

ESPACIO SCHENGEN:

NO ES INSTRUMENTO DE PREVENCIÓN NI RETORNO EN CASO DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

**Sonia Alvarez Gómez
Miembro AEAFA 1882
Lda. Coleg. ICAB 19.640**

Sumario

I.- Antecedente de hecho planteado.

II.- Cuestiones jurídicas a analizar:

1.- Cuándo se produce una sustracción internacional de un menor.

2.- Qué es el espacio Schengen y cuál es su característica principal. Ante la desaparición de fronteras interiores ¿es factible que un progenitor sustraiga a un menor de un estado miembro de Schengen a otro?

3.- Qué estados son miembros del espacio Schengen y qué estados son miembros de la UE: coincidencias y divergencias.

4.- Instrumentos internacionales suscritos por España relativos a la sustracción internacional de menores: ¿Schengen es un instrumento regulador de la restitución de menores entre los estados miembros?

5.- ¿Está justificado jurídicamente limitar la salida de los menores a los estados miembros del espacio Schengen impidiendo su desplazamiento a otros estados ajenos a Schengen pero miembros de los mismos instrumentos internacionales de restitución?

III.- Conclusiones

IV. - Reseñas y bibliografía

I.- ANTECEDENTE DE HECHO PLANTEADO:

Por la progenitora que, en España, ejerce la custodia de facto (no existe todavía resolución judicial) se solicita al tribunal español que se acuerde que los menores no podrán viajar fuera del espacio Schengen, solicitando para ello un cierre de fronteras exteriores del citado espacio.

II.- CUESTIONES JURÍDICAS A ANALIZAR.

1.- Cuándo se produce una sustracción internacional de un menor.

Según la página web del Ministerio de Justicia: *“Se entiende por sustracción internacional de menores aquella situación en la cual, uno de los progenitores (el progenitor sustractor) de manera unilateral, es decir, sin el consentimiento del otro progenitor (el progenitor privado del menor) sin autorización judicial, traslada o retiene a un hijo menor de 16 años desde el Estado donde éste reside habitualmente a otro Estado diferente de manera ilícita, esto es, sin estar autorizado para hacerlo”.* (1)

Como complemento a lo expuesto, la Circular 6/2015, de Fiscalía sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores establece que *“La sustracción internacional de menores tiene lugar cuando un menor es trasladado ilícitamente por uno de los progenitores a un país distinto de donde reside habitualmente, violando 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.”* (2)

A estos efectos, el Reglamento de Bruselas II bis, define, en su artículo 2.11, que se entenderá por *“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.”*(3)

Y el Convenio de La Haya 1980, de 25 de octubre, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores define, en su artículo 3 que *“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 el 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”.(4)

Establecidos así los criterios generales aplicables a España para interpretar cuándo se produce una sustracción internacional de un menor, sólo procede precisar que ésta tiene lugar con independencia del estado al que el progenitor traslade al menor. Circunstancia ésta que pongo de relieve ahora en atención al análisis que se está realizando sobre el espacio Schengen.

2.-Qué es el espacio Schengen y cuál es su característica principal. Ante la desaparición de fronteras interiores: ¿es factible la sustracción de un menor entre estados miembros del espacio Schengen?

El 14 de junio de 1985, Bélgica, Holanda, Luxemburgo, la entonces República Federal Alemana y Francia suscribieron un Acuerdo en la localidad de Schengen conforme al cual, pactaron la supresión de las fronteras comunes entre ellos a fin de facilitar la libre circulación de personas y mercancías.

A fin de concretar el desarrollo de este acuerdo, el 19 de junio de 1990, suscribieron Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen (CAAS) y entró en vigor a partir del 26 de marzo de 1995.

Sucesivamente se han suscrito y publicado diversos Reglamentos para diferentes aspectos de desarrollo del Acuerdo de Schengen.

En lo que interesa a este análisis, hemos de indicar que en la actualidad está en vigor el Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (código de fronteras Schengen) que vino a sustituir el anterior Reglamento 562/2006. (5)

La finalidad principal del Acuerdo de Schengen es, como ya se ha indicado, la supresión absoluta de fronteras comunes entre los Estados miembros de dicho acuerdo. Tal es así que el actual Reglamento 2016/399, recoge en su artículo 22 sobre el cruce de las fronteras interiores que *“Las fronteras interiores podrán cruzarse en cualquier lugar sin que se realice inspección fronteriza alguna de las personas, cualquiera que sea su nacionalidad”*. El mismo tenor literal que recogía el anterior Reglamento 562/2006, en su artículo 20, y que ha supuesto que el TJUE (Sala

Segunda), en Sentencia de 13 de diciembre de 2018, declare que cualquier norma interna de un estado miembro que obligue a cualquier empresa de autocares de línea que atraviese fronteras interiores Schengen a controlar pasaporte y permiso de residencia de los pasajeros antes de cruzar la frontera interior, es contraria al Código de Fronteras Schengen. (6)

A la vista de lo hasta aquí expuesto y también del contenido del artículo 24 del mencionado Reglamento (UE) 2016/399, conforme al cual, todos los estados miembros eliminarán todos los obstáculos al tráfico fluido a través de puestos fronterizos de carretera situados en las fronteras interiores, no se le escapa al lector que la circulación y trasiego de personas entre todos los Estados miembros del espacio Schengen es absolutamente libre favoreciendo pues, que un progenitor pueda sustraer ilícitamente a un menor de un estado a otro estado dentro del citado espacio. Todo ello, además, cuando los motivos de restablecimiento de controles fronterizos por parte de los Estados miembros se circunscribe al orden público o seguridad nacional: resultando evidente que en el traslado ilegítimo de un menor no concurren estas circunstancias para el cierre de fronteras internas entre Estados.

En el mismo sentido es unánime la doctrina. Así, los profesores Calvo Caravaca y Carrascosa González, reconocen que "La existencia en Europa, de un <espacio sin fronteras personales interiores> ('espacio Schengen') en el que no se exige exhibición de documentos a los sujetos que pasan de un país a otro, facilita el traslado internacional del menor" (8)

Por consiguiente, no sólo es factible la sustracción internacional de menores dentro de los estados miembros de Schengen sino que, la ausencia de control y fronteras internas, facilita la posibilidad de dicha sustracción.

3.- Qué estados son miembros del espacio Schengen y qué estados son miembros de la UE: coincidencias y divergencias.

En la actualidad, los Estados miembros del espacio Schengen son: Alemania, Austria, Bélgica, República Checa, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, Eslovaquia, Eslovenia, España, Suecia, Islandia, Noruega, Suiza y Liechtenstein.

Se observa pues, que de los 26 países relacionados, sólo 22 son miembros de la UE y se observa que los 4 últimos enumerados, Islandia, Noruega, Suiza y Liechtenstein, no son miembros de la UE.

Y resulta que existen Estados miembros de la UE que NO son miembros del espacio Schengen: Chipre, Bulgaria, Rumanía, Croacia, Reino Unido e Irlanda.

De los indicados Estados se ha de señalar que Chipre debe resolver previamente sus disputas como isla dividida de facto; Bulgaria y Rumanía presentaron su petición y encontraron oposición de Alemania y Finlandia y Croacia, inició su proceso de solicitud de adhesión en julio de 2015, pero se encuentra con problemas con Hungría por su dificultad de frenar el flujo migratorio. (8)

4.- Instrumentos internacionales suscritos por España relativos a la sustracción internacional de menores: ¿Schengen es un instrumento regulador de la restitución de menores entre los estados miembros?

De lo expuesto hasta ahora, convendrá el lector que queda en evidencia que el Acuerdo de Schengen, y por continuación, el CAAS, NO ES UN INSTRUMENTO INTERNACIONAL DE PREVENCIÓN NI DE RESTITUCIÓN DE MENORES EN CASO DE SUSTRACCIÓN. Antes al contrario: es un instrumento internacional que, en su caso, favorece a cualquier persona de cualquier nacionalidad, el rápido desplazamiento entre los Estados miembros una vez ya se está dentro del espacio Schengen.

Los instrumentos idóneos de regulación en España, de los procesos de restitución de menores sustraídos son, principalmente, los siguientes:

a).- Reglamento (CE) 2201/2003, conocido como Bruselas II bis, relativo a la Competencia, Reconocimiento y Ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. (9). El presente Reglamento se aplica a todos los Estados miembros de la UE excepto Dinamarca, incluidos también los Estados de la UE que NO son miembros del espacio Schengen (Chipre, Bulgaria, Rumanía, Croacia, Reino Unido e Irlanda)

b).- Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980 sobre Reconocimiento y Ejecución de Decisiones en Materia de Custodia de Menores y Restablecimiento de dicha custodia (Convenio 105 del Consejo de Europa de 1980). Este convenio se aplica a España con relación a Islandia, Liechtenstein, Moldavia, Montenegro, Noruega, Serbia, Suiza, la República de Macedonia, Turquía, Dinamarca y Ucrania. Es decir, Estados que NO son miembros de la UE (a excepción de

Dinamarca) estando algunos dentro del espacio Schengen y otros fuera del mismo. (10)

c).- Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores: aplicable al ámbito internacional no comunitario.

d).- Convenio Bilateral con el Reino de Marruecos sobre Asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia, derecho de visita y devolución de menores, firmado en Madrid el 30.5.1996. Aplicado provisionalmente desde el 30.5.1997 y en vigor definitivamente desde el 1.7.1999.

5.- ¿Está justificado jurídicamente limitar la salida de los menores a los estados miembros del espacio Schengen impidiendo su desplazamiento a otros estados ajenos a Schengen pero miembros de los mismos instrumentos internacionales de restitución?

Por todo lo expuesto, resulta que si un progenitor solicita a un Tribunal que cierre las fronteras para impedir que un menor salga del espacio Schengen y el otro progenitor lo traslada a cualquier Estado miembro de este espacio:

1.- el traslado será absolutamente sencillo y rápido en atención a la ausencia de fronteras internas;

2.- la restitución se hará por instrumentos internacionales que también se aplican al resto de los Estados firmantes de los mismos por lo que nos encontraríamos ante las siguientes tesis:

.- Si se limita la deambulaci3n a los Estados de la UE miembros del espacio Schengen, se impide el acceso a otros Estados miembros de la UE que est3n vinculados tambi3n con Bruselas II bis. De manera que el menor no podr3a viajar a Reino Unido, Irlanda, Rumania, Bulgaria, Chipre o Croacia y s3 podr3a viajar, en cambio, por ejemplo, a Lituania, Finlandia, Malta... cuando resulta que el instrumento de restituci3n en caso de que el progenitor sustraiga al ni1o a estos 3ltimos estados es el mismo que para los primeros, sin que tenga ninguna trascendencia Schengen en la prevenci3n o facilidad de retorno.

.- Si se limita la deambulaci3n a los Estados NO miembros de la UE que s3 sean miembros del espacio Schengen, se permite el traslado del menor a Estados como Liechtenstein, Noruega, Islandia y Suiza cuyo instrumento de restituci3n con Espa1a es el Convenio de Luxemburgo, y en cambio, no se permite la deambulaci3n del menor por el resto de Estados tambi3n suscriptores del Convenio de Luxemburgo y que no forman parte de Schengen, como son Serbia, Montenegro, Moldavia...

Carece de justificación jurídica que por un progenitor se acepte la deambulaci3n por los estados miembros de Schengen cuando la restituci3n se realiza en funci3n de instrumentos internacionales que nada tienen que ver con la an3cdota de haber suscrito o no el acuerdo Schengen, de tal manera que se discrimina sin raz3n la deambulaci3n por todos los estados que han suscrito los Convenios internacionales con Espa1a.

III.- CONCLUSIONES:

La petici3n de un cierre de fronteras del espacio Schengen no es una medida eficaz para prevenir la sustracci3n internacional de un menor: antes al contrario, la redacci3n del Reglamento (UE) 2016/399, la jurisprudencia del TJUE y la doctrina especializada coinciden en acreditar que el espacio Schengen es facilitador del r1pido traslado de personas sin control de accesos en fronteras internas.

De la misma redacci3n del citado Reglamento se concluye que entre los casos de restablecimiento de fronteras internas de los Estados miembros no se prev3 el traslado il3cito de menores: s3lo motivos de orden p3blico o seguridad nacional.

Cuando se produce una sustracci3n internacional de un menor, el proceso de restituci3n se gestiona m1s eficazmente si existe un instrumento internacional (Convenio multilateral o bilateral) suscrito entre el Estado requirente y el requerido sin que la pertenencia o no al espacio Schengen tenga relevancia para la restituci3n.

Dentro de los Estados miembros del espacio Schengen, la forma de restituci3n con Espa1a se vehicula a trav3s del Reglamento de Bruselas II bis y del Convenio de Luxemburgo de 1980.

Si se permite la deambulaci3n a algunos de los Estados suscriptores de estos instrumentos internacionales, se debe permitir la deambulaci3n a la totalidad de los Estados firmantes del Bruselas II bis y del Luxemburgo de 1980, so pena de incurrir en una limitaci3n injustificada de la libertad deambulatoria.

El 1mbito de cierre de fronteras, eficaz, ante el posible temor de sustracci3n internacional de un menor, viene regulado en el art3culo 103.1º del C3digo Civil: prohibici3n de salida del territorio nacional. Este es el l3mite geogr1fico que a criterio de la que suscribe, deber3 solicitarse si se desea proteger con la mayor probabilidad posible, que un menor no va a ser sustra3do.

IV.- RESEÑAS Y BIBLIOGRAFÍA

- (1) www.mjusticia.gob.es, sobre sustracción internacional de menores.
- (2) Circular 6/2015, de Fiscalía sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.
- (3) Reglamento Bruselas II bis. Artículo 2.11
- (4) Convenio de La Haya 1980, 25 de octubre sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Artículo 3.
- (5) Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (código de fronteras Schengen)
- (6) SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Segunda) de 13 de diciembre de 2018. (ECLI:EU:C:2018:1005) «Procedimiento prejudicial — Espacio de libertad, seguridad y justicia — Reglamento (CE) n.º 562/2006 — Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (código de fronteras Schengen) — Artículos 20 y 21 — Supresión de los controles en las fronteras interiores del espacio Schengen — Inspecciones dentro del territorio de un Estado miembro — Medidas que tienen un efecto equivalente a las inspecciones fronterizas — Normativa de un Estado miembro que exige a un operador de viajes en autocar que explota líneas que cruzan las fronteras interiores del espacio Schengen controlar los pasaportes y los permisos de residencia de los pasajeros — Sanción — Apercibimiento de imposición de multa coercitiva». En los asuntos acumulados C-412/17 y C-474/17.
- (7) Sustracción Internacional de Menores: una visión general. Prof. Alfonso-Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González.
- (8) www.europarl.europa.eu Artículo actualizado a 11 de diciembre 2018.
- (9) <https://eur-lex.europa.eu> Reglamento (CE) 2201/2003, conocido como Bruselas II bis, relativo a la Competencia, Reconocimiento y Ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.
- (10) Aplicación práctica del Convenio de La Haya y el Reglamento 2201/2003. El papel de la Autoridad Central. Carmen García Revuelta Miembro de la Autoridad Central Española.