



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

Sentencia del TJUE de 8 de junio de 2017: La sustracción de menores y el concepto de residencia habitual del menor.

Autor/es

Angel Royo Sanz

Director/es

M.^a del Carmen Chéliz Inglés

**Facultad de Derecho
2021**

INDICE:

I. INTRODUCCION.....	4
1. CUESTION TRATADA EN EL TRABAJO.....	4
2. RAZON DE LA ELECCION DEL TEMA.....	4
3. METODOLOGÍA.....	4
II. PRESENTACIÓN DE LA SENTENCIA DEL TJUE DE 8 DE JUNIO DE 2017, OL Y PQ, as. 111/17 PPU.....	5
1. LOS HECHOS DEL LITIGIO PRINCIPAL	6
2. LAS CUESTIONES QUE SE FORMULAN	8
III. CUESTIONES PREVIAS: EL CONCEPTO DE RESIDENCIA HABITUAL DEL MENOR.....	9
1. LA RESIDENCIA HABITUAL DEL MENOR EN EL AMBITO DE LA SUSTRACCÓN INTERNACIONAL DE MENORES	9
1.1 INTRODUCCION	9
A) <i>LA SUSTRACCION INTERNACIONAL DE MENORES.....</i>	9
B) <i>REGULACION DE LA SUSTRACION INTERNACIONAL DE MENORES...</i>	10
1.2 EL CONCEPTO DE RESIDENCIA HABITUAL DEL MENOR EN EL MARCO DEL REGLAMENTO BRUSELAS II BIS	11
2. LA INTERPRETACION DEL CONCEPTO DE RESIDENCIA HABITUAL DEL MENOR POR EL TJUE.....	16
2.1 INTRODUCCION	16
2.2 CRITERIOS INTERPRETATIVOS DEL TJUE	16
IV. COMENTARIO JURISPRUDENCIAL: SENTENCIA DEL TJUE DE 8 DE JUNIO DE 2017, OL c. PQ, as. 111/17 PPU.....	22
1. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LA CUESTION PREJUDICIAL PLANTEADA	
22	
2. FALLO DEL TRIBUNAL RESPECTO A LA CUESTIÓN PREJUDICIAL	
PLANTEADA	31
V. CONCLUSIONES.....	31
VI. BIBLIOGRAFIA.....	33
1. DOCTRINA	33
2. JURISPRUDENCIA	36
3. LEGISLACION	37

ABREVIATURAS.

Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores: Convenio de la Haya de 1980.

Derecho Internacional Privado: DIPr.

REGLAMENTO (CE) N.º 2201/2003 DEL CONSEJO de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000 : Reglamento Bruselas II bis

Sustracción Internacional de menores: S.I.M.

Tratado de funcionamiento de la Unión Europea: TFUE.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea: TJUE.

Unión Europea: UE

I. INTRODUCCION.

1. CUESTION TRATADA EN EL TRABAJO.

En el presente trabajo se va a realizar un comentario jurisprudencial de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta), de 8 de junio de 2017, sobre la sustracción de menores y el concepto de residencia habitual del menor. La cuestión principal, y objeto del proceso, es la interpretación del artículo 11 apartado 1 del Reglamento Número 2201/2003. Esta cuestión fue planteada por petición de decisión prejudicial, en el contexto de un litigio entre *OL* y *PQ*, en relación con una demanda de restitución de la hija de ambos, planteada por *OL*, exigiendo así la restitución de la hija en común a Italia, Estado en el cual se situaba previamente la residencia habitual de los progenitores.

También a través del análisis jurisprudencial planteado, se va a realizar una interpretación del concepto de residencia habitual del menor en el marco de la sustracción internacional de menores.

2. RAZON DE LA ELECCION DEL TEMA.

A partir del estudio de la asignatura de Derecho Internacional Privado, uno de los temas que más llamó mi atención fue la sustracción de menores en el Derecho Internacional. Al ser un asunto de plena actualidad y el cual era de mi interés, decidí elegir una sentencia, en la que basar mi comentario como Trabajo de Fin de Grado, que abordase esta temática. Tras las búsquedas de diversas Sentencias que tratasen el tema referido, elegí la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 8 de junio de 2017, ya que además de abordar la sustracción de menores, también trataba la interpretación del concepto de residencia habitual del menor.

3. METODOLOGÍA.

La metodología utilizada en el presente trabajo ha sido, en primer lugar, un análisis del marco jurídico respecto a la sustracción internacional de menores. En segundo lugar, he

utilizado el recurso a los medios bibliográficos y doctrinales referentes al tema que se aborda en el trabajo y el análisis jurisprudencial de las sentencias previas que trataron el mismo problema.

II. PRESENTACIÓN DE LA SENTENCIA DEL TJUE DE 8 DE JUNIO DE 2017, OL Y PQ, as. 111/17 PPU¹

La sentencia objeto de análisis se dicta a raíz de la cuestión prejudicial planteada por el *Monomeles Protodikeo Athinon* (Juzgado de Primera Instancia de Atenas, Grecia) al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), en el marco de un litigio entre *OL* y *PQ*, padre y madre de una menor lactante nacida en Atenas el 3 de febrero de 2016, en relación con una demanda de restitución de la hija de ambos. La demanda de restitución fue planteada por *OL* con la intención de que la menor regresase a Italia, lugar donde se encontraba la residencia habitual de la pareja antes del nacimiento de la hija común.

El procedimiento prejudicial planteado por el Juzgado de Primera Instancia de Atenas tiene por objeto la interpretación del concepto de «residencia habitual», en el sentido del artículo 11, apartado 1 del Reglamento (CE) n.º 2201/2003, del Consejo, de 23 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (en adelante, Reglamento Bruselas II bis).²

Dicha petición de decisión prejudicial se ha tramitado a través del procedimiento prejudicial de urgencia, con base en lo dispuesto en el artículo 107 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia.³

¹ ECLI:EU:C:2017:436.

² REGLAMENTO (CE) N.º 2201/2003 DEL CONSEJO de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000- “Artículo 11. Restitución del menor. 1. Los apartados 2 a 8 serán de aplicación cuando una persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia solicite a las autoridades competentes de un Estado miembro que se dicte una resolución con arreglo al Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (denominado en lo sucesivo Convenio de la Haya de 1980), con objeto de conseguir la restitución de un menor que hubiera sido trasladado o retenido de forma ilícita en un Estado miembro distinto del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitas”.

³ REGLAMENTO DE PROCEDIMIENTO DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA, de 29 de septiembre de 2012- “Artículo 107 Ámbito de aplicación del procedimiento prejudicial de urgencia. 1. A instancia del órgano jurisdiccional remitente o, excepcionalmente, de oficio, una cuestión prejudicial en la que se planteen una o varias cuestiones relativas a las materias contempladas en el título V de la tercera parte

1. LOS HECHOS DEL LITIGIO PRINCIPAL

El demandante en el litigio principal, padre de la menor lactante, es nacional italiano, y contraio matrimonio el 1 de diciembre de 2013 en ese mismo país, con la demandada y madre de la menor, la cual es nacional griega. El padre y la madre son identificados en el texto de la Sentencia por las iniciales OL y PQ, respectivamente.

Ambos se instalaron juntos en Italia, en el municipio de *Sassoferrato*. Cuando PQ se encontraba en su octavo mes de embarazo, los cónyuges decidieron de mutuo acuerdo que daría a luz en Atenas (Grecia), con el fin de poder contar con la ayuda de su familia paterna, y que posteriormente regresaría al domicilio conyugal establecido en Italia con el hijo de ambos.

PQ dio a luz el 3 de febrero de 2016 a una niña en Atenas, la cual ha permanecido en esa ciudad con su madre desde ese momento. Subsiguientemente, OL regresó a Italia, y según su versión, únicamente accedió a que la menor permaneciese en Atenas hasta mayo de 2016, fecha en la que esperaba el regreso de su esposa e hija.

El 20 de Julio de 2016, OL presentó ante el *Tribunale ordinario di Ancona* (Tribunal de Ancona, Italia) una demanda de divorcio. En este contexto solicitó en particular que se le atribuyese la custodia exclusiva de la menor, se acordase un derecho de visita para PQ, se ordenase la restitución de la hija de ambos a Italia y se le concediese una pensión alimenticia para el mantenimiento de ésta. Mediante resolución de 7 de noviembre de 2016, ese órgano jurisdiccional consideró que no le correspondía pronunciarse sobre las pretensiones relativas a la responsabilidad parental sobre la menor, ya que la hija de ambos residía desde su nacimiento en un Estado miembro distinto de Italia.

Contra la resolución dictada por el Tribunal de Ancona, OL interpuso un recurso de apelación, el cual fue denegado y se confirmó la resolución de primera instancia, el 20 de enero de 2017 por la *Corte di apello di Ancona* (Tribunal de Apelación de Ancona, Italia). Por otra parte, mediante resolución de 23 de enero de 2017, el Tribunal de Ancona se negó a pronunciarse sobre la pretensión alimenticia, aduciendo, igual que en su anterior pronunciamiento, que la residencia habitual de la menor no se hallaba en Italia. Por

del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea podrá tramitarse mediante un procedimiento de urgencia que establezca excepciones a las disposiciones del presente Reglamento. 2. El órgano jurisdiccional remitente expondrá las circunstancias de Derecho y de hecho que acrediten la urgencia y justifiquen la aplicación de este procedimiento excepcional, e indicará, en la medida de lo posible, la respuesta que él propone a las cuestiones prejudiciales. 3. En el caso de que el órgano jurisdiccional remitente no haya solicitado la aplicación del procedimiento de urgencia y dicha aplicación parezca, a primera vista, necesaria, el Presidente del Tribunal podrá solicitar a la Sala mencionada en el artículo 108 que examine si es necesario tramitar la cuestión prejudicial mediante dicho procedimiento”.

último, este mismo órgano jurisdiccional declaró el divorcio de OL y PQ, sin pronunciarse sobre la responsabilidad parental sobre la menor.

Por otro lado, OL presentó, el 20 de octubre de 2016, una demanda de restitución de la hija de ambos ante el *Monomeles Protodikeo Athinon* (Juzgado de Primera Instancia de Atenas, Grecia).

En este sentido, dicho órgano jurisdiccional estima que, la hija de ambos no ha sido «trasladada» en el sentido del artículo 11, apartado 1, del Reglamento Bruselas II o del artículo 3 del Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores⁴ (en adelante, el Convenio de la Haya de 1980), de un Estado miembro a otro. En su lugar, considera que, ha sido retenida ilícitamente por su madre en Grecia, sin que su padre haya consentido que la residencia habitual de la menor se establezca en ese país, aun cuando los progenitores ejercen conjuntamente la responsabilidad parental sobre la menor

El Juzgado de Primera Instancia de Atenas, considera que las situaciones en las que un niño nace en un lugar no relacionado con la residencia habitual de los padres, por ejemplo por razones fortuitas o por fuerza mayor, y es trasladado o retenido posteriormente de forma ilícita por uno de ellos constituyen un menoscabo flagrante de los derechos de los padres y generan un distanciamiento de la menor del lugar que, según el curso normal de las cosas, hubiese sido su residencia habitual. Por estos motivos, tales situaciones quedan comprendidas en el procedimiento de restitución establecido en el Convenio de la Haya de 1980 y en el Reglamento Bruselas II bis.

Según dicho órgano jurisdiccional de Atenas, la presencia física del menor en un lugar dado no debe ser un requisito previo para que pueda establecerse en él su «residencia habitual», en el sentido del artículo 11 del Reglamento Bruselas II bis, ya que sobre todo en el caso de los recién nacidos y los lactantes, los factores que suelen permitir determinar la residencia habitual pierden su pertinencia ya que tienen total dependencia de las personas que los guardan. El propio TJUE parece considerar que el requisito relativo a la

⁴ CONVENIO DE 25 DE OCTUBRE DE 1980 SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES- “Artículo 3. *El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos: a) cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y b) cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención. El derecho de custodia mencionado en a) puede resultar, en particular, de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado”.*

presencia física del menor reviste menos importancia cuando se trata de lactantes, en la medida en que declaró en la Sentencia de 22 de diciembre de 2010, *Mercredi* , C-497/10 PPU⁵, que la permanencia de algunos días del lactante en un lugar determinado, junto con otros elementos, era suficiente para establecer su residencia habitual en dicho lugar. Por ello, el Juzgado de Primera Instrucción de Atenas considera que para determinar la residencia habitual de un lactante o recién nacido, procede más bien utilizar como factor principal la intención común de los responsables parentales.

En las circunstancias expuestas y ante la duda respecto a la interpretación del concepto de residencia habitual en el sentido del artículo 11, apartado 1 del Reglamento Bruselas II bis , el *Monomeles Protodikeio Athinon* decidió suspender el procedimiento y plantear al TJUE una cuestión prejudicial.

2. LAS CUESTIONES QUE SE FORMULAN

El Juzgado de Primera Instancia de Atenas planteó la siguiente cuestión prejudicial:«*¿Cómo debe interpretarse el concepto de “residencia habitual”, en el sentido del artículo 11, apartado 1, del [Reglamento n.o 2201/2003], en el caso de un lactante que, por razones fortuitas o por fuerza mayor, ha nacido en un lugar distinto del que sus padres, que ejercen la patria potestad de forma conjunta, habían previsto como lugar de residencia habitual para él y desde entonces ha permanecido retenido de manera ilícita por uno de sus progenitores en el Estado de su nacimiento o ha sido trasladado a un tercer Estado? En particular, ¿constituye la presencia física un requisito previo necesario y evidente en todo caso para determinar la residencia habitual de una persona y, más concretamente, de un recién nacido?»⁶.*

El órgano jurisdiccional remitente solicitó que la petición de decisión prejudicial se tramitase por el procedimiento prejudicial de urgencia establecido en el artículo 107 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia. Motivó la solicitud alegando que el litigio principal afectaba a una menor lactante, que había sido alejada de su padre más de nueve meses y que la persistencia de esta situación puede menoscabar gravemente la relación futura entre ambos.

⁵ ECLI:EU:C:2010:829.

⁶ ECLI:EU:C:2017:436.

Procede señalar que este procedimiento prejudicial tiene por objeto la interpretación del Reglamento Bruselas II bis, que fue adoptado sobre la base del antiguo artículo 61 CE, letra c), actualmente artículo 67 del TFUE, incluido en el título V de la tercera parte del TFUE, relativo al espacio de libertad, seguridad y justicia⁷. Por ello, puede tramitarse por el procedimiento prejudicial de urgencia.

En estas circunstancias, la Sala Quinta del TJUE decidió el 16 de marzo de 2017 acceder a la solicitud del órgano remitente de tramitar el procedimiento prejudicial mediante el procedimiento de urgencia.

III. CUESTIONES PREVIAS: EL CONCEPTO DE RESIDENCIA HABITUAL DEL MENOR

1. LA RESIDENCIA HABITUAL DEL MENOR EN EL AMBITO DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

1.1 INTRODUCCION

A) LA SUSTRACCION INTERNACIONAL DE MENORES

En primer lugar, la sustracción internacional de menores (en adelante S.I.M.) se produce cuando un menor es trasladado de manera ilícita por uno de sus progenitores a un Estado distinto de donde se encuentra su residencia habitual, violando así el derecho de custodia atribuido a una persona o a una institución, y en aquellos casos en que uno de los progenitores se traslada con el menor para residir en otro país, tomando tal decisión de forma unilateral y vulnerando el derecho a decidir sobre el lugar de residencia del menor.⁸

⁷ TRATADO DE FUNCIONAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA (2012/C 326/01).-«Artículo 67. 1. La Unión constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicos de los Estados miembros».

⁸ CIRCULAR DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO NÚM. 6/2015, DE 17 DE NOVIEMBRE DE 2015, SOBRE ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES (FIS-C-2015-00006). [Consultado el 20 de mayo de 2021]. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?colección=fiscalia&id=FIS-C-2015-00006>.

B) REGULACION DE LA SUSTRACION INTERNACIONAL DE MENORES

La regulación jurídica de la S.I.M. se articula a través del Derecho Internacional Privado (en adelante, DIPr.), en sede de cooperación judicial internacional y mediante un marco regulador poliédrico.⁹ Entre esas diversas normas, en primer lugar se encuentra el Convenio de la Haya de 1980, el cual tiene como principio inspirador la protección del menor y de sus intereses, cuando están en riesgo por producirse un traslado o retención ilícitos. La aplicación de las disposiciones referentes a la restitución del menor contenidas en dicho Convenio, tienen como finalidad conseguir la devolución del menor a su Estado de origen, sin valorar cuál es el Estado mejor situado para conocer de las cuestiones de fondo; por tanto, la finalidad es devolver al menor a su Estado de residencia habitual.¹⁰

En segundo lugar, cuando la Unión Europea se planteó la necesidad de crear un Reglamento que sirviese de aplicación, entre otras cosas, a la S.I.M, señala el TJUE¹¹ que el objetivo era establecer el derecho aplicable a las sustracciones de menores en el interior de la UE. Sin embargo, las sustracciones que no se diesen intra-UE, seguirían siendo reguladas por Convenios internacionales, como el Convenio de la Haya de 1980, mencionado anteriormente.¹² Dicho Reglamento, es el Reglamento Bruselas II bis, que regula los supuestos de restitución del menor sustraído ilícitamente, persiguiendo que dicha restitución se realice sin demora. El Reglamento Bruselas II bis, en su artículo 11, incorpora el procedimiento previsto en el Convenio de la Haya de 1980, al igual que establece determinadas mejoras, para estos supuestos de sustracción «Intra-UE»; como por ejemplo, las audiencias al menor y al progenitor afectado, expuestas en los apartados

⁹ REIG FABADO, I. «La construcción del concepto autónomo de residencia habitual del menor en los supuestos de sustracción internacional de menores : The construction of the autonomous concept of habitual residence of the child in the cases of international abduction of children». *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 11, N.1, pp. 877–888, Marzo de 2019, [Consultado el 20 de Mayo de 2021] Disponible en:<https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&AuthType=sso&db=edsdnp&AN=edsdnp.6861157ART&lang=es&site=eds-live&scope=site>.

¹⁰ GONZÁLEZ CRUZ, A. et al. «Sustracción internacional de menores y violencia de género», 2017, [Consultado el 20 de Mayo de 2021], Disponible en: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&AuthType=sso&db=edsbas&AN=edsbas.891BC282&lang=es&site=eds-live&scope=site>.

¹¹ STJUE 24 marzo 2021, asunto C-603/20 PPU, SS y MCP, ECLI:EU:C:2021:231, apartado 50.

¹² CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C. M. «El foro del art. 10 del Reglamento 2201/2003 : STJUE 24 marzo 2021, asunto c-603/20 PPU, SS y MCP = Article 10 council regulation 2201/2003: ECJ judgement of 24 march 2021, case c-603/20 PPU, SS v MCP.» *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol.13, N. 2,pp. 639–648, Octubre de 2021, [Consultado el 3 de noviembre de 2021]. Disponible en: <https://eds.s.ebscohost.com/eds/detail/detail?vid=16&sid=ceb7292d-b17b-4e7c-9710-b226f2c7d392%40redis&bdata=JkF1dGhUeXBIPXNzbyZsYW5nPWVzJnNpdGU9ZWRzLWxpdmUmc2NvcGU9c2l0ZQ%3d%3d#AN=edsdnp.8100294ART&db=edsdnp>.

2 y 5 del artículo 11; al igual que la limitación de la causa de denegación del artículo 13.1.b) Convenio de la Haya de 1980, expuesta en el apartado 4 del artículo mencionado anteriormente del Reglamento.

Por otro lado, la Convención de la Haya, relativa a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños, de 19 de octubre de 1996, tiene como finalidad evitar conflictos en materia de ley aplicable cuando se trata de materia de protección del menor, dentro del ámbito de la Unión Europea; ya que respecto a la competencia judicial internacional tiene prioridad en Reglamento Bruselas II bis.¹³

Por último se encuentra la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Resolución 44/25 de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, en cuyo cuerpo se apela a los Estados que forman parte a establecer medidas en materia de sustracción de menores.¹⁴

La S.I.M. constituye un delito tipificado en nuestro ordenamiento jurídico, en el artículo 225 bis del Código Penal¹⁵.

1.2 EL CONCEPTO DE RESIDENCIA HABITUAL DEL MENOR EN EL MARCO DEL REGLAMENTO BRUSELAS II BIS

El concepto de residencia habitual del menor juega un papel fundamental tanto en el Reglamento Bruselas II bis como en los Convenios Internacionales nombrados en el apartado anterior, ya que es el foro principal en el momento de determinar la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental.¹⁶ Dicho concepto ocupa un

¹³ GONZÁLEZ CRUZ, A. et al. *Ibid.*

¹⁴ GONZÁLEZ CRUZ, A. et al. *Ibid.*

¹⁵ LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL. «Artículo 225 bis. Apartado 1. El progenitor que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a diez años».

¹⁶ GLUHAIA, D. «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 : Habitual residency of the minor and competent courts to modify a judicial resolution on the right of visit. Jurisprudential application of articles 8 and 9 of regulation (EC) 2201/2003.» *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol.11,N.1, pp. 751–757, marzo de 2019, [Consultado el 30 de octubre de 2021]. Disponible en:

<https://eds.s.ebscohost.com/eds/detail/detail?vid=22&sid=ceb7292d-b17b-4e7c-9710-b226f2c7d392%40redis&bdata=JkF1dGhUeXBIPXNzbyZsYW5nPWVzJnNpdGU9ZWRzLWxpdmUmc2NvcGU9c2l0ZQ%3d%3d#AN=edsdnp.6861140ART&db=edsdnp>

lugar central e inequívoco tanto en el diseño y en el funcionamiento de las reglas de competencia judicial, como en la fijación y entendimiento de los conceptos recogidos y definidos por el Reglamento Bruselas II bis, los cuales resultan determinantes, en este caso, en el ámbito de la S.I.M.¹⁷ Cómo se analizará más adelante, para valorar si se ha producido o no una sustracción ilícita, el menor ha tenido que ser traslado a, o retenido, en un Estado distinto a aquel en el que tenía su residencia habitual.

No obstante, cabe destacar que con el fin de preservar su carácter fáctico, el legislador ha optado por no definir este concepto de una forma clara y expresa en ningún Reglamento, con la intención de que sean los tribunales los que decidan en cada caso¹⁸. Y aunque el TJUE sea el que facilita varias precisiones respecto a la interpretación de dicho concepto, tampoco facilita una definición uniforme y global del mismo, que pudiese ser aplicada en todos los ámbitos del Derecho europeo¹⁹.

Esto mismo ocurre con 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, también llamado Reglamento Bruselas II ter, que sustituirá al Reglamento Bruselas II bis a partir del 1 agosto de 2022. Incorpora nuevas mejoras, como la doctrina jurisprudencial del TJUE, el cual ha dictado numerosas resoluciones indicando el sentido en que han de interpretarse las normas del Reglamento Bruselas II bis, así como nuevas disposiciones que complementan el Convenio de la Haya de 1980, en lo referente a las relaciones entre Estados miembros²⁰. No obstante, dicho Reglamento también ha creído necesario no

¹⁷ GONZÁLEZ MARIMÓN, M. «Un paso más en el proceso de armonización del Derecho Privado Europeo: la concreción por el TJUE del concepto de residencia habitual del menor recogido en el Reglamento Bruselas II bis». En *Revista Boliviana de Derecho*, n.30,2020: 470-495. [consultado el 20 de Mayo de 2021], Disponible en: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&AuthType=sso&db=edsbas&AN=edsbas.F2DB33A8&lang=es&site=eds-live&scope=site>

¹⁸ PÉREZ MARTÍN, L. A.« Trascendencia de la residencia habitual en las crisis familiares en el Derecho europeo. comentario de la sentencia de 24 de julio de 2019 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Girona : Transcendence of the habitual residence in family crisis in the European Law. Discussion of the judgement of July 24, 2019 Second Section of the Provincial Court of Girona.» *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol.12, N.1,pp. 657–672, Marzo de 2020, [Consultado el 3 de noviembre de 2021]. Disponible en: <https://eds.s.ebscohost.com/eds/detail/detail?vid=8&sid=ceb7292d-b17b-4e7c-9710-b226f2c7d392%40redis&bdata=JkF1dGhUeXBIPXNzbyZsYW5nPWVzJnNpdGU9ZWRzLWxpdmUmc2NvcGU9c2l0ZQ%3d%3d#AN=edsdnp.7279778ART&db=edsdnp>

¹⁹ GLUHAIA, D. *op.cit.*, p.22.

²⁰ BERNARDO SAN JOSÉ, A..« Las normas de competencia internacional en materia de responsabilidad parental en el Reglamento (UE) 2019/1111 del consejo de 25 de junio de 2019 : The rules on international jurisdiction in matters of parental responsibility in Council Regulation (EU) 2019/1111 of 25 June 2019.» *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol.12 N.2, pp.1243–1289, Octubre de 2020, [Consultado el 1 de noviembre de 2021]. Disponible en:

definir el concepto de residencia habitual del menor²¹, dejando que sean las autoridades encargadas de aplicar cada norma las que lo concreten en función de las circunstancias concretas de cada caso.²²

Esta es la razón por la que, en aras a la aplicación uniforme de la normativa procedente de la UE debe procederse a la interpretación autónoma del concepto, sin remisión al Derecho interno de los Estados miembros. Este hecho añade complejidad a las dificultades que puede suponer su determinación en la práctica, que impide que las concreciones en otros ámbitos sean extrapolables a este, tal y como ha señalado el TJUE en numerosas sentencias; como por ejemplo, las sentencias del 15 de septiembre de 1994, *Magdalena Fernández/Comisión*, C-452/93²³, y la sentencia de 2 de abril de 2009, A, C-523/07²⁴; donde el TJUE afirma que la jurisprudencia relativa al concepto de residencia habitual en otros ámbitos del Derecho de la UE, no puede trasladarse de manera directa al marco de la apreciación de la residencia habitual del menor.²⁵

Las normas de competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental del Reglamento Bruselas II bis, se encuentran en el Capítulo II, Sección 2 del citado Reglamento. Estas normas se articulan a tenor del criterio de la residencia habitual del menor en un determinado Estado miembro.

<https://eds.s.ebscohost.com/eds/detail/detail?vid=35&sid=ceb7292d-b17b-4e7c-9710-b226f2c7d392%40redis&bdata=JkF1dGhUeXBIPXNzbyZsYW5nPWVzJnNpdGU9ZWRzLWxpdmUmc2NvcGU9c2l0ZQ%3d%3d#AN=edsdnp.7602571ART&db=edsdnp>.

²¹ PÉREZ MARTÍN, L. A. « El interés superior de los niños y las niñas, de nuevo sobre la necesidad de la creación del concepto autónomo de su residencia habitual. Auto de 24 de octubre de 2019 Sección Decimosegunda de la Audiencia Provincial de Barcelona : The best interest of the children, once more about the need to create an autonomous concept of their habitual residence. Order of October 24, 2019 Twelfth Section of the Provincial Audience of Barcelona». *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol.12, N. 2, pp. 1119–1127, Octubre de 2020, [Consultado el 1 de noviembre de 2021]. Disponible en: <https://eds.p.ebscohost.com/eds/detail/detail?vid=6&sid=81c5da79-1c71-4efb-a54b5a3dd1373805%40redis&bdata=JkF1dGhUeXBIPXNzbyZsYW5nPWVzJnNpdGU9ZWRzLWxpdmUmc2NvcGU9c2l0ZQ%3d%3d#AN=edsdnp.7602580ART&db=edsdnp>.

²² CAMPUZANO DÍAZ, B. «Una nueva sentencia del TJUE sobre el concepto de residencia habitual en el marco del Reglamento 2201/2003: sentencia de 17 de octubre de 2018, UD y XB, AS. 393/18 PPU : A new ECJ judgment about the concept of habitual residence in the framework of Regulation 2201/2003: judgment 17 October 2018, UD v. XB, C. 393/18». *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol.11, N.2, pp. 462–471, Octubre de 2019 , [Consultado el 20 de mayo de 2021] . Disponible en: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&AuthType=sso&db=edsdnp&AN=edsdnp.7105622ART&lang=es&site=eds-live&scope=site>.

²³ ECLI:EU:C:1994:332.

²⁴ ECLI:EU:C:2009:225.

²⁵ REIG FABADO, I. *op.cit.*, p.20.

En primer lugar, el artículo 8 del Reglamento, otorga la competencia judicial en materia de responsabilidad parental con carácter general a los órganos jurisdiccionales de la residencia habitual del menor en el momento en que se presenta la demanda.²⁶

Por otro lado, debe considerarse de gran importancia el artículo 10 del Reglamento Bruselas II bis, especialmente para los casos de S.I.M, que sanciona que en el caso de traslado o retención ilícitos de un menor, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que residía habitualmente conservarán su competencia hasta que el menor, trasladado o retenido, haya adquirido una residencia habitual en otro Estado miembro, y toda persona, institución u organismo que ostente el derecho de custodia este conforme con el traslado o a la retención; o bien, el menor, habiendo residido en ese otro Estado miembro durante un periodo mínimo de un año ,desde que los que ostenten su derecho de custodia hubiesen tenido conocimiento del paradero del mismo, esté integrado en su nuevo entorno y se cumplan las condiciones enumeradas en el artículo.

Igualmente debe considerarse lo estipulado en el artículo 11 del mismo Reglamento en relación con la restitución del menor que hubiera sido trasladado o retenido de forma ilícita en un Estado miembro distinto del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de dicho traslado o retención.

En este aspecto, con respecto al carácter ilícito del traslado o la retención, conviene señalar que hace referencia al traslado o a la retención de un menor que se haya producido con infracción de un derecho de custodia adquirido por resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo a efectos jurídicos de conformidad con la legislación del Estado miembro en donde el menor tenía su residencia habitual antes de que se produjese dicho traslado o retención ilícitos. En consecuencia, en el marco de la apreciación de una demanda de restitución, como en el caso OL y PQ, el cual es objeto del presente trabajo, la determinación de la residencia habitual del menor precede a la identificación del derecho de custodia eventualmente vulnerado.²⁷ Esto ha determinado el TJUE en reiterada jurisprudencia, por ejemplo, en la sentencia que analizaremos en el trabajo, la sentencia de 8 de junio de 2017, *OL y PQ*, C-111/17²⁸, donde en los considerandos 36 y

²⁶ MAGALLÓN ELÓSEGUI, N. «La difícil determinación de la residencia habitual del menor en los supuestos de responsabilidad parental : The complex task of determining the habitual residence of the child in parental responsability cases.» *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol.13, N.2, pp. 819–828, Octubre de 2021, [Consultado el 10 de noviembre de 2021]. Disponible en: <https://eds.s.ebscohost.com/eds/detail/detail?vid=20&sid=ceb7292d-b17b-4e7c-9710-b226f2c7d392%40redis&bdata=JkF1dGhUeXBIPXNzbyZsYW5nPWVzJnNpdGU9ZWRzLWxpdmUmc2NvcGU9c2l0ZQ%3d%3d#AN=edsdnp.8100310ART&db=edsdnp>

²⁷ REIG FABADO, I. *op.cit.*, p.20.

²⁸ ECLI:EU:C:2017:436.

53, el tribunal dictamina: « 36. A este respecto, debe recordarse que el concepto de traslado o retención ilícitos de un menor, según la definición dada en el artículo 2, punto 11, del Reglamento n.o 2201/2003, en términos muy similares a los del artículo 3 del Convenio de La Haya de 1980, hace referencia al traslado o a la retención de un menor que se haya producido con infracción de un derecho de custodia adquirido por resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos de conformidad con la legislación del Estado miembro en donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención. 53. La razón es que, con arreglo a la definición de «traslado o retención ilícitos» que figura en el artículo 2, punto 11, de dicho Reglamento y en el artículo 3 del Convenio de La Haya de 1980, mencionada en el apartado 36 de la presente sentencia, la licitud o ilicitud de un traslado o una retención se aprecia en función del derecho de custodia atribuido con arreglo al Derecho del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención. Por lo tanto, en el marco de la apreciación de una demanda de restitución, la determinación del lugar de la residencia habitual del menor precede a la identificación del derecho de custodia eventualmente vulnerado.»

Por ello, la determinación de la residencia habitual del menor en los supuestos de traslado o retención ilícitos de menores y sus posibles modificaciones marcan el eje gravitatorio del retorno inmediato del menor. Y ello teniendo en cuenta que posiblemente se está desarrollando un proceso principal que será el que resuelva sobre el fondo del asunto, es decir, la custodia. Y esto con ciertas matizaciones, por tanto conviene indicar el distinto enfoque que tiene la integración del menor en el nuevo marco que establece el Reglamento Bruselas II bis, por comparación con el Convenio de la Haya de 1980. Así pues, la integración del menor se configura como un criterio de competencia judicial internacional sobre la cuestión de fondo del litigio. Por esto, en cuanto la competencia judicial internacional se atribuye en el Reglamento Bruselas II bis de manera excepcional en los casos de S.I.M. a los tribunales del lugar de la sustracción, la apreciación de la integración del menor corresponde al juez competente sobre el fondo del asunto, que es el juez de origen.²⁹

²⁹ REIG FABADO, I. *op.cit.*, p.20.

2. LA INTERPRETACION DEL CONCEPTO DE RESIDENCIA HABITUAL DEL MENOR POR EL TJUE

2.1 INTRODUCCION

El Reglamento Bruselas II bis, al carecer de una definición específica y concreta del concepto de residencia habitual del menor, genera una sensación de inseguridad jurídica y otorga un mayor protagonismo a los operadores jurídicos.³⁰

Respecto a la interpretación del concepto autónomo de la residencia habitual del menor, conviene destacar los criterios establecidos por el TJUE, mediante su jurisprudencia, para la interpretación y determinación de la misma.

2.2 CRITERIOS INTERPRETATIVOS DEL TJUE

El primer indicador que se maneja en la jurisprudencia del TJUE en el momento de determinar el significado del concepto de residencia habitual del menor, es que este posea un cierto grado de integración social y familiar en el Estado miembro en cuestión. El TJUE afirma que el adjetivo «habitual» hace referencia a una cierta estabilidad o regularidad en la residencia.³¹ Este mismo indicador lo expone el tribunal en la sentencia expuesta en nuestro trabajo, la Sentencia del TJUE de 8 de junio de 2017, *OL y PQ*, C-111/17 PPU³², en su apartado 42,Al igual que lo reitera en la Sentencia del 22 de diciembre de 2010, *Mercredi*, C-497/10³³, añadiendo que la noción de residencia habitual del menor debe determinarse en función de las circunstancias de hecho particulares en cada caso y que es competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales determinar el lugar en el que se sitúa el centro de vida del menor.

Sin embargo, para la ponderación de la determinación anterior, la jurisprudencia del TJUE ha identificado tanto elementos fácticos que funcionan como indicios positivos de la integración del menor, como elementos que afectan de manera negativa a la misma.³⁴

³⁰ MAGALLÓN ELÓSEGUI, N. *op.cit.*,p.24.

³¹ GONZÁLEZ MARIMÓN, M. *op.cit.*,p.22.

³² ECLI:EU:C:2017:436.

³³ ECLI:EU:C:2010:829.

³⁴ GONZÁLEZ MARIMÓN, M. *op.cit.*,p.22.

EL Tribunal deberá tener en cuenta elementos como su edad, su desarrollo personal y formativo, el tiempo y lugar de su residencia y sus lazos familiares con otras personas, así como su entorno social³⁵; elementos que veremos a continuación.

Se pueden determinar tres factores esenciales que actúan en la determinación de la residencia habitual del menor. En función del caso en concreto, estos factores se combinaran de distinta manera, ajustándose así la prevalencia de uno u otro.

En primer lugar, el primer factor es la edad del menor. Este ha resultado ser un criterio esencial en cuanto a la fijación de la residencia habitual del menor. Este elemento factico fue introducido por el TJUE por primera vez en la Sentencia del 22 de diciembre de 2010, *Mercredi* , C-497/10, apartados 52 y siguientes³⁶. En este asunto, concurren dos circunstancias particulares: primero, concurre la peculiaridad de ser un menor lactante, algo semejante al caso *OL y PQ*³⁷, quien es trasladado por su madre lícitamente a otro Estado miembro. Segundo, madre e hijo se encuentran en dicho Estado solo desde unos días antes de que el padre del menor inicie un procedimiento solicitando la responsabilidad parental en el Estado de la residencia habitual anterior.

Ante esta situación, el TJUE reconoce que la edad del menor adquiere una gran trascendencia en la determinación de su residencia habitual. Esta relevancia reside en que los factores que habrá que tomar en cuenta en el caso en concreto variarán en función de la edad del menor.³⁸

Por tanto, en el caso de un menor lactante, su entorno será aquel que este determinado por la persona o personas de referencia que viven con él, guardándolo y cuidándolo; debiendo entenderse que éste comparte el contexto social y familiar de la persona de la que depende.³⁹ En consecuencia, tanto en el Caso *OL y PQ*, como en el Caso *Mercredi*, al trasladarse uno de los progenitores con el menor lactante lícitamente a otro Estado miembro y al mostrar la voluntad de permanecer en dicho Estado, se entendía que la residencia habitual del menor se encontraba en el mismo y por ello no procedía el retorno del menor.

No obstante, es necesario añadir que en la jurisprudencia posterior del TJUE, esta idea viene modulada atendiendo a otros datos adicionales, como la relación de menor con el

³⁵ PÉREZ MARTÍN, L. A. *op.cit.*,p.22.

³⁶ ECLI:EU:C:2010:829.

³⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 8 de junio de 2017, *OL y PQ*, C- 111/17 PPU (ECLI:EU:C:2017:436).

³⁸ GONZÁLEZ MARIMÓN, M. *op.cit.*,p.22.

³⁹ GONZÁLEZ MARIMÓN, M. *ibid.*

otro progenitor y los orígenes geográficos del progenitor que ejerce el cuidado del menor.⁴⁰ Así ocurre en la Sentencia de 28 de junio de 2018, *HR*, C-512/17⁴¹.

En segundo lugar, el segundo factor es la voluntad o intención del progenitor de establecerse con el menor en otro Estado. El TJUE ha señalado como relevante este factor, específicamente en los supuestos en los que hay que determinar la residencia habitual de un menor lactante. El TJUE en el caso *OL y PQ*⁴², establece en su apartado 46 que «En cuanto a la intención de los padres de establecerse con el menor en un Estado miembro, el Tribunal de Justicia ha reconocido que también puede tomarse en cuenta cuando se expresa a través de determinadas circunstancias externas, como la compra o el alquiler de una vivienda en el Estado miembro de destino». Lo mismo señala el tribunal en la sentencia de 2 de abril de 2009, *A*, C-523/07⁴³, en su apartado 40: «*la intención de los padres de establecerse con el menor en otro Estado expresada a través de circunstancias externas, como la compra o alquiler de una vivienda en el Estado miembro de destino, pueden ser un indicio del traslado de la residencia habitual. Otro indicio puede estar constituido por la solicitud de una vivienda social presentada ante los servicios competentes del referido Estado*». No obstante, cabe señalar que la intención de los padres de establecerse con el menor lactante en un Estado miembro no puede ser decisiva por sí sola para la determinación de la residencia habitual, sino que únicamente constituye un indicio que puede completar otros elementos concordantes.⁴⁴

En tercer y último lugar, el tercer factor es la circunstancia geográfica objetiva de presencia física del menor en un Estado miembro. El Alto Tribunal ha señalado de manera clara, que la presencia del menor es un requisito absolutamente imprescindible para determinar su residencia habitual en un Estado miembro de la UE,⁴⁵ como por ejemplo en la Sentencia de 17 de octubre de 2018, *UD*.⁴⁶ Este factor ha matizado significativamente el criterio de la voluntad o intención de los progenitores, limitando su alcance y convirtiéndolo así en un mero indicio. En este aspecto el TJUE ha insistido en que la determinación de la residencia habitual del menor debe realizarse únicamente mediante circunstancias objetivas; esto mismo señala en la Sentencia del 28 de junio de

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ ECLI:EU:C:2018:513.

⁴² Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 8 de junio de 2017, *OL y PQ*, C- 111/17 PPU (ECLI:EU:C:2017:436).

⁴³ ECLI:EU:C:2009:225.

⁴⁴ GONZÁLEZ MARIMÓN, M. *op.cit.*,p.22.

⁴⁵ PÉREZ MARTÍN, L. A. *op.cit.*,p.22.

⁴⁶ ASUNTO C-393/18, ECLI:EU:C:2018:835.

2018, *HR, C-512/17*⁴⁷, en su apartado 64, que indica que: «*Por otra parte, y en cualquier caso, al basarse la determinación de la residencia habitual del menor, en el sentido del Reglamento n.o 2201/2003, esencialmente en circunstancias objetivas, la intención de los padres no es, en principio, decisiva por sí sola a estos efectos. En su caso, se trata solamente de un indicio que puede completar un abanico de otros elementos concordantes*».⁴⁸

En un primer momento el TJUE se circunscribió únicamente a apuntar que, además de la presencia física del menor en un Estado miembro, es necesario que existan otras circunstancias que indiquen que esa presencia no tiene únicamente carácter temporal u ocasional. Los hechos a valorar por el Tribunal son la duración de la estancia, regularidad, condiciones y razones de la permanencia en el Estado miembro, al igual que la nacionalidad del menor, el lugar y las condiciones de escolarización, así como las relaciones familiares y sociales que mantiene en el referido Estado.⁴⁹ Esto mismo lo señaló en sentencias como en la del 2 de abril de 2009, *A, C-523/07*⁵⁰ y en la sentencia de 22 de diciembre de 2010, *Mercredi, C- 497/10 PPU*⁵¹. No obstante, el Alto Tribunal, en la sentencia de 15 de febrero de 2017, *W. y V., C-499/15*⁵², esclareció que la determinación de la residencia habitual del menor en un Estado miembro requiere, como mínimo, que el menor haya estado presente en ese Estado.⁵³

En el asunto objeto de nuestro trabajo, se trata una situación en esta línea, en la que además entran en juego factores como que el menor es un menor lactante y la voluntad de los progenitores. Ante este caso, el TJUE argumenta que, en las circunstancias del caso en cuestión, adoptar como criterio predominante la intención de los progenitores de que la madre regresase acompañada de la menor a un segundo Estado miembro, lugar donde se hallaba la residencia habitual de aquéllos antes del nacimiento de la menor, estableciendo con esto una regla general y abstracta de que la residencia habitual de un lactante es indudablemente la de sus padres, iría más allá de los límites del concepto de «residencia habitual», en el sentido del Reglamento Bruselas II bis, y sería contrario a la lógica interna, a la eficacia y a la finalidad del procedimiento de restitución. Por último, he de expresar que el interés superior del menor no deriva a una interpretación como la

⁴⁷ ECLI:EU:C:2018:513.

⁴⁸ GONZÁLEZ MARIMÓN, M. *op.cit.*,p.22.

⁴⁹ PÉREZ MARTÍN, L. A. *op.cit.*,p.22.

⁵⁰ ECLI:EU:C:2009:225.

⁵¹ ECLI:EU:C:2010:829.

⁵² ECLI:EU:C:2017:118.

⁵³ GONZÁLEZ MARIMÓN, M. *op.cit.*,p.22.

propuesta por el órgano jurisdiccional remitente. Y que, a este respecto, ha de recordarse que el concepto de «residencia habitual», en el sentido del Reglamento Bruselas II bis, refleja fundamentalmente una cuestión de hecho. Por ello, sería difícilmente compatible con dicho concepto considerar que la intención inicial de los padres de que el menor resida en un lugar determinado prevalece sobre el hecho de que éste haya permanecido de manera ininterrumpida en otro Estado miembro desde su nacimiento.⁵⁴

En conclusión, el TJUE afirma que mediante una evaluación de conjunto, es competencia de los órganos jurisdiccionales estatales determinar el lugar de residencia habitual del menor a la luz de los criterios nombrados, que en resumen son: en primer lugar, además de la presencia física del menor en un Estado miembro, deben tenerse en cuenta otros factores que puedan indicar que dicha presencia no tiene en absoluto carácter temporal u ocasional y que la residencia del menor se traduce en una determinada integración en un entorno social y familiar. En segundo lugar, en particular, han de tenerse en cuenta la duración, la regularidad, las condiciones y las razones del traslado a dicho Estado miembro, 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. En tercer lugar, la intención de los padres de establecerse con el menor en otro Estado expresada a través de circunstancias externas, como la compra o alquiler de una vivienda en dicho Estado. Por último, añadir el hecho de que los menores permanezcan en un Estado miembro en el que llevan una vida errante durante un corto periodo de tiempo puede ser un indicio de que los menores no tienen su residencia habitual en ese Estado.⁵⁵ Esto mismo expone el TJUE en la sentencia del 2 de abril de 2009, A, C-523/07, en sus apartados 38 a 42⁵⁶.

Junto a los criterios expuestos, es necesario señalar una situación que puede concurrir en los supuestos de S.I.M y que se concreta en el carácter temporal de la presencia del menor en un determinado Estado. Y ello porque la provisionalidad de la estancia del menor en un determinado territorio no favorece la determinación de la residencia habitual del menor. Por esto, en los casos de S.I.M deben ponderarse el conjunto de circunstancias concretas y no computar el tiempo de estancia del menor que pudiera beneficiar al progenitor sustractor. Del mismo modo, el carácter provisional del traslado de un menor

⁵⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 8 de junio de 2017, *OL y PQ*, C- 111/17 PPU, apartados 50 y 51, (ECLI:EU:C:2017:436).

⁵⁵ REIG FABADO, I. *op.cit.*, p.20.

⁵⁶ ECLI:EU:C:2009:225.

no puede configurarse como un elemento concluyente para considerar que se ha producido en estos un cambio en su residencia habitual. Además, es necesario tener en cuenta otros extremos, como por ejemplo, la especificidad que puede suponer la determinación de la residencia habitual de un menor lactante.⁵⁷

En el caso de las sentencias de 8 de junio de 2017, *OL y PQ*, C- 111/17 PPU⁵⁸, la cual es objeto de análisis en el presente trabajo, y la sentencia de 9 de octubre de 2014, *C y M*, C-376/14 PPU⁵⁹, además de los criterios indicados también se tienen en cuenta los orígenes geográficos y familiares de la madre, así como las relaciones familiares y sociales de la madre y el menor.

En el caso que nos concierne, el TJUE ha interpretado el concepto de residencia habitual de un menor lactante en relación con el artículo 11 del Reglamento Bruselas II bis. Y ello, porque se erige como un criterio clave para apreciar si una demanda de restitución es fundada, ya que esta únicamente podrá prosperar si, inmediatamente antes del traslado o retención ilícitos, el menor tenía su residencia habitual en el Estado miembro al que se le solicita su restitución. Ya que un procedimiento de restitución tiene naturaleza expeditiva y tiene por objeto restituir el *statu quo ante* y siendo que el concepto de residencia habitual debe interpretarse de acuerdo al interés superior del menor, lo que impide que la intencionalidad de los padres pueda constituir por sí solo el criterio de determinación de la residencia habitual del menor y por ende la consideración del traslado o la retención como ilícitos. Por lo cual, como se analizará a continuación, en el asunto *OL y PQ*, en tanto en cuanto no se puede determinar la residencia habitual del menor por la aceptación del criterio de la intencionalidad de los padres, el traslado o la retención posterior, no resulta ilícita.⁶⁰

⁵⁷ REIG FABADO, I. *op.cit.*, p.20.

⁵⁸ ECLI:EU:C:2017:436.

⁵⁹ ECLI:EU:C:2014:2268.

⁶⁰ REIG FABADO, I. *op.cit.*, p.20.

IV. COMENTARIO JURISPRUDENCIAL: SENTENCIA DEL TJUE DE 8 DE JUNIO DE 2017, OL c. PQ, as. 111/17 PPU.

1. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LA CUESTION PREJUDICIAL PLANTEADA

Centrándonos ya en la sentencia objeto de estudio, respecto de la resolución de remisión se desprende que la hija de OL y PQ nació en Grecia no por «razones fortuitas o por fuerza mayor», sino por voluntad de sus padres, ya que así PQ podría contar con la ayuda de su familia paterna antes del parto y durante los primeros meses de vida de la menor. También cabe destacar que la niña no fue «trasladada a un tercer Estado» posteriormente.⁶¹

Además, aunque el Juzgado de Primera Instancia de Atenas menciona en la cuestión prejudicial planteada tanto a un «recién nacido» como a un «lactante», es preciso concretar que, dado que inmediatamente antes de la retención alegada, conocida en junio de 2016, la niña ya tenía cinco meses de edad, por ello el litigio ataña a un lactante.

En el marco del procedimiento de cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el TJUE establecido por el artículo 267 TFUE, corresponde al TJUE proporcionar al órgano jurisdiccional remitente una respuesta útil que le permita resolver el litigio del que conoce. Desde este punto de vista, le corresponde reformular, en su caso, las cuestiones prejudiciales que se le planteen.⁶²

Así pues procede entender la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia de Atenas, en el sentido de que solicita que se dilucide la forma en la que debe interpretarse el concepto de «residencia habitual», en el sentido del artículo 11, apartado 1 del Reglamento Bruselas II bis, con el objetivo de determinar si se halla ante un supuesto de «retención ilícita» en una situación en la que un menor ha nacido y ha permanecido de manera ininterrumpida con su madre durante varios meses, por voluntad común de los padres, en un Estado miembro distinto de donde se encontraba la residencia habitual de los progenitores antes del nacimiento del lactante. En este contexto, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si en esta situación, la voluntad inicial de los padres

⁶¹ STJUE, 8 de junio de 2017, *OL c. PQ*, C-111/17 PPU, apartado 32.

⁶² STJUE, 8 de junio de 2017, *OL c. PQ*, C-111/17 PPU, apartado 34.

respecto al regreso de la madre con la menor a Italia es un factor preponderante para considerar que la hija de ambos tiene ahí su «residencia habitual», en el sentido del citado Reglamento, independientemente de que no haya estado nunca físicamente en dicho Estado miembro.⁶³

En este sentido, en primer lugar, ha de recordarse que el concepto de «traslado o retención ilícitos de un menor», según la definición expuesta en el artículo 2, punto 11, del Reglamento Bruselas II bis⁶⁴, en términos similares a los expuestos en el artículo 3 del Convenio de la Haya de 1980, hace referencia al traslado o a la retención de un menor que se haya producido con infracción de un derecho de custodia adquirido por resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos de conformidad con la legislación del «Estado miembro en donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos».

Por otro lado, el artículo 11, apartado 1 del Reglamento Bruselas II bis, establece que las disposiciones de este artículo serán de aplicación cuando el titular de la custodia solicite a las autoridades competentes de un Estado miembro que se dicte una resolución con arreglo al Convenio de La Haya de 1980, teniendo por objetivo conseguir la restitución de un menor que haya sido trasladado o retenido de forma ilícita en «un Estado miembro distinto del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos».⁶⁵

De las disposiciones anteriores, se deduce que el concepto de «residencia habitual» constituye un elemento central para apreciar si una demanda de restitución es fundada, ya que dicha demanda únicamente podrá prosperar si, antes del traslado o de la retención alegados, el menor lactante tenía su residencia habitual en el Estado miembro al que se pide su restitución. También hay que destacar que el concepto de «residencia habitual» es esencial, en el Reglamento Bruselas II bis, para determinar si estamos dentro de su

⁶³ STJUE, 8 de junio de 2017, *OL c. PQ*, C-111/17 PPU, apartado 35.

⁶⁴ REGLAMENTO (CE) N.º 2201/2003 DEL CONSEJO de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000-«Artículo 2. Punto 11. Traslado o retención ilícitos de un menor, el traslado o retención de un menor cuando: a) se haya producido con infracción de un derecho de custodia adquirido por resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos de conformidad con la legislación del Estado miembro en donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención, y b) este derecho se ejercía, en el momento del traslado o de la retención, de forma efectiva, separada o conjuntamente, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención. Se considera que la custodia es ejercida de manera conjunta cuando, en virtud de una resolución judicial o por ministerio de la ley, uno de los titulares de la responsabilidad parental no pueda decidir sin el consentimiento del otro titular sobre el lugar de residencia del menor».

⁶⁵ STJUE, 8 de junio de 2017, *OL c. PQ*, C-111/17 PPU, apartado 36 y 37.

ámbito de aplicación. Es decir, si el menor lactante antes de la sustracción tenía su residencia habitual en un Estado Miembro de la UE, será aplicable el Reglamento Bruselas II bis. En cambio, en el caso de que el menor hubiera tenido su residencia habitual en un Estado tercero, no miembro de la UE, pero sí parte en el Convenio de la Haya de 1980, sería aplicable dicho Convenio.⁶⁶

Pese a la relevancia de dicho concepto, debe recordarse que ni el Reglamento Bruselas II bis ni el Convenio de La Haya de 1980 definen de forma clara dicho concepto. Al igual que los artículos del Reglamento que lo mencionan tampoco remiten expresamente al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y alcance.⁶⁷

Por este motivo, como se ha indicado con anterioridad, ha sido el TJUE el que a través de su jurisprudencia, ha ido interpretando y matizando qué se debe entender por «residencia habitual» a los efectos del Reglamento Bruselas II bis. Así ha declarado de manera reiterada que se trata de un concepto independiente del Derecho de la Unión Europea, que debe interpretarse atendiendo al contexto de las disposiciones que lo mencionan y a los objetivos del Reglamento Bruselas II bis, en especial el que resulta de su considerando 12⁶⁸. Como por ejemplo, en la sentencia del TJUE, de 22 de diciembre de 2010, *Mercredi*, C-497/10 PPU⁶⁹, en los apartados 44 a 46, donde el Tribunal reitera que el Reglamento Bruselas II bis no contiene ninguna definición expresa del concepto de «residencia habitual» y «que se desprende de las exigencias tanto de la aplicación uniforme del Derecho de la UE como del principio de igualdad que el tenor de una disposición de Derecho de la UE que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance debe ser objeto normalmente en toda la UE de una interpretación autónoma y uniforme que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de dicha disposición y el objetivo que la normativa de que se trate pretende alcanzar».⁷⁰

⁶⁶ STJUE, 8 de junio de 2017, *OL c. PO*, C-111/17 PPU, apartado 38.

⁶⁷ STJUE, 8 de junio de 2017, *OL c. PQ*, C-111/17 PPU, apartado 39

⁶⁸ REGLAMENTO (CE) N.º 2201/2003 DEL CONSEJO de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000.- «Considerando. (12) Las normas de competencia que establece el presente Reglamento en materia de responsabilidad parental están concebidas en función del interés superior del menor, y en particular en función del criterio de proximidad. Esto significa por lo tanto que son los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el cual el menor tiene su residencia habitual los que deben ser competentes en primer lugar, excepto en ciertos casos de cambio de residencia del menor o en caso de acuerdo entre los titulares de la responsabilidad parental».

⁶⁹ ECLI:EU:C:2010:829

⁷⁰ STJUE, 8 de junio de 2017, *OL c. PQ*, C-111/17 PPU, apartado 40.

Por otra parte, en la sentencia de 9 de octubre de 2014, C-376/14 PPU⁷¹, el concepto de «residencia habitual» del menor debe tener un significado uniforme en el Reglamento Bruselas II bis. Por ello, la interpretación dada a este concepto en relación con los artículos 8 y 10 de este Reglamento, es extrapolable al artículo 11, apartado 1 de dicho Reglamento.

Según esta misma jurisprudencia, la «residencia habitual» del menor se corresponde con el lugar en el que el menor tenga cierta integración en un entorno social y familiar. Es competencia de los órganos jurisdiccionales de cada Estado miembro determinar ese lugar teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias de hecho particulares en cada caso. Esto mismo dicta el TJUE en la sentencia de 22 de diciembre de 2010, *Mercredi*, C-497/10.⁷²

A tal efecto, como hemos analizado anteriormente, además de la presencia física del menor en un Estado miembro, deben tenerse en cuenta otros factores que indiquen que esa presencia no tiene carácter temporal u ocasional. Entre estos factores figuran la duración, la regularidad, las condiciones y las razones de la permanencia del menor en el territorio de un Estado miembro y la nacionalidad del mismo. Hay que añadir que estos factores pertinentes varían en función de la edad del menor.

Cuando el menor es un lactante, el TJUE ha señalado que su entorno es en esencia un entorno familiar, determinado por la persona o las personas de referencia con las que vive, que lo guardan y cuidan de él, y que comparte necesariamente el entorno social y familiar de esa o esas personas. Por ello, cuando el lactante está bajo la guarda y cuidado de su madre en un Estado miembro distinto de aquel en el que reside habitualmente el padre, como ocurre en el caso del litigio que estamos analizando, deben considerarse en especial los factores mencionados anteriormente. Esto mismo promulgó el TJUE en la ya referida sentencia de 22 de diciembre de 2010, *Mercredi*, C-497/10 PPU, en sus apartados 54 a 56.⁷³

Por consiguiente, según la jurisprudencia del TJUE mantenida, y analizada, con anterioridad al Asunto OL c. PQ, la intención de los padres no puede, en principio, ser decisiva por sí sola para determinar la residencia habitual de un menor, en el sentido del

⁷¹ ECLI:EU:C:2014:2268

⁷² STJUE, 8 de junio de 2017, *OL c. PQ*, C-111/17 PPU, apartado 42.

⁷³ STJUE, 8 de junio de 2017, *OL c. PQ*, C-111/17 PPU, apartado 45.

Reglamento Bruselas II bis, pero sí que es cierto que constituye un «indicio» que puede completar un abanico de otros factores concordantes.⁷⁴

Evidentemente, el peso que quepa acordar al anterior criterio con el fin de determinar el lugar de residencia habitual del menor dependerá de las circunstancias propias de cada caso. No obstante, debe destacarse que para distinguir la residencia habitual de una mera presencia temporal, la referida residencia debe ser de una cierta duración, para que indique que existe cierta estabilidad. Sin embargo, el Reglamento Bruselas II bis no prevé ninguna duración mínima. En consecuencia, para el traslado de la residencia habitual al Estado miembro de acogida importa ante todo la voluntad del interesado en fijar en ese Estado el centro permanente o habitual de sus intereses con la intención de conferirle un carácter estable. Así pues, la duración de una estancia solo puede servir como indicio en la evaluación de la estabilidad de la residencia, que debe realizarse a la luz de la totalidad de las circunstancias específicas de cada caso.

Cabe recordar que, como se ha subrayado anteriormente, en el litigio principal del caso que nos atañe, la menor nació en Grecia por voluntad común de los padres y que, inmediatamente antes de la retención alegada, había permanecido en dicho Estado miembro durante cinco meses consecutivos con su madre, en el seno de la familia paterna de la misma, sin haber abandonado nunca el territorio de ese Estado.

En dichas circunstancias, adoptar como criterio principal la intención inicial de los progenitores de que la madre regresase acompañada de la menor a un segundo Estado miembro, en este caso a Italia, que era el de la residencia habitual de los progenitores antes del nacimiento de la menor, estableciendo con ello de hecho una regla general y abstracta de que la residencia habitual de un lactante es necesariamente la de sus padres, iría más allá de los límites del concepto de «residencia habitual», en el sentido del Reglamento Bruselas II bis, y sería contrario a la lógica interna, a la eficacia y a la finalidad del procedimiento de restitución. Por último, el interés superior del menor no conduce a una interpretación como la propuesta por el órgano jurisdiccional remitente.⁷⁵ En este sentido, en primer lugar, debe recordarse que el concepto de «residencia habitual», en el sentido del Reglamento Bruselas II bis refleja esencialmente una cuestión de hecho. Por ello, no podría ser compatible con ese concepto considerar que la intención inicial de los progenitores de que el menor resida en un lugar determinado prima sobre el

⁷⁴ STJUE, 8 de junio de 2017, *OL c. PQ*, C-111/17 PPU, apartado 47.

⁷⁵ STJUE, 8 de junio de 2017, *OL c. PQ*, C-111/17 PPU, apartado 50.

hecho de que éste haya permanecido de manera ininterrumpida en otro Estado miembro desde su nacimiento.⁷⁶

En segundo lugar, habida cuenta de la lógica interna del Convenio de La Haya de 1980 y del artículo 11, apartado 1 del Reglamento Bruselas II bis, la alegación de que los padres ejercen conjuntamente el derecho de custodia y la madre no podía, por ende, decidir sola el lugar de residencia de la menor no puede ser decisivo para determinar la «residencia habitual» de esta, en el sentido del Reglamento.⁷⁷

La razón es que, conforme a la definición expuesta en el artículo 2, punto 11, del Reglamento Bruselas II bis y en el artículo 3 del Convenio de La Haya de 1980, de «traslado o retención ilícitos», la licitud o la ilicitud de un traslado o retención se aprecia en función del derecho de custodia atribuido al Derecho del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual antes de su traslado. Por ello, en el marco de la apreciación de una demanda de restitución, la determinación del lugar de residencia habitual del menor precede a la identificación del derecho de custodia eventualmente vulnerado.

En consecuencia, el consentimiento o la falta de consentimiento del padre, en el ejercicio de su derecho de custodia, a que el menor se establezca en un lugar no puede ser un criterio decisivo para determinar de manera clara la «residencia habitual» de ese menor, a tenor del Reglamento Bruselas II bis, lo que, por lo demás, concuerda con la idea de que este concepto refleja esencialmente una cuestión de hecho.

Hay que añadir que esta interpretación se ve corroborada por el artículo 10 del mismo Reglamento, en el que se contempla precisamente la situación en la que el menor adquiere una nueva residencia habitual tras un traslado o retención ilícitos.

En tercer lugar, en un asunto como el planteado en el litigio principal, considerar que la intención inicial de los padres constituye un factor preponderante para determinar la residencia habitual del menor sería contrario a la eficacia del procedimiento de restitución y a la seguridad jurídica.⁷⁸

A este respecto, debe recordarse que un procedimiento de restitución es, por naturaleza, un procedimiento expeditivo, ya que trata de garantizar, como consta en el preámbulo del Convenio de La Haya y en el considerando 17 del Reglamento Bruselas II bis⁷⁹, la pronta

⁷⁶ STJUE, 8 de junio de 2017, *OL c. PQ*, C-111/17 PPU, apartado 51.

⁷⁷ STJUE, 8 de junio de 2017, *OL c. PQ*, C-111/17 PPU, apartado 52.

⁷⁸ STJUE, 8 de junio de 2017, *OL c. PQ*, C-111/17 PPU, apartado 54.

⁷⁹ REGLAMENTO (CE) Nº 2201/2003 DEL CONSEJO de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de

restitución del menor. De hecho, el legislador de la UE ha concretado este imperativo en el artículo 11, apartado 3 del mismo Reglamento⁸⁰, al imponer a los órganos jurisdiccionales que conocen de las demandas de restitución que, salvo circunstancias excepcionales, dicten su resolución como máximo seis semanas después de la interposición de la demanda.⁸¹

Así pues, una demanda de restitución debe fundarse en elementos que puedan comprobarse rápida y fácilmente y, en la medida de lo posible, que sean unívocos. Pues bien, en un asunto como el del litigio principal, puede resultar difícil determinar más allá de toda duda razonable, la fecha prevista inicialmente por los progenitores para el regreso de la madre a Italia y si la decisión de la madre de permanecer en el Estado miembro de nacimiento del menor es la causa o, por el contrario, la consecuencia de la demanda de divorcio presentada por el padre ante los órganos jurisdiccionales del primer Estado.⁸² En definitiva, interpretar en tal contexto el concepto de «residencia habitual» del menor, en el sentido del Reglamento Bruselas II bis, asumiendo que la intención de los padres constituye el factor predominante en cuanto al lugar que «debería haber sido» la residencia habitual obligaría a los órganos jurisdiccionales nacionales a reunir una gran cantidad de pruebas y testimonios para determinar con certeza dicha intención, lo que sería difícilmente compatible con el carácter expeditivo del procedimiento de restitución, o bien pronunciarse sin disponer de todos los elementos pertinentes, lo que sería fuente de inseguridad jurídica.⁸³

responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000.- « Considerando. (17). En caso de traslado o retención ilícitos de un menor, es importante que su restitución se produzca sin demora y con este fin debe seguir aplicándose el Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 tal y como queda completado mediante las disposiciones del presente Reglamento y, en particular, del artículo 11. Con todo, conviene que, en casos concretos y debidamente justificados, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro al que haya sido trasladado o en el que esté siendo retenido ilícitamente el menor puedan oponerse a su restitución. Sin embargo, semejante resolución debe poder ser sustituida por otra posterior del órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual antes de su traslado o retención ilícitos. En caso de que esta última resolución implique la restitución del menor, ésta debería realizarse sin necesidad de procedimiento alguno para el reconocimiento y la ejecución de dicha resolución en el Estado miembro en el que se encuentra el menor sustraído».

⁸⁰ REGLAMENTO (CE) Nº 2201/2003 DEL CONSEJO de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000.-« Artículo 11. Apartado 3. El órgano jurisdiccional ante el que se interponga la demanda de restitución de un menor contemplada en el apartado 1 actuará con urgencia en el marco del proceso en el que se sustancie la demanda, utilizando los procedimientos más expeditivos que prevea la legislación nacional. Sin perjuicio del párrafo primero, y salvo que existan circunstancias excepcionales que lo hagan imposible, el órgano jurisdiccional dictará su resolución como máximo seis semanas después de la interposición de la demanda».

⁸¹ STJUE, 8 de junio de 2017, *OL c. PQ*, C-111/17 PPU, apartado 57.

⁸² STJUE, 8 de junio de 2017, *OL c. PQ*, C-111/17 PPU, apartado 58.

⁸³ STJUE, 8 de junio de 2017, *OL c. PQ*, C-111/17 PPU, apartado 59.

En cuarto lugar, en un asunto como el que nos atañe, una interpretación del concepto de «residencia habitual» como la sugerida por el órgano jurisdiccional remitente sería contraria a la finalidad del procedimiento de restitución.

Del informe explicativo del Convenio de La Haya de 1980 se desprende que uno de los objetivos de este Convenio y, por extensión, del artículo 11 del Reglamento Bruselas II bis, es restablecer el *statu quo ante*, es decir, la situación que existía antes del traslado o de la retención ilícitos del menor. Así pues, el procedimiento de restitución pretende devolver al menor al entorno que le es más familiar y, con ello, a restaurar la continuidad de sus condiciones de vida y desarrollo.⁸⁴

Ahora, en una situación como la que es objeto del litigio principal, conforme al anterior objetivo, el supuesto comportamiento ilícito de uno de los padres no puede justificar por sí solo que se acceda a la demanda de restitución del menor y que éste sea trasladado del Estado miembro en el que ha nacido y en el que ha permanecido regularmente de forma continuada a un estado miembro que no le es familiar.

No hay duda de que el procedimiento de restitución establecido por el Convenio de La Haya de 1980 y el Reglamento Bruselas II bis tiene igualmente la finalidad de que ninguno de los padres pueda reforzar su posición en cuanto a la custodia del menor, evitando, por vía de hecho, la competencia de los órganos jurisdiccionales designados en principio, con arreglo a las normas establecidas en particular en ese Reglamento, para pronunciarse sobre la responsabilidad parental sobre el menor.⁸⁵

En este aspecto, ha de destacarse sin embargo que, en lo referente al litigio principal, no se ha presentado indicio alguno que permita presumir que la madre quiera eludir las normas de competencia establecidas en el Reglamento en materia de responsabilidad parental.

Por otro lado, hay que puntualizar que una resolución sobre la restitución o la denegación de la restitución de un menor no zanja la cuestión de la custodia de éste. La imposibilidad de beneficiarse de un procedimiento de restitución en el litigio principal no obsta para que el padre reclame sus derechos sobre el menor mediante un procedimiento sobre el fondo relativo a la responsabilidad parental, incoado ante los órganos jurisdiccionales competentes para conocer de él en virtud de lo dispuesto en el Reglamento Bruselas II

⁸⁴ STJUE, 8 de junio de 2017, *OL c. PQ*, C-111/17 PPU, apartado 61.

⁸⁵ STJUE, 8 de junio de 2017, *OL c. PQ*, C-111/17 PPU, apartado 63.

bis, y en el que podrá examinarse el conjunto de las circunstancias, incluido el comportamiento de los padres.⁸⁶

Por último, a la vista de que, el concepto de «residencia habitual», en el sentido del Reglamento Bruselas II bis, debe interpretarse en función del interés superior del menor, procede destacar que este criterio primordial no conduce en el presente caso a una interpretación como la propuesta por el Juzgado de Primera Instancia de Atenas. En particular, el derecho del menor a mantener relaciones personales y contactos directos con sus dos padres, objeto del artículo 24, apartado 3, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁸⁷, no exige que el menor se traslade al Estado miembro en el que se encontraba la residencia habitual de sus progenitores antes de su nacimiento, ya que este derecho fundamental puede garantizarse mediante un procedimiento sobre el fondo relativo al derecho de custodia, y, en su caso, del derecho de visita instaurado.

El concepto de «residencia habitual», en realidad, es más conforme con el criterio de proximidad, privilegiado por el legislador de la UE en el Reglamento Bruselas II bis, precisamente para garantizar que se tenga en cuenta el interés superior del menor, que las eventuales decisiones que atañan a éste sean adoptadas por los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor reside de forma continua desde su nacimiento.

De todos modos, el TJUE no dispone de elemento alguno que pueda verificar que en las circunstancias específicas del litigio principal, el interés superior del menor pudiera verse afectado.⁸⁸

Por las razones expuestas, en un asunto como el del litigio principal, el artículo 11, apartado 1, del Reglamento Bruselas II bis no puede interpretarse en el sentido de que, inmediatamente antes de la retención alegada por OL, el menor tenía su «residencia habitual», en el sentido de dicha disposición, en el Estado miembro de la residencia habitual de sus progenitores antes del nacimiento. En consecuencia, la negativa de PQ a regresar a ese Estado con la menor no constituye «traslado o retención ilícitos» del menor, en el sentido de dicho Reglamento.⁸⁹

⁸⁶ STJUE, 8 de junio de 2017, *OL c. PQ*, C-111/17 PPU, apartado 65.

⁸⁷ CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA (2000/C 364/01).- «Artículo 24. Derechos del menor. Apartado 3. 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».

⁸⁸ STJUE, 8 de junio de 2017, *OL c. PQ*, C-111/17 PPU, apartado 67.

⁸⁹ STJUE, 8 de junio de 2017, *OL c. PQ*, C-111/17 PPU, apartado 69.

2. FALLO DEL TRIBUNAL RESPECTO A LA CUESTIÓN PREJUDICIAL PLANTEADA

Habida cuenta del conjunto de consideraciones anteriores y en virtud de todo lo expuesto, el TJUE (Sala Quinta) declara:

«*El artículo 11, apartado 1, del Reglamento (CE) n.o 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.o 1347/2000, debe interpretarse en el sentido de que, en una situación como la del litigio principal, en la que un menor ha nacido y permanecido con su madre de manera ininterrumpida durante varios meses, por voluntad común de sus progenitores, en un Estado miembro distinto de aquel en el que éstos tenían su residencia habitual antes del nacimiento del menor, la intención inicial de los progenitores en cuanto al regreso de la madre con el menor a este último Estado miembro no permite considerar que ese menor tiene en dicho Estado miembro su «residencia habitual», en el sentido del citado Reglamento.*

En consecuencia, en tal situación, la negativa de la madre a regresar a ese mismo Estado miembro con el menor no puede considerarse «traslado o retención ilícitos» del menor, en el sentido del citado artículo 11, apartado 1».⁹⁰

V. CONCLUSIONES

La regulación de la S.I.M se enmarca en un marco normativo poliédrico que compagina la interacción entre los regímenes convencional, institucional y estatal de modo complementario. El retorno inmediato del menor que incorpora el Convenio de la Haya de 1980, se prevé para los casos de sustracción internacional de menores, y en caso de que el traslado o la retención sea de carácter «intra-UE», se añade lo establecido por el Reglamento Bruselas II bis.⁹¹

Este marco regulador del retorno del menor en los casos de S.I.M, como ya hemos mencionado anteriormente, no incorpora en él un concepto claro y específico de residencia habitual del menor; al igual que tampoco remite al Derecho nacional de los

⁹⁰ STJUE, 8 de junio de 2017, *OL c. PQ*, C-111/17 PPU, apartado 70.

⁹¹ *Ibidem*.

Estados parte. Por esta razón, debe establecerse un concepto autónomo de residencia habitual del menor en atención al contexto de las disposiciones y a los objetivos del Reglamento que, según lo expuesto desembocan en los principios de interés superior del menor y de proximidad para su determinación. Además de esto, resultan imprescindibles los criterios interpretativos desarrollados por el TJUE, los cuales propugnan una interpretación uniforme del concepto de residencia habitual del menor en el Reglamento Bruselas II bis.⁹²

En última instancia, el Alto Tribunal configura la interpretación autónoma de la residencia habitual del menor como una cuestión fáctica que se corresponde con el lugar en el que el menor tenga una cierta integración en un entorno familiar y social. No obstante, cabe destacar algunos aspectos referentes a las especialidades de los supuestos relativos al retorno inmediato de los menores que afecten a la determinación de la residencia habitual del menor y en los que incide el TJUE. Especialmente, en una demanda de restitución la concreción de esta residencia habitual ha de basarse en elementos que puedan comprobarse de manera rápida y, en la medida de lo posible, que sean unívocos.⁹³

En el caso objeto de análisis en nuestro trabajo, como hemos comentado previamente, al no existir en las normativas vigentes una definición expresa del concepto de residencia habitual del menor, el TJUE ha sido el encargado de vislumbrar la interpretación de dicho concepto y su determinación. Para llevar a cabo dicha interpretación, el Alto Tribunal se maneja utilizando diversos criterios interpretativos, los cuales también se expresan en el caso OL y PQ.

En este asunto, el TJUE considera que el menor lactante debe poseer un cierto grado de integración social y familiar en el Estado miembro donde se encuentra. En el caso cumple con este requisito principal, ya que al ser un menor lactante, su entorno social y familiar concuerda con el de su progenitor, y ello porque al ser un menor de corta edad este está sumido al círculo de aquel que lo cuida y guarda. Por otro lado, ambos progenitores se trasladaron por propia voluntad a Grecia, lugar donde residía la familia paterna de PQ, con la intención de que colaborasen y ayudasen en el cuidado de la recién nacida. Por ello cabe entender que existe claramente una intención de trasladarse a ese Estado miembro. En consecuencia, cumpliendo con los criterios expuestos en reiterada jurisprudencia por el TJUE, cabe entender que la residencia habitual del menor lactante en este asunto se

⁹² *Ibidem*.

⁹³ *Ibidem*.

encuentra en el Estado miembro donde nació y donde lleva viviendo sus primeros meses de vida. Es por ello, que en cuanto a la demanda de restitución interpuesta por OL de la menor, la negativa de la madre de la misma a regresar a Italia, lugar donde se encontraba la residencia habitual de la pareja antes de que ambos se trasladasen a Grecia, no se puede considerar un traslado o retención ilícitos del menor en el sentido del Reglamento Bruselas II bis.

Por último, quiero señalar que esta sentencia supone para el DIPr, una interpretación clara del concepto de residencia habitual del menor, lo cual hace que de manera progresiva a través del resto de jurisprudencia relativa al mismo ámbito, se vaya concluyendo paulatinamente el concepto de residencia habitual de un menor lactante. No obstante, cabe subrayar que el hecho de que se resuelva el litigio referente a la demanda de restitución del menor no zanja la cuestión relativa a la custodia del mismo. Por ello, el progenitor que ha interpuesto la demanda puede reclamar sus derechos sobre la menor lactante a través de un procedimiento sobre el fondo relativo a la responsabilidad parental, interpuesto ante los órganos jurisdiccionales competentes para conocer de él, conforme al Reglamento Bruselas II bis.

VI. BIBLIOGRAFIA

1. DOCTRINA

BERNARDO SAN JOSÉ, A..« Las normas de competencia internacional en materia de responsabilidad parental en el Reglamento (UE) 2019/1111 del consejo de 25 de junio de 2019 : The rules on international jurisdiction in matters of parental responsibility in Council Regulation (EU) 2019/1111 of 25 June 2019.» Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol.12 N.2, pp.1243–1289, Octubre de 2020, [Consultado el 1 de noviembre de 2021]. Disponible en:

<https://eds.s.ebscohost.com/eds/detail/detail?vid=35&sid=ceb7292d-b17b-4e7c-9710-b226f2c7d392%40redis&bdata=JkF1dGhUeXBIPXNzbyZsYW5nPWVzJnNpdGU9ZWRzLWxpdmUmc2NvcGU9c2l0ZQ%3d%3d#AN=edsdnp.7602571ART&db=edsdnp>.

CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C. M. «El foro del art. 10 del Reglamento 2201/2003 : STJUE 24 marzo 2021, asunto c-603/20 PPU, SS y MCP = Article 10 council regulation 2201/2003: ECJ judgement of 24 march 2021, case c-603/20 PPU, SS v MCP.»

Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol.13, N. 2, pp. 639–648, Octubre de 2021, [Consultado el 3 de noviembre de 2021]. Disponible en: <https://eds.s.ebscohost.com/eds/detail/detail?vid=16&sid=ceb7292d-b17b-4e7c-9710-b226f2c7d392%40redis&bdata=JkF1dGhUeXBIPXNzbyZsYW5nPWVzJnNpdGU9ZWRzLWxpdmUmc2NvcGU9c2l0ZQ%3d%3d#AN=edsdnp.8100294ART&db=edsdnp>

CAMPUZANO DÍAZ, B. «Una nueva sentencia del TJUE sobre el concepto de residencia habitual en el marco del Reglamento 2201/2003: sentencia de 17 de octubre de 2018, UD y XB, AS. 393/18 PPU : A new ECJ judgment about the concept of habitual residence in the framework of Regulation 2201/2003: judgment 17 October 2018, UD v. XB, C. 393/18». *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol.11, N.2, pp. 462–471, Octubre de 2019 , [Consultado el 20 de mayo de 2021] . Disponible en: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&AuthType=sso&db=edsdnp&AN=edsdnp.7105622ART&lang=es&site=eds-live&scope=site>

GLUHAIA, D. «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 : Habitual residency of the minor and competent courts to modify a judicial resolution on the right of visit. Jurisprudential application of articles 8 and 9 of regulation (EC) 2201/2003.» *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol.11, N.1, pp. 751–757, marzo de 2019, [Consultado el 30 de octubre de 2021]. Disponible en:

<https://eds.s.ebscohost.com/eds/detail/detail?vid=22&sid=ceb7292d-b17b-4e7c-9710-b226f2c7d392%40redis&bdata=JkF1dGhUeXBIPXNzbyZsYW5nPWVzJnNpdGU9ZWRzLWxpdmUmc2NvcGU9c2l0ZQ%3d%3d#AN=edsdnp.6861140ART&db=edsdnp>

GONZÁLEZ CRUZ, A. et al. «Sustracción internacional de menores y violencia de género», 2017, [Consultado el 20 de Mayo de 2021], Disponible en: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&AuthType=sso&db=edsbas&AN=edsbas.891BC282&lang=es&site=eds-live&scope=site>.

GONZÁLEZ MARIMÓN, M. «Un paso más en el proceso de armonización del Derecho Privado Europeo: la concreción por el TJUE del concepto de residencia habitual del menor recogido en el Reglamento Bruselas II bis». En *Revista Boliviana de Derecho*,

n.30,2020: 470-495. [consultado el 20 de Mayo de 2021], Disponible en: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&AuthType=sso&db=edsbas&AN=edsbas.F2DB33A8&lang=es&site=eds-live&scope=site>.

MAGALLÓN ELÓSEGUI, N. «La difícil determinación de la residencia habitual del menor en los supuestos de responsabilidad parental : The complex task of determining the habitual residence of the child in parental responsabilty cases.» *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol.13, N.2, pp. 819–828, Octubre de 2021, [Consultado el 10 de noviembre de 2021]. Disponible en: <https://eds.s.ebscohost.com/eds/detail/detail?vid=20&sid=ceb7292d-b17b-4e7c-9710-b226f2c7d392%40redis&bdata=JkF1dGhUeXBIPXNzbyZsYW5nPWVzJnNpdGU9ZWRzLWxpdmUmc2NvcGU9c2l0ZQ%3d%3d#AN=edsdnp.8100310ART&db=edsdnp>

PÉREZ MARTÍN, L. A.« El interés superior de los niños y las niñas, de nuevo sobre la necesidad de la creación del concepto autónomo de su residencia habitual. Auto de 24 de octubre de 2019 Sección Decimosegunda de la Audiencia Provincial de Barcelona : The best interest of the children, once more about the need to create an autonomous concept of their habitual residence. Order of October 24, 2019 Twelfth Section of the Provincial Audience of Barcelona». *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol.12, N. 2, pp. 1119–1127, Octubre de 2020, [Consultado el 1 de noviembre de 2021]. Disponible en: <https://eds.p.ebscohost.com/eds/detail/detail?vid=6&sid=81c5da79-1c71-4efb-a54b5a3dd1373805%40redis&bdata=JkF1dGhUeXBIPXNzbyZsYW5nPWVzJnNpdGU9ZWRzLWxpdmUmc2NvcGU9c2l0ZQ%3d%3d#AN=edsdnp.7602580ART&db=edsdnp>

PÉREZ MARTÍN, L. A.« Trascendencia de la residencia habitual en las crisis familiares en el Derecho europeo. comentario de la sentencia de 24 de julio de 2019 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Girona : Transcendence of the habitual residence in family crisis in the European Law. Discussion of the judgement of July 24, 2019 Second Section of the Provincial Court of Girona.» *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol.12, N.1,pp. 657–672, Marzo de 2020, [Consultado el 3 de noviembre de 2021]. Disponible en: <https://eds.s.ebscohost.com/eds/detail/detail?vid=8&sid=ceb7292d-b17b-4e7c-9710-b226f2c7d392%40redis&bdata=JkF1dGhUeXBIPXNzbyZsYW5nPWVzJnNpdGU9ZWRzLWxpdmUmc2NvcGU9c2l0ZQ%3d%3d#AN=edsdnp.7279778ART&db=edsdnp>

REIG FABADO, I. «La construcción del concepto autónomo de residencia habitual del menor en los supuestos de sustracción internacional de menores : The construction of the autonomous concept of habitual residence of the child in the cases of international abduction of children». *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 11, N.1, pp. 877–888, Marzo de 2019, [Consultado el 20 de Mayo de 2021] Disponible en:<https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&AuthType=sso&db=edsdnp&AN=edsdnp.6861157ART&lang=es&site=eds-live&scope=site>.

2. JURISPRUDENCIA

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ,de 22 de diciembre de 2010, *Mercredi* , C-497/10 PPU, (ECLI:EU:C:2010:829).

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 2 de abril de 2009, A, C-523/07, (ECLI:EU:C:2009:225).

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 9 de octubre de 2014, *C y M*, C-376/14 PPU, (ECLI:EU:C:2014:2268).

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 8 de junio de 2017, *OL y PQ*, C- 111/17 PPU ,(ECLI:EU:C:2017:436).

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 15 de febrero de 2017, *W. y V.*, C-499/15, (ECLI:EU:C:2017:118).

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 28 de junio de 2018, *HR*, C-512/17, (ECLI:EU:C:2018:513).

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, del 15 de septiembre de 1994, *Magdalena Fernández/Comisión*, C-452/93, (ECLI:EU:C:1994:332).

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, del 17 de octubre de 2018, *UD*, C-393/18, (ECLI:EU:C:2018:835).

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, del 24 de marzo de 2021, asunto C-603/20 PPU, *SS y MCP*, ECLI:EU:C:2021:231, apartado 50.

3. LEGISLACION

Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (2000/c 364/01).

Circular de la fiscalía general del estado, núm. 6/2015, de 17 de noviembre de 2015, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (fis-c-2015-00006).

Convención sobre los derechos del niño, adoptada por la resolución 44/25 de la asamblea general de naciones unidas, de 20 de noviembre de 1989.

Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

Convenio de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños.

Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Reglamento (ce) n.º 2201/2003 del consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la Competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de Responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (ce) nº 1347/2000.

Reglamento de procedimiento del Tribunal de Justicia, de 29 de septiembre de 2012.

Tratado de funcionamiento de la Unión Europea (2012/c 326/01).