

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL
EN CASO DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL
DE MENORES A TERCEROS ESTADOS: ANÁLISIS
DE LA SENTENCIA DEL TJUE DE 24 DE MARZO
DE 2021, SS vs MCP, asunto 603/20

INTERNATIONAL JURISDICTION IN CASE OF INTERNATIONAL
CHILD ABDUCTION TO THIRD STATES: AN ANALYSIS
OF THE CJEU JUDGMENT OF 24 MARCH 2021, SS v MCP,
CASE 603/20

M.^a AURORA CAPARRÓS MORENO

Estudiante de Doctorado en Unión Europea.
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

Sumario: *I. Introducción. II. Hechos de la Sentencia objeto de estudio. III. Normativa considerada en la Sentencia. III.A Normativa convencional. III.B Derecho de la Unión Europea más relevante aplicable al caso planteado. III.C. Derecho de Reino Unido aplicable al caso. IV. Precedentes jurisprudenciales existentes sobre la materia. IV.A Sentencia TJUE de 17 de octubre de 2018, asunto C-393/18 UD y XB. IV.B Sentencia Court Appeal Division de 29 de julio de 2014 en asunto Re H (Abduction Jurisdiction) [2014]. V. Análisis de conceptos claves para la resolución de asunto. V.A. Ámbito de aplicación territorial del Reglamento Bruselas II bis. V.B Principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y de confianza mutua. V.C. Interpretación del artículo 10 del Reglamento Bruselas II bis. V.C.1 En cuanto al tenor literal. V.C.2 En cuanto a su relación con otros instrumentos internacionales: Convenio de La Haya de 1996 y Convenio de La Haya de 1980.V.D Criterio de proximidad e interés superior del menor. VI. Conclusiones*

Resumen: En este trabajo se va a analizar el contenido de la SJUE de 24 de marzo de 2021, asunto C-603/20 PPU, donde el TJUE interpreta por primera vez el alcance el artículo 10 del Reglamento Bruselas II bis. El estudio va a abordarse desde distintos enfoques teniendo en cuenta: la perspectiva jurisprudencial, —estudiando los precedentes existentes en la materia, tanto en Reino Unido como por parte del TJUE—; la perspectiva conceptual, analizando el tenor literal actual; las Propuestas anteriores, y, por último, su necesaria coordinación con el Convenio de La Haya de 1996 y Convenio de La Haya de 1980. Finalmente será objeto de examen si el fallo es acorde a los principios que rigen el Derecho de la Unión Europea tales como principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales, de confianza mutua, de proximidad e interés superior del menor.

Palabras claves: sustracción internacional de menores, tercer Estado, competencia judicial, residencia habitual, *perpetuatio fori*.

Abstract: This paper will analyze the content of the SJUE of 24 March 2021, case C-603/20 PPU, where the CJEU interprets for the first time the scope of Article 10 of the Brussels II a Regulation. The study will be approached from different perspectives, taking into account: the jurisprudential perspective, —studying the existing precedents on the matter, both in the United Kingdom and by the CJEU—; the conceptual perspective, analyzing the current wording; the previous Proposals, and, finally, their necessary coordination with the 1980 Hague Convention and the 1996 Hague Convention. Finally, it will be examined whether the ruling is in accordance with the principles governing European Union Law, such as the principle of mutual recognition of judicial decisions, mutual trust, proximity and the best interests of the child.

Key words: international child abduction, third State, jurisdiction, habitual residence, *perpetuation fori*

Recepción original: 01/03/2022

Aceptación original: 20/04/2022

I. INTRODUCCIÓN

1. El objeto de este estudio es el análisis de la Sentencia de 24 de marzo de 2021, asunto C-603/20 PPU-MCP¹, donde por primera vez el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE), interpreta el alcance del artículo 10 del *Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000*², (en adelante Reglamento Bruselas II bis).

2. La cuestión suscita mucho interés tanto por la novedad de la propia cuestión prejudicial presentada, como por las posturas enfrentadas que mantienen, *por un lado*, el Abogado General en sus conclusiones³ y, *por otro*, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su decisión final sobre el asunto. Así, el Abogado General concluye que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde el menor tenía su anterior residencia habitual (antes del traslado o retención ilícita) mantienen la competencia sin límite temporal. En cambio, el TJUE sostiene que cuando se constata que un menor, fruto de una sustracción o retención ilícita, ha adquirido la residencia habitual en un tercer Estado, el artículo 10 no resulta aplicable, y que la competencia del órgano jurisdiccional ante el que se va a dilucidar el asunto deberá ser determinado de conformidad con los convenios internacionales aplicables o, a falta de convenio internacional, con arreglo a artículo 14 de dicho Reglamento Bruselas II bis⁴.

3. La importancia de esta Sentencia radica en la necesidad de interpretación del artículo 10, toda vez que no se encuentra contemplado en el tenor literal del mismo la competencia del órgano jurisdiccional en caso de traslado, o retención ilícita de un menor a un tercer Estado, si bien existía algún precedente en la jurisprudencia inglesa —como más adelante trataremos—, hecho que hizo a la High Court of Justice (England & Wales), Family

El presente trabajo se adscribe al Proyecto PID2020-114611RB-I00, “PROTECCIÓN DEL MENOR EN LAS CRISIS FAMILIARES INTERNACIONALES. (ANÁLISIS DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL Y DE LA UNIÓN EUROPEA)” concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

¹ ECLI:EU:C:2021:231

² “DOUE” núm. 338, de 23 de diciembre de 2003, páginas 1 a 29 (29 págs.).

³ Conclusiones del Abogado General Sr. Athanasios Rantos presentadas el 23 de febrero de 2021 en el asunto C-603/20 PPU. ECLI:EU:C:2021:126.

⁴ Apartado 63 de la Sentencia objeto de estudio.

Division, en adelante High Court of Justice, elevar la cuestión prejudicial ante el TJUE⁵.

⁵ El Reglamento Bruselas II bis será sustituido por el Reglamento 2019/1111, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida) (DO L178 de 7 de febrero de 2019), en adelante Bruselas II ter. Mantiene el concepto de “residencia habitual” como punto de conexión para atribuir a los órganos jurisdiccionales de un Estado la competencia judicial. La competencia en caso de traslado o retención ilícita de un menor está contemplada en el art. 9 del Reglamento Bruselas II ter; no se observan cambios de calado en la nueva redacción salvo: *primero*, en esta nueva redacción señala la pérdida de competencia del órgano jurisdiccional del Estado miembro antes de la retención o traslado ilícito cuando el menor haya residido en ese otro Estado miembro durante al menos un año desde que el titular de la custodia tuviese, o hubiera debido tener, conocimiento del paradero del menor, que el mismo esté integrado, y como novedades encontramos que el apartado iii) precisa el archivo de una demanda de restitución por motivos distintos a los contemplados en el art.13.1.b) o 13.2 del Convenio de La Haya de 1980, así como el apartado iv) que requiere que no se haya acudido a ningún órgano jurisdiccional según lo dispuesto en el art.29.3 y 5 en el Estado miembro donde el menor tenía su residencia habitual y, *segundo*, la posibilidad de elección del órgano jurisdiccional por las partes, se prevé que las partes libremente convengan o acepten expresamente la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde el menor haya sido trasladado, o se encuentre retenido, elección que no se haya condicionada a que dicho procedimiento tenga conexión con otro procedimiento que se encuentre pendiente en el órgano jurisdiccional elegido por las partes, novedad ésta recogida en el Reglamento Bruselas II ter acogiendo la doctrina establecida por la STJUE de 12 de noviembre de 2014, C-656/13, caso *L y M*, y siempre que se cumplan determinadas condiciones.

En relación con el nuevo Reglamento pueden consultarse, entre otros, los siguientes trabajos: BIAGIONI, G., “Il nuovo regolamento (UE) 2019/1111 relativo alla competenza, al riconoscimento e all’esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale, e alla sottrazione internazionale”, *Rivista di Diritto Internazionale*, Vol. 102, N.º4 (2019), págs. 1169-1178; CARPNETO, L., “Impact of the best interest of the child on the Brussels II Ter Regulation”, *Fundamental Rights and Best interest of the child in transnational families*, 2020, págs. 265-286; CORNELOUP, S., KRUGER, T., “Le Règlement 2019/1111, Bruxelles II: la protection des enfants gagnés du ter(rain)”, *Rev. Crit. DIP*, 2020/ N.º 2, págs. 215-245; FORCADA MIRANDA, F.J., *Comentarios prácticos al Reglamento 2019/1111. Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*, Edt. Sepin, 2020; HERRANZ BALLESTEROS, M., “El Reglamento (UE) 2019/1111 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial, de responsabilidad parental y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida): principales novedades”, *REDI*, Vol. 73/2, julio-diciembre 2021, Madrid, págs. 229-260; JURIK, B., “Règlement Bruxelles II ter: le changement, ce n’est pas pour maintenant”, *Journal d’actualité des droits européens*, N.º20/2019; MUSSEVA, B., “The recast of the Brussels IIa Regulation: the sweet sour fruits of unanimity”, *ERA Forum* 21, (2020) págs.129-142; RODRIGUEZ PINEAU, E., “El nuevo Reglamento (UE) 2019/1111 en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores”, *La Ley Derecho de Familia*, N.º26, 2020; NOURISSAT, C., “Retour sur le règlement (UE) 2019/1111 du 25 juin 2019 dit règlement “Bruxelles II bis refondu” ou règlement “Bruxelles II ter”, *Procédures*, n.º1, janvier, (alerte 1), (2020).

4. A lo largo del estudio defenderé la conveniencia de los argumentos dados por el TJUE y con ello la decisión que finalmente adopta. Principalmente en base a: *de un lado*, la necesaria coordinación con otros instrumentos internacionales como el *Convenio relativo a la competencia, ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996*⁶, (en adelante Convenio de La Haya de 1996), y el *Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, firmado el 25 de octubre de 1980*⁷ (en adelante Convenio de La Haya de 1980), y *de otro lado*, a la interpretación dada por el TJUE sobre conceptos claves para la determinación del órgano jurisdiccional competente, en concreto: el concepto de proximidad y el concepto de interés superior del menor.

II. HECHOS DE LA SENTENCIA OBJETO DE ESTUDIO

5. La cuestión prejudicial se eleva al TJUE por la High Court of Justice porque al Tribunal le surgen dudas en cuanto al alcance de la competencia del órgano jurisdiccional otorgada por el artículo 10 del Reglamento Bruselas II bis, toda vez que va a conocer sobre una cuestión que afecta a la responsabilidad parental sobre una menor, de nacionalidad británica, pero que lleva residiendo en India desde octubre de 2018.

6. La complejidad de los supuestos de sustracción internacional de menores aconseja una explicación detallada de los hechos con el fin de aclarar cuál fue la situación que originó la cuestión prejudicial. Una pareja de nacionales indios, con permiso de residencia en Reino Unido, ostentan ambos la responsabilidad parental sobre su hija menor. La madre viaja a India con la menor primero con el consentimiento del padre en noviembre de 2017. Regresa a Reino Unido en abril de 2018. En octubre de ese mismo año la madre vuelve a trasladar a la menor de nuevo a India ya sin que consentimiento del padre. La progenitora regresa a Reino Unido sin la menor. El padre sostiene que él se ha ocupado del cuidado de su hija hasta el momento en que la madre trasladó a la menor a India en octubre de 2018.

7. El progenitor señala que fue a visitar a la menor en 2019 a India, pero que la madre no le permitió verla. El padre solicita la restitución

⁶ BOE núm. 291, de 2 de diciembre de 2010, págs. 99837 a 99868.

⁷ BOE núm. 202, de 24 de agosto de 1987, págs. 26099 a 26105.

de la menor a Reino Unido, así como el derecho de custodia, y subsidiariamente, en caso de que le fuera denegada la custodia, se le conceda un régimen de visitas.

8. La madre afirma que es ella quien se ha ocupado del cuidado de la menor desde su nacimiento, y que el padre nunca se ha involucrado en su educación ni en su cuidado, señala que sufría malos tratos tanto ella como su hija, y que huyó a India en noviembre de 2017, porque no tenía ayuda en Reino Unido, después regresó y volvió a huir en octubre de 2018. Sostiene que cuando el padre estuvo en India, no fue a visitar a la niña. En abril de 2019 la menor viaja a Reino Unido durante dos semanas para regularizar la situación administrativa, ya que el visado en India no permitía residir más de 180 días. La madre quiere que la menor permanezca en India con la abuela materna. La madre reside en Reino Unido. Y a largo plazo desea que la menor pase tiempo tanto en India como en Reino Unido.

9. El proceso jurisdiccional se inicia debido a que la madre solicita en noviembre 2019 al Juzgado de Chelmsford la autorización para el cambio de jurisdicción de la menor, instando al Juzgado que declarase que la menor tenía residencia habitual en India.

10. El Juzgado de Chelmsford se declaró competente en base a la residencia habitual de la menor, pese a que la misma se encontrara residiendo en India hacía un año. La competencia judicial internacional es cuestionada por la High Court, ya que en todo momento se señaló que la menor residía en India, si bien el alto tribunal entiende que el malentendido puede haber sido ocasionado por el hecho de que en todo momento se señaló que la madre era la que cuidaba a la menor, y la misma sí tenía residencia habitual en Reino Unido, pero era inexacto, puesto que la menor se encontraba al cuidado de la abuela materna en India. La segunda vista que se celebra en relación con la solicitud de la madre agrava más el error de jurisdicción del Juzgado. El padre señaló que no tuvo conocimiento de esta solicitud hasta el 5 de agosto de 2020.

11. A finales de agosto de 2020 el padre solicita a la High Court of Justice la devolución de la menor, ciudadana británica, a Reino Unido, y en caso de que la madre se encuentre en India, o en otro lugar, se dicte orden de retorno de ambas. El Tribunal señala que el padre no solicitó que la menor fuese puesta bajo tutela judicial, y que la solicitud de que la madre vuelva a Reino Unido no es sostenible.

12. A principios de septiembre de 2020 hay otra nueva audiencia, donde no se trata la competencia judicial internacional, y el Auto dictado por el Tribunal recoge un acuerdo aparente entre las partes señalando que el Tribunal de Reino Unido y Gales tiene la competencia

sobre la base de que tanto los padres, como la menor, tienen residencia habitual en Reino Unido. Como señala posteriormente la High Court of Justice en su Sentencia, más que un acuerdo entre las partes, de dicho auto se induce que es el Juzgado el que se declaró satisfecho sobre la jurisdicción sobre la base que entendía que no había disputa entre ambos litigantes respecto a la jurisdicción. La madre mostró su disconformidad y recurrió el auto señalando que la menor no tenía residencia habitual en Reino Unido, por lo que dicho Tribunal no tiene competencia. La resolución del recurso a la fecha que se dicta la Sentencia de la High Court todavía no era conocido.

En septiembre de 2020 se dicta otro nuevo auto donde se señala que las partes han aceptado la competencia del Juzgado de Inglaterra y Gales. La High Court of Justice otra vez señala que no acierta a comprender esta situación ya que la madre no aceptó dicha competencia.

13. Queda claro de estos hechos: que la menor no ha visto a su padre desde octubre de 2018, es decir, en un periodo de 22 meses antes de la presentación de asunto a la Sala; que la menor ya tenía su residencia habitual en India, y se encontraba completamente integrada en su entorno familiar y social, así como que durante dicho periodo no se ha reconocido prestación de alimentos alguna a la menor en Reino Unido.

14. La High Court of Justice considera que la madre podría haber cometido una sustracción internacional por el traslado de la menor a India sin el consentimiento paterno, y/o por su retención en India. Es un hecho que en agosto de 2020 la menor ya tenía residencia habitual en India, por lo que señala que no tiene jurisdicción según la norma establecida en el artículo 8 del Reglamento Bruselas II bis. Entiende que estamos ante un caso de sustracción internacional, porque el traslado o la retención se ha producido con infracción del derecho de custodia que tiene el padre, ya que dicho derecho de ejercía de forma efectiva en el momento del traslado o de la retención de la menor.

III. NORMATIVA CONSIDERADA EN LA SENTENCIA

III.A. Normativa convencional

15. El TJUE en el desarrollo de su resolución se refiere a dos instrumentos internacionales de origen convencional fundamentales: *de un lado*, Convenio de La Haya de 1980, y *de otro*, al Convenio de La Haya de 1996.

16. El Convenio de La Haya de 1980, texto del que India no era parte cuando ocurren los hechos, y por lo tanto no aplicable al caso planteado, puede servir de criterio inspirador para los Estados contratantes, como se señala en el Informe explicativo realizado por Doña Elisa Pérez-Vera, en su apartado 37 *in fine*⁸. *Este texto tiene como objetivo principal el mantenimiento del status quo* anterior a la sustracción⁹, buscando con ello desincentivar las sustracciones internacionales. La restitución del menor es su regla general, intentando garantizar su rápida restitución con el objetivo de mantener el derecho de custodia existente en el Estado de origen antes de que se produjese la sustracción¹⁰, y evitar con ello que el secuestrador pueda obtener algún beneficio con la sustracción¹¹.

17. Respecto del Convenio de La Haya de 1996, al que tampoco se había adherido India al momento de los hechos, contiene normas relativas a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de responsabilidad parental, pero además incluye normas sobre ley aplicable. La UE decidió vincularse por el Convenio de La Haya de 1996, a través de los Estados Miembros, ya que el texto del Convenio sólo reconoce la condición de parte a los Estados soberanos, y compartiendo la competencia externa con éstos para las materias no reguladas a nivel europeo¹².

⁸ Los Estados contratantes pueden inspirarse en las disposiciones del convenio, “*aunque el Convenio sólo alcance la plenitud de sus objetivos entre los Estados contratantes, las autoridades de cada uno de los Estados tienen perfecto derecho a inspirarse en las disposiciones convencionales para tratar otras situaciones similares*”. Informe explicativo de la Haya. *Publicaciones de la HCCH*. <https://assets.hcch.net/docs/43df3dd9-a2d5-406f-8fdc-80bc423cdd79.pdf>.

⁹ Con este objetivo en su articulado encontramos una doble prohibición: el artículo 17 que señala que los Tribunales de la sustracción no pueden vincular la decisión de restitución a decisiones sobre el fondo, y el artículo 16 que señala que los Tribunales no pueden entrar a conocer sobre el fondo del asunto —referido al derecho de custodia— mientras se encuentre pendiente un proceso de restitución. Asimismo en el texto se altera el juego normal de la residencia habitual, y en caso de traslado o retención ilícita y siempre que haya transcurrido menos de un año, se ordenará la restitución inmediata, (en otros casos el periodo de un año se consideraría suficiente para acreditar la residencia habitual), y como vía complementaria a ésta, se encuentra en la prohibición a los Tribunales del Estado de la sustracción a conocer sobre el fondo del asunto hasta que se haya dictado, en su caso, una decisión de no retorno del menor.

¹⁰ El Convenio de La Haya es aplicable aún en el caso de que no se encuentre el derecho de custodia reconocido a favor de cualquiera de los progenitores por una resolución judicial.

¹¹ Para el Reino Unido entró en vigor el 1 de agosto de 1986.

¹² Para el Reino Unido entró en vigor el 1 de noviembre de 2012.

III.B. Derecho de la Unión Europea más relevante aplicable al caso planteado

18. Como sabemos, Reino Unido ha abandonado la UE, mediante la Decisión (UE) 2020/135, de 30 de enero de 2020, relativa a la celebración del Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la UE¹³ (en adelante Acuerdo de Retirada). En el artículo 86 señala que el TJUE continuará siendo competente para pronunciarse sobre las peticiones de decisión prejudicial presentadas por los órganos jurisdiccionales del Reino Unido antes del final del periodo transitorio¹⁴.

19. El Reglamento Bruselas II bis no modificó las normas relativas a las crisis matrimoniales, pero modificó las normas relativas a la protección de los hijos¹⁵. En los Considerandos se establecen criterios de interpretación del articulado sobre normas de competencia, determinando que éstas se organizan en función del interés superior del menor y del criterio de proximidad¹⁶, así como el reconocimiento de los principios y derechos recogidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante CDFUE), especialmente respecto a los menores¹⁷. El Reglamento Bruselas II bis tiene como objetivo la unificación en los Estados miembros, tanto de las normas de competencia judicial internacional, como de reconocimiento de decisiones en materia matrimonial y en materia de responsabilidad parental.¹⁸

20. El ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas II bis comprende las materias civiles relativas a la responsabilidad parental, estableciendo el artículo 8 la competencia general de los órganos jurisdiccionales del Estado de la residencia habitual del menor en el momento de la presentación de la demanda.

¹³ “DOUE” núm. 29, de 31 de enero de 2020, págs. 1 a 188 (188 págs.)

¹⁴ Según el artículo 126 del Acuerdo de Retirada, el periodo transitorio comenzó en la fecha de entrada en vigor del Acuerdo (1 de febrero de 2020) y finalizó el 31 de diciembre de 2020. La cuestión prejudicial fue planteada por la High Court of Justice (Family Division) en 6 de noviembre de 2020, dentro del periodo transitorio mencionado.

¹⁵ BORRÁS, A. “Bruselas II, Bruselas II bis, Bruselas II ter”. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm.38, diciembre 2019.

¹⁶ Considerando 12.

¹⁷ Considerando 33.

¹⁸ OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P. “Diez años de aplicación e interpretación del Reglamento Bruselas II bis sobre crisis matrimoniales y responsabilidad parental (análisis de los aspectos de competencia judicial internacional)”. *La Ley Unión Europea*, núm.21, 2014, págs..5-22.

21. El artículo 10 versa sobre la competencia en caso de sustracción de menores, estableciendo la conservación de la competencia del órgano jurisdiccional del Estado miembro donde el menor tenía su residencia habitual antes del traslado o retención ilícita hasta que el menor haya adquirido una residencia habitual en otro Estado miembro, y que el titular que ostente el derecho de custodia haya dado su conformidad, o bien que el menor, habiendo residido en ese otro Estado miembro durante un periodo mínimo de un año desde que el titular de la custodia haya tenido, o hubiere debido tener conocimiento, del paradero del menor, se encuentre integrado, y se cumplan alguna de las siguientes condiciones: a) que en ese año no se haya presentado ninguna demanda de restitución ante las autoridades del Estado miembro donde se encuentre el menor, b) que se haya desistido de una demanda de restitución sin haber presentado una nueva en el plazo de un año, c) que se haya archivado una demanda presentada ante un órgano jurisdiccional del Estado miembro donde el menor tenía su residencia habitual y d) que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde el menor tenía su residencia habitual antes del traslado o retención ilícita hayan dictado una resolución sobre el fondo que implique la no restitución.

22. También debemos tener en cuenta el artículo 24 de la CDFUE, dedicado a los derechos del menor, el cual establece el derecho de los niños a la protección y los cuidados necesarios para su bienestar, reconociéndoseles el derecho a expresar su opinión y a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos con su padre o madre, todo ello en beneficio del interés superior del menor.

III.C. Derecho de Reino Unido aplicable al caso

23. El Abogado General introduce brevemente en sus Conclusiones el marco legal británico de fuente interna. Señala que los artículos 1 a 3 de la Family Law Act 1986 recogen la competencia de los órganos jurisdiccionales de Inglaterra y Gales para pronunciarse en materia de responsabilidad parental¹⁹. La competencia de los Tribunales de Reino Unido viene regulada en el artículo 2 de la Family Law Act²⁰, precepto que remite al Reglamento Bruselas II bis, fruto de la obligatoriedad y la aplicabilidad directa de los Reglamentos.

¹⁹ Apartado 18.

²⁰ “Los órganos jurisdiccionales de Inglaterra y Gales sólo podrán dictar una resolución en virtud del artículo 1, apartado 1, letra a), en relación con un menor cuando: a) sean competentes con arreglo al [Reglamento n.º 2201/2003] [...]”

24. Además de esta norma de competencia, existe en Reino Unido un principio según el cual la competencia del Tribunal de Reino Unido puede venir determinada por la competencia *parens patriae*²¹. Se trata de un principio desarrollado jurisprudencialmente que intenta proteger a los menores, evitando cualquier daño que se pueda producir a los mismos²². Para ello extiende la competencia de los Tribunales nacionales sobre todos los menores nacionales ingleses²³, con independencia del lugar donde se encuentren²⁴, sobre la base de que “un niño de nacionalidad británica, tanto si se encuentra en este país, como fuera de él, tiene un deber de lealtad al soberano y, por tanto, tiene derecho a la protección”²⁵.

Ahora bien, no es un principio absoluto, el Tribunal tiene que valorar las circunstancias y la necesidad de protección del menor, así como tener en cuenta una serie de circunstancias al objeto de su ejercicio: *en primer lugar*, la posibilidad de entrar en conflicto con el esquema de competencia recogido entre los Estados implicados; *en segundo lugar*, se tendrá que analizar si puede dar lugar a decisiones conflictivas entre las jurisdicciones con las que el menor tiene vinculación; y *en tercer lugar*, apreciar si puede originar órdenes no ejecutables, es decir, si puede generar conflictos internacionales con otros Estados con los que exista un marco jurídico internacional²⁶. Además de los elementos citados, siempre se debe valorar la posibilidad de daño para el menor, sobre todo en la lesión de los derechos re-

²¹ Re A (A Child) [2020] EWHC 451 (Fam). Párrafo 7: “Como señalé en *HB v A Local Authority and Anor (Wardship: Costs Funding Order)* [2017] EWHC 524 (Fam), sus orígenes se encuentran en el período feudal cuando, como incidencia de la tenencia, a la muerte de un arrendatario, el señor se convertía en tutor de las tierras y el cuerpo del heredero infantil superviviente (véase *Lowe, N. y White, R. Wards of Court 1986, 2.ª ed.*)”.

²² Lord Eldon LC in *Wellesley v Duke of Beaufort* (1827) 2 Russ 1, at 18 “it has always been the principle of this Court, not to risk the incurring of damage to children which it cannot repair, but rather to prevent the damage being done”. Es un principio que se sigue aplicando actualmente por los Tribunales de UK.

²³ Sentencia *Hope v Hope de GM & G* 328 p. 344-345, reconocida también por la Sentencia *Re P (GE) (An Infant)* [1965] Ch 568 donde Lord Denning MR señaló: “The court here always retains a jurisdiction over a British subject wherever he may be, though it will only exercise it abroad where the circumstances clearly warrant it: see *Hope v Hope* (1854) 4 De GM & G 328; *In re Willoughby* (1885) 30 Ch D 324; *R v Sandbach Justices, ex p Smith* [1951] 1 KB 62. “The Crown protects every child who has his home here and will protect him in respect of his home. It will not permit anyone to kidnap the child and spirit it out of the realm. Not even its father or mother can be allowed to do so without the consent of the other. The kidnapper cannot escape the jurisdiction of the court by such a stratagem.”

²⁴ *A v A an another (Children Habitual Residence)* (Reunite International Child Abduction Centre intervening) [2013] UKSC paragraph 60.

²⁵ Asunto *Re P GE) (An Infant)* [1965]. P. 568 a 587.

²⁶ Asunto *Re B (A Child)* [2016] UKSC 4. P. 59 a 61.

conocidos en los artículos 2 o 3 del *Convenio Europeo de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma en 1950*, (en adelante CEDH)²⁷.

25. Tampoco podemos olvidar la figura existente en el ordenamiento jurídico británico conocido como *chasing order*, que supone una alteración del derecho de custodia como “respuesta/sanción” a la propia sustracción a través de la adopción, inmediata y automática, de una decisión sobre la custodia, atribuyéndola al progenitor que ha sido víctima de la situación de sustracción²⁸.

Ahora bien, la Sentencia dictada por la Corte Suprema de Canadá del 20 de octubre de 1994, *asunto Thomson v. Thomson*²⁹, señala que la *chasing order* dictada hay que ponerla en relación con el Convenio de La Haya de 1980, por lo que la orden no puede hacer por sí misma ilegal, lo que de otro modo no era contrario al Convenio³⁰. Si bien es conocedor de la existencia de precedentes, en los que se ha producido esta situación por las autoridades británicas y australianas, donde procedimientos de custodia se han usado como *chasing order* después del traslado o retención ya sea a favor o en contra de la persona que tenía la custodia en el momento del traslado, como por ejemplo, *Re B.-M.*, supra; y *In the Marriage of W.M. and G.R. Barraclough*, [1987] 11 Fam. L.R. 773 (Fam. Ct. Aust.)³¹.

²⁷ Como ejemplo de dicha ponderación encontramos el asunto *Re B; RB v FB and MA (Forced Marriage: Wardship: Jurisdiction)*, en el que la High Court of Justice dictó resolución ejercitando su jurisdicción basándose en el principio *parens patriae*. Dicha orden fue la respuesta a la solicitud de una joven de 15 años, nacida en Pakistán, que nunca había residido en Reino Unido, hija de un ciudadano británico, y a su vez medio hermana de un varón residente en Escocia. Dicha menor había solicitado la ayuda del Alto Comisionado Británico en Islamabad para ir a vivir a Escocia con su hermano con el fin de evitar un matrimonio forzado en Pakistán. El Alto Comisionado Británico tenía conocimiento de que la menor era nacional británica con pasaporte británico e informó a la Unidad de Matrimonios Forzados en Londres al objeto de preparar el retorno de la menor, pero se requería una orden por parte del Tribunal, el cual, valorando los requisitos de dicho principio, y en orden a la excepcionalidad del caso planteado —matrimonio forzado— decide amparar a la menor, y ponerla bajo su tutela.

²⁸ JIMÉNEZ BLANCO, P. (2008) *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Marcial Pons, 2008, pág.15.

²⁹ *Thomson v. Thomson* (1994) 3 S.C.R. 551

³⁰ A “chasing order”, issued after the child has been taken out of the jurisdiction, cannot by itself make unlawful what was otherwise not contrary to the Convention, see *C. v. S. (Minor: Abduction: Illegitimate Child)*, [1990] 2 All E.R. 449 (C.A.), *aff'd* [1990] 2 All E.R. 961 (H.L.); *Re B.-M. (Wardship: Jurisdiction)*, [1993] 1 F.L.R. 979 (H.C. (Fam. Div.)); y *Re N. (Child Abduction: Habitual Residence)*, [1993] 2 F.L.R. 124 (C.A.).

³¹ “In particular, since this case was argued, a number of British and Australian cases have come to my attention where wardship proceedings in England have been used

26. Respecto a las normas que van a determinar la competencia, reconoce la Sentencia de la High Court of Justice en su párrafo 22 que en este caso no puede ser determinada por la Family Law Act, sino por el Reglamento Bruselas II bis, que tiene eficacia directa en Reino Unido; efecto directo que ya había sido reconocido en la Sentencia *In the matter of A (Children)* (AP) [2013] UKSC 60³².

27. En relación a la aplicación espacial del Reglamento Bruselas II bis, sus disposiciones sobre competencia judicial internacional se aplicarán pese a la existencia de una jurisdicción alternativa en un tercer Estado, como ya había recogido la High Court of Justice en el asunto *Re A*³³. Con ello la autoridad británica incorpora la jurisprudencia del TJUE, en su Sentencia de 1 de marzo de 2005³⁴, asun-

as “chasing orders” after the removal of a child to establish wrongful retention whether by or against the person having the right of custody at the time of the removal”.

³² *Re A (Children)* [2014] Pár. 13 “The rules as originally laid down in the 1986 Act have been modified to take account of Council Regulation (EC) No 2201/2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, otherwise known as the Brussels II revised Regulation (“the Regulation”), which is of course directly applicable in United Kingdom law. They also now take account of the 1996 Hague Convention on the Protection of Children, but that was not incorporated into United Kingdom law until after the relevant date for our purposes, which all are agreed is 20 June 2011, when the first order was made”.

³³ *Re A (Children)*[2014] FLR 111, [2014] 1 All ER 827 Pár. 33 “...The relevance of *Owusu v Jackson* is merely to reinforce the conclusion that the jurisdiction provisions of the Regulation do indeed apply regardless of whether there is an alternative jurisdiction in a non-Member State”

³⁴ Los hechos del asunto brevemente son: el Sr. Owusu, nacional de Reino Unido y domiciliado en dicho país, sufrió un accidente muy grave cuando se encontraba en Jamaica de vacaciones al zambullirse en el mar en una zona no profunda, quedando tetrapléjico. El Sr. Owusu ejerció acción en Reino Unido contra el Sr. Jackson, domiciliado en Reino Unido, y varias sociedades jamaicanas, si bien, el Sr. Jackson y algunas de las sociedades solicitaron declinatoria de jurisdicción al entender que el litigio tenía más conexiones con Jamaica que con Reino Unido, y que los órganos jurisdiccionales de Jamaica eran los competentes. El Juez de Primera Instancia entiende que debido a que el Sr. Owusu y el Sr. Jackson se encuentran domiciliados en Reino Unido, y que pese a que a que existan puntos de conexión con el resto de demandadas en Jamaica, no podía suspender el procedimiento, puesto que el Convenio de Bruselas no se lo permitía, ya que en caso contrario se corría el riesgo de que órganos jurisdiccionales de dos Estados tuvieran que juzgar los mismos hechos con pruebas idénticas o similares, y llegar a conclusiones inconciliables, por lo que desestimó la declinatoria. Frente a dicha resolución se alzaron el Sr. Jackson y varias sociedades demandadas, si bien, la Court of Appeal decide elevar cuestión prejudicial. El TJUE señala que el artículo 2 del Convenio de Bruselas se aplica al caso de que existan relaciones entre órganos jurisdiccionales de un único Estado contratante y los de un Estado no contratante, pero no a las relaciones entre los órganos jurisdiccionales de varios Estados contratantes, y respecto a la compatibilidad con la excepción del *forum no conveniens*, señala que el artículo 2 de dicho Convenio tiene carácter imperativo, y que las únicas excepciones son las contempladas en el Convenio, donde la

to C-281/02, *Owusu v Jackson*, al que nos remitiremos en apartado siguiente³⁵.

IV. PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES EXISTENTES SOBRE LA MATERIA

28. En la Sentencia que analizamos al Tribunal inglés le surgen dudas respecto a la interpretación del artículo 10 del Reglamento Bruselas II bis, no en cuanto a la literalidad, sino por la existencia de datos en la jurisprudencia anterior aparentemente contradictorios y no concluyentes, que hacen dudar de la seguridad del precepto³⁶.

Por un lado, la Sentencia TJUE de 17 de octubre de 2018 en el asunto C-393/18 PPU *UD y XB*, en su interpretación del artículo 8 en relación con el 10, tratado como *obiter dicta*³⁷, *se refieren a conflictos de competencia entre Estados miembros, y no a los conflictos entre un Estado miembro y un tercer Estado. Por otro lado*, existe cierta práctica judicial británica que da una interpretación más amplia del ámbito territorial del artículo 10 del Reglamento Bruselas II bis, cuyo máximo exponente es la Sentencia Court Appeal Division de 29 de julio de 2014 en asunto *Re H (Abduction Jurisdiction)* [2014] EWCA Civ 1101, [2015] 1 WLR 863, [2015] 1 FLR 1132 at 38-53 por Black LJ.,).

IV.A. Sentencia TJUE de 17 de octubre de 2018, asunto C-393/18 *UD y XB*

29. El TJUE en su sentencia de 17 de octubre de 2018, en el asunto *UD y XB*, responde a la cuestión prejudicial planteada por la High Court of Justice, sobre si la presencia física del menor en un Estado

misma no se encuentra prevista, además, el respeto del principio de seguridad jurídica no se garantizaría si se permitiese a los órganos jurisdiccionales que aplicaran la excepción del *forum non conveniens* y podría poner en peligro la aplicación uniforme de las reglas de competencia que contiene el Convenio.

³⁵ Vid. *Infra*. Apartado 32.

³⁶ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. “Desplazamiento ilícito de menores de un Estado miembro a un tercer Estado y Reglamento 2201/2003. Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de marzo de 2021, asunto C-603/20 PPU”. *La Ley Unión Europea*, N.º92, mayo 2021.

³⁷ STJUE 17.10.2018, caso *UD v XB*, apartado 33 “no estamos ante una disposición cuyos términos y aplicación implican necesariamente un conflicto potencial entre varios Estados miembros (artículo 9,10 y 15 Reglamento Bruselas II bis)”. ECLI:EU:C:2018:835.

miembro era un elemento esencial de la residencia habitual en el sentido del artículo 8 del Reglamento Bruselas II bis³⁸.

30. La primera cuestión a la que responde el TJUE es sobre su propia competencia para resolver la cuestión prejudicial, ya que el Gobierno del Reino Unido entiende que no es competente, puesto que el conflicto surge entre un Estado miembro, Reino Unido, y un tercer Estado, República Popular de Bangladesh, interpretando que el Reglamento Bruselas II bis sólo es aplicable a situaciones transfronterizas dentro de la Unión Europea, por lo que en este caso debe aplicarse el Derecho nacional³⁹.

31. Para dilucidar si ostenta o no competencia, el TJUE valora la aplicación espacial del texto. Comienza señalando que el artículo 1 del Reglamento Bruselas II bis no limita el ámbito de aplicación territorial, y que entre sus objetivos está el de crear un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en el que se garantice la libre circulación de personas, con este fin debe adoptar medidas de cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza, y que las normas de competencia del Reglamento Bruselas II bis no se aplicarán únicamente a situaciones entre Estados miembros.

³⁸ Recordemos los hechos: la demandante, en este caso la progenitora era nacional de Bangladesh, país donde contrajo matrimonio en 2013 con el padre, de nacionalidad británica. Ambos instalaron su residencia habitual en Reino Unido y en diciembre de 2016 viajaron a Bangladesh donde nace la menor el 2 de febrero de 2017. En enero de 2018, el padre regresa a Reino Unido sin la menor y sin la madre. El 20 de marzo de 2018, la madre presentó procedimiento judicial ante la jurisdicción británica, solicitando que la menor fuera puesta bajo su tutela, y que se ordenara el retorno de ambas a Reino Unido, al objeto de poder comparecer ante dicho órgano. Entendía que dicho órgano era el competente porque en el momento de presentar la demanda, la menor residía habitualmente en Reino Unido. El padre, en cambio, negaba tal competencia. El tribunal remitente lo primero que se cuestiona es si la menor tiene residencia habitual en Reino Unido en el sentido del artículo 8 apartado 1 del Reglamento Bruselas II bis, y se cuestiona si es la presencia física de la menor en un Estado miembro elemento esencial de la residencia habitual.

³⁹ El Gobierno inglés entendía que el Reglamento se había adoptado bajo los criterios de los artículos 61 c) y 67.1 TCE con el fin de establecer un espacio de libertad, de seguridad y justicia, y que el Consejo adoptaría medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, pero entre los Estados miembros. Se generó un gran debate doctrinal sobre si la Unión Europea se estaba extralimitando la aprobar normas que se aplicaban a situaciones con repercusión transfronterizas con terceros Estados, pero que no estaban vinculadas con el correcto funcionamiento del mercado interior. Este debate se zanjó con el Tratado de Lisboa (DOUE C 306/1), el cual en su artículo 81 recoge que la Unión Europea desarrollará una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, en particular cuando resulte necesario para el buen funcionamiento del mercado interior, y entendiendo inserto dentro de dicho concepto situaciones más allá del mismo.

32. El TJUE⁴⁰, como reconoce el Abogado General⁴¹, comparte el argumento seguido por el TJUE en el caso *Owusu v Jackson*⁴² y el *Dictamen 1/03 de 7 de febrero de 2006*⁴³, que señalan que el Convenio de 27 de septiembre de 1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, con el claro objetivo de facilitar el funcionamiento del mercado común mediante la adopción de normas de atribución de competencia para los litigios relativos al mismo, y reducir las dificultades relativas al reconocimiento y ejecución de sentencias, entiende que se debe realizar una unificación de las normas de competencia en los litigios que presenten un elemento de extranjería, por lo que el artículo 2 se debe entender en el sentido de que se atribuye la competencia a los órganos jurisdiccionales del domicilio del demandado, pese a que existan terceros Estados no firmantes del Convenio.

33. El TJUE sigue argumentando que la aplicación de la norma general de competencia en materia de responsabilidad parental establecida en el artículo 8 en modo alguno está supeditada al requisito de que exista una relación jurídica que implique a varios Estados miembros⁴⁴, dado que: *de un lado*, no estamos ante una disposición cuyos términos y aplicación implican necesariamente un conflicto potencial entre varios Estados miembros como son los artículos 9, 10 y 15 Reglamento Bruselas II bis⁴⁵. *De otro lado*, el Reglamento no contiene ninguna disposición que limite expresamente el ámbito de aplicación territorial de todas las normas relativas a la competencia establecidas en él⁴⁶, a diferencia de lo que ocurre con las normas que rigen el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales donde el Tribunal ya se ha pronunciado sobre su incompetencia para

⁴⁰ Sentencia TJUE asunto C-393/18 PPU párrafo 40.

⁴¹ Conclusiones del Abogado General Sr. Henrik Saugmandsgaard OE, presentadas el 20 de septiembre de 2018. Apartado 27. ECLI:EU:C:2018:749

⁴² El TJUE señaló que el órgano jurisdiccional de un Estado contratante no puede declinar su competencia basándose en la consideración de que un órgano jurisdiccional de un Estado no contratante constituye un foro más adecuado para conocer del litigio, con ello el TJUE descarta la aplicación de la excepción de *forum non conveniens* utilizada previamente por la Court of Appeal (Reino Unido) de 1992, *In Re Harrods (Buenos Aires) Ltd (1992 Ch 72)* donde se admitió que los órganos jurisdiccionales ingleses podían renunciar a ejercer la competencia que les atribuyó el art. 2 del Convenio de Bruselas de 1968, por lo que el Tribunal inglés se encuentra en la obligación de ejercer la competencia judicial internacional que tiene en aplicación citado precepto. Por lo que el Tribunal inglés se encuentra en la obligación de ejercer la competencia judicial internacional que tiene en aplicación citado precepto.

⁴³ ECLI:EU:C:2006:81

⁴⁴ Sentencia TJUE asunto C-393/18 PPU párrafo 32.

⁴⁵ Sentencia TJUE asunto C-393/18 PPU párrafo 33.

⁴⁶ Sentencia TJUE asunto C-393/18 PPU párrafo 36.

resolver cuestiones prejudiciales relativas al reconocimiento de una resolución, por ejemplo, en caso de divorcio dictada por un tercer Estado⁴⁷.

34. Conforme a lo anterior, el TJUE entiende que no se puede concluir que la norma de competencia establecida en el artículo 8, apartado 1, se deba aplicar sólo a litigios que impliquen relaciones entre órganos jurisdiccionales de Estados miembros⁴⁸, por lo que admite que la determinación de la competencia establecida en el artículo 8, basada en la residencia habitual, se pueda aplicar a supuestos donde el menor haya adquirido la residencia habitual en un tercer Estado y no en otro Estado miembro.

35. Cuestión distinta será determinar si es necesaria la presencia física de un menor en un Estado miembro para que pueda considerarse que reside habitualmente en él. Señalando el TJUE que un menor debe haber estado físicamente en un Estado miembro para que pueda considerarse que reside habitualmente en su territorio⁴⁹.

⁴⁷ Sentencia TJUE asunto C-393/18 PPU párrafos 33 y 35.

⁴⁸ Sentencia TJUE asunto C-393/18 PPU párrafo 39.

⁴⁹ Respecto a la presencia física y la voluntad de los progenitores, padres de un lactante, en orden a la determinación de la residencia habitual, se había pronunciado anteriormente el TJUE en la Sentencia de 8 de junio de 2017, *asunto C-111/17 PPU OL y PQ* (ECLI:EU:C:2017:436). En este caso el TJUE había señalado que cuando el menor es un lactante, su entorno familiar viene determinado por la persona o personas de referencia que lo guardan y cuidan de él y que comparte el entorno social y familiar, por lo que si el lactante se encuentra bajo la guardia de su madre en un Estado miembro distinto del que reside habitualmente el padre, para la determinación de la residencia habitual, debe considerarse la duración, la regularidad, las condiciones y las razones de la estancia de la madre en el territorio del primer Estado miembro, y también, tanto los orígenes geográficos y familiares de la madre, como las relaciones familiares y sociales que mantiene la madre y el menor en ese Estado miembro. La intención de los padres de establecerse con el menor en un Estado miembro puede tenerse en cuenta cuando se expresa a través de determinadas circunstancias externas, pero no puede ser decisiva por sí sola para determinar la residencia habitual de un menor; sino que constituye un “indicio” que puede completar un abanico de otros elementos concordantes. En base a lo anterior el TJUE determina que, adoptar como criterio preponderante la intención inicial de los progenitores de que uno de ellos regrese acompañado del menor a un segundo Estado miembro, que era la residencia habitual de ambos antes del nacimiento del menor, estableciendo con ello la regla general y abstracta de que la residencia habitual de un lactante es la de sus padres, va más allá del concepto de residencia habitual del Reglamento, concluyendo que es incompatible con dicho concepto considerar que la intención inicial de los padres de que el menor resida en un determinado lugar prima sobre el hecho de que el menor haya permanecido de manera ininterrumpida en otro Estado miembro desde su nacimiento.

IV.B. Sentencia Court Appeal Division de 29 de julio de 2014 en asunto Re H (Abduction Jurisdiction) [2014]⁵⁰

36. La Sentencia Court Appeal Division de 29 de julio de 2014 en asunto Re H (Abduction Jurisdiction) [2014] trata sobre la competencia de los Tribunales ingleses en caso de que los menores hayan sido desplazados a un tercer Estado⁵¹.

37. En primera instancia el Tribunal no considera que los menores sean residentes habituales en Reino Unido, debido a la edad que tenían cuando fueron trasladados y al hecho de que llevaban cinco años residiendo en Bangladesh cuando se presentó el asunto al Tribunal, y ello, pese al criterio seguido en el caso Re A (Children)⁵² sobre la aplicación espacial del Reglamento Bruselas II bis —sus disposiciones sobre competencia judicial internacional se aplicarán pese a la existencia de una jurisdicción alternativa en un tercer Estado—, y pese a que el Tribunal pueda tener jurisdicción por ser los menores ciudadanos británicos en base a la competencia *parens patriae*. En consecuencia, decide que el caso debe ser dilucidado en Bangladesh.

38. Sin embargo, en el recurso de apelación, al analizar la competencia judicial internacional en caso de sustracción o retención ilícita de menores contemplada en el artículo 10 del Reglamento Bruselas II bis, el Tribunal entiende que sí tiene competencia. Para ello se hace eco de una jurisprudencia anterior (asunto Re A)⁵³ que señala el Tri-

⁵⁰ Re H (Abduction: Jurisdiction) [2014] EWCA Civ 1101.

⁵¹ Recordemos los hechos: los padres, originarios de Bangladesh, contrajeron matrimonio e instalaron su residencia habitual en Reino Unido, donde nacieron los niños en 2007 y 2008, ambos son ciudadanos británicos. Cuando los menores tienen 14 meses y 6 semanas, la familia viaja a Bangladesh. El padre regresa solo a Reino Unido en agosto de 2008. Entre 2009 y 2012 el padre hace tres viajes a Bangladesh con una duración total de 2 años. La última vez que ve a los niños es en noviembre de 2012, si bien había tenido contacto telefónico frecuente con los niños. El padre denuncia que la madre había retenido ilícitamente a los menores a Bangladesh, debido a que la misma no quiere volver a Reino Unido, por ello solicita amparo al Tribunal inglés en orden a la devolución de los menores a Reino Unido. La madre no comparece ante el Tribunal, órgano jurisdiccional que supone que lo sostenido por la madre es el abandono del padre. El padre entiende que los órganos jurisdiccionales británicos tienen jurisdicción sobre la base de la residencia habitual británica de los menores o por su nacionalidad.

⁵² *Vid. supra* 27.

⁵³ En el asunto Re A, la madre solicitaba la orden de restitución de los hijos a Inglaterra, el Tribunal Supremo sostuvo que dicha orden era una orden relativa a la responsabilidad parental, en el sentido dado por el artículo 1 del Reglamento de Bruselas II bis, y señaló que las disposiciones de competencia del Reglamento se aplican con independencia de que exista una jurisdicción alternativa en un Estado miembro. *Vid. supra* 27. Y señala también en el párrafo 30 “no hay nada en las diversas atribu-

bunal inglés tenía competencia en el caso de traslado/retención ilícita de un niño a un tercer Estado, y basándose en dichos precedentes en su decisión determina que es competente porque los menores no han adquirido la residencia habitual en otro Estado miembro⁵⁴.

Ahora bien, el Tribunal de apelación señala que no puede responder a la pregunta de si un Tribunal puede declinar la competencia que tiene en virtud del Reglamento Bruselas II bis, porque tener la competencia no significa su ejercicio y que, en este caso, el resultado del ejercicio sería la desestimación del asunto. Lo anterior no significa que esté denegando la jurisdicción, sino que es una conclusión positiva a la que llega el Tribunal tras ejercer dicha competencia, y valorar que lo mejor para los menores es no dictar ninguna orden⁵⁵, debido a que no está en la mejor posición para resolver el asunto, por la falta de documentación y de conocimiento real de los hechos, con conocimiento de que se han tramitado varios procedimientos en Bangladesh, así como debido al tiempo transcurrido (6 años), donde los menores ya no tendrán ningún recuerdo de Reino Unido, y en base al principio de interés superior del menor, rechaza el asunto y no dicta orden de restitución.

V. ANÁLISIS DE CONCEPTOS CLAVES PARA LA RESOLUCIÓN DE ASUNTO

39. En el caso planteado ante el TJUE no queda ninguna duda de que, pese a que la menor se encuentre en India al cuidado de la abuela materna, los padres ejercen la patria potestad sobre la menor, y por lo tanto son titulares de la responsabilidad parental⁵⁶, puesto que no hay ninguna resolución que les prive o suspenda de la misma.

ciones de competencia del capítulo II que las limite a los casos en que la jurisdicción rival es otro Estado miembro”.

⁵⁴ Párr.53: “In those circumstances, working, as the judge did, upon the basis that the father’s case as to wrongful retention is accepted, jurisdiction is retained in the courts of England and Wales by virtue of Article 10 and has not been lost, because the children have not yet acquired a habitual residence in another Member State”.

⁵⁵ Párr. 73 “In short, to use the language of Re C (see §59 above), I can see no solid reason in the interests of the children to continue the proceedings further and I consider that the appropriate outcome is that they should end with no order made”

⁵⁶ La “responsabilidad parental” es un concepto autónomo y propio que debe ser interpretado de manera de manera extensiva (STJUE 21 octubre 2015, C-215/15, *Vasilka Ivanova Gogova*. ECLI:EU:C:2015:710), abarca, en particular, “todas las decisiones relativas al derecho de custodia y a la residencia del menor” (Auto TJUE 3 octubre 2019, C-759/18, *OF vs. PG*.ECLI:EU:C:2019:816).

V.A. **Ámbito de aplicación territorial del Reglamento Bruselas II bis**

40. El Abogado General, Sr. Athanasios Rantos, en sus conclusiones parte de que “el Reglamento Bruselas II bis no establece su ámbito territorial”⁵⁷. Se refiere también al precedente establecido en el caso *UD*⁵⁸, y señala que se debe aplicar el Reglamento Bruselas II bis en base al criterio de competencia general establecido en el artículo 8.1 de dicho instrumento según la interpretación dada por el TJUE.

Además señala que, el hecho de que la STJUE en el caso *UD* el Tribunal señalase que “a diferencia de lo que ocurre con otras disposiciones del Reglamento, como los artículos 9,10 y 15, y cuyos términos implican necesariamente que su aplicación depende de un potencial conflicto de competencia entre los órganos jurisdiccionales de varios Estados miembros”, fue una declaración *obiter dictum*, basada en un razonamiento *a sensu contrario*, por lo que tiene un valor limitado, puesto que el TJUE no interpretó en aquella decisión el alcance del artículo 10⁵⁹. Continúa argumentando que la Guía práctica del Reglamento, apartado 4.2.1.1, señala que, en el caso estudiado, la competencia sólo puede atribuirse al nuevo Estado miembro en condiciones muy estrictas, y que dicha Guía carece de fuerza obligatoria, por lo que no puede vincular al Tribunal en su interpretación.

41. El TJUE, por su parte, en su Sentencia no hace referencia alguna a la definición del ámbito territorial por el Reglamento. Señala que el artículo 10 es una regla de competencia especial, que neutraliza la aplicación de la regla contenida en el artículo 8, y que, en caso de sustracción o traslado ilícito, y si el menor ha adquirido la residencia habitual en un Estado fuera de la UE, no se puede aplicar el artículo 8.1. Una situación distinta se daría si hubiera adquirido su residencia habitual en otro Estado miembro y, en consecuencia, la norma de competencia establecida en el artículo 10⁶⁰ no es aplicable, por lo que no se justifica el mantenimiento sin límite temporal de la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde el menor tenía su residencia habitual antes del traslado o retención ilícita⁶¹.

⁵⁷ Apartado 39.

⁵⁸ Donde el TJUE estableció que el artículo 8.1 puede aplicarse a relaciones jurídicas que impliquen a terceros Estados, pese a que no se establezca así en el dicho artículo

⁵⁹ Apartado 79 y 80.

⁶⁰ La cual permite excluir la competencia que podrían invocar los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la nueva residencia habitual con fundamento en la regla general.

⁶¹ Apartado 46 de la Sentencia.

42. Es un hecho asumido que cada norma de competencia del Reglamento posee un ámbito de aplicación independiente⁶². El Reglamento Bruselas II bis define su ámbito de aplicación material en el apartado 1⁶³, pero como ya hemos dicho, no define su ámbito de aplicación territorial, ahora bien, el mismo se aplicará en todos los Estados miembros, excepto Dinamarca.

43. El Abogado General sostiene que en este caso se debe aplicar el artículo 10, puesto que estamos ante un caso de sustracción de una menor, y que es *lex specialis* que prevalece sobre la ley general⁶⁴. Hecho sobre el que coincide el TJUE, y señala que, al recoger el artículo 10 una regla de competencia especial neutraliza el efecto que la regla de aplicación de competencia general establecida en el artículo 8.1 produciría en caso de sustracción internacional, a saber, la transferencia de la competencia al Estado miembro en que el menor, a raíz de la sustracción, adquiera la residencia habitual, y la interpretación de la regla de competencia especial debe ser en sentido estricto, por lo que no puede darse una interpretación que vaya más allá de los supuestos explícitamente contemplados en el Reglamento de que se trate.

44. La interpretación dada por el TJUE sobre la aplicación del artículo 8 a relaciones jurídicas con terceros Estados, no implica *per se* que dicha interpretación deba ser aplicada al artículo 10 —ya que cada norma de competencia tiene un ámbito de aplicación diferente—, máxime cuando el artículo 10 contempla un posible conflicto de competencia con otro Estado miembro, por lo que el supuesto de partida no es mismo⁶⁵.

El artículo 8 otorga la competencia a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde el menor tenga su residencia habitual al momento de presentar la demanda, y el artículo 10 implica un potencial conflicto con otro Estado (miembro o no). Si entendemos que el

⁶² ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. “Desplazamiento ilícito de menores de un Estado miembro a un tercer Estado...”, *op. cit.*, pág.12.

⁶³ “1. El presente Reglamento se aplicará, con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional, a las materias civiles relativas:

a) al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial;

b) a la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental.”

⁶⁴ Sentencia TJUE de 20 de septiembre de 2018, asunto C-518/17, Rudigier, que señala: “De este modo, el artículo 7, apartado 2, del Reglamento n.º 1370/2007 impone obligaciones más específicas que las previstas por las Directivas 2014/24 y 2014/25 y, como *lex specialis*, prevalece sobre estas últimas (véase, en este sentido, la sentencia de 27 de octubre de 2016, Hörmann Reisen, C-292/15, EU:C:2016:817, apartado 47).

⁶⁵ Como ya señaló la STJUE caso UD en su apartado 33.

objetivo del artículo 10 del Reglamento no es otro que establecer la regla de inalterabilidad de la competencia para el caso de sustracciones de la residencia habitual del menor, esto implica que *este artículo no atribuye competencia, sino que establece las pautas sobre el funcionamiento del foro de competencia basado en la residencia habitual del menor cuando ha mediado sustracción*⁶⁶.

Es decir, el artículo 10 señala que los Tribunales de la residencia habitual *conservarán* la competencia hasta tanto en cuanto se produzca algunas de las circunstancias de las contempladas dicho artículo a favor del Estado de la sustracción (miembro o no), por lo tanto, esta competencia, si es *conservada* es porque anteriormente ha sido otorgada en base a otra norma de competencia, por lo que puede ser que el Tribunal del Estado miembro sea competente (si el menor tenía su residencia habitual en un Estado miembro antes de la sustracción, o incluso si hay un tercer Estado implicado), pero hay que hacerse la siguiente pregunta en relación con el supuesto planteado y la interpretación conjunta de ambos artículos, ¿mantienen dicha competencia en caso de exista la una sustracción internacional?

45. Por lo expuesto, desde este enfoque, el Abogado General sostiene que la norma de competencia general establecida en el artículo 8.1 del Reglamento puede aplicarse a litigios no sólo entre Estados miembros, este argumento le lleva a afirmar que el órgano jurisdiccional del Estado miembro sea competente sin límite temporal en caso de sustracción a un tercer Estado. Entiendo que dicha conclusión no es ajustada, el TJUE en la Sentencia del caso *UD* lo que hace al interpretar el artículo 8 es señalar que tiene competencia para conocer de un asunto, pero no entra a valorar la posible pérdida de la competencia en el caso de sustracción o en diferentes situaciones recogidas por la norma⁶⁷.

46. Y siguiendo con dicho argumento, en caso de sostener la competencia del órgano jurisdiccional de Estado Miembro sin límite tem-

⁶⁶ Comparto el argumento de la profesora Pilar Jiménez Blanco sobre que el artículo 10 no atribuye competencia, sino que establece las pautas sobre el funcionamiento del foro de competencia basado en la residencia habitual del menor cuando ha mediado una sustracción, y ello porque el término “conservarán” expresa la idea de que los tribunales ya competentes en virtud del foro de residencia habitual del art.8 mantendrán esta competencia hasta que se produzcan las circunstancias expresadas en el artículo 10 a favor de los tribunales del Estado de la sustracción. JIMÉNEZ BLANCO, P. *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*. Marcial Pons, pp. 175 y ss.

⁶⁷ Por ejemplo, en el caso de prórroga de competencia contemplada en el artículo 12.4 donde se prevé que un tercer Estado no firmante de Convenio de la Haya de 1996 pueda tener la competencia

poral no se respetaría el resto de los foros de competencia contemplados en el Reglamento⁶⁸.

V.B. Principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y de confianza mutua

47. Señala también el Abogado General para sostener su conclusión del mantenimiento de la competencia sin límite temporal de las autoridades de la antigua residencia del menor, que la jurisprudencia del TJUE se basa en el principio del reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales⁶⁹, así como en el principio de la confianza mutua⁷⁰. Ambos principios obligan a todos los Estados miembros a respetar el Derecho de la Unión, y muy especialmente los Derechos Fundamentales, pero si el traslado se produce a un tercer Estado, la cooperación y confianza mutua que prevé el Derecho de la Unión no puede aplicarse⁷¹.

48. El Reglamento Bruselas II bis tiene la finalidad, tal como se desprende de su preámbulo, de crear un espacio judicial basado en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales

⁶⁸ A modo de ejemplo, en caso de que la competencia de un órgano jurisdiccional de un tercer Estado al que ha sido trasladado un menor de manera ilícita ha sido aceptada por ambos progenitores, si sostenemos que la competencia de la residencia habitual anterior se mantiene sin límite temporal, estaríamos vulnerando la prórroga de competencia contemplada en el artículo 12.1 o 12.3 del Reglamento Bruselas II bis, según el caso, sin olvidar que ese tercer Estado no aplicaría las disposiciones del Reglamento.

⁶⁹ Regulado en el art. 81 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. "DOUE" núm. 83, de 30 de marzo de 2010.

⁷⁰ Definición del principio de confianza mutua: Dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia, de 18 de diciembre de 2014 sobre la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, ECLI:EU:C:2014:2454; párr. 191.

El principio de confianza mutua obliga a cada uno de los Estados miembros a considerar, salvo en circunstancias excepcionales, que todos los Estados miembros respetan el Derecho de la Unión, y muy especialmente los derechos fundamentales, y posibilita que toda situación jurídica válida y existente en un Estado miembro de la UE, sea considerada válida y existente en los demás Estados miembros de la UE, siempre que se respeten los principios fundamentales que integran el orden público internacional del Estado miembro de destino. Véase Proyecto de medidas para la aplicación del principio de mutuo reconocimiento de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, de fecha 15 enero 2001 (*DOCE* C 12, de fecha 15 enero 2001). Véase también en relación con este la interpretación de este Proyecto, GONZÁLEZ BEILFUSS, C., "El Proyecto de medidas para la aplicación del principio de mutuo reconocimiento de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil", *Revista Española Derecho Internacional*, vol. LII (2000), n.º 2, págs. 662-669.

⁷¹ Apartado 63 de las Conclusiones del Abogado General.

mediante el establecimiento de normas que regulan la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia de responsabilidad parental⁷². El principio de confianza mutua viene recogido en el Considerando 21 del Reglamento Bruselas II bis, y ambos principios desarrollan su eficacia dentro de la Unión Europea, es decir, entre Estados miembros, y al ser India un tercer Estado, no entiendo aplicable dichos principios al supuesto planteado ante el TJUE, puesto que en ningún caso se le podrá exigir su respeto a dicho Estado.

V.C. Interpretación del artículo 10 del Reglamento Bruselas II bis

V.C.1. En cuanto al tenor literal

49. El Abogado General a este respecto entiende que del tenor literal del artículo 10 se puede extraer la siguiente conclusión: si el menor es trasladado a un Estado miembro, el órgano jurisdiccional de la residencia habitual del menor será competente hasta tanto en cuanto haya obtenido la residencia habitual en otro Estado miembro⁷³; ahora bien, si es trasladado a un tercer Estado, la competencia seguirá siendo del órgano jurisdiccional del Estado miembro, puesto que no se ha producido el segundo “hecho” que dicta el artículo, es decir, que haya obtenido la residencia habitual en otro Estado miembro.

50. El TJUE señala que del tenor literal del artículo solo se puede extraer la conclusión de que ese artículo regula únicamente la competencia en caso de sustracción de menores entre los Estados miembros, que consta de una única frase, y que no puede interpretarse en el sentido de que se compone de dos partes distintas, una de las cuales permitiría de manera autónoma justificar el mantenimiento por principio de la competencia de los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro sin límite temporal como en el caso planteado⁷⁴.

51. En este punto considero interesante el estudio de las propuestas presentadas antes de la redacción del texto definitivo del Reglamento Bruselas II bis. La *Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia de responsabilidad parental presentadas por la Comi-*

⁷² STJUE de 2 de agosto de 2021, Asunto C-262/21 PPU. Apartado 46. ECLI:EU:C:2021:640.

⁷³ Apartado 53 de las Conclusiones del Abogado General.

⁷⁴ Apartado 42 de la Sentencia.

*sión el 6 de septiembre de 2001*⁷⁵, señalaba en su artículo 5 que en el caso de sustracción de menores, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el cual el niño tenía su residencia habitual antes del traslado o retención conservarán su competencia hasta que el niño haya adquirido su residencia habitual en otro Estado y que, o bien cada titular de la responsabilidad parental haya consentido al traslado o retención, o bien que el menor haya residido durante un año en este nuevo Estado después del conocimiento del progenitor de su paradero, y no se haya presentado ninguna demanda de restitución, y el menor se halle integrado en su nuevo Estado.

Los Considerandos 7⁷⁶ y 8⁷⁷ indicaban la presunción de competencia del órgano jurisdiccional del Estado miembro donde el me-

⁷⁵ Propuesta del Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia de responsabilidad parental. (2001/C 332 E/11).

Artículo 5 Sustracción de menores:

1. Los órganos jurisdiccionales competentes con arreglo al artículo 3 ejercerán su competencia a tenor de lo dispuesto en el Convenio de La Haya, de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, en caso de traslado o retención ilícitos de un niño, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el cual el niño tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o su retención conservarán su competencia hasta que el niño haya adquirido residencia habitual en otro Estado, y que

a) cada titular de la responsabilidad parental haya consentido al traslado o retención; o que

b) el niño haya residido en este otro Estado durante un período mínimo de un año después de que el titular de la responsabilidad parental haya tenido conocimiento del paradero del niño o hubiera debido tenerlo, que ninguna solicitud de restitución se haya presentado durante este período y que el niño se haya integrado en su nuevo entorno.

3. No obstante lo dispuesto en las excepciones a la obligación de restitución del niño previstas en el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, en caso de traslado o retención ilícitos de un niño y previa solicitud presentada por un titular de la responsabilidad parental o por una autoridad central, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde se trasladó o retuvo al niño ordenarán la restitución inmediata del niño al Estado miembro que sigue siendo competente de acuerdo con el apartado 2, sin perjuicio de cualquier medida provisional adoptada a tenor del artículo 9 que consideren necesaria.

⁷⁶ Los criterios de atribución de la competencia establecidos en el presente Reglamento se conciben en función del interés superior del niño; que, por lo tanto, son los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el cual el niño tiene su residencia habitual los que deberían ser competentes en primer lugar, excepto en algunos casos de cambio de residencia habitual del niño o de acuerdo entre los titulares de la responsabilidad parental.

⁷⁷ Concretamente, en casos de traslado o retención ilícito del niño, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro al que se trasladó o en el que se retuvo al niño deberían poder adoptar las medidas necesarias para protegerlo, pero remitiendo a

nor tenía su residencia habitual excepto en los casos de cambio de residencia habitual del menor o del acuerdo entre los titulares de la responsabilidad parental, y que en caso de traslado o retención ilícito debe remitir el asunto a los órganos jurisdiccionales competentes.

52. De la lectura de la Propuesta se concluye que en la misma en ningún momento se pretende una jurisdicción sin límite temporal del órgano jurisdiccional del Estado miembro, admitiendo por tanto la posible competencia del órgano jurisdiccional de la residencia habitual de un menor en un tercer Estado.

53. Por otra parte, en la *Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental derogando el Reglamento (CE) n.º 1347/2000 y modificando el Reglamento (CE) n.º 44/2001 en materia de alimentos*⁷⁸, presentadas por la Comisión el 3 de mayo de 2002, sigue el mismo criterio. El artículo 11 no contemplaba el mantenimiento de la competencia del órgano jurisdiccional del Estado miembro en caso de cambio de residencia del niño, sino que mantiene la competencia del mismo hasta que el niño haya residido en el Estado de su nueva residencia por un periodo inferior a seis meses en el momento en que se presente el asunto ante el órgano jurisdiccional, y uno de los titulares de la responsabilidad parental continúen residiendo en el Estado miembro de la residencia anterior del niño, es decir, si el menor ha residido más de seis meses, será competente el órgano jurisdiccional del nuevo Estado. Señala textualmente dicha Propuesta en su Exposición de motivos, en la Sección 2 – Responsabilidad parental *“La propuesta crea un sistema completo de bases de la competencia judicial en resoluciones sobre la responsabilidad parental dirigida a evitar conflictos de competencia. Las normas se han inspirado en gran parte en las normas correspondientes del Convenio de La Haya de 1996”*. *“El criterio básico de la residencia habitual del niño (artículo 10) se matiza en algunos casos de cambio del lugar de residencia habitual del niño (legal o ilegal) o en virtud de un acuerdo entre los titulares de la responsabilidad parental (artículos 11, 12 y 21) y también se incluye un mecanismo de flexibilidad (artículo 15). El objetivo es atribuir la jurisdicción en todos los casos de forma que sirva al interés superior del niño. Estas normas se aplican con independencia de que la residencia habitual del menor esté dentro o fuera de la Comunidad”*.

continuación el asunto a los órganos jurisdiccionales competentes para dictar una resolución en cuanto al fondo.

⁷⁸ Diario Oficial n.º 203 E/155 de 27/08/2002. COM (2002) 222 final -2002/01110(CNS) págs. 0155 – 0178

54. Por su parte, el artículo 21.1 de dicha Propuesta⁷⁹, que trata de la competencia en caso de sustracción de menores, sostiene el mantenimiento de la competencia del órgano jurisdiccional del Estado miembro la residencia habitual del menor; salvo que se den las circunstancias contempladas en el apartado 2 de dicho artículo, no contemplando tampoco la competencia *sine die* del órgano jurisdiccional del Estado miembro.

55. En base a todo lo dicho y haciendo un análisis tanto del tenor literal, como de las propuestas presentadas por la Comisión, al objeto de conocer cuál era el objetivo del legislador, entiendo que tampoco se puede sostener la competencia *sine die* del órgano jurisdiccional del Estado miembro donde el menor tenía su residencia habitual antes de ser trasladado a un tercer Estado.

V.C.2. En cuanto a su relación con otros instrumentos internacionales: Convenio de La Haya de 1996 y Convenio de La Haya de 1980

56. El argumento de la interpretación coherente entre el Reglamento Bruselas II bis y el Convenio de La Haya de 1996 supone, desde mi perspectiva, el aspecto más acertado de la Sentencia, y el argumento determinante para no poder sostener la competencia *sine die* del órgano jurisdiccional del Estado miembro donde el menor tenía su residencia habitual antes de ser trasladado a un tercer Estado en caso de sustracción o retención ilícita.

57. El Abogado General no comparte que se tenga que analizar cómo opera el artículo 7 del Convenio de La Haya de 1996⁸⁰ puesto

⁷⁹ Art. 21.1. En casos de sustracción de menores, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el cual el niño tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o su retención conservarán su competencia. Y sigue señalando en su apartado 2 que el apartado 1 no se aplicará cuando el niño adquiriera su residencia habitual en otro Estado miembro y los titulares de la responsabilidad parental hayan consentido o bien que el niño haya residido en ese otro Estado miembro durante un periodo mínimo de un año después de que el titular de la responsabilidad parental hubiese tenido conocimiento del paradero (o debiera haberlo tenido y que no haya presentado solicitud de restitución, o se haya dictado una resolución de no restitución o no se haya dictado sentencia respecto al fondo y que el menor se halle integrado en su nuevo entorno.

⁸⁰ El artículo 7 del Convenio de La Haya de 1996 prevé la competencia de las autoridades del Estado contratante en que el menor tenía su residencia antes de su retención o su desplazamiento, hasta que, o bien, el titular de la guarda acceda al desplazamiento o retención, o bien, por la residencia habitual del menor por un periodo de un año desde que el titular de la guarda hubiese tenido conocimiento del

que India no es parte Convenio, y señala que hay que acudir bien a los convenios bilaterales o bien a la normativa nacional que regula la competencia de los órganos jurisdiccionales. En este caso concreto entiende que no puede presuponerse que la norma nacional (artículos 1 a 3 de Family Law Act) garantice el mismo nivel de protección, o incluso un nivel de protección más alto que el Reglamento en el caso de sustracción de un menor hacia un tercer Estado⁸¹.

58. El TJUE señala la voluntad del legislador de la Unión de garantizar la coexistencia de la normativa de la Unión en materia de sustracción de menores con la establecida por convenios internacionales⁸², e indica que en caso de mantenimiento de la competencia del órgano jurisdiccional del Estado miembro donde el menor tenía su residencia habitual anterior, implicaría una pérdida de efecto del artículo 7 del Convenio de La Haya de 1996.

59. Pensemos en el caso de traslado de un menor a un Estado contratante, pero no miembro de la Unión Europea, si se mantuviese la competencia sin límite temporal de la autoridad del Estado miembro, dicho artículo 7 quedaría vacío de contenido-como sostiene el TJUE-. También sería contrario a lo establecido en el artículo 52.3 del Convenio de La Haya de 1996⁸³. Extremos perfectamente explicados en la Sentencia del TJUE⁸⁴.

60. El artículo 61 del Reglamento Bruselas II bis⁸⁵ afirma la primacía de mismo sobre el Convenio de La Haya de 1996, conservando el Convenio sus efectos en las materias no reguladas por el Reglamen-

lugar donde se encuentra el menor, y no haya interpuesto acción alguna, y el menor se halle integrado en su nuevo medio.

⁸¹ Apartado 86 de las Conclusiones.

⁸² Se recuerda en la exposición de motivos del informe de la Comisión de Libertades y Derechos de los Ciudadanos, Justicia y Asuntos Interiores del Parlamento Europeo de 7 de noviembre de 2002. Apartado 52 de la Sentencia.

⁸³ Que no permite que los acuerdos que concluyan dos o más Estados contratantes sobre materias reguladas por el Convenio, afecten en la aplicación del mismo en las relaciones estos Estados con los demás Estados contratantes.

⁸⁴ Apartado 55 de la Sentencia.

⁸⁵ Art. 61: En las relaciones con el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, el presente Reglamento se aplicará:

a) cuando el menor afectado tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro;

b) en lo que respecta al reconocimiento y ejecución en el territorio de un Estado miembro de una resolución dictada por el órgano jurisdiccional competente de otro Estado miembro, aun cuando el menor afectado tenga su residencia habitual en un Estado no miembro que sea parte contratante del citado Convenio.

to (art. 62)⁸⁶, si esto es así, y el Convenio tiene primacía sobre lo no regulado en el Reglamento, el artículo 5.2 del Convenio de La Haya de 1996⁸⁷ rechaza la *perpetuatio fori*⁸⁸. Pero, es más en caso de que el cambio de residencia se realice a otro Estado no contratante, el artículo 5 dejará de ser aplicable, y nada se opone a que la autoridad del Estado contratante de la primera residencia habitual conserve su competencia, ahora bien, sin que ello determine que los otros Estados contratantes estén obligados por el Convenio a reconocer las medidas adoptadas por dicha autoridad. Por lo que tampoco se puede extraer de una lectura de dichos preceptos que el espíritu de la norma sea el establecimiento sin límite de la competencia del órgano jurisdiccional del Estado miembro sostenida por el Abogado General.

61. Si analizamos las previsiones del Convenio de La Haya de 1980 se comprueba que el texto no crea un sistema de normas de competencia judicial internacional, sino un procedimiento *ad hoc* que sirva para la rápida restitución del menor al lugar de su residencia habitual⁸⁹. El objetivo principal del Convenio es desincentivar las sustracciones internacionales, garantizando la rápida restitución, y evitar que el secuestrador pueda obtener algún beneficio con la sustracción⁹⁰.

⁸⁶ Art. 62: 1. Los acuerdos y convenios mencionados en el apartado 1 del artículo 59 y en los artículos 60 y 61 seguirán surtiendo efectos en las materias que no estén reguladas en el presente Reglamento.

². Los convenios mencionados en el artículo 60, y en particular el Convenio de La Haya de 1980, seguirán surtiendo efectos entre los Estados miembros que sean partes contratantes de los mismos, respetando el artículo 60.

⁸⁷ Art.5.2: Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 7, en caso de cambio de la residencia habitual del niño a otro Estado contratante, son competentes las autoridades del Estado de la nueva residencia habitual.

⁸⁸ El Convenio de la Haya de 1996 no contempla la *perpetuatio fori*. Como podemos ver en el Informe explicativo de dicho instrumento realizado por Paul Lagarde (apartado 42), señala que en caso de cambio de residencia habitual de un Estado a otro Estado en el momento en que las autoridades de la primera residencia habitual son requeridas para la adopción de una medida de protección, dichas autoridades pierden la competencia para tomar la medida. Las propuestas de algunas delegaciones eran favorables al mantenimiento de la competencia, pero la Conferencia rechazó dicha propuesta, básicamente por la hostilidad a dicho principio, y no era aceptable en el ámbito del Convenio, siendo además la solución que prevalecía para la interpretación del Convenio de 5 de octubre de 1961.

⁸⁹ HERRANZ BALLESTEROS, M. "El Reglamento (CE) núm.2201/2003. Alcance de la reforma en materia de sustracción internacional de menores en el espacio judicial europeo". *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 13/2004,2004.

⁹⁰ Para ello el Convenio establece dos vías diferentes: altera el juego normal de la residencia habitual cuando se produce una situación de sustracción (donde en caso de sustracción, la integración del menor en el Estado de sustracción no se cumplirá automáticamente, y no se valorará según los criterios generales), junto con la previsión contemplada en el artículo 16 consistente en una prohibición para conocer sobre la custodia hasta que se haya dictado una decisión de no restitución del menor,

El texto prevé un desplazamiento para decidir sobre el fondo del asunto del órgano jurisdiccional donde el menor tenía su anterior residencia habitual hacia los órganos de la nueva residencia habitual por dos motivos: *primero*, que no se den los requisitos para la restitución del menor o, *segundo*, por el transcurso del tiempo e inactividad del progenitor que pretende la restitución, y ello puesto en conexión con la adquisición de la residencia habitual en el Estado de la sustracción, ambos son factores determinantes para ordenar la no restitución. De estas excepciones a la devolución inmediata del menor considero que queda patente que la voluntad del legislador en el Convenio de La Haya de 1980 no es la de ordenar la orden de restitución del menor en cualquier caso a costa, incluso, del interés del menor. Argumento que nos hace reafirmarnos en la no justificación de la competencia sin límite temporal de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro sostenida por el Abogado General.

V.D. Criterio de proximidad e interés superior del menor

62. El Abogado General añade como argumento para llegar a su conclusión que el órgano jurisdiccional más próximo al menor es el que debe conocer el asunto, en base al principio del interés superior del menor y el criterio de proximidad⁹¹.

63. El TJUE analiza el criterio de interés superior del menor y de proximidad⁹², en relación con el artículo 10 del Reglamento Bruselas II bis. Señala que el mantenimiento incondicional, sin límite temporal, de la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de origen que sostiene el Abogado General, sin tener en consideración que el mismo haya podido ser objeto de conformidad de los que ostenten las responsabilidad parental, así como sin establecer ningún requisito que permita tener en cuenta las circunstancias específicas que caractericen la situación concreta del menor, de manera que no se garantice el interés superior del menor, impediría que el órgano más idóneo para conocer el asunto tuviese competencia para ello, lo cual sería contrario al objetivo perseguido por el Reglamento, que ha de interpretarse a la luz del artículo 24 de la CDFUE. Como vemos, basándose en los mismos principios de interés superior del

o bien que haya transcurrido un periodo razonable de tiempo sin que se haya presentado una solicitud en virtud de este Convenio. Por otra parte, el artículo 12.II de dicho texto contempla la integración del menor en el Estado de la sustracción como motivo de no restitución.

⁹¹ Apartado 66 de las Conclusiones.

⁹² En los apartados 58 y ss. de la Sentencia.

menor en conexión con el principio de proximidad, ambos llegan a conclusiones opuestas.

64. El principio de interés superior del menor es la clave principal para resolver muchos de los litigios en los que un menor se vea involucrado⁹³, así lo han estimado los textos existentes en la actualidad, tanto a escala europea como internacional. Ahora bien, se trata de un “concepto jurídico indeterminado” que escapa a una definición general y abstracta, y que necesita ser concretado para cada situación específica de cada niño en concreto⁹⁴.

Conforme a la jurisprudencia del TJUE el Reglamento Bruselas II bis, parte de la idea de que debe prevalecer el interés superior del menor y, pretende garantizar el respeto de los derechos fundamentales del menor enunciados en el artículo 24 CDFUE⁹⁵. El artículo 24.3 de la CDFUE recoge que “*todo menor tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si son contrarios a sus intereses*”. Por lo que en este ámbito el derecho de los hijos a relacionarse con sus progenitores es una concreción de este principio⁹⁶.

65. El Reglamento Bruselas II bis ha privilegiado el criterio de proximidad, por lo que el órgano jurisdiccional geográficamente más próximo es el de la residencia habitual del menor y, por tanto, el mejor

⁹³ Proclamado por el Convenio de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, en vigor desde el 2 de septiembre de 1989 para asegurar la máxima protección y bienestar del menor, viene recogido en el artículo 3 que señala: “*En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos atenderán primordialmente al interés superior del menor*”. Este principio hay que entenderlo en combinación con el resto de los artículos de la misma Convención, que son los que lo desarrollan e interpretan. Así, el art. 7 estipula que el menor “*tendrá derecho... a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos*”, el 10.2, haciendo referencia a la situación que nos ocupa, dice que “*El niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres*”, y el art. 18 que fija el principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño

⁹⁴ GLUHAI, D. (2019). “Residencia habitual del menor y tribunales competentes para modificar una resolución judicial sobre derecho de visita. Aplicación jurisprudencial de los artículos 8 y 9 del reglamento (CE) 2201/2003” *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 11(1), págs. 751-757. <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4646>

⁹⁵ Sentencia TJUE de 11 de julio de 2008, asunto C-195/08. ECLI:EU: C:2008:406

⁹⁶ GAVILÁN RUBIO, M. *Derecho de familia 2021*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2021, pág. 229.

situado para apreciar las medidas que han de adoptarse en interés de éste⁹⁷.

66. El criterio de proximidad trae a colación el concepto de residencia habitual⁹⁸, que en el Reglamento Bruselas II bis, se emplea desde dos perspectivas. *Por un lado*, constituye un elemento clave de la calificación de “traslado o retención ilícitos” y del mecanismo de restitución del menor previsto para ese supuesto y, *por otro*, reviste la naturaleza de un criterio general de competencia judicial⁹⁹.

El Reglamento Bruselas II bis no contiene ninguna definición del concepto de residencia habitual, y tampoco remite de forma expresa al derecho interno de los Estados miembros para su definición, ahora bien, el uso de adjetivo habitual indica cierta estabilidad o regularidad de la residencia del menor¹⁰⁰. El TJUE ha declarado reiteradamente que se trata de un concepto autónomo del Derecho de la Unión, que debe interpretarse atendiendo al contexto de las disposiciones que lo mencionan y a los objetivos del Reglamento Bruselas II bis, cuyas normas de competencia están concebidas en función del interés superior del menor, y en particular, en función del criterio de proximidad¹⁰¹.

⁹⁷ STJUE de 15 julio de 2010, asunto C-256/09. Bianca Purrucker v Guillermo Vallés. ECLI:EU:C:2010:437

⁹⁸ Las autoridades del país de residencia habitual del menor son las que se encuentran en “mejor situación” para adoptar las “medidas de protección” del menor o medidas relativas a la “responsabilidad parental” del menor (STJUE 15 febrero 2017, C-499/15, W, V vs. X). ECLI:EU:C:2017:118

⁹⁹ Conclusiones del Abogado General, sr. Priit Pikamäe, presentadas el 14 de julio de 2021, en el asunto C-262/21 PPU. Apartado 35. ECLI:EU:C:2021:592

¹⁰⁰ Se han dictado varias Sentencias en las que se ha ido estableciendo los parámetros para considerar cuáles son los requisitos para considerar que la residencia de un menor es su residencia habitual, siendo que la mera presencia del menor en un Estado no basta para determinar su residencia (STJUE de 2 de abril de 2009, asunto C-523/07. ECLI:EU:C:2009:225), esta presencia no tiene carácter temporal u ocasional, y que el menor debe presentar una cierta integración en un entorno social y familiar (sentencias del TJUE de 2 de abril de 2009, A (C-523/07), apartados 37 y 38; STJUE de 22 de diciembre de 2010, *Mercredi*, C-497/10 PPU, (ECLI:EU:C:2010:829), apartados 44 y 47 a 49; STJUE de 9 de octubre de 2014, C, C-376/14 PPU, (ECLI:EU:C:2014:2268), apartado 51; STJUE de 8 de junio de 2017, *OL*, C-111/17 PPU, (ECLI:EU:C:2017:436), apartados 42 y 43, y STJUE de 28 de junio de 2018, *HR*, C-512/17, (ECLI:EU:C:2018:513), apartado 41), han de tenerse en cuenta en particular la duración, la regularidad, las condiciones y las razones de la permanencia en el territorio de un Estado miembro y del traslado de la familia a dicho Estado, la nacionalidad del menor, el lugar y las condiciones de escolarización, los conocimientos lingüísticos y las relaciones familiares y sociales del menor en dicho Estado (las sentencias de 2 de abril de 2009, A (C-523/07, EU:C:2009:225), apartado 39, y de 28 de junio de 2018, *HR* (C-512/17, EU:C:2018:513), apartado 43).

¹⁰¹ FERNÁNDEZ DE LA IGLESIA, E. Importancia del concepto de residencia habitual del menor para delimitar la competencia de los Tribunales en los supuestos

67. En el caso concreto, al Tribunal le corresponde dilucidar dos cuestiones, *primero* si la menor tenía su residencia habitual en Reino Unido antes del traslado o retención ilícita, y *segundo*, y como consecuencia de ello, si la menor ha adquirido una nueva residencia habitual en India.

68. Del análisis de los requisitos enunciados anteriormente para determinar cuál es la residencia habitual de un menor establecidos por la jurisprudencia del TJUE, podemos sostener que la menor tiene su residencia habitual en India, ello unido al criterio de proximidad y el del interés del menor, entiendo ajustado a Derecho el contenido del fallo de la STJUE por su disconformidad con dichos principios.

VI. CONCLUSIONES

69. En este caso el TJUE se encuentra ante una cuestión prejudicial en la que se solicita la interpretación del artículo 10 del Reglamento Bruselas II bis, debido al traslado de una menor de un Estado miembro (Reino Unido) a un tercer Estado (India), lugar donde la menor ha residido ininterrumpidamente por un periodo de casi dos años. No se hubiese generado ninguna duda si la menor hubiese sido sustraída o retenida en otro Estado miembro, si bien el debate se genera al haber sido sustraída a un tercer Estado no firmante ni del Convenio de La Haya de 1980, ni del Convenio de La Haya de 1996. La decisión adoptada por el TJUE servirá para la interpretación del artículo 9 del Reglamento Bruselas II ter, en base al principio de continuidad en la interpretación, ya que la redacción del nuevo artículo 9 es casi idéntica a la del anterior.

70. Existiendo precedentes contradictorios en la jurisprudencia, el TJUE acaba fallando que el artículo 10 del Reglamento debe ser interpretado en el siguiente sentido: “cuando se constate que un menor, fruto de una sustracción o retención ilícita, ha adquirido la residencia habitual en un tercer Estado, el artículo 10 no resulta aplicable, y que la competencia del órgano jurisdiccional ante el que se va a dilucidar el asunto deberá ser determinado de conformidad con los convenios internacionales aplicables o, a falta de convenio internacional, con arreglo a artículo 14 de dicho Reglamento”.

71. Considero ajustada la decisión del TJUE, y disiento de la opinión del Abogado General, porque el punto de partida de este asunto

de sustracción internacional de menores. *Estudios sobre Jurisprudencia Europea. Volumen I. Derecho civil y Derecho procesal civil*. Ed. Sepín, marzo 2020.

no es el mismo que se encontró el TJUE en el caso *UD*, ya que el artículo 8 otorga la competencia a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde el menor tenga su residencia a la hora de presentar la demanda, si bien el artículo 10 establece pautas sobre el funcionamiento del foro de competencia cuando ha mediado sustracción, por lo que en el asunto *UD* el TJUE señaló que bajo el artículo 8 tenía competencia para conocer un asunto, si bien, no se pronuncia si en caso de sustracción o en diferentes situaciones contempladas por la norma, mantendría dicha competencia. Además, como hemos argumentado, el mantenimiento de la competencia *sine die* el órgano jurisdiccional del Estado miembro choca con el resto de los foros de competencia incluidos en el Reglamento.

72. Respecto al tenor literal, en las propuestas presentadas antes de la redacción definitiva del Reglamento Bruselas II bis no se pretendió incluir la jurisdicción sin límite temporal del órgano jurisdiccional de la residencia habitual del menor antes de su traslado o retención ilícita.

73. A mayor abundamiento, por la necesidad de coexistencia de la normativa de la UE en materia de sustracción de menores con la establecida por convenios internacionales, en caso de mantener la competencia *sine die* del órgano jurisdiccional del Estado miembro, se produciría una vulneración del artículo 7 y 52.3 del Convenio de La Haya de 1996. Así como por el rechazo a la *perpetuatio fori* que encontramos en el citado Convenio el cual conserva sus efectos en materias no reguladas por el Reglamento en virtud del artículo 62 del Reglamento Bruselas II bis.

Otro texto crucial en la resolución de estos asuntos es el Convenio de La Haya de 1980, el cual, pese a su espíritu de rápida restitución del menor al lugar de residencia antes de la sustracción, no lo hace de un modo absoluto y contempla excepciones a la devolución, por lo que esta Sentencia respeta dicho criterio.

74. Y finalmente, en base al criterio de proximidad contemplado en el considerando 12 del Reglamento Bruselas II bis, el cual trae a colación el concepto de residencia habitual, todo ello presidido por el principio de interés superior del menor, y habiendo quedado acreditado que la menor tiene su residencia habitual en India, la Sentencia es ajustada.