

1º CURSO ASIME; OCTUBRE 2016

SUSTRACCION INTERNACIONAL DE MENORES

- I. INTRODUCCION, METODOLOGÍA Y NIVEL**
- II. FUENTES Y CONCEPTOS BÁSICOS**
- III. TEXTO**
- IV. CASOS PRÁCTICOS**

I. INTRODUCCION

1. La globalización que ha marcado el mundo desde finales del siglo pasado, ha conllevado cambios importantes en la configuración de las familias, que a su vez se han visto afectados por la modernización. Al término de la segunda guerra mundial la familia era constituido por padre, madre e hijos, siendo el padre cabeza de familia y la madre quien se encargada de casa e hijos, todos ellos de la misma nacionalidad y religión, y posiblemente de la misma localidad. A fecha de hoy no sería posible definir en pocas palabras las familias. Parejas mixtas por nacionalidades, parejas homosexuales, parejas que emigran, familias reconstituidas, y todas ellas sin el arraigo a una localidad concreta sino viajando por el mundo por motivos diversos.

Esta diversidad de las situaciones familiares no tiene por qué ser más problemática que las situaciones tradicionales. Sin embargo, cuando se producen los problemas, las crisis de pareja, las soluciones son más difíciles de encontrar. En todas las crisis de pareja, uno de los problemas más cadentes es la situación de los hijos menores de edad. Si las cuestiones sobre la patria potestad, la custodia, las responsabilidades parentales son conflictivas en un entorno monocultural y local, el elemento internacional puede hacer explotar este conflicto.

En el marco de estos conflictos se produce la sustracción internacional interparental de menores.

En este curso iremos explicando qué es la sustracción internacional de menores, los procedimientos judiciales y extrajudiciales que pueden instarse, las excepciones y soluciones que ofrece el derecho internacional y nacional, y las consecuencias penales.

En esta parte, nos centraremos en la definición de la sustracción de menores.

2. Metodología

Este curso está formado por un pequeño texto explicativo, con referencia a literatura, jurisprudencia, fuentes a consultar y la normativa aplicable. Al final se tratan dos casos prácticos. Se espera del alumno que resuelve los casos tras el estudio y lectura de toda la documentación indicada.

Tras el envío del curso, el alumno debe mandar por correo electrónico en el plazo de 30 días las respuestas, y recibirá la corrección en el plazo de 15 días, con el certificado de aprovechamiento, en su caso.

3. Nivel

Este curso es de nivel básico para aquellos profesionales interesados en la sustracción de menores que no han llevado casos o, habiéndolos llevado, quieren refrescar la materia.

II. NORMATIVA APLICABLE, FUENTES, LITERATURA Y JURISDICCION

Normas sustanciales

1. Convenio de La Haya de 1980, de aspectos civiles de la sustracción internacional de menores
2. Convenio de 19 de octubre de 1996, Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños
3. Reglamento 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

Convenios bilaterales

Normas de procedimiento español

1. LEC art 778 quater y siguientes

FUENTES Y LITERATURA

En la página web de la Conferencia de La Haya se ha dedicado una sección a la sustracción de menores. En ella, se puede consultar los trabajos preliminares, el Informe sobre su interpretación de Elisa Pérez Vera, jurisprudencia de diferentes países por artículo y las guías de buenas prácticas para su aplicación. Toda esta documentación es imprescindible para el buen entendimiento y la correcta aplicación del Convenio de 1980.

<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/specialised-sections/child-abduction>

JURISPRUDENCIA

En el caso de la sustracción de menores, debe tenerse en cuenta la jurisprudencia nacional e internacional. Hasta el momento no hay jurisprudencia del Tribunal Supremo, puesto que las resoluciones terminaban en Autos, no recurribles en casación. Desde las modificaciones incluidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil por la Ley de Jurisdicción Voluntaria de 15/2015 las resoluciones de (no) retorno serán sentencias. Legalmente, cabría casación.

La jurisprudencia internacional relevante proviene del Tribunal Europeo de Derecho Humanos, así como del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (por ejemplo Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en 497/2010, fundamentos 52-55).

CONCEPTOS BÁSICOS

1. Residencia habitual del menor -> indica la ley aplicable
2. Derecho de custodia -> Contenido de acuerdo con ley de residencia habitual
3. Infracción de derecho de custodia -> decisión sobre cambio de residencia

III. LA SUSTRACCION INTERNACIONAL DE MENORES

1. Objetivo del Convenio 1980

El Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción de menores tiene como objetivo luchar contra la sustracción internacional de menores por entender que es el interés del menor el retorno inmediato a su situación de base, la vuelta al status quo antes de que se produjera la sustracción.

Y así lo expresa en su artículo primero:

“La finalidad del presente Convenio será la siguiente:

a) garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante”

De este primer artículo, se deduce que hay dos formas de sustracción: el traslado y la retención.

El traslado se produce cuando un progenitor se lleva a los menores fuera del país de residencia; la retención cuando después de un periodo vacacional no retorna a los menores al país de residencia.

Y con ellos damos con el primer problema en cuanto a la aplicación e interpretación del Convenio: la residencia habitual del menor.

2. Residencia habitual

El país de residencia NO ES el país de origen y tampoco es el de la nacionalidad ni de los niños ni de los padres. Es el país donde vive el niño, donde tiene su centro de vida. Pero hay muchas situaciones en las que no es fácil fijar este lugar. Pensemos en familias donde ambos progenitores tienen empleos internacionales y viajan con frecuencia, pensemos en situaciones en las que la crisis se produce al poquísimo tiempo de haber emigrado la familia, pensemos en estancias temporales autorizadas...

El Convenio 1980 no incluye una definición de dónde es la residencia del menor. Debemos buscarla por tanto en su interpretación y aplicación, y en otra normativa que puede ser

aplicable al caso, como el Convenio de La Haya de 1996 y el Reglamento Bruselas IIbis (cuando sean aplicables, claro).

La residencia habitual del menor de acuerdo con el Convenio de La Haya 1996 y el Reglamento 2201/2003 no es el lugar donde el menor se encuentra en un determinado momento. De ser así, se cambiaría de residencia cada vez que uno se traslade de fin de semana, de vacaciones o de puentes.

El concepto de residencia habitual es propio del Reglamento Bruselas II bis, y se define como donde el niño tenga su “centro social de vida”, y en el caso de lactantes o menores muy pequeños, es el entorno social y familiar de la persona de la que depende (como recoge la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en 497/2010, fundamentos 52-55). El Convenio de La Haya mantiene este mismo criterio.

Pues bien, una vez fijada lo que es la residencia del menor, cualquier traslado a otro país (o retención) pueden ser constitutivos de sustracción ilícita.

3. Sustracción ilícita

La sustracción será considerada ilícita, de acuerdo con el art. 3 del Convenio de La Haya si se ha producido

a. “con infracción de un **derecho de custodia atribuido**, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, **con arreglo al derecho vigente en el Estado** en el que menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención;

b. y cuando este derecho **se ejercía de forma efectiva**, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención”.

Y con esta definición tenemos los primeros problemas que se deben a que los sistemas legislativos no son iguales ni siquiera en la Unión Europea.

4. Derecho de custodia

“El derecho de custodia” se explica en cada país de diferente manera. Según el derecho español la elección del lugar de residencia (y por tanto, de un hipotético traslado) forma parte de la “patria potestad”, pero en otros países el derecho de custodia incluye este derecho de traslado. Así, una madre con residencia en España que tiene atribuida la guarda y custodia de

los hijos pero mantiene compartida con el padre la patria potestad, no podría trasladarse sin la autorización del padre (o del juez, como veremos más adelante).

Y para complicarlo más: en los casos donde aún no hay sentencia que atribuya la custodia a una de las partes (porque no se han divorciado todavía o ni siquiera están casados), también hay importantes diferencias entre los países, que sobre todo afectan a las parejas de hecho. Un padre no casado en España que reconoce al menor, tiene desde ese mismo momento y por la simple inscripción de su paternidad la patria potestad, y por tanto derecho a decidir sobre el lugar de residencia de su hijo. Pero para que un padre en la misma situación en Países Bajos o Alemania tenga la patria potestad, deberá reconocerse expresamente e inscribirse en un registro público. Así, una madre no casada con residencia en España y los hijos reconocidos por el padre comete sustracción de menores si se traslada sin autorización. La misma madre desde Países Bajos o Alemania solo lo cometería si estuviera inscrito en el mencionado registro.

Por tanto, siempre hay que valorar si el progenitor que reclama el retorno tenía un derecho de custodia.

En base a esta definición cabe negarse el retorno por no haberse acreditado que el traslado se haya producido con infracción de un derecho de custodia. A modo de ejemplo, podemos mencionar un caso de tres hermanos, cada uno con diferente situación. Se trataba de una pareja de holandeses. Habían tenido tres hijos. La madre tenía la guarda y custodia sobre el mayor atribuida en sentencia de divorcio. Sobre la hija segunda, nacida después del divorcio, ambos progenitores tenían la patria potestad ya que se había inscrito en el oportuno registro en Holanda, y en cuanto al tercero, el bebé, sí había sido reconocido por el padre, pero la madre no había autorizado la inscripción de la patria potestad en el registro, y por tanto, la madre tenía sola la patria potestad. El juez decidió que solo se había producido una sustracción de menores referente a la hija mediana.

Pues esto en cuanto a comprobar si se ha vulnerado un derecho de custodia, pero además se debe valorar si ese progenitor estaba efectivamente ejerciendo la custodia (salvo que se lo haya imposibilitado el otro progenitor). Un ejemplo real trató el caso de una madre paraguaya, que vino a España hace unos seis años, dejando a su hijo de dos años con el padre y acordando que el padre tuviera la guarda y custodia. Años después, vino el niño de vacaciones a España y la madre no lo retornó. El padre pidió el retorno, pero el juez consideró que en este caso el padre no estaba ejerciendo la custodia, ya que trabajaba mucho y quien se hacía cargo del menor era la nueva pareja del padre. El niño se quedó en España.

Hay que tener en cuenta que otras personas o instituciones pueden ostentar la patria potestad, como abuelos o los servicios sociales.

5. Conclusión

Por tanto, resumiendo, se produce la sustracción cuando con el traslado o retención fuera del país de residencia habitual, se vulnera el derecho de custodia de un progenitor y éste estaba ejerciendo de forma efectiva la custodia. Los derechos de custodia deben incluir el derecho de decidir sobre la residencia, de acuerdo con la ley de residencia habitual.

Y el convenio marca como norma general que en caso de haberse producido un caso de sustracción, el menor debe retornar al país de residencia, salvo que se den algunas de las excepciones, que veremos en el siguiente curso

IV. CASOS PRÁCTICOS

CASO PRÁCTICO I

Pareja de ingleses tiene un hijo en común, que actualmente tiene dos años. El niño nació en el Reino Unido, donde igualmente vivían sus padres, aunque separados. El menor vivía con la madre.

Al cabo de un tiempo, el padre cambió su residencia a España, pretendiendo establecerse aquí. La madre lo visitaba frecuentemente, aprovechando que no tenía un empleo fijo en Inglaterra y que el niño era pequeño y sin obligaciones escolares. Durante estas visitas, la madre y el menor se quedaban en el apartamento que había alquilado el padre, con él. En una última visita, se produjo una pelea entre los progenitores. El padre echó a la madre de la casa, impidiéndola el acceso a la casa, e impidiéndola igualmente acercarse al menor. Alegó problemas de alcohol de la madre. Empadronó al niño en su domicilio, le apuntó a una guardería y le dio de alta en el Servicio de Salud local.

La madre tras unos días de vivir en la calle por no tener adonde acudir, finalmente consigue ayuda a través de un grupo religioso. Asiste a las reuniones de alcohólicos anónimos y le ofrecen cobijo a bajo coste. No quiere irse de España sin su hijo.

Mientras tanto, el padre inició un procedimiento de medidas paternofiliales de acuerdo con la legislación española, y la madre solicitó el retorno del menor en base al Convenio de La Haya.

PREGUNTAS

1. Residencia habitual del menor
2. Legislación aplicable a la cuestión de derecho de custodia
3. Posible infracción de este derecho
4. ¿Se ha producido una sustracción ilícita de menores?

CASO PRÁCTICO II

Un matrimonio formado por un español y una ecuatoriana con residencia en España. Tienen dos niños, de 2 y 4 años. Durante las vacaciones de navidad, la madre se fue con los niños a pasar las fiestas en Ecuador. Al ser pequeños, la madre salió a principios de diciembre. El padre se reunió con ellos justo antes de las fiestas y vuelve nada más empezar el año nuevo. La madre se quedó con los menores. El padre volvió a Ecuador en marzo, y tras unos meses decidió volverse a España, dejando escrito por notario su disconformidad con que los niños vivan en Ecuador, pero no inicia ningún procedimiento de retorno.

Posteriormente, la madre viajó en otoño a Londres, con los niños, para visitar a una hermana. El padre fue a visitarlos y aprovechando un descuido de la madre, se llevó los niños a España.

La madre solicita retorno de los menores en base al Convenio de La Haya

PREGUNTAS

1. Residencia habitual del menor
2. Legislación aplicable a la cuestión de derecho de custodia
3. Posible infracción de este derecho
4. ¿Se ha producido una sustracción ilícita de menores?

LAS RESPUESTAS DEBEN INCLUIR:

1. Normativa aplicable
2. Jurisprudencia relevante (nacional o internacional)
3. Explicación de la respuesta