alemania contra ZW, de nacionalidad rumana y residente en Alemania, por la sustracción internacional de su propio hijo, AW, de nacionalidad rumana y residente con su madre en Alemania desde 2009. Sus progenitores están separados y su padre, también de nacionalidad rumana, vive en Rumanía. Problemas de comportamiento del menor justifican que fuera internado, con el acuerdo de sus progenitores, en un centro de acogida de menores en marzo de 2013. En 2014, por orden de un órgano jurisdiccional alemán, se retiró a los progenitores, entre otros extremos, el derecho a determinar la residencia del menor y, en su lugar, ese derecho fue atribuido a un “curador complementario” en virtud de una delegación parcial de la patria potestad denominada “curatela complementaria”. En diciembre de 2017, AW, que había regresado a casa de su madre tras varios internamientos fallidos en diversos centros de acogida de menores, fue trasladado a Rumanía por su padre, con el consentimiento de su madre. Actualmente vive en ese país. Puesto que los progenitores no habían informado al curador, al que se había atribuido el derecho a determinar la residencia del menor, el curador presentó denuncia contra los progenitores como coautores de la sustracción internacional de un menor. La madre es la acusada en el proceso principal.

33. Como hemos señalado con anterioridad, conforme al artículo 235.2 del Código penal alemán, la sustracción internacional de menores se castiga con una pena privativa de libertad de hasta cinco años o con una multa, independientemente de que el menor esté retenido en otro Estado miembro de la Unión o en un tercer Estado. En cambio, si la sustracción se comete dentro del territorio nacional, solo se castiga con arreglo al Código penal alemán si la persona en cuestión sustrae o retiene al menor por la fuerza, con amenaza de daño grave o mediante engaño. En este contexto, el tribunal remitente pregunta si la citada disposición es compatible con el Derecho de la Unión.

34. Tras reiterar que el Derecho de la Unión impone límites a la legislación penal, aunque esta sea competencia de los Estados miembros, atendiendo a las circunstancias del supuesto, el TJUE afirma que procede examinar la legislación nacional cuestionada a la luz del artículo 21 TFUE en cuya virtud no solo se reconoce el derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros,

³⁴ SSTJUE de 12 de mayo de 2011, *Runevič-Vardyn y Wardyn*, as. C391/09, (ECLI:EU:C:2011:291, apartado 65; de 2 de junio de 2016, *Bogendorff von Wolffersdorff*, as. C438/14, (ECLI:EU:C:2016:401), apartado 34.

³⁵ Entre otras, véase la STJUE de 14 de octubre de 2008, *Grunkin y Paul*, as. C353/06, (ECLI:EU:C:2008:559), apartado 21.

³⁶ STJUE de 19 de noviembre de 2020, *ZW*, as. C-454/19 (ECLI:EU:C:2020:947)

sino que también implica una prohibición de toda discriminación por razones de nacionalidad³⁷. Conforme a una reiterada jurisprudencia, una normativa nacional que resulta desfavorable para determinados nacionales por el mero hecho de haber ejercitado su libertad de circular y residir en otro Estado miembro constituye una restricción a las libertades que el artículo 21 TFUE, apartado 1, reconoce a todo ciudadano de la Unión³⁸. En el supuesto, mientras el párrafo primero del artículo 235.1 impone una pena privativa de libertad de hasta cinco años o de una multa a quien sustraiga o retenga, sin el consentimiento de quien ostenta la custodia, a una persona menor de 18 años exigiendo, además, para la conformación del tipo la concurrencia de fuerza, amenaza de daño grave o engaño. En cambio, en su apartado 2, punto 2, prevé la imposición de la misma pena a quien retenga en el extranjero a un niño sin el consentimiento de los progenitores o de uno de ellos o del tutor o curador después de haberlo trasladado allí o después de que el niño se haya desplazado allí, aunque no medie fuerza, amenaza de daño grave o engaño.

35. La distinción según el menor es retenido en territorio alemán o fuera de él, en otro Estado miembro de la Unión en la configuración del tipo penal implica una diferencia de trato que puede afectar, restringiendo, la libre circulación de los ciudadanos de la Unión consagrada en el artículo 21 TFUE. Los ciudadanos, nacionales de otros Estados miembros de la Unión, que, en ejercicio de su libertad de circulación y residencia, sean residentes en Alemania, tienen más probabilidades de trasladar a sus hijos a los Estados miembros de los que son nacionales y retenerles en él, particularmente con ocasión del regreso a su Estado de origen. Conforme al artículo 235.2.2 CP alemán, su actuación configuraría un secuestro internacional de menores que no concurriría si el traslado de un lugar a otro se produce en territorio alemán porque no media fuerza, amenaza de daño grave o engaño en los términos del apartado primero del artículo 235.1.

36. Para definir el tipo agravado en las legislaciones nacionales se atiende a la internacionalización del secuestro de menores teniendo como único referente el Estado. Ello implica una merma de las libertades europeas, en particular, de la libre circulación y residencia reconocidas en el artículo 21 TFUE, al configurar como tipo agravado el traslado de menores de un Estado a otro del espacio europeo sin que exista justificación para ello a partir de las medidas de cooperación civil y penal articuladas en el marco del espacio judicial europeo.

37. Conforme a la jurisprudencia del TJUE, la restricción a la libertad de circulación y residencia podría justificarse si se basa en consideraciones objetivas y es proporcionada al objetivo legítimamente perseguido por el Derecho nacional³⁹. La protección de los derechos del menor y la lucha contra las sustracciones internacionales de menores debido a las dificultades prácticas para conseguir la restitución de un menor retenido en el extranjero constituyen, según las alegaciones efectuadas por el Gobierno alemán en el asunto *ZW*, el fundamento del artículo 235.2 del código penal. En efecto, la protección de los menores justificaría, en principio, la restricción a la libertad de circulación y residencia prevista en el artículo 21 TFUE, en tanto que consideraciones objetivas de interés general⁴⁰. A falta de armonización europea en aras a garantizar la protección penal del interés del menor, los Estados deben actuar frente a los supuestos de sustracción internacional de menores. Ahora bien, la configuración del tipo penal debe ser proporcional, esto es, no debe ir más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo perseguido por la norma. La protección del menor y sus derechos frente al riesgo de sustracción requiere que la sustracción por un progenitor sea en todo caso un comportamiento reprochable penalmente, con independencia de otras circunstancias que rodeen el tipo. Esta proporcionalidad no parece concurrir en

³⁷ STJUE de 8 de junio de 2017, *Freitag*, as. C541/15, (ECLI:EU:C:2017:432), apartado 31 y jurisprudencia citada.

³⁸ SSTJUE de 14 de octubre de 2008, *Grunkin y Paul*, as. C353/06, (ECLI:EU:C:2008:559), apartado 21; de 22 de diciembre de 2010, *Sayn-Wittgenstein*, as. C208/09, (ECLI:EU:C:2010:806), apartado 53; de 12 de mayo de 2011, *Runevič-Vardyn y Wardyn*, as. C391/09, (ECLI:EU:C:2011:291), apartado 68, y de 2 de junio de 2016, *Bogendorff von Wolffersdorff*, as. C438/14, (ECLI:EU:C:2016:401), apartado 36

³⁹ STJUE de 12 de mayo de 2011, *Runevič-Vardyn y Wardyn*, as. C391/09, (ECLI:EU:C:2011:291), apartado 83 y jurisprudencia citada.

⁴⁰ STJUE de 14 de febrero de 2008, *Dynamic Medien*, as. C244/06, (ECLI:EU:C:2008:85), apartado 36.

el código penal alemán en el que el legislador articula el sistema de protección reforzada basándose en las dificultades prácticas que plantea el supuesto de sustracción internacional de menores.

38. No es proporcionada, y va más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo perseguido, la medida adoptada por el legislador nacional que, en aquellos supuestos en los que la retención de un menor en el Estado miembro no impone sanción penal, salvo que se realice por la fuerza; mientras que ese mismo hecho es sancionado penalmente cuando la retención se produce en otro Estado miembro. Tal y como está configurado el tipo en la norma alemana, el fundamento de la medida adoptada no es otro que la dificultad en obtener el reconocimiento, en otro Estado, de una resolución sobre custodia respecto del menor sustraído o, en su caso, la restitución del menor. Un fundamento que pone en cuestión no solo las medidas de cooperación penal internacional, a las que aludíamos en el apartado anterior, sino también las adoptadas a través del sistema de cooperación civil internacional articuladas, entre otros, en el marco del antiguo Reglamento 2201/2003 y actual Reglamento 2019/1111, a estas últimas nos referiremos seguidamente.

III. La protección civil frente a los supuestos de sustracción internacional de menores

1. Pluralidad normativa

39. Para luchar frente a los supuestos de sustracción internacional de menores la vía civil es la más utilizada en la medida en que presentan mayores ventajas tanto por la pluralidad de mecanismos como por su efectividad⁴¹. Una opción que ostenta el progenitor no sustractor consiste en instar, en el Estado al que ha sido trasladado el menor, el reconocimiento y ejecución de la resolución sobre derecho de custodia y visita dictada por las autoridades del Estado donde se encontraba el menor con anterioridad al traslado. Otra posible actuación consiste en plantear una acción directa de restitución del menor ante las autoridades competentes de su país de residencia habitual o del país en el que se encuentra el menor con posterioridad al traslado. Y, por último, puede iniciar un procedimiento relativo a medidas de protección de menores en el Estado al que ha sido trasladado el menor. La elección por una u otra opción se efectuará considerando cuál de ellas resulte más rápida en aras a garantizar la tutela del menor, teniendo en cuenta que en estas situaciones el trascurso del tiempo es un factor fundamental para evitar causar al menor más daño y su adaptación a la nueva situación. Tradicionalmente la acción de restitución ha sido la más utilizada por su agilidad mientras que la última opción resulta la menos garantista en orden a la tutela del interés del menor.

40. La ordenación jurídica de estos mecanismos se ha llevado a cabo, en un primer momento, a través de normas convencionales. Como decíamos, en 1980, en el marco del Consejo de Europa y de la Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado, fueron elaborados los CvL 80 y CvH80. Junto a ellos ha coexistido el convenio bilateral hispano-marroquí y, posteriormente fue elaborado el CvH96 que suplementa y refuerza el CvH80 en determinados aspectos de tal modo que, en supuestos particulares, pueden ser útiles sus disposiciones como complemento del mecanismo configurado en este último texto. Asimismo, en países en los que este último texto no se aplique también puede ser de utilidad la ordenación de los supuestos de sustracción internacional de menores en el CvH96. En este marco, la competencia de los tribunales del Estado de la residencia habitual del menor no solo proporciona seguridad a las partes y evita los intentos de *forum shopping* a través de la sustracción internacional de menores, sino que también constituye un instrumento para distinguir los aspectos relacionados con las cuestiones relativas a custodia y las relacionadas con la restitución⁴².

⁴¹ Junto a la vía civil la protección frente a la sustracción internacional de menores también se articula a través de la vía penal sin embargo ésta resulta menos eficaz en aras a la protección del interés del menor. A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho de familia internacional*, Madrid, 2004, pp. 357-360; M. HERRANZ BALLESTEROS, “Los desplazamientos ilícitos internacionales de menores. El caso Walid CH.: El recurso excepcional a los aspectos penales”, *R.J.E. La Ley*, 2000-1, pp. 1540-1544.

⁴² Véase, “Manual Práctico sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños”, 2014, <https://assets.hcch.net/docs/68be6d4e-f4b8-4a8e-b041-faaal7efb050.pdf>; “Nota explicativa sobre cuestiones específicas del

41. De otra parte, el CVH96 contiene disposiciones para ordenar la restitución del menor en el marco del CvH80, pero condicionadas a la adopción de determinadas medidas necesarias para garantizar la restitución segura del niño y garantizar la protección ininterrumpida del niño en el Estado contratante requirente (hasta tanto las autoridades en el Estado contratante puedan actuar a los fines de proteger al niño). En este sentido, el Convenio de 1996 contiene un fundamento específico de competencia que, cuando el caso sea de urgencia, le permite al Estado contratante requerido adoptar “medidas de protección necesarias” respecto del niño. El Convenio de 1996 agrega a la eficacia de cualquier otra medida de protección ordenada al garantizar que dichas órdenes sean reconocidas de pleno derecho en el Estado contratante al cual se debe restituir al niño y sean ejecutorias en ese Estado contratante a petición de cualquiera de las partes interesadas (hasta el momento en que las autoridades en el Estado contratante requirente puedan fijar las medidas de protección necesarias). En los supuestos en los que los procedimientos de restitución adoptados en el marco del CvH80 estén pendientes de resolución, el artículo 11 del CvH96 prevé que cuando el Estado contratante de la residencia habitual del niño no está en condiciones de abordar la visita / contacto provisional y cuando el caso reviste carácter de urgencia, las autoridades del Estado contratante ante las que se sigue el procedimiento puedan expedir dicha orden. Orden que cesará cuando las autoridades del Estado de la residencia habitual del menor hayan adoptado las medidas necesarias. Por último, para el reconocimiento del derecho de visita en el extranjero, en su artículo 35 prevé un mecanismo para que el progenitor que vive en un Estado contratante distinto del estado del niño pueda solicitar a las autoridades en su propio Estado recabar informaciones o pruebas y pronunciarse sobre la aptitud de este progenitor para ejercer el derecho de visita/contacto y sobre las condiciones en las que podría ejercerlo. Estas informaciones, pruebas o conclusiones deberán ser consideradas por las autoridades competentes al momento de adoptar una decisión relativa al derecho de visita/contacto respecto del niño⁴³.

42. En el ámbito europeo, la creación de un espacio de libertad, seguridad y de justicia en el que se garantice la libre circulación de personas requería la adopción de medidas de cooperación judicial en materia civil. El Derecho de familia, uno de los ámbitos en los que es fácil apreciar la existencia de importantes disparidades entre ordenamientos jurídicos nacionales, se configuró como uno de los principales objetivos. Varios fueron los instrumentos destinados a unificar el sistema de competencia judicial internacional y de reconocimiento y ejecución de decisiones en el ámbito de litigios familiares, si bien ninguno de ellos ofreció una regulación exhaustiva de la sustracción internacional de menores. En un primer momento, el Reglamento 1347/2000⁴⁴, siguiendo la línea marcada por el Convenio de 28 de mayo de 1998⁴⁵, únicamente contenía un precepto relacionado con el secuestro internacional de menores⁴⁶. Posteriormente fue elaborado el citado Reglamento 2201/03 que, junto al mantenimiento de la competencia judicial internacional de los tribunales del Estado de la residencia habitual del menor anterior al traslado en su artículo 10, contempló en su artículo 11 un conjunto de medidas que complementaban el ejercicio de la acción de restitución prevista en el CvH80 entre Estados miembro. Recientemente ha entrado en vigor el Reglamento 2019/1111 que deroga el anterior y entre sus novedades está la incorporación de un nuevo capítulo que aborda la sustracción internacional de menores.

Convenio de 19 de octubre de 1996”, en <https://assets.hcch.net/docs/26949177-c698-49dd-8b68-9ab4769bf8fc.pdf>, 2017, pp. 14-16

⁴³ Véase, “Manual Práctico sobre el funcionamiento del Convenio (...)”, cit; “Nota explicativa sobre cuestiones específicas del Convenio (...)”, cit., pp. 14-16

⁴⁴ Reglamento 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes (DOCE L 160, de 30 de junio de 2000).

⁴⁵ Convenio de 28 de mayo de 1998 sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial (DOCE C 221, de 16 de julio de 1998).

⁴⁶ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Cuestiones polémicas en el Reglamento 1347/2000”, en A.L. CALVO CARAVACA/J.L. IRIARTE ANGEL (Dirs.) *Mundialización y familia*, 2001, pp. 222; En relación con el Convenio de 1998, A. BORRÁS RODRÍGUEZ, *Informe explicativo del Convenio celebrado con arreglo al artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre la competencia el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial*, DOCE C 221, de 16 de julio de 1998, pp. 41-42.

43. El nuevo texto reglamentario conserva la excepción a la regla general de competencia judicial internacional prevista en su artículo 7 al mantener el conocimiento de los litigios relativos a la responsabilidad parental, en su artículo 9, para los tribunales del Estado Miembro de la residencia habitual anterior al traslado ilícito, como hicieran sus antecesores. De otro lado, aboga por una solución pacífica de los conflictos⁴⁷ y, en este contexto, extiende las reglas de la *prorogatio fori* del art. 10 Reglamento 2019/1111 a los casos de sustracción internacional de menores, e introduce, como novedad, el recurso a la mediación y otros mecanismos alternativos para solventar los casos de sustracción internacional de menores.

44. Este nuevo capítulo III, en línea con los textos que le preceden, complementa el CvH80⁴⁸ e insta algunas particularidades procedimentales relativas a la tramitación urgente de las solicitudes de retorno por las Autoridades centrales⁴⁹; la ampliación a seis semanas por cada instancia para pronunciarse sobre la restitución⁵⁰; las previsiones sobre medidas cautelares durante y después del procedimiento de restitución⁵¹; la aclaración sobre la carga de la prueba de la adopción de medidas contra el grave peligro para el menor en la persona que solicita el retorno⁵² y la comunicación directa entre órganos jurisdiccionales y Autoridades Centrales a tal efecto⁵³.

45. Por último, consagra un sistema de eficacia extraterritorial de decisiones, en su capítulo IV, que incorpora el reconocimiento y ejecución automáticos de todas las resoluciones adoptadas por autoridades de Estados miembros y que, como veremos más adelante, incide favorablemente en nuestro ámbito de estudio. Además, prevé, en su capítulo VI, la posibilidad de cooperación y comunicación directas entre órganos jurisdiccionales, extensible a las medidas provisionales, incluidas las cautelares, del artículo 15 y al Capítulo III sobre el procedimiento de restitución⁵⁴

2. La acción directa de restitución

46. Regulada, fundamentalmente, en el CvH80, su principal objetivo consiste en devolver al menor a la situación anterior al traslado. En aquellos supuestos en los que se produce un traslado ilícito de un menor de dieciséis años desde el Estado de su residencia habitual a otro Estado Parte del Convenio, el texto convencional articula un mecanismo de cooperación internacional de autoridades e insta la posibilidad, para quien sostenga que el menor ha sido objeto de traslado ilícito, de ejercitar una acción directa de restitución o retorno inmediato.

47. La ilicitud del traslado requiere, de un lado, que se haya efectuado vulnerando un derecho de custodia atribuido, legal o judicialmente, en el Estado de residencia habitual del menor, y, de otro, que este derecho fuera ejercido de forma efectiva antes del traslado.

48. El principal objetivo del CvH80 es, con carácter general, que si antes del transcurso de un año desde que se produjo el traslado se ejercita la acción de restitución, las autoridades competentes del Estado al que ha sido trasladado el menor ordenen de forma inmediata, y conforme al procedimiento previsto en su legislación interna⁵⁵, el retorno del menor al Estado de su residencia habitual. No obstante,

⁴⁷ 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* (Marzo 2021), Vol. 13, Nº 1, pp. 87-109

⁴⁸ Vid. cdo. 40.

⁴⁹ artículo 23 Reglamento 2019/1111

⁵⁰ artículo 24 Reglamento 2019/1111

⁵¹ Vid. artículo 27.2 y 5 Reglamento 2019/1111. Sobre las medidas cautelares en el texto europeo, véase, A.J. CALZADO LLAMAS, “Las medidas provisionales y cautelares en los procedimientos de restitución (...)”, cit.

⁵² artículo 27.3 Reglamento 2019/1111

⁵³ artículo 27.4 Reglamento 2019/1111

⁵⁴ Vid. artículo 86 Reglamento 2019/1111, en especial el apartado 2 b) y d).

⁵⁵ En España este procedimiento es el previsto en los artículos 778 quater a 778 sexies LEC

excepcionalmente, prevé la posibilidad de ordenar la no restitución cuando el retorno pueda perjudicar los intereses del menor⁵⁶.

49. El Reglamento 2201/03 complementó la regulación convencional para aquellos casos en los que el traslado ilícito de menores se produce entre Estados miembros de la Unión Europea introduciendo, en su artículo 11, algunas particularidades procedimentales en la regulación del ejercicio de la acción directa de restitución⁵⁷. Actualmente, el Reglamento 2019/1111 va más allá y dedica el Capítulo III, que comprende los artículos 22 a 29, a la ordenación de la sustracción internacional de menores.

50. La nueva normativa, conforme a lo dispuesto en el artículo 22, también complementa, junto con las previsiones contenidas en el Capítulo VI del mismo texto legal⁵⁸, la regulación contenida en el Cv Haya 80. En ella se abordan los supuestos en los que una persona, institución u organismo que invoca una violación del derecho de custodia solicita, directamente o con la asistencia de una autoridad central, al órgano jurisdiccional de un Estado miembro que dicte con arreglo al texto convencional una resolución que ordene la restitución de un menor que haya sido trasladado o retenido de forma ilícita en un Estado miembro distinto del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos. En particular, aborda la tramitación de solicitudes por las autoridades centrales, así como el procedimiento judicial acelerado a través del cual se sustanciará la demanda de restitución en el Estado miembro al que ha sido trasladado el menor. En su artículo 27, bajo la rúbrica procedimiento de restitución, el nuevo reglamento instaura, como señalábamos, algunas especialidades procedimentales tendentes a garantizar la protección del menor. Por último, los artículos 28 y 29 abordan, respectivamente, la ejecución de las resoluciones por las que se ordena la restitución del menor y el procedimiento siguiente a la denegación de la restitución. Se trata, en definitiva, de particularidades procedimentales que deben incorporarse a los procedimientos seguidos en los Estados miembros en orden a la resolución del ejercicio de acciones directas de restitución de menores que han sido objeto de traslados ilícitos entre Estados miembros.

51. A tenor de lo dispuesto en las normas reguladoras de la acción directa de restitución, su ejercicio no requiere, en todo caso, que el derecho de custodia vulnerado haya sido previamente atribuido mediante resolución judicial o administrativa con anterioridad al traslado⁵⁹. De hecho, suele ocurrir, que es con posterioridad al traslado cuando se resuelve acerca de la responsabilidad parental⁶⁰. En este marco, el artículo 9 del Reglamento 2019/1111 contiene, como también recogía su antecesor en el artículo 10, una medida preventiva para evitar la legalización de los secuestros⁶¹. Salvo que concurran las condi-

⁵⁶ Vid. artículos 12,13 y 20 Cv Haya 80

⁵⁷ Entre otros, vid., A. L. CALVO CARAVACA/J CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Sustracción internacional de menores: una visión general”, en Y. GAMARRA CHOPO *El discurso civilizador en Derecho internacional: cinco estudios y tres comentarios*, 2011, pp. 115-155.; M. HERRANZ BALLESTEROS, “El Reglamento (CE) núm. 2201/2003. Alcance de la reforma en materia de sustracción internacional de menores en el espacio judicial europeo”, *Aranzadi Civil*, núm. 2, 2004, pp. 2065-2085; M. SABIDO RODRÍGUEZ, “La sustracción internacional de menores en Derecho internacional privado español: Algunas novedades que introduce el Reglamento 2201/03”, *Anuario Facultad de Derecho*, vol. XXII, 2004, pp. 307-320.

⁵⁸ Capítulo que, integrado por los artículos 85 a 91, aborda las Disposiciones Generales.

⁵⁹ Vid. considerando 18 *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.*

⁶⁰ Entre otras, SAP de Barcelona 8805/2020, de 6 de octubre (ECLI:ES:APB:2020:8805).

⁶¹ Artículo 9: *Competencia en caso de traslado o retención ilícitos de un menor. Sin perjuicio del artículo 10, en caso de traslado o retención ilícitos de un menor, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que residía habitualmente el menor inmediatamente antes del traslado o retención ilícitos conservarán su competencia hasta que el menor haya adquirido una residencia habitual en otro Estado miembro y:*

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

ciones expresamente contempladas en el precepto, se mantiene la competencia judicial internacional de los tribunales del Estado de la residencia habitual del menor anterior al traslado para decidir acerca de la responsabilidad parental. Competencia que, con carácter general hoy consagra el artículo 7 del mismo texto legal. Sin embargo, como tendremos ocasión de exponer más adelante, la resolución de la responsabilidad parental tras la restitución del menor puede plantear algunos problemas de compatibilidad con las decisiones adoptadas por los tribunales nacionales que resuelven el ejercicio de acciones penales⁶².

52. Aunque el nuevo texto reglamentario complementa el ejercicio de la acción de restitución regulada en el Cv H80 cuanto el traslado se produce entre Estados miembros, los objetivos y finalidades que inspiran ambos textos introducen ciertas diferencias proyectadas en los logros alcanzados a través de ambos textos y, por ende, en los resultados de su aplicación. Si el texto convencional únicamente permite restituir al menor o, cuando concurren determinadas circunstancias, denegar la restitución, el Reglamento 2019/1111, en cambio, obliga a introducir mayor nivel de cooperación entre las autoridades competentes. No se trata solo de un mero procedimiento de restitución o, en su caso, denegación del retorno del menor a su Estado de residencia habitual. Incluso en este último caso, la consolidación del espacio judicial europeo obliga a introducir algunas singularidades y a elevar el nivel de cooperación entre las autoridades de los Estados miembros.

53. Aun considerando la posibilidad de denegar la restitución del menor únicamente sobre la base del artículo 13, párrafo primero, letra b), del CvH80, la autoridad competente no debe denegarla si la parte que solicita la restitución del menor demuestra al órgano jurisdiccional, o si a este le consta de otro modo, que se han tomado las disposiciones adecuadas para garantizar la protección del menor tras su restitución⁶³. De otro lado, cuando ordene la restitución del menor, el órgano jurisdiccional podrá dictar medidas provisionales, incluidas medidas cautelares con arreglo al Reglamento, que considere necesarias a fin de proteger al menor del grave riesgo de daño físico o psíquico que pueda suponer la restitución y que, de otro modo, daría lugar a la denegación de la restitución. Estas medidas provisionales y su circulación no deben retrasar el procedimiento de restitución, ni pueden afectar a la delimitación de las respectivas competencias del tribunal que conoce de la restitución y del tribunal del Estado de la residencia habitual del menor con anterioridad al traslado para conocer del fondo de la responsabilidad parental. Asimismo, el tribunal del Estado al que ha sido trasladado el menor y que decide sobre su restitución debe poder consultar, en caso necesario, a los órganos competentes del Estado de la residencia habitual del menor⁶⁴.

54. De este modo el Reglamento 2019/1111 garantiza la coexistencia, en el espacio judicial europeo de dos decisiones que pudieran resultar inconciliables entre sí, una relativa a la responsabi-

b) el menor, habiendo residido en ese otro Estado miembro durante un período mínimo de un año desde que la persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia haya tenido o hubiera debido tener conocimiento del paradero del menor, esté integrado en su nuevo entorno y se cumpla alguna de las condiciones siguientes:

i) que en el plazo de un año desde que el titular del derecho de custodia haya tenido o hubiera debido tener conocimiento del paradero del menor, no se haya presentado ninguna demanda de restitución ante las autoridades competentes del Estado miembro al que se haya trasladado o en el que esté retenido el menor;

ii) que se haya desistido de una demanda de restitución presentada por el titular del derecho de custodia sin que haya presentado ninguna nueva demanda en el plazo fijado en el inciso i),

iii) que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro haya denegado una demanda de restitución presentada por el titular del derecho de custodia por motivos distintos de los contemplados en el artículo 13, apartado 1, letra b), o el artículo 13, apartado 2, del Convenio de La Haya de 1980 y que la resolución ya no sea susceptible de recurso ordinario;

iv) que no se haya acudido a ningún órgano jurisdiccional según lo dispuesto en el artículo 29, apartados 3 y 5, en el Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos;

v) que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos hayan dictado una resolución sobre los derechos de custodia que no implique la restitución del menor:

⁶² Vid. *infra* apartado IV

⁶³ Cdo. 45

⁶⁴ Cdo. 46

lidad parental y otra que resuelva acerca de la acción de restitución del menor denegándola. Junto al establecimiento de mecanismos de cooperación entre autoridades⁶⁵, en caso de dictarse resoluciones incompatibles entre sí, el Reglamento se pronuncia a favor de la resolución que resuelva sobre el fondo del derecho de custodia e implique la restitución del menor. Decisión que será reconocida y ejecutada en cualquier otro Estado miembro sin necesidad de procedimiento especial alguno⁶⁶.

3. Reconocimiento y ejecución de decisiones

55. La atribución de la custodia en el Estado de la residencia habitual del menor a favor del progenitor no sustractor le permite recurrir como vía de protección frente al secuestro al reconocimiento y ejecución de la decisión extranjera en el Estado al que ha sido trasladado el menor ilícitamente. Tradicionalmente esta vía se regulaba a través del CvL80 cuando los Estados implicados eran Parte del texto convencional. Su aplicación práctica fue muy escasa no solo por su limitado ámbito de aplicación territorial, sino también por la escasa efectividad de los mecanismos previstos en aras a garantizar la tutela del menor⁶⁷.

56. Tras la aprobación del Reglamento 2201/03, que hace inaplicable el texto convencional en las relaciones entre Estados miembros, esta vía presentó mayor operatividad. El texto europeo consagró un sistema de reconocimiento y ejecución automática para las resoluciones relativas al derecho de visitas; y las decisiones de restitución de un menor como consecuencia de una resolución que ordene dicha restitución con arreglo al artículo 11.8 del mismo texto legal⁶⁸. Resoluciones que debían certificarse, previo cumplimiento de los exigidos, por el órgano de origen de conformidad con el Reglamento y, una vez certificadas debían ser reconocidas y gozar de fuerza ejecutiva en cualquier Estado miembro sin procedimiento alguno y sin que fuera posible impugnar su reconocimiento.

57. Actualmente, en el Reglamento 2019/1111 la confianza mutua en la administración de justicia dentro de la Unión justifica el establecimiento de un sistema en cuya virtud todas las resoluciones en materia de responsabilidad parental dictadas en un Estado miembro sean reconocidas en todos los Estados miembros sin necesidad de procedimiento alguno. En particular, cuando les sea presentada una resolución dictada en otro Estado miembro que otorgue la responsabilidad parental y contra la que ya no quepa recurso en el Estado miembro de origen, las autoridades competentes del Estado miembro requerido deben reconocer la resolución por ministerio de la ley sin necesidad de procedimiento adicional alguno. No obstante, ello no impide que cualquier parte interesada pueda solicitar que se dicte una resolución en la que se declare que no concurren los motivos de denegación del reconocimiento que se recogen en el Reglamento.

58. El Reglamento 2201/03, como hemos expuesto, estableció el sistema de ejecución automática para determinadas resoluciones de concesión de derechos de visita y resoluciones que implican la restitución del menor. El nuevo Reglamento, en su capítulo IV, que comprende los artículos 30 a 75, va más allá⁶⁹. Con el objetivo de hacer que los litigios transfronterizos que afectan a menores sean menos prolongados y costosos, lo extiende a todas las resoluciones en materia de responsabilidad parental, conservando al mismo tiempo un trato aún más favorable en relación con determinadas decisiones que

⁶⁵ Cdos. 49 a 51

⁶⁶ Cdos. 48 y 52

⁶⁷ Vid. A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Sustracción internacional de menores: una visión general”, (...), cit, p. 118.

⁶⁸ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Sustracción internacional de menores: una visión general” (...), cit., pp. 147-150; C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “Las resoluciones de restitución de menores en la Unión Europea: el caso *Rinau*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, (Octubre 2010), Vol. 2, Nº 2, pp. 222-235; M. SABIDO RODRÍGUEZ, “Restitución de un menor retenido ilícitamente en otro Estado miembro”, *Diario La Ley*, núm. 7066, año XXIX, 28 noviembre 2008, D-343, pp. 1519-1527.

⁶⁹ Cdo. 73

reconocen derechos de visita y determinadas resoluciones que implican la restitución del menor. Estas últimas deben certificarse, a instancia de parte, por el tribunal de origen si cumple las condiciones exigidas en el artículo 47 del texto europeo. El trato privilegiado que les otorga el nuevo reglamento consiste en que el único motivo de denegación del reconocimiento y ejecución que se contempla para tales resoluciones es el de la inconciliabilidad con una resolución posterior en los términos del artículo 50 del mismo texto legal.

59. Frente a la escasa efectividad de esta vía en los instrumentos que le preceden, el nuevo texto presenta mayor virtualidad. En este punto, debemos tener en cuenta, además que a partir del principio de confianza mutua, y teniendo en cuenta que el principal objetivo del texto europeo es facilitar el reconocimiento y la ejecución y proteger de forma eficaz el interés superior del menor, los motivos de denegación del reconocimiento deben limitarse al mínimo necesario. El propio reglamento establece una lista exhaustiva de los motivos de denegación. El reconocimiento de una resolución únicamente debe denegarse en caso de que concurran uno o varios de los motivos relacionados en ella.

60. En este contexto, dado que en materia de responsabilidad parental, la ejecución siempre afectará a un menor, el objetivo primordial debe ser lograr el equilibrio adecuado entre, por una parte, el derecho del demandante, como principio, a obtener la ejecución de una resolución con la mayor rapidez posible también en los asuntos transfronterizos dentro de la Unión y, en caso necesario, también mediante la aplicación de medidas coercitivas, y, por otra, la necesidad de limitar en la medida de lo posible la exposición del menor a medidas de ejecución coercitivas que pueden resultar traumáticas. Esta valoración debe ser realizada por las autoridades competentes para la ejecución y los órganos jurisdiccionales de cada Estado miembro a la luz de cada caso concreto.

61. En casos excepcionales, la autoridad competente para la ejecución o el órgano jurisdiccional tienen la facultad de suspender el procedimiento de ejecución en caso de que esta implique exponer al menor a un riesgo grave de daño físico o psíquico debido a impedimentos temporales que hayan surgido después de que la resolución haya sido dictada, o debido a cualquier otro cambio significativo de circunstancias. La ejecución debe reanudarse tan pronto como deje de existir el riesgo grave de daño físico o psíquico. No obstante, si el riesgo persiste, antes de denegar la ejecución deben tomarse las medidas oportunas, de conformidad con la legislación y el procedimiento nacionales, incluso, cuando proceda, con la asistencia de otros profesionales pertinentes, a fin de velar por la ejecución de la resolución. En particular, de conformidad con la legislación y el procedimiento nacionales, las autoridades competentes para la ejecución o el órgano jurisdiccional deben tratar de superar los obstáculos generados.

IV. Coexistencia de las vías civil y penal articuladas frente a los supuestos de sustracción internacional de menores

62. El traslado ilícito de un menor del Estado de su residencia habitual a otro Estado puede poner en marcha un complejo entramado de medidas tanto de naturaleza penal como de índole civil. De un lado, su aplicación práctica, si no se adoptan las medidas adecuadas, puede plantear algunos problemas de compatibilidad. De otro, la pluralidad de intereses que confluyen en este tipo de supuestos unida a la diversidad de perfiles que estos presentan, dificultan la búsqueda de una solución uniforme. En todo caso, con arreglo a lo que hemos señalado en las páginas anteriores, la protección del interés del menor se configura como el objetivo básico de tutela.

63. El ejercicio de la acción penal frente a la sustracción internacional de menores en el Estado de residencia habitual del menor no impide que, conjuntamente, se ejercite la acción civil de restitución del menor y, una vez que se ordena esta última, los tribunales del Estado de la residencia habitual del menor deban resolver acerca de la responsabilidad parental. El riesgo de que las decisiones adoptadas por ambos órdenes jurisdiccionales sean inconciliables es evidente; más aún, cuando los Estados en los

que se dictan son diferentes. Es lo que ocurrió en el célebre caso Juana Rivas⁷⁰. El Juzgado de lo Penal de Granada, y posteriormente en apelación la Audiencia Provincial de Granada⁷¹, competente *ex* artículo 23 LOPJ, resolvió el secuestro internacional de los menores y, conforme al artículo 225 bis CP, aplicó la pena prevista para el delito de sustracción de menores que, junto con la privación de libertad dispone la privación para el ejercicio de la patria potestad. Por su parte, los tribunales italianos, competentes con base en el artículo 8 del Reglamento 2201/03 para dilucidar acerca de la responsabilidad parental, dictaron una sentencia, en la que, si bien atribuye al padre el *affidamento esclusivo* y la *collocazione* de los dos hijos de la pareja, no se priva a la madre del ejercicio de la *responsabilità genitoriale*. Existen, por tanto, dos sentencias contradictorias, una española, dictada en el orden penal, y otra italiana, proveniente de un juzgado de familia.

64. La posibilidad de acumular ante un único tribunal las acciones penales y civiles derivadas de una conducta punible sería una posible solución que ha tenido acogida en otras materias⁷². Con ello no solo se evitan decisiones contradictorias, sino que se atiende a criterios de economía procesal, se favorece la tutela protección del menor, así como el reconocimiento y ejecución de la decisión en otro en Estado miembro. Junto a la necesidad de instaurar un nuevo foro de competencia judicial internacional en el marco del Reglamento 2019/1111 que permitiera tal acumulación, sería necesario contemplar la necesidad de recurrir a la *lex fori* para determinar la posibilidad de acumular la acción civil y penal, así como establecer el régimen y las condiciones de coexistencia del desarrollo conjunto de la acción punitiva y la acción civil ante el juez penal.

65. La coexistencia de dos procesos abiertos que pueden dar lugar a decisiones inconciliables hace cuestionarnos si fuera viable la posibilidad de plantear la excepción de prejudicialidad penal del 40 LEC, dando lugar a la suspensión del proceso civil. En este punto, no obstante, debemos distinguir varios supuestos. En primer lugar, la relación entre la acción civil de restitución o de reconocimiento y la acción penal frente al secuestro internacional de menores. La celeridad que caracteriza la primera acción y el contenido de sus pronunciamientos no plantea ningún problema de prejudicialidad entre ambas acciones. Sin embargo, en segundo lugar, no ocurre lo propio respecto a la acción civil relativa a la determinación de la responsabilidad parental y la acción penal. La decisión que resuelve el procedimiento civil puede entrar en contradicción con la adoptada en el procedimiento penal. Fue lo que ocurrió, como hemos expuesto, en el caso de Juana Rivas. El tribunal penal puede condenar privando del ejercicio de la patria potestad mientras que el tribunal civil podrá decidir otorgando la responsabilidad parental.

66. Conforme a una reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, al regular la prejudicialidad penal en un procedimiento civil, la LEC distingue, con carácter general, entre hechos con apariencia delictiva y prejudicialidad penal propiamente dicha señalando el art. 40.2, como principio general, que no se ordenará la suspensión de las actuaciones del proceso civil sino cuando concurren las siguientes circunstancias, que se tienen que dar conjuntamente: 1.^a Que se acredite la existencia de causa criminal en la que se estén investigando, como hechos de apariencia delictiva, alguno o algunos de los que fundamenten las pretensiones de las partes en el proceso civil. 2.^a Que la decisión del tribunal penal acerca del hecho por el que se procede en causa criminal pueda tener influencia decisiva en la resolución sobre el asunto civil. A su vez, caso de que concurren tales requisitos, los apartados 3.^o y 4.^o del artículo 40.2 LEC distinguen dos momentos procesales diferentes para acordar la suspensión del procedimiento civil por prejudicialidad penal: como regla general, la suspensión se acordará por auto cuando el procedimiento únicamente esté pendiente de sentencia; y como excepción, la suspensión será inmediata cuando la presunta actividad delictiva relacionada con el proceso civil afecte a la falsedad de alguno de los documentos aportados al pleito⁷³.

⁷⁰ J MARTÍNEZ CALVO/M J^a SÁNCHEZ CANO, Estatuto jurídico del caso Juana Rivas y Francesco Acuri desde la perspectiva del Derecho internacional privado y del Derecho civil, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2020), Vol. 12, N^o 1, pp. 728-762

⁷¹ SAP de Granada en sentencia de fecha 7 de marzo de 2019 (ECLI: ES:APGR:2019:25)

⁷² Véase artículo 7.3 Reglamento 1215/12

⁷³ ATS de 24 de mayo de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:7991A)

67. En nuestro ámbito de estudio, no concurre la “influencia decisiva”. Si bien los tribunales civiles deben partir de los hechos declarados probados por las resoluciones firmes dictadas por tribunales de la jurisdicción penal, y, en especial, no pueden basar su decisión en la existencia de unos hechos que una sentencia penal haya declarado inexistentes, sin embargo, ello no impide que en cada jurisdicción haya de producirse un enjuiciamiento y una calificación en el plano jurídico de forma independiente y con resultados distintos si ello resulta de la aplicación de los criterios de valoración propios de una y otra jurisdicción y de los diferentes principios que informan el proceso civil y el proceso penal, o, más exactamente, el ejercicio privado de los derechos y el ejercicio del *ius puniendi*⁷⁴. En este marco, mientras que la declaración de unos hechos como delito de sustracción internacional de menores conllevará una condena penal para su autor, en el ámbito civil estos mismos hechos darán lugar a una decisión de retorno, cuando se ha ejercitado la acción directa de restitución y, para el supuesto de ejercer la acción de responsabilidad parental, aquella decisión podrá condicionar la resolución de esta última. Condicionamiento que podrá realizarse, incluso, con posterioridad a su pronunciamiento, esto es, cuando resolviéndose con posterioridad el proceso penal la decisión que lo resuelva sirva de fundamento para modificar la decisión que en su momento se adoptó en el proceso civil. La sentencia penal introduce un cambio en las circunstancias que dieron lugar al pronunciamiento civil que justificaría una modificación de las medidas adoptadas en el mismo a través de un nuevo procedimiento.

V. A modo de conclusión

68. La tutela del menor constituye el objetivo central en torno al cual giran un conjunto de instrumentos de distinta índole. En el espacio judicial europeo coexisten dos vías de protección. Una, la protección civil articulada a través de distintos convenios y reglamentos que tienen por objeto la restitución del menor que ha sido sustraído ilícitamente de su país de residencia habitual a otro Estado miembro o, en su caso, el reconocimiento y/o ejecución en un Estado de la decisión adoptada en otro Estado miembro distinta bien relativa a la responsabilidad parental bien a la restitución del menor. Junto a esta vía, las legislaciones nacionales contemplan el delito de sustracción internacional de menores, a través de la cual se articula la vía penal de tutela frente a este tipo de ilícitos. La utilización de estas vías de tutela es opcional y cumulativa, lo que implica la coexistencia de ambas vías. Coexistencia que suscita algunas dificultades.

69. A falta de armonización europea en el ámbito penal, la diversidad de legislaciones dificulta la plena realización de las libertades europeas. En particular, al configurar el tipo agravado como el traslado de menores de un Estado miembro a otro, las legislaciones nacionales pueden constituir una restricción a la libertad de circulación y de residencia siempre que la misma no resulte justificada ni sea proporcional al objetivo perseguido por la norma que no es otro que la protección de los derechos del menor sustraído. En este contexto debe tenerse en cuenta que, a pesar de la falta de armonización, el principio de reconocimiento mutuo se configura como piedra angular del sistema de cooperación tanto en el ámbito civil como en el penal.

70. La coexistencia de ambas vías implica, en ocasiones, el desarrollo de procedimientos paralelos en distintos Estados miembros y ante jurisdicciones diferentes a través de los cuales se adopten decisiones que puedan resultar contradictorias. El Derecho internacional privado, teniendo en cuenta los diferentes principios que informan el proceso civil y el proceso penal, ofrece los instrumentos necesarios para arbitrar soluciones en el marco del proceso civil en el espacio judicial europeo que garanticen la tutela de los intereses presentes y, en particular, la protección del menor sustraído ilícitamente.

⁷⁴ STS de 2 de junio de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2150)