

EL TRASLADO LÍCITO DE MENORES: LAS DENOMINADAS *RELOCATION DISPUTES*

Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS

Catedrática de Derecho Internacional Privado
Universidad de Barcelona

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. RELACIÓN DE LAS *RELOCATION DISPUTES* CON LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES.—3. RELACIÓN DE LAS *RELOCATION DISPUTES* CON EL EJERCICIO TRANSNACIONAL DEL DERECHO DE VISITA.—4. RESOLUCIÓN DE LAS *RELOCATION DISPUTES* CONFORME AL DERECHO ESPAÑOL.—4.1. El procedimiento para el traslado lícito de un niño.—4.2. Los parámetros de resolución de las *relocation disputes*.—4.3. Valoración.—5. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

Los traslados del lugar de residencia al extranjero no son ninguna anomalía en la sociedad contemporánea. Pueden obedecer a los más variados motivos económicos, afectivos o vitales, y son parte de la libertad de movimiento, que el art. 19 de la Constitución reconoce a todos los españoles. En el contexto europeo, el derecho a trasladarse libremente dentro de la Unión Europea es el atributo principal de la ciudadanía europea¹ y forma parte de nuestra realidad cotidiana.

Cuando las decisiones de traslado al extranjero afectan a niños no plantean, de ordinario, problemas con trascendencia jurídica mientras la familia permanece unida, pues la decisión se toma conjuntamente por los titulares de la responsabilidad parental y las eventuales discrepancias se resuelven

¹ Art. 20.2.a) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

en el ámbito privado². En caso de ruptura familiar puede, en cambio, ser necesaria la intervención de la autoridad competente para resolver la falta de acuerdo entre los progenitores, si uno de los progenitores desea trasladarse al extranjero, y pretende llevar consigo al hijo, el otro se opone, y ambos tienen derecho a determinar el lugar de residencia del niño. En este caso se produce una colisión entre, por un lado, el derecho a la vida familiar del progenitor que desea ejercer su derecho de libre circulación y pretende llevarse al niño, y el derecho a la vida familiar del otro progenitor, que quiere que el niño permanezca en la jurisdicción. Si bien la disputa ha de resolverse en función de interés superior del niño, que ha de ser la consideración principal, éste no es fácil de determinar³, pues el niño tiene derecho a relacionarse con ambos progenitores y su bienestar puede verse condicionado por las circunstancias personales de uno y otro, y muy especialmente de aquel que es su principal cuidador.

Las disputas relativas al cambio del domicilio de menores han sido, sobre todo, objeto de atención en la doctrina y jurisprudencia anglosajona, recibiendo la denominación, de difícil traducción, de *relocation disputes*. Aunque las *relocation disputes* pueden desencadenarse también en supuestos internos, estas controversias son especialmente difíciles en casos internacionales⁴. Son un tipo de disputas cada vez más habituales habida cuenta de la movilidad de la población, el incremento de las parejas mixtas y los crecientes índices de separación y divorcio⁵.

Las *relocation disputes* se plantean típicamente cuando es el progenitor que tiene a su cargo a los niños⁶ quien desea trasladarse al extranjero, pues

² Eugen Ehrlich, a quien se considera fundador de la Sociología del Derecho, dijo una vez sobre la relación entre familia y Derecho, que «una familia cuyos miembros disputan en términos jurídicos ha dejado de existir como comunidad social y económica: cuando acuden al juez han dejado de ser familia». Citado conforme a MARTINY, D., «Rechtsprobleme der nichtehelichen Lebensgemeinschaft während ihres Bestehens nach deutschem Recht», en SCHERPE, J. M., y YASSARI, N., *Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005, p. 79.

³ Existen múltiples estudios psico-sociales en esta materia que no permiten llegar a respuestas concluyentes. Para una visión de conjunto, TAYLOR, N., y FREEMAN, M., «International Research evidence on Relocation: past, present, future», *The Judge's Newsletter*, Special edition. International Judicial Conference on Cross-Border Family Relocation, 2010, pp. 14-25.

⁴ Aunque a veces el traslado dentro de un mismo Estado puede crear mayores dificultades que el traslado a otro Estado (compárese por ejemplo las dificultades de accesibilidad entre Zamora y Barcelona con las que existen entre Barcelona y París) el fenómeno de la frontera sigue teniendo su peso en esta materia, posiblemente porque el progenitor que no se traslada piensa que existen mayores posibilidades de que se desconozcan sus derechos, una vez el niño esté bajo la jurisdicción de otras autoridades.

⁵ En Estados Unidos se trata del ámbito del Derecho de familia en el que la litigiosidad ha crecido más en las últimas décadas. Vease GLENNON, T., «Mobility and the post-divorce family: resolution of Relocation disputes in the USA», en BOELE-WOELKI, K. (ed.), *Common Core and better law in European Family Law*, Amberes, Intersentia, 2005, p. 193.

⁶ De manera consciente evitaremos el uso de términos jurídicos y los sustituiremos por conceptos más fácticos, pues lo que queremos poner de relieve es que en las *relocation disputes* es el progenitor encargado de la mayor parte del cuidado cotidiano del niño, aquel con el que el niño reside habitualmente, quien quiere trasladarse y llevarse al niño consigo. Por la relación de las *relocation disputes* con la sustracción internacional de menores parece también aconsejable utilizar la terminología que se emplea en los instrumentos relativos a los traslados ilícitos.

al afectar dicho traslado a los menores que lo acompañarían, no es infrecuente que el ordenamiento jurídico subordine dicho cambio de domicilio, a la previa obtención de la autorización o consentimiento del otro progenitor. De prescindirse de dicho consentimiento, el traslado se considerará ilícito desencadenando la aplicación de los instrumentos relativos a los aspectos civiles de la sustracción de menores⁷ y la sanción penal⁸.

Que la licitud del traslado dependa del consentimiento del otro titular de la responsabilidad parental se justifica porque el cambio de domicilio afecta al derecho del niño a relacionarse con el padre que no se traslada⁹ y al derecho de dicho progenitor a mantener relaciones personales con su hijo o hija¹⁰. En caso de que el consentimiento de ese otro progenitor no pueda obtenerse, corresponderá a la autoridad competente dirimir la disputa y dictar una decisión favorable o contraria a dicho traslado.

Por consiguiente, la libertad deambulatoria del progenitor que tiene a su cargo a los niños se ve inevitablemente condicionada, lo que contrasta de manera notable con la situación del otro progenitor. Pese a que el derecho del niño a mantener relaciones personales con el progenitor con el que no reside pueda verse afectado por la decisión unilateral de éste de trasladarse al extranjero, el ordenamiento no interviene para tutelar dichas relaciones, no subordinándose el traslado al consentimiento del otro progenitor, ni a falta de éste a ninguna decisión judicial. Ello implica un trato desigual de los progenitores tras la ruptura y pone de manifiesto las contradicciones y falacias de una «cultura del divorcio» basada en el principio de que tras el divorcio ambos cónyuges son libres de decidir su destino, que quiebra cuando se tiene descendencia¹¹.

No se puede, en efecto, desconocer que cualitativamente las *relocation disputes* se diferencian de otro tipo de controversias relativas al ejercicio de la responsabilidad parental porque su resolución en vía judicial puede, en gran medida, determinar el futuro del guardador del niño, que, caso de que no se autorice el traslado del menor, deberá elegir entre renunciar a sus proyectos personales en aras a permanecer junto a su hijo, o trasladarse, dejando a su hijo atrás. Si se tiene en cuenta que son las madres quienes mayoritariamente ejercen la mayor parte del cuidado cotidiano de los niños tras las rupturas de pareja, se advertirá asimismo que las *relocation disputes* tienen un impacto distinto sobre hombres y mujeres, pues son mayoritariamente las mujeres las

⁷ Se trata esencialmente del Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores y del Reglamento (CE) núm. 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 (Bruselas II bis).

⁸ En la mayoría de Estados la sustracción internacional de menores está tipificada penalmente. En el caso español el precepto relevante es el art. 225 bis del Código Penal.

⁹ Art. 10.2 del Convenio sobre los Derechos del Niño.

¹⁰ Art. 160 del Código Civil español y art. 236.4 del Código Civil de Cataluña.

¹¹ BRUCH, C., «Sound Research or Wishful Thinking in Child Custody Cases? Lessons from Relocation Law», *Family Law Quarterly*, vol. 40, núm. 2, 2006 (pp. 281-314), p. 283; JEPPESEN DE BOER, Ch., «Parental relocation. Free movement rights and joint parenting», en BOELE-WOELKI, K. (ed.), *Debates in Family law around the globe at the dawn of the 21st Century*, Amberes, Intersentia, 2009 (pp. 107-120), p. 120.

que desean trasladarse con sus hijos y los hombres quienes se oponen a los traslados¹².

Las *relocation disputes* son de difícil resolución porque invariablemente implican la confrontación de tres intereses diferenciados, el de la madre que desea rehacer su vida, trasladándose al extranjero, el del padre que desea poder seguir manteniendo frecuentes relaciones personales con su hijo y justificadamente teme que la distancia geográfica las reduzca o impida, y los intereses del niño que tiene derecho a mantener relaciones personales con ambos progenitores, tanto con el que se traslada como con el que permanece en la jurisdicción. Se trata de un conflicto de intereses particularmente difícil pues ninguna solución puede satisfacer por completo y todos los intereses son legítimos. De ahí que en Derecho comparado con frecuencia se haga referencia a la complejidad de la tarea del juzgador y exista un importante debate internacional, que no ha llegado apenas a nuestro país, acerca de los parámetros que han de guiar la toma de decisiones.

La sustracción internacional de menores ha sido extensamente estudiada en la doctrina española mientras que las *relocation disputes* han recibido una atención muy escasa, por no decir prácticamente inexistente. En este trabajo se estudiará la relación de las mismas con la sustracción internacional de menores y el ejercicio transnacional de los derechos de visita. Se analizará, a continuación, la resolución de las *relocation disputes* desde la perspectiva, esencialmente, del Derecho internacional privado y de algunos Derechos sustantivos españoles, pues son éstos los que rigen cuando la disputa se plantea en nuestro país. Se pondrán de manifiesto importantes disfunciones y carencias de la regulación actual y se apuntarán las perspectivas de futuro.

2. RELACIÓN DE LAS *RELOCATION DISPUTES* CON LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

Una resolución adecuada de las *relocation disputes* es esencial para evitar los traslados ilícitos de menores. La imposibilidad de obtener una autorización para trasladar al niño al extranjero en un plazo de tiempo razonable puede acabar desencadenando una sustracción o retención ilícita, que hubiera sido perfectamente evitable de contarse con vías jurídicas adecuadas y suficientemente conocidas¹³. El traslado ilícito puede también verse motivado por una resolución inadecuada de una *relocation dispute*, en la que los intereses del progenitor que desea trasladarse hayan sido insuficientemente considerados¹⁴.

¹² GLENNON, Th., «Divided parents, shared children. Conflicting approaches to relocation disputes in the USA», en BOELE-WOELKI, K. (ed.), *Debates in Family law around the globe at the dawn of the 21st Century*, Amberes, Intersentia, 2009 (pp. 83-106), p. 84.

¹³ Véase el discurso de Lord Justice Thorpe, «Relocation the search for common principles», London Metropolitan University, 30 de junio de 2010, accesible en <http://www.childjustice.org/docs/thorpe022005.pdf>.

¹⁴ Véase el asunto *Neulinger* al que se hará referencia *infra*.

La importancia de disponer de mecanismos adecuados para resolver las *relocation disputes* es especialmente evidente en el caso, hoy típico, en el que quien sustrae al niño es la madre, pues dicha conducta deviene ilícita aunque sea ella quien ejerza la mayor parte del cuidado cotidiano del menor, si el otro progenitor mantiene el derecho a participar en la decisión relativa al lugar de residencia del niño, según establecen los arts. 3 y 5.a) del Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción de niños y con especial claridad el art. 2.11 apartado b) del Reglamento 2201/2003 (Bruselas II bis). La definición de derechos de custodia prevalente en los instrumentos relativos a la sustracción de menores prioriza, en efecto, el derecho a determinar el lugar de residencia del niño por encima del derecho a su cuidado cotidiano y permite que los mecanismos de obtención del retorno se activen incluso en supuestos en los que el solicitante de retorno no pretende el cuidado cotidiano del niño, sólo ejerce y quiere ejercer derechos de visita o resulta manifiestamente inadecuado para hacerse cargo del cuidado cotidiano del niño, y el traslado al extranjero es una opción razonable para la sustractora y el niño. Si en un caso como éste la sustractora hubiera dispuesto de mecanismos adecuados para poder trasladar al niño lícitamente, tal vez habría desistido de actuar unilateralmente, lo cual en el largo plazo beneficiaría sobre todo al niño, pues los mecanismos de retorno y sobre todo la intervención del Derecho penal no hacen sino exacerbar el conflicto entre los padres, dificultando la necesaria colaboración de cara al futuro.

Una adecuada resolución de las *relocation disputes* podría contribuir a reducir los «casos difíciles» de sustracción de menores¹⁵, en los que la aplicación de los mecanismos de retorno produce resultados indeseables. En algún Estado contratante como Suiza se ha preconizado la necesidad de flexibilizar la aplicación de las causas de denegación del retorno, y muy especialmente del art. 13.b) del Convenio de La Haya de 1980, para hacer frente a las sustracciones llevadas a cabo por el cuidador principal del niño. La *ley federal suiza de 21 de diciembre de 2007 sobre sustracción internacional de menores y los Convenios de La Haya en materia de protección de menores y adultos*¹⁶ introduce una interpretación legal del concepto de situación intolerable, al que hace referencia el art. 13.b) del Convenio de La Haya, de forma que no procede el retorno: a) si una colocación del niño con el solicitante de retorno es manifiestamente contraria al interés del niño; b) el progenitor sustractor no puede, habida cuenta de la totalidad de las circunstancias, encargarse del cuidado del niño en el Estado de residencia habitual inmediatamente anterior al traslado o tal cosa no se puede razonablemente esperar de él o ella, y c) la colocación del niño en acogimiento familiar manifiestamente no responde al interés superior del niño.

¹⁵ Esta terminología es habitual en España. Fue acuñada por S. Álvarez en ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Interés del menor y cooperación jurídica internacional en materia de desplazamiento internacional de menores: los casos difíciles», *Cooperación Jurídica internacional. Colección Escuela Diplomática*, núm. 5, Madrid, 2001, pp. 125-136

¹⁶ Una traducción inglesa de esta norma se incluye como anexo en BUCHER, A., «The new Swiss Federal Act on International Child Abduction», *Journal of Private International Law*, 2008, pp. 161-165.

Como era de esperar, y pese a su carácter limitado, la legislación suiza cuenta con partidarios¹⁷ y detractores¹⁸, puesto que si bien, por un lado, permite resolver, de manera más flexible y posiblemente más ajustada al interés superior del niño concreto que ha sido sustraído, algunos de los denominados casos «difíciles», de otra parte, implica una mayor posibilidad de denegación de retornos y, por tanto, socava los pilares sobre los que se asienta el Convenio de La Haya. Esto es, que la respuesta adecuada frente a la ilicitud del traslado es la inmediata restitución del menor al Estado contratante del que fue sustraído, confiando en la adecuada resolución de la disputa sobre el fondo por parte de las autoridades competentes de dicho Estado¹⁹. Tratándose, además, de una solución nacional implica una fragmentación de la interpretación del Convenio, contraria a su carácter internacional.

El examen de la eventual necesidad de flexibilizar los mecanismos de retorno no constituye el objeto de este trabajo²⁰. La iniciativa suiza se ha traído, sin embargo, a colación porque revela la incomodidad creciente que genera la aplicación del mecanismo de retorno en determinadas circunstancias, que tienen en común que el traslado era, habida cuenta de la totalidad de las circunstancias, una opción razonable y debería haber sido posiblemente autorizado. Uno de estos casos es el asunto *Neulinger* sobre el que en fechas recientes se ha pronunciado la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos²¹, fallando que la ejecución de la orden de retorno dictada por el Tribunal federal suizo resultaría contraria al interés superior del niño y al derecho a la vida familiar de la sustractora y del niño protegido en el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En este caso la solicitud de retorno fue formulada por un padre que tenía unos derechos de visita muy limi-

¹⁷ WEINER, M., «Intolerable situations and counsel for children: following Switzerland's example in Hague Abduction cases», *American University Law Review*, 2008, vol. 58:335, pp. 335-403.

¹⁸ RIPLEY, P., «A Defence of the Established Approach to the Grave Risk Exception in the Hague Child Abduction Convention», *Journal of Private International Law*, 2008, pp. 443-477.

¹⁹ Se suele defender la compatibilidad del Convenio de La Haya con el interés superior del niño porque este Convenio sirve al interés colectivo de los niños de no ser sustraídos ilícitamente. Hay quien entiende incluso que cualquier análisis que priorice el interés superior individual del niño puede verse como un peligro para la operatividad del Convenio. Véase WALKER, L., «The Impact of the Hague Abduction Convention on the Rights of the Family In the Case-law of the European Court of Human Rights and the UN Human Rights Committee: The Danger of *Neulinger*», *Journal of Private International Law*, 2010, pp. 649-682.

²⁰ Desde el punto de vista de un Estado de la Unión Europea como España una legislación como la suiza no es, por otra parte, una opción hoy por hoy viable. En primer lugar, porque, como consecuencia de la doctrina de las competencias externas, los Estados miembros carecen, tras la promulgación del Reglamento Bruselas II bis, de competencia para dictar normas de este tipo, y en segundo término, porque la aplicación del mecanismo de retorno en los supuestos intracomunitarios persigue la finalidad opuesta, de aumentar a toda costa los índices de retorno de los niños mediante una aplicación más restrictiva del art. 13.b) como consecuencia de la regla contenida en el art. 11.4 del Reglamento Bruselas II bis y sobre todo de la certificación como título ejecutivo europeo de una eventual orden de retorno dictada en un proceso relativo al fondo de la controversia conforme a las previsiones contenidas en los apartados 6 a 8 del art. 11 del citado Reglamento. En ese contexto difícilmente prosperaría en el ámbito comunitario una propuesta como la suiza.

²¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala), caso *Neulinger y Shuruk c. Suiza*, Sentencia de 6 de julio de 2010, *Aranzadi Westlaw*, JUR 2010/227323 con nota de C. González Beilfuss en este mismo número de la *REDI*.

tados y sometidos a supervisión de los servicios sociales, habiéndose además dictado contra él una orden prohibiéndole entrar en la guardería del niño, acercarse o acosar a la madre y portar o poseer un arma. El padre había sido condenado por impago de las pensiones alimenticias y era la madre quien aseguraba el sustento económico del niño. Con carácter previo a la salida ilegal del Estado de residencia habitual, la madre había solicitado la suspensión de una prohibición de salida del territorio, que había sido denegada por razones que no se detallan, aunque todo parece indicar que se había hecho para salvaguardar los derechos de visita del padre ²².

En supuestos parecidos al asunto *Neulinger* lo censurable no es el traslado en sí, que incluso puede ser una opción razonable para la sustractora y el niño, sino su carácter unilateral y, por consiguiente, ilícito. Por tanto, una reacción tan tajante como la prevista en los instrumentos en materia de sustracción internacional de menores sólo se justifica si como contrapeso existen mecanismos jurídicos que hagan viables los traslados lícitos ²³, si la sustractora tuvo la opción de actuar lícitamente y deliberadamente la rechazó, y optó por tomarse la justicia por su mano. Así se reconoce en la tercera parte de la Guía práctica sobre la aplicación del Convenio de La Haya sobre la sustracción de menores, relativa a las medidas de prevención, en cuyo apartado 2.2 se pone de manifiesto que un tratamiento excesivamente restrictivo de las *relocation disputes* puede de hecho incrementar el número de sustracciones ²⁴.

Por otro lado, una adecuada resolución de las *relocation disputes* no es exclusivamente una medida de prevención de la sustracción aplicable *ex ante*, sino que puede ser necesaria tanto durante el procedimiento posterior a la sustracción como tras el retorno del niño. Cuando se produce un traslado ilícito de niños la primera vía de solución que las Autoridades Centrales han de intentar es el arreglo voluntario, que puede tener como resultado tanto la restitución voluntaria del menor como el desistimiento de la acción de retorno ²⁵. Esta última puede también ser una solución satisfactoria, si quien ha solicitado el retorno no pretende de hecho disputarle a la sustractora el cuidado cotidiano del niño, sino que está esencialmente preocupado por la viabilidad de sus derechos de visita ²⁶. Por tanto, es perfectamente compatible

²² En su opinión disidente a la Sentencia dictada el 8 de enero de 2009 por la Sección 1.ª del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH 2009/6), el juez Kovler comenta: «En estas condiciones, no puede sino sorprender la decisión del juez del Tribunal de Asuntos Familiares de negar a la demandante la anulación de la orden judicial de prohibición de salida del territorio israelí respecto al pequeño Noam que se convirtió así de alguna forma, en rehén de su padre».

²³ La única otra alternativa sería establecer que el principal guardador de un niño pierde automáticamente tal condición si abandona la jurisdicción, lo cual es difícilmente compatible con el interés superior del niño, aunque como veremos *infra* no faltan decisiones judiciales en nuestro país que tengan ese efecto.

²⁴ <http://www.hcch.net/upload/guide28enf-e.pdf>.

²⁵ De hecho en el art. 7.c) del Convenio de La Haya se establece que las Autoridades Centrales tienen la obligación de adoptar las medidas apropiadas para garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable, lo que indica que la actividad de las Autoridades Centrales no debe excluir una solución distinta al retorno voluntario.

²⁶ La Autoridad Central argentina ha relatado dos asuntos en los que ha intervenido que son interesantes. En el primer caso la cuestión de la *relocation* se planteó en el proceso judicial relativo al

con el Convenio de La Haya de 1980 que las Autoridades Centrales dirijan su actividad a la resolución de la *relocation dispute*, especialmente en aquellos supuestos en los que tras el retorno la cuestión del traslado probablemente vuelva a ser objeto de controversia.

No se debería, en efecto, perder de vista que la *relocation dispute* es una controversia relativa al ejercicio de la custodia de los menores, cuya resolución los mecanismos de obtención del retorno no deberían prejuzgar²⁷. Las razones que motivaron el traslado ilícito pueden subsistir tras el retorno del menor y ser esgrimidas para solicitar el traslado, esta vez lícito, del mismo. En ocasiones esa será la disputa relativa al fondo, sobre todo si quien solicita el retorno de los niños no pretende el ejercicio del cuidado cotidiano del niño, que seguirá estando a cargo de la persona que lo trasladó, o si la sustractora sigue siendo la persona más adecuada para ejercer la custodia del menor, pues no debería ser la finalidad del ordenamiento civil castigar al progenitor que actuó ilícitamente, privándole de la custodia del menor, sino resolver acerca de la custodia teniendo en cuenta el interés superior del niño. Por consiguiente, no puede descartarse que el niño retornado como consecuencia de un traslado ilícito acabe siendo autorizado a trasladarse, esta vez de forma lícita, tras un largo periodo de disputas y enfrentamientos entre sus progenitores que en nada le beneficiarán. Ello acabaría de demostrar la conveniencia de que la *relocation dispute* se resuelva *ex ante*, pues se contribuiría así a una mejor defensa del interés superior del niño y ello redundaría en una mejor gestión de los recursos de la Administración, con la posible consecuencia de que se redujeran los casos difíciles de sustracción, en los que la aplicación de los mecanismos de retorno solivianta a la opinión pública, enfrenta a los Estados y tensiona en exceso los instrumentos jurídicos relativos a los secuestros de menores.

3. RELACIÓN DE LAS *RELOCATION DISPUTES* CON EL EJERCICIO TRANSNACIONAL DEL DERECHO DE VISITA

Las *relocation disputes* se relacionan estrechamente con el ejercicio de los derechos de visita²⁸. El progenitor que se opone al traslado tiene el justificado

retorno de una menor que se estaba sustanciando en España. En el marco de ese procedimiento el padre accedió al traslado llegándose a un acuerdo acerca de los derechos de visita. En otro asunto el acuerdo fue obtenido por la Autoridad Central del Estado al que el niño había sido sustraído. Cfr. FARAONE, S., *The Judge's Newsletter*, special edition, International Judicial Conference on Cross-Border Family Relocation, 2010, p. 61.

²⁷ El mecanismo de retorno pretende ante todo que sean las autoridades del Estado del que el niño fue sustraído las que resuelvan acerca de la cuestión de fondo. En dicha intervención debe primar el interés superior del niño, no siendo su objetivo sancionar la conducta del sustractor. Respecto a la situación de los niños después de haber sido retornados es interesante el informe de REUNITE titulado «The outcomes for children returned following an abduction» disponible en <http://www.reunite.org/edit/files/Library%20-%20reunite%20Publications/Outcomes%20Report.pdf>.

²⁸ Esta estrecha relación ha sido incluso reconocida por el Tribunal Constitucional alemán, en un auto de inadmisión de una *Verfassungsbeschwerde*. El padre de unos niños planteó la infracción del

temor de que la distancia geográfica dificulte sus relaciones personales con el menor y pretende que la tutela de esas relaciones personales impida el traslado. Sin embargo y sin restar un ápice a la legitimidad de dicha pretensión, no se puede desconocer que el otro progenitor pueda encontrarse en una situación en la que la opción de trasladarse al extranjero sea también una pretensión legítima. La madre puede tener mejores perspectivas profesionales y/o económicas en el extranjero, puede desear reunirse con una nueva pareja con la que incluso tenga otros hijos, puede necesitar el apoyo emocional y económico de su familia de origen, puede querer legítimamente poner distancia con una relación sentimental destructiva e incluso violenta, etc. En medio de ese conflicto está el hijo que, por un lado, se beneficiará del mantenimiento de las relaciones personales con el progenitor que no está a cargo de la mayor parte de su cuidado cotidiano, pero, por otro, se verá perjudicado si quien está a cargo de su cuidado cotidiano se traslada sin él o, tras renunciar en aras del hijo al traslado, se encuentra en una situación complicada.

Como posteriormente se analizará con mayor detalle, las *relocation disputes* son habitualmente controversias difíciles, cuya resolución exige elegir entre dos alternativas no óptimas. En este punto únicamente se quiere poner de relieve que la decisión de autorizar o no el traslado está indisolublemente unida a la viabilidad de un ejercicio transnacional del derecho de visita, puesto que si dicho ejercicio es posible²⁹, estará menos justificado denegar el traslado y viceversa.

La viabilidad del ejercicio transnacional del derecho de visita depende, por un lado, de la existencia de mecanismos jurídicos apropiados y, de otro, de una adecuada resolución de los costes añadidos que la nueva situación generará para el progenitor que no se traslada. Si se autoriza el cambio del domicilio de un niño al extranjero, será, en efecto, necesario adaptar la regulación del derecho de visita ya existente o dictar un régimen de visita *ex novo*, que tenga debidamente en cuenta la distancia geográfica, puesto que regímenes de visita habituales en supuestos en los que los progenitores siguen viviendo en la misma localidad, como el habitual reparto de fines de semana alternos y una pernoctación semanal así como la división de los periodos vacacionales, difícilmente resultarán adecuados tras el cambio de domicilio. Un factor adicional a tener en cuenta es la efectividad internacional de la decisión, esto es,

art. 6 de la Ley fundamental de Bonn en relación con una atribución del derecho a determinar el lugar de residencia (*Aufenthaltsbestimmungsrecht*) a la madre de los niños, que deseaba trasladarse a París. En este contexto el *Bundesverfassungsgericht* plantea que el interés superior del niño aconsejaría que simultáneamente se resolviera acerca de los derechos de visita del padre. En el caso concreto la omisión de este extremo no constituyó sin embargo una lesión de los derechos constitucionales del padre pues éste no había demostrado que existiera ningún riesgo concreto de que el ejercicio de los derechos de visita fuera a ser obstaculizado. Decisión de 20 de agosto de 2003 (1 BvR 1532/03) disponible en http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20030820_1bvr153203.html.

²⁹ Obviamente el traslado causará perjuicios al progenitor que permanece en la jurisdicción pero éste no es el único interés en juego, pues también la madre verá perjudicados sus intereses si no puede trasladarse y el interés superior del niño puede verse afectado tanto si la madre decide trasladarse renunciando a la custodia del niño o si renuncia a sus planes de traslado y como consecuencia se halla en una situación complicada que inevitablemente acabará repercutiendo en el niño.

la garantía de que el régimen de visitas acordado o decidido en sede judicial será respetado en el Estado al que el menor será trasladado.

Parece asimismo adecuado que los costes económicos añadidos, que el establecimiento del niño en el extranjero genera, sean objeto de consideración. Como alternativas para abordar este aspecto cabe establecer específicamente una regulación respecto a cuál de los progenitores debe asumir los costes de los traslados o cómo han de repartirse dichos costes entre los progenitores o tener en cuenta esta cuestión en el contexto de la determinación de la pensión de alimentos que corresponda satisfacer al progenitor que no ejerce la guarda.

Como es sabido, la regulación del derecho de visita en el Convenio de La Haya de 1980 resulta ciertamente deficiente³⁰. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta la incidencia en esta materia del Reglamento 2201/2003 y del Convenio de La Haya de 1996 en materia de protección de menores, que acaba de entrar en vigor para España³¹.

El Convenio de La Haya establece reglas relativas al reconocimiento y ejecución de las medidas dictadas en materia de responsabilidad parental, concepto éste que comprende los derechos de visita incluyendo el derecho de trasladar al niño durante un periodo limitado de tiempo a un lugar distinto del de su residencia habitual [art. 3.b) del Convenio]. Las decisiones que en materia de derechos de visita se hayan dictado en el Estado contratante del que el niño ha sido trasladado serán de pleno derecho reconocidas en el Estado contratante de destino y estarán en vigor en dicho Estado hasta su eventual cancelación, sustitución o modificación por nuevas medidas decretadas por las autoridades del Estado de la nueva residencia habitual³². Conforme al art. 24 del Convenio cabe asimismo que a instancias de cualquier interesado, y especialmente en nuestro caso del progenitor que no ha de trasladarse, se solicite el reconocimiento de las decisiones en materia de derechos de visita de forma preventiva, con carácter previo al desplazamiento³³. Adicionalmente las autoridades competentes de un Estado contratante pueden pedir a las autoridades de otro Estado contratante que les presten su asistencia para asegurar el ejercicio efectivo de un derecho de visita, así como el derecho a mantener contactos directos regulares (art. 35.1 del Convenio de La Haya). Por consiguiente, de ser aplicable dicho instrumento existen mecanismos jurídicos, en principio, adecuados que favorecen la continuidad del mantenimiento de las relaciones personales entre el niño y el progenitor que permanece en la jurisdicción.

En el marco del Reglamento Bruselas II bis son tres las medidas relevantes. De una parte, se trata de la norma de competencia judicial internacional

³⁰ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Derechos de visita y Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores: la práctica española», *Dereito*, 2005, vol. 14-2, pp. 255-273, p. 260.

³¹ *BOE* núm. 291, de 2 de diciembre de 2010.

³² DUNCAN, W., «Relocation and the 1980 and 1996 Hague Conventions», *The Judge's Newsletter*, special edition, International Judicial Conference on Cross-Border Family Relocation, 2010, p. 77.

³³ Véase Informe explicativo al Convenio de 1996 elaborado por Paul Lagarde, *Proceedings of the Eighteenth Session (1996)*, t. II, *Protection of children*, apartados 129 y 130.

contenida en el art. 9 y, de otra, de la posibilidad de certificación de las decisiones en materia de derechos de visita como títulos ejecutivos europeos prevista en los arts. 40.b) y 41, así como de la obligación de las Autoridades Centrales de proporcionar información y ayuda a los titulares de la responsabilidad parental, especialmente en materia de derechos de visita [art. 55 apartado b)]. Estas tres medidas favorecen de manera específica el mantenimiento de relaciones personales entre el niño y el progenitor que no le acompañe en el contexto de un traslado lícito, y, de hecho, están especialmente diseñadas para este tipo de supuestos.

Conforme al art. 9 del Reglamento Bruselas II bis, en los supuestos de cambio legal de residencia del niño de un Estado miembro a otro, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la residencia habitual anterior seguirán siendo competentes durante los tres meses siguientes al cambio de residencia para modificar una resolución judicial sobre el derecho de visita dictada en dicho Estado miembro antes de que el menor hubiera cambiado de residencia, siempre y cuando el titular del derecho de visita continúe residiendo en el Estado de la residencia habitual anterior del menor y no haya aceptado la competencia de los tribunales de la nueva residencia habitual.

A pesar de sus importantes déficits técnicos³⁴, esta disposición puede ser especialmente útil en el contexto de los traslados que o bien se basen en el acuerdo de los progenitores, pues en dicho caso permitirá instar la validación judicial del acuerdo relativo a los derechos de visita frente a los tribunales del Estado que dictaron la decisión que se pretende modificar, o bien en el supuesto de que rija una regulación como la del Derecho catalán, ya que, como veremos, este ordenamiento presupone la licitud del traslado transcurridos treinta días desde su notificación fehaciente al progenitor que ejerce derechos de visita, si dicho progenitor no se opone judicialmente. En este último supuesto, el progenitor que no se ha trasladado podría solicitar a las autoridades de su residencia habitual la revisión de la decisión previamente dictada respecto a los derechos de visita.

La regla del art. 9 tiene, sin embargo, dos importantes limitaciones. Para que pueda operar resulta, en primer lugar, necesario que exista una decisión judicial previa en materia de derechos de visita, que además, según el tenor literal del precepto, habrá de haber sido dictada en el Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente anterior al traslado. Por consiguiente, el precepto no cubriría los supuestos en que los derechos de visita se ejercieran con base en un acuerdo no validado judicialmente³⁵, ni tampoco aquellos casos en los que la decisión judicial relativa a

³⁴ En el precepto se establece que el momento inicial para el cómputo del plazo es el momento en el que se produce el cambio de residencia habitual. Dicho momento es difícil de establecer y es fácil que se produzcan divergencias entre los Estados involucrados respecto a cuál es ese momento inicial.

³⁵ LOWE, N., «The impact of the revised Brussels II Regulation on cross-border Relocation», *The Judge's Newsletter*, special edition, International Judicial Conference on Cross-Border Family Relocation, 2010, p. 71.

los derechos de visita hubiera sido dictada en un Estado distinto de aquel desde el que se efectúa el traslado ³⁶.

Cabe suponer que esta limitación se debe al hecho de que en dichos supuestos los tribunales designados conforme a la regla del art. 9 no tuvieron la oportunidad de enjuiciar si la regulación que se pretende modificar obedecía al interés superior del niño. Si ésta fuera la justificación no acaba de convencer pues lo verdaderamente relevante no es si la regulación anterior era o no adecuada, sino si lo es la modificación que se pretende. Es en ese punto donde, desde mi punto de vista, la regla resulta más controvertida, pues se aplica en un momento en el que el traslado ya se ha producido y además el niño ya ha adquirido una nueva residencia habitual en el Estado al que se ha trasladado. Para determinar si en tales circunstancias la regulación de los derechos de visita que se propone resulta conforme al interés superior del niño parece especialmente necesario un conocimiento directo de las nuevas circunstancias del caso, siendo además posiblemente adecuada la audiencia del niño, si éste hubiera alcanzado una edad y madurez suficientes ³⁷. Desde esa perspectiva parece que son las autoridades del Estado de la nueva residencia habitual las que estarían en mejores condiciones de enjuiciar el caso, sobre todo si lo que se solicita no es simplemente la validación judicial de un acuerdo entre los progenitores sino la resolución de una controversia en torno a los derechos de visita ³⁸. La regla establecida en el art. 9 del Reglamento puede, sin embargo, favorecer a la progenitora que desea trasladarse, pues el otro progenitor, cuyo consentimiento resulta necesario para que el traslado pueda producirse, será más proclive a autorizarlo si llega a un acuerdo respecto al ejercicio de sus derechos de visita y no se ve obligado a validarlo judicialmente en el Estado miembro al que vaya a ser desplazado el niño.

La regla del art. 9 ha de ponerse además en relación con la posibilidad de que la decisión judicial que eventualmente resulte, pueda certificarse como un título ejecutivo europeo en caso de que reúna las condiciones del apartado 2 del art. 41 del Reglamento, pues es éste el extremo que puede dar seguridad al progenitor que consiente el traslado del niño. Las decisiones en materia de derechos de visita certificadas de conformidad con lo dispuesto en el art. 41 deberán ejecutarse en el Estado de ejecución en las mismas condiciones que si hubiesen sido dictadas en dicho Estado (art. 47.2 del Reglamento Bruselas II bis). La facultad que se concede a las autoridades del Estado de ejecución para establecer las modalidades prácticas del ejercicio del derecho de visita se circunscriben al caso de que tales modalidades no hayan sido establecidas en la decisión dictada en el Estado requirente o lo hayan sido de manera insuficiente, y en todo caso tienen como límite que se han de respetar «los

³⁶ Esta limitación carece de justificación pues si la decisión hubiera sido dictada en otro Estado miembro o en un Estado contratante del Convenio de La Haya se reconocería de pleno derecho.

³⁷ En este caso el niño tendría que desplazarse al Estado de la residencia habitual anterior para ser oído o se tendría que recurrir al auxilio judicial internacional.

³⁸ Si se estimara que existe otro órgano jurisdiccional más adecuado se podría recurrir al mecanismo de transferencia al juez mejor situado del art. 15 del Reglamento 2201/2003, de escasa operatividad en España por la ausencia de legislación de aplicación interna y adaptación de las leyes procesales.

elementos esenciales de la [...] resolución» (art. 48.1). Por consiguiente, en el ámbito comunitario, el progenitor que no ha de acompañar al niño tiene cierta garantía de que sus derechos de visita serán respetados en el Estado de la Unión al que el niño ha sido trasladado³⁹, aunque, como siempre ocurre en materia de relaciones paterno-filiales, todas las medidas son modificables si cambian sustancialmente las circunstancias, correspondiendo en dicho supuesto la competencia a las autoridades del Estado de la residencia habitual del niño.

El aspecto, sin embargo, más decisivo de cara al mantenimiento de relaciones personales entre el niño y el progenitor que no se traslada es la viabilidad económica de los derechos de visita. Un traslado al extranjero del niño puede implicar unos costes que en la práctica hagan imposible un contacto suficiente y tal circunstancia necesariamente habrá de ser tenida en cuenta por parte de la autoridad competente en caso de conflicto entre los padres acerca de ese traslado. En los supuestos en los que los progenitores estén en condiciones de sufragar los mayores gastos implícitos en el establecimiento de una nueva residencia en el extranjero, la autoridad competente con frecuencia vinculará la decisión autorizando el traslado a la decisión acerca de los derechos de visita y al régimen del reparto de los costes generados en virtud de los desplazamientos necesarios para hacer efectivos tales derechos.

Como ya se ha adelantado, cabe, de una parte, establecer una regulación *ad hoc* o integrar tal cuestión en la determinación de la pensión de alimentos. Desde un punto de vista jurídico, se plantea un problema de calificación, pues tendrá que decidirse si la decisión es una obligación alimenticia o una obligación vinculada al derecho de visitas, lo cual determinará la aplicación de distintos instrumentos⁴⁰.

4. RESOLUCIÓN DE LAS *RELOCATION DISPUTES* CONFORME AL DERECHO ESPAÑOL

Las *relocation disputes* son disputas relativas al ejercicio de la responsabilidad parental que se producen en el contexto de una ruptura familiar. Afectan a los padres que no conviven pero comparten la responsabilidad parental, a las parejas de hecho y a los matrimonios y pueden ser anteriores o posteriores a la formalización de la ruptura en sede judicial, por lo que puede o no existir una decisión judicial previa sobre la guarda y custodia y los derechos de visita que sea necesario modificar. Según cual sea la situación, se resuelven en el momento actual de manera distinta. Analizaremos, en primer lugar,

³⁹ LOWE, N., «The impact...», *op. cit.*, nota 35, p. 71.

⁴⁰ En una primera aproximación, parecería que si la decisión es una decisión específica relativa a los costes de los traslados, es más adecuado considerarla accesoria a la decisión relativa a los derechos de visita, siendo por consiguiente de aplicación el Reglamento 2201/2003 y el Convenio de La Haya de 1996.

cuál es el procedimiento que ha de seguir el progenitor que desea trasladarse lícitamente y, en segundo término, los parámetros que la autoridad competente emplea para decidir autorizar o no el traslado, caso de que finalmente tenga que intervenir.

4.1. El procedimiento para el traslado lícito de un niño

Si en el momento en el que uno de los progenitores plantea que desea trasladarse no existe ninguna decisión judicial respecto a la responsabilidad parental, las posiciones jurídicas de las partes derivarán de lo establecido en la ley que corresponda a la residencia habitual del niño, conforme establece el art. 16 del Convenio de La Haya de 1996 en materia de protección de niños. Es, en efecto, la ley del Estado de la residencia habitual la que determina quién tiene la facultad de decidir el lugar de residencia del niño, tal y como señala el art. 3.b) del Convenio, que específicamente se refiere a esta cuestión.

Puesto que España es un Estado plurilegislativo, con unidades territoriales autónomas con normas distintas en materia de relaciones paterno-filiales, ha de tenerse en cuenta que para identificar cuál de los distintos Derechos españoles resulta aplicable es relevante el art. 48 del Tratado, que establece la aplicabilidad de las normas de Derecho interregional, y sólo en caso de que éstas no existan, plantea la posibilidad de recurrir a la técnica de la remisión directa. Surge, por consiguiente, en esta sede uno de los consabidos problemas de desajuste entre la regulación convencional y la regulación de Derecho interregional español. Puesto que nuestro sistema de resolución de los conflictos internos se basa en el paralelismo con las normas de Derecho internacional privado, y según el tenor literal del art. 16 CC los conflictos internos han de resolverse conforme a las normas contenidas en el Capítulo IV del Título Preliminar del CC, habría que aplicar a la determinación del lugar de residencia del niño la ley correspondiente a su vecindad civil, produciéndose una laguna caso de que el niño fuere de nacionalidad extranjera⁴¹. En dicho supuesto cabría entender, conforme estipula el primer inciso del art. 47 del Convenio de La Haya, que rige la ley de la unidad territorial autónoma española en la que el niño reside habitualmente.

En el Derecho civil común la determinación del lugar de residencia habitual del niño ha de entenderse incluida en la patria potestad, pese a que no sea objeto de mención específica en el art. 154 CC⁴². En caso de desacuerdo respecto a su ejercicio corresponderá a la autoridad competente dirimir la disputa de manera indirecta, atribuyendo la facultad de decidir a uno de

⁴¹ Éste es uno de los inconvenientes del mantenimiento de la conexión vecindad civil en materia de responsabilidad parental. Respecto a la vecindad civil proponiendo con carácter general su sustitución por la conexión residencia habitual. Véase BORRAS, A., «Quin hauria de ser el paper del veïnatge civil en el dret interregional del futur?», *RJC*, 2010-4, pp. 995 y ss.

⁴² Puede entenderse implícita en la obligación de velar por el hijo.

ellos (art. 156 CC). Por tanto, cabe inferir que existe un deber de informar al otro progenitor de la intención de trasladarse. Si se llega a un acuerdo respecto al traslado y al ejercicio de los derechos de visita, habrá de tenerse en cuenta que tal acuerdo sólo será jurídicamente vinculante una vez validado judicialmente⁴³. Por consiguiente, resultará necesario acudir a la autoridad judicial tanto si existe acuerdo entre los progenitores como si el progenitor que no ha de trasladarse se opone o no manifiesta cuál es su posición, lo que de entrada resulta desfavorable al traslado, que habrá de posponerse hasta que se produzca una decisión judicial definitiva que posibilite dicho traslado. Serán competentes las autoridades españolas como autoridades del Estado de residencia habitual del niño en virtud del art. 8, apartado 1 del Reglamento 2201/2003⁴⁴.

El Derecho catalán, que rige si el niño es de vecindad civil catalana o es de nacionalidad extranjera y reside en Cataluña, contiene una regulación que presenta importantes divergencias respecto a lo dispuesto en el Derecho civil común. Se prevé explícitamente que el cambio de domicilio del menor que lo aparte de su entorno habitual requiere del consentimiento del otro titular de la potestad parental (art. 236.11 Libro II del Código Civil de Cataluña)⁴⁵. Existe la obligación de notificar a dicho progenitor el cambio, para que en el plazo de treinta días ponga de manifiesto su desacuerdo acudiendo a la autoridad competente. Transcurrido dicho plazo sin ponerse de manifiesto la oposición al traslado, el cambio de domicilio puede efectuarse, no siendo necesario recabar autorización judicial para efectuarlo. Por tanto, se trata de un régimen mucho más favorable al traslado que el que se establece en el ámbito del Derecho civil común.

En caso de que el progenitor con el que el niño no reside se oponga a dicho traslado, deberá interponer demanda frente a la autoridad competente del lugar de residencia habitual, que resolverá la controversia de manera indirecta atribuyendo la facultad de decisión a uno de los progenitores (art. 236.13 Libro II del Código Civil de Cataluña). En este punto se produce, por tanto, una coincidencia entre el Derecho civil común y el Derecho catalán, que establecen ambos una solución desde mi punto de vista inadecuada, habida cuenta de los vínculos de la cuestión que se debate con otras cuestiones como el derecho de visitas y el reparto de los costes añadidos para el ejercicio de los mismos, que exigirían que fuera la autoridad competente la que arbitrara una solución global.

Si con carácter previo a plantearse la eventualidad de un traslado, la ruptura de la relación de los padres se había formalizado y existe una decisión

⁴³ Adviértase que en el caso *Purrucker* (sobre el que han recaído dos sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los asuntos C-256/09 y C-296/10) los padres habían concluido un acuerdo en documento notarial, del que el padre se desdijo posteriormente.

⁴⁴ Existe también la posibilidad de prórroga de foro conforme al art. 12 del Reglamento Bruselas II bis pero es remota su utilidad en esta materia en caso de desacuerdo entre los progenitores.

⁴⁵ El Libro II (*DOGC* núm. 5.686 de 5 de agosto de 2010 y *BOE* núm. 203, de 21 de agosto de 2010) esta en vigor desde el 1 de enero de 2011.

judicial respecto a la guarda y custodia que recoja, o bien el Convenio regulador acordado por los padres o bien la decisión que respecto a la guarda y custodia haya adoptado la autoridad competente, de ordinario el titular de la guarda exclusiva del menor no podrá modificar unilateralmente la residencia habitual del niño y trasladarlo al extranjero. Los Convenios reguladores pueden contener una cláusula al respecto. En el Derecho civil común se posibilita además que el juez dicte alguna de las medidas de prevención de la sustracción de menores a las que se refieren los arts. 103 y 158 CC que, en particular, citan la prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización previa, la prohibición de expedición del pasaporte o la retirada del mismo o el sometimiento a autorización judicial de cualquier cambio de domicilio.

Si el Convenio regulador nada especificara ni se hubiera arbitrado medida de prevención de la sustracción de niños y fuera aplicable el Derecho civil común, la situación puede generar dudas. Cabe, por un lado, interpretar que la determinación del lugar de residencia del niño corresponde al titular de la custodia exclusiva del niño o bien incluir dicha cuestión dentro de la patria potestad, que de ordinario seguirá siendo conjunta. No existe al respecto una respuesta unánime en la jurisprudencia menor de las Audiencias ⁴⁶. Parece, sin embargo, más ajustado a Derecho interpretar que, tratándose de una cuestión importante que afecta al derecho del menor a mantener relaciones personales con ambos progenitores, debería incluirse dentro de los actos de ejercicio extraordinario de la patria potestad, lo que implicaría la necesidad de que la decisión se tomara conjuntamente por ambos titulares ⁴⁷.

Si rige el Derecho catalán, el art. 236.11 del Libro II del Código Civil de Cataluña, al que anteriormente se ha hecho referencia, mantiene su plena vigencia y establece claramente que el cambio de domicilio ha de ser notificado al otro progenitor que dispone de treinta días para plantear su oposición judicialmente.

Tanto si resulta necesario recabar autorización judicial para efectuar el traslado como si en aplicación del art. 236.11 del Código Civil de Cataluña el otro progenitor desea oponerse al traslado, deberá solicitarse una modificación de las medidas definitivas derivadas de la Sentencia de separación y divorcio en virtud de un cambio sustancial de las circunstancias al amparo del art. 770 de la LEC. Serán competentes las autoridades judiciales españolas en virtud de la residencia habitual del niño en nuestro país (art. 8 del Reglamento 2201/2003). El procedimiento implicará una decisión del juez respecto al traslado, siendo posible modificar la atribución de la guarda y custodia a favor del progenitor que permanece en la jurisdicción.

⁴⁶ Véase GONZÁLEZ DEL POZO, J. P., «La facultad de decidir el lugar de residencia de los menores bajo custodia exclusiva de uno de los progenitores», *Diario La Ley*, núm. 6.886, 19 de febrero de 2008, Ref. D-49.

⁴⁷ De hecho en muchas de las sentencias de divorcio el fallo especifica este extremo. GONZÁLEZ DEL POZO, J. P., «La facultad de decidir...», *op. cit.*, en nota 46, p. 20.

4.2. Los parámetros de resolución de las *relocation disputes*

En ninguno de los Derechos españoles se establecen parámetros específicos para que la autoridad judicial decida acerca del traslado. Opera, por consiguiente, la cláusula general del interés superior del niño, que ha de ser conforme al art. 3 del Convenio sobre los Derechos del Niño y al art. 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, lo que evidentemente no excluye que también se tengan en cuenta otras consideraciones, relativas a los intereses de las partes contendientes, que en la práctica a menudo se confunden con el interés superior del niño, pues el bienestar de éste en gran medida depende del de sus progenitores.

Como ha puesto de relieve el Tribunal Supremo en relación con otras disputas relativas a menores, el criterio de interés superior del niño permite a las autoridades judiciales resolver mediante «un juicio prudente y ponderado, en atención a las particularidades del caso»⁴⁸. Por consiguiente, es la autoridad competente la que acaba resolviendo qué es en esta materia el interés superior del niño (1.^a fase) y cómo se proyecta dicho interés en el supuesto a enjuiciar, esto es, qué conviene más al niño concreto respecto al cual se produce su intervención (2.^a fase). Como justamente ha puesto de relieve la doctrina más autorizada, «todo ello se traduce en la impredecibilidad de la decisión última que se adopte»⁴⁹, pues acaba siendo el juez competente quien resuelve de manera absolutamente discrecional.

Si analizamos la jurisprudencia menor de las Audiencias en esta materia⁵⁰, vemos que efectivamente es difícil discernir líneas comunes ni siquiera por lo que respecta a cuáles son los factores que han de ser objeto de análisis. Mientras que en algunas sentencias se toman en consideración los motivos por los cuales la guardadora quiere realizar el cambio de domicilio, en otras parece subyacer la idea de que tales motivos son irrelevantes. No es infrecuente que las autoridades judiciales contrapongan la situación presente, previa al traslado, con la situación futura, posterior al cambio de domicilio, lo que implica desconocer la libertad de movimiento de la madre, que en función del rol materno parece haber perdido la libertad individual de establecer su residencia donde le parezca oportuno. Debería, en efecto, también tenerse en cuenta la posibilidad de que la madre decida trasladarse, pese a no ser autorizada a llevar a su hijo consigo, e intentar determinar cuál sería la situación del niño, si permanece en la jurisdicción y ha de cambiar de guardador, pues en definitiva es la madre la que ha de escoger si mantiene o no su proyecto de trasladarse, a pesar de no poder llevar consigo a su hijo.

⁴⁸ Vease STS (Sala 1.^a) de 27 de julio de 2009 y jurisprudencia citada en esta sentencia *Aranzadi Westlaw*, RJ 2009/4577.

⁴⁹ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, Madrid, Dykinson, 2007, pp. 103-104.

⁵⁰ No se ha realizado un análisis exhaustivo, entre otras cosas, porque no resulta fácil localizar las sentencias respecto a esta cuestión que no está incluida en el tesoro de las bases de datos, variando enormemente los descriptores (guarda y custodia, derechos de visita, etc.).

En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24.^a) de 19 de febrero de 2002 ⁵¹ (traslado de Madrid a Nueva York) se decide en función del interés superior del niño determinado a partir de un informe psicológico que pone de relieve una muy buena relación de la niña con su padre (y también con su madre). Los motivos económicos y profesionales de la madre, que alegaba no tener trabajo en España y subsistir gracias a la ayuda de su familia y la pensión de alimentos de 75.000 pts. que recibía por la niña, no se tienen en cuenta, es más, se le dice que nada le impide desarrollarse profesionalmente, que «si considera que se debe trasladar a Nueva York, así lo haga libremente, pero a sabiendas de que no puede llevar consigo a la menor, que en este caso debería quedar bajo la guarda y custodia del padre».

Existen, sin embargo, otras sentencias en las que en circunstancias similares, esto es, habiendo una buena relación del niño con el progenitor no guardador y estando motivado el deseo de traslado por cuestiones profesionales y económicas, se llega a la conclusión contraria. Así ocurre, por ejemplo, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18.^a) de 28 de junio de 2002 ⁵², donde se concede un peso decisivo al hecho de que la madre «de nacionalidad irlandesa y sin arraigo alguno en nuestro país, tiene la posibilidad de ejercer su profesión en su país de origen y trasladarse allí a trabajar». En idéntico sentido puede también citarse la Sentencia de la Audiencia Provincial, Sección 3.^a, de León, de 12 de enero de 2007, en la que se justifica el traslado al Reino Unido «por la oferta de un empleo estable y bien remunerado, porque es su país de procedencia y porque allí tiene sus familiares» ⁵³.

Tampoco se discierne una línea común en caso de que la madre pretenda trasladarse al extranjero con una nueva pareja y los hijos habidos de esta nueva unión. En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12.^a) de 29 de marzo de 2007 ⁵⁴ (traslado de Barcelona a Houston), se hacen valer las razones laborales acreditadas de la persona con la que la madre ha formado una nueva familia y tiene asimismo un peso decisivo el principio de unidad familiar; no estimándose procedente separar a los niños de los dos nuevos hijos de la madre y su nueva pareja con los que convivían. Este factor no es, sin embargo, considerado en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón (Sección 3.^a) ⁵⁵, pues ante el deseo de la madre de trasladarse a Alemania junto a su actual compañero sentimental y al hijo común se produce un cambio de la atribución de la guarda de la niña de doce años que se concede al padre, «porque la niña prefiere quedarse en España, porque aquí está su familia, su ambiente y sus amigos», sin que ni siquiera se considere que esta decisión implica una separación respecto al hermano de dos años que ha de trasladarse.

⁵¹ Aranzadi Westlaw JUR 2002/149044.

⁵² Aranzadi Westlaw JUR 2002/270202.

⁵³ Citada en GONZÁLEZ DEL POZO, J. P., «La facultad de decidir...», *op. cit.*, en nota 46, p. 18.

⁵⁴ Aranzadi Westlaw JUR 2007/120394.

⁵⁵ Aranzadi Westlaw AC 2000/1012.

Existen sentencias que miran hacia el futuro intentando discernir si será más beneficioso para el niño trasladarse con la persona que venía ejerciendo la guarda o quedarse en España, cambiando en dicho caso de guardador, asumiendo, por tanto, que, en todo caso, va a haber cambios en la situación del niño. Así ocurre, por ejemplo, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 2.^a)⁵⁶ (traslado de Burgos a París). Después de establecerse que en caso de autorizarse el traslado los cambios serían perfectamente asumibles, máxime cuando la madre ha buscado en París un colegio español, se señala que de pasar a vivir con su padre tampoco estaría garantizada la estabilidad intrafamiliar al tener que iniciar una relación con su actual pareja. En cambio, en otros casos se mira esencialmente al pasado. En la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de septiembre de 2008 (Sección 12.^a)⁵⁷ no se concede autorización para trasladar la residencia de los niños a Hong Kong «porque no está justificado un mínimo arraigo de los mismos en aquel país», ya que «los niños desde su nacimiento en la ciudad de Barcelona han venido viviendo en ella de una manera habitual y permanente, con todo lo que ello representa para su desarrollo psicológico y las pautas culturales y vitales de toda índole que han podido moldear su carácter». En otros casos, en cambio, se alude a «la notable capacidad de adaptación y gran capacidad de aprendizaje de los menores» para autorizar un cambio motivado por la voluntad de la madre de volver a su país de origen (Holanda) para rehacer su vida tras la ruptura matrimonial (Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, Sección 3.^a, de 24 de noviembre de 2005)⁵⁸.

Son pocas las sentencias que intentan un análisis completo de la situación, siendo lo más común que meramente se priorice un aspecto para motivar el fallo. Una excepción notable la constituye la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.^a, de 30 de septiembre de 2009⁵⁹ (traslado de Barcelona a Estados Unidos) que señala que para decidir acerca de la custodia de los menores y su residencia con la madre en el extranjero, «tres son los aspectos a considerar, vinculación afectiva y proximidad de los hijos con cada progenitor, visión de los menores en cuanto al cambio de residencia y razonabilidad de ese cambio (por oposición a decisión caprichosa)». Se constata mediante dictamen pericial que la vinculación afectiva de los menores con su madre es sustancialmente mayor que con su padre, a pesar de que éste cumple sus funciones paternas correctamente y está capacitado para la custodia. Se comprueba asimismo que la mayor de los niños, a la que en primera instancia no se había dado audiencia pese a que su edad lo hacía aconsejable (once años), es favorable al traslado y que el traslado es razonable en atención a los problemas graves de la madre en su negocio inmobiliario y a que en Estados Unidos contaría con el apoyo de la abuela materna, que es ciudadana norteamericana y ofrece ayuda y domicilio. A partir de este análisis, que intenta hacer justicia a

⁵⁶ Aranzadi Westlaw JUR 2004/79553.

⁵⁷ La Llei de Catalunya i Balears, de 9 de abril de 2009.

⁵⁸ Citada en GONZÁLEZ DEL POZO, J. P., «La facultad de decidir...», *op. cit.*, en nota 46, p. 18.

⁵⁹ Diario *La Ley*, núm. 7.346, Sección jurisprudencia, 19 de febrero de 2009.

todos los intereses en litigio, la Sala, consciente de que ha de tomarse la difícil decisión de qué es mejor o menos traumático para los menores si la madre decide irse a Estados Unidos, decide autorizarla a llevar consigo a sus hijos.

4.3. Valoración

Puede, por tanto, concluirse que en el momento actual las *relocation disputes* se resuelven en España de manera insatisfactoria. Mientras que existe un procedimiento relativamente sencillo y suficientemente conocido para reaccionar frente a los traslados ilícitos de menores que se sancionan con dureza, no está por el contrario claro cuál es el procedimiento que ha de seguirse para poder trasladar a un niño lícitamente ni qué parámetros va a utilizar la autoridad competente caso de que tenga que dirimir una disputa entre los progenitores acerca de dicho traslado. Finalmente la solución es absolutamente discrecional, dependiendo del arbitrio del concreto juez que interviene. Ello no incentiva precisamente que con carácter previo al traslado se solicite la autorización pertinente, pues no resulta posible anticipar la solución y ni siquiera existe la certeza de que todos los aspectos de la controversia serán efectivamente considerados.

En el Auto de inadmisión del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 13 de enero de 2003, se establece de manera tajante la «imposibilidad de fijar unos parámetros o normas generales que permitieran resolver los debates que se planteen sobre este tema, ya que al ser exclusivamente fáctico no es posible hacer ninguna declaración general»⁶⁰. Una mirada al Derecho comparado no permite compartir esta conclusión. La cuestión de las *relocation disputes* ha sido abordada por la legislación de muchos de los Estados norteamericanos⁶¹ y existen propuestas de solución en los *Principles of the Law of Family dissolution* del American Law Institute⁶². En el ámbito europeo los *Principles of European Family law regarding Parental Responsibilities*⁶³, ela-

⁶⁰ Fragmento citado en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 29 de marzo de 2007 (*Aranzadi Westlaw* JUR 2007/120394).

⁶¹ Véase ATKINSON, J., *Overview of law of relocation in the 50 states*, Informe presentado a la Sección de Derecho de Familia de la American Bar Association para la conferencia celebrada en Washington el 4 de mayo de 2006, disponible en www.abanet.org/family/newsletters/2006/Relocation50States.pdf.

⁶² En los Principios del ALI se establece que para examinar las solicitudes de cambio de residencia de progenitor guardador deben distinguirse tres supuestos. En primer lugar, la autoridad competente debe determinar si es posible autorizar el traslado, compatibilizándolo con el mantenimiento del tiempo que corresponde al progenitor que no se traslada, es decir, debe verificarse si es posible modificar las modalidades del ejercicio de los derechos de visita sin alterar el tiempo que corresponde a ese progenitor. Si eso es posible se autoriza el traslado. Si un progenitor que tiene la clara mayoría del cuidado cotidiano del niño quiere trasladarse con el niño, puede hacerlo siempre que dicho traslado venga motivado por una razón válida, se efectúe de buena fe y el destino sea razonable en vista del motivo del traslado. Finalmente en los casos de custodia compartida ha de decidirse en función del interés superior del niño. Véase American Law Institute, *Principles of the law of family dissolution: analysis and recommendations*, Newark, NJ, Lexis Nexis, 2002.

⁶³ BOELE-WOELKI, K.; FERRAND, F.; GONZÁLEZ BEILFUSS, C.; JÄNTERÄ-JAREBORG, M.; LOWE, N.; MARTINY, D., y PINTENS, W., *Principles of European Family law Regarding Parental Responsibilities*, Ambers, Intersentia, 2007.

borados por la *Commission on European Family law*⁶⁴, contienen una regla relativa a la *relocation*⁶⁵ que ha inspirado al Tribunal Supremo holandés⁶⁶. En fechas recientes, en marzo de 2010 se celebró en Washington una conferencia exclusivamente dedicada al tema, que concluyó con una importante Declaración recomendando a los Estados la adopción de una serie de criterios comunes para resolver las *relocation disputes* de manera más uniforme⁶⁷. En todos estos instrumentos se ha optado, por tanto, por intentar guiar la intervención de la autoridad competente a fin de dotarla de transparencia y previsibilidad.

La lista de factores o elementos a tener en cuenta por la autoridad competente es variable en los distintos instrumentos y su análisis exhaustivo excede el objeto de este trabajo. Es, sin embargo, pertinente apuntar la importancia de algunas de las cuestiones que se ponen de relieve en Derecho comparado.

Existe un debate, sobre todo en el Reino Unido, acerca de si se defiende mejor el interés superior del niño dando prioridad al derecho del niño a relacionarse con el progenitor que no se traslada, o si, por el contrario, han de tenerse en cuenta principalmente los efectos de una negativa al traslado sobre

⁶⁴ Sobre los trabajos de la *Commission on European Family law*, GONZÁLEZ BEILFUSS, C., «El Derecho de familia desde una perspectiva europea», *Revista Valenciana d'Estudis Autonòmics*, 2010-2, pp. 79-92.

⁶⁵ Se trata del Principio 3:21 que tiene el siguiente contenido: «1) Cuando la responsabilidad parental se ejerza conjuntamente y un titular de la responsabilidad parental desee cambiar la residencia del niño dentro o fuera del territorio nacional debe informar al otro titular de la responsabilidad parental con carácter previo. 2) Si el otro titular de la responsabilidad parental se opone al cambio de residencia del niño, cualquiera de los titulares puede acudir a la autoridad competente para que ésta tome una decisión. 3) La autoridad competente tendrá especialmente en cuenta: a) la edad y la opinión del niño; b) el derecho del niño a mantener relaciones personales con los otros titulares de la responsabilidad parental; c) la capacidad y voluntad de los titulares de la responsabilidad parental para cooperar; d) la situación personal de los titulares de la responsabilidad parental; e) la distancia geográfica y las facilidades de acceso, y f) la libre circulación de personas».

⁶⁶ Hoge Raad der Nederlanden, Sentencia de 25 de abril de 2008, núm. 07/1323 1HR.

⁶⁷ La Declaración puede consultarse en la página web de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado. En ella se recomienda a los Estados que pongan a disposición procedimientos para que la autoridad competente autorice los traslados lícitos de niños, debiéndose urgir a las partes a que utilicen dichos procedimientos y no actúen unilateralmente. También se insiste en que la persona que desea trasladarse notifique a la otra parte su intención antes del inicio de los procedimientos legales o caso de que no fueran necesarios antes de efectuar el traslado. A continuación se establece una lista de los elementos que deberían ser tenidos en cuenta por la autoridad competente en el ejercicio de la facultad discrecional de autorizar o no el traslado. La lista no es exhaustiva pero pretende promover un tratamiento uniforme de la cuestión. Se citan: 1) el derecho del niño a mantener relaciones personales con ambos progenitores; 2) la opinión del niño; 3) la consistencia y viabilidad del proyecto de traslado (empleo, alojamiento, escuela para el niño); 4) las razones por las cuales se quiere realizar el traslado y por las cuales el otro progenitor se opone al mismo; 5) la existencia o no de un clima familiar violento; 6) las relaciones familiares previas especialmente por lo que respecta a los derechos de visita y custodia; 7) las decisiones judiciales previas en materia de custodia y derechos de visita; 8) el impacto de una negativa al traslado sobre el niño y las partes; 9) la naturaleza de las relaciones paterno-filiales y el compromiso del progenitor que quiere trasladarse respecto al mantenimiento de las relaciones personales con el otro progenitor; 10) si las propuestas para el ejercicio del derecho de visita son realistas desde un punto de vista económico y teniendo en cuenta la carga que pueden suponer para el niño; 11) si se podrán ejecutar los derechos de visita en el Estado de destino; 12) cuestiones relativas a la movilidad de los niños, y 13) cualesquiera otras cuestiones que se estimen relevantes.

el bienestar económico y emocional del cuidador principal del niño, en tanto y cuanto éste influye de manera directa sobre el menor. En la jurisprudencia inglesa se ha concedido tradicionalmente un gran peso a este último elemento con la consecuencia de que por lo que parece el 80 por 100 de las peticiones de *relocation* se resuelven favorablemente al traslado⁶⁸, que posiblemente guarde relación con la interpretación estricta de los mecanismos de retorno previstos para los supuestos de traslado ilícito que se defiende en ese país.

Como ha apuntado el ponente de una de las más relevantes sentencias inglesas en la materia, Lord Justice Thorpe, la respuesta a una petición de traslado formulada por la cuidadora de un niño depende en gran medida de la situación concreta de ejercicio de la responsabilidad parental previa al traslado⁶⁹, de lo que en algunas de las normas estadounidenses se denomina el «*parenting time*»⁷⁰, puesto que en función del grado de participación de ambos progenitores en el cuidado cotidiano del niño, será más o menos prioritario que se mantenga un contacto frecuente con el progenitor que no se traslada. Por consiguiente, el modelo de la custodia compartida implica una mayor tendencia hacia la resolución desfavorable de las peticiones de *relocation* que la tradicional división del ejercicio de la responsabilidad parental tras la ruptura de pareja, conforme a la cual uno de los progenitores ejerce la custodia y el otro detenta derechos de visita. Obviamente si quien detenta derechos de visita los tiene limitados judicialmente o no los ejerce satisfactoriamente, la balanza debería inclinarse a favor del traslado.

A pesar de que en la resolución de las *relocation disputes* el interés superior del niño es la consideración principal, no pueden ser ajenos a ella los motivos por los cuales la cuidadora principal del niño desea trasladarse, pues afectan al menor. Deben diferenciarse aquellas situaciones en las que el traslado es la consecuencia de un capricho o de la voluntad consciente o inconsciente de torpedear la relación paterno-filial con el otro progenitor; de los casos en los que el progenitor que desea trasladarse tiene razones objetivas para querer hacerlo. Estos últimos casos pueden ser especialmente difíciles para la autoridad competente cuando quien se opone al traslado es un progenitor que ha participado en pie de igualdad en el ejercicio del cuidado cotidiano del niño. En Estados Unidos se plantean como alternativas en estos supuestos que el progenitor que se opone al traslado compense económicamente al progenitor

⁶⁸ El Reino Unido sigue desde hace treinta años el precedente establecido en *Poel c. Poel* [1970] WLR 1469, siendo el caso más importante *Payne c. Payne* decidido por la Court of Appeal en 2001 [2001] EWCA Civ 166. En estos momentos existe un importante debate, en el que un papel importante lo ha desempeñado una ONG llamada *Families need Fathers*, que ha conseguido que la cuestión se debatiera en una sesión celebrada en el Parlamento de Westminster en noviembre de 2010. Esta ONG presentó por esas fechas un Informe titulado *Relocation and Leave to Remove. The need for a new approach in relocation related family law*, accessible en <http://www.relocationcampaign.co.uk/2.html>. Véase, respecto a la jurisprudencia inglesa comparándola con la de Australia y Nueva Zelanda, JUDD, F., y GEORGE, R. H., «International Relocation. Do we stand alone?», *Fam. Law*, 2010, pp. 63-68.

⁶⁹ Véase la intervención de Lord Justice Thorpe en la Conferencia de Washington, consultable en *The Judge's Newsletter*, special edition, International Judicial Conference on Cross-Border Family Relocation, 2010, pp. 33-34.

⁷⁰ Ésta es la terminología que se emplea en los *ALI Principles*.

que quiere trasladarse para que renuncie a sus planes, si el deseo de trasladarse se relaciona con la búsqueda de mejoras económicas, o incluso se tome en consideración si tal progenitor no puede a su vez trasladarse, de forma que el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental pueda continuar, pero en el lugar de destino⁷¹.

Un factor especialmente relevante para la resolución de las *relocation disputes* será la viabilidad del ejercicio transnacional de derechos de visita a la que anteriormente se ha hecho referencia, así como la actitud de quien solicita dicho traslado respecto al mantenimiento de las relaciones personales con el otro progenitor y la adecuación del traslado a las necesidades del niño. Ello exige examinar de manera detallada cuál es la relación entre los padres del niño a fin de determinar si el progenitor que va a trasladarse facilitará o no el ejercicio de los derechos de visita del otro. Para ello en muchas ocasiones se pide que se haya elaborado una propuesta detallada. También parece conveniente que la autoridad competente verifique si el niño tendrá en el Estado de destino unas condiciones de vida adecuadas.

Finalmente parece evidente que en situaciones de violencia doméstica los traslados deben en principio autorizarse. No tiene ningún sentido que se dicten órdenes de alejamiento y, en cambio, no se permita a las víctimas autoprotegerse, poniendo distancia con la situación de violencia.

5. CONCLUSIONES

La continuidad del régimen jurídico aplicable actualmente a los traslados ilícitos de niños sólo se justifica si se dispone en paralelo de un tratamiento adecuado de las *relocation disputes*, pues traslado lícito e ilícito no son sino las dos caras de una misma moneda. Una apropiada resolución de las *relocation disputes* contribuiría a una mejor defensa del interés superior del niño y permitiría reducir los casos «difíciles» de sustracción, que se caracterizan, por ser supuestos en los que el traslado parece, habida cuenta de las circunstancias, una solución adecuada, censurable únicamente por su carácter unilateral, lo que implícitamente exige que existan cauces jurídicos suficientemente conocidos y fiables para efectuar los desplazamientos lícitamente.

Sin embargo, en cuanto la atención deja de centrarse en el elemento de ilicitud, se advierte la tremenda complejidad de unas controversias que son, éstas sí, verdaderamente difíciles en cuanto implican la confrontación de tres intereses legítimos, el del progenitor guardador que quiere por motivos razonables trasladarse al extranjero, el del progenitor que no tiene atribuido el cuidado del niño que justificadamente teme que el traslado impida el mantenimiento de relaciones personales con el niño y el del menor, que tiene derecho a relacionarse con ambos progenitores y se ve por su condición

⁷¹ WEINER, M., «Inertia and Inequality: reconceptualizing disputes over parental relocation», 40 *U.C. Davis L. Rev.*, 2007, pp. 1749-1832.

de niño inevitablemente afectado por las circunstancias personales de sus padres.

Desde la perspectiva española resulta imprescindible mejorar el tratamiento de las *relocation disputes*. En este sentido ha de apoyarse la conveniencia de incluir las *relocation disputes* en un futuro Protocolo al Convenio de La Haya de 1980, que está actualmente en fase de estudio en el seno de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado⁷². Este instrumento debería introducir en el ordenamiento de los Estados miembros una acción judicial y un procedimiento abreviado para decidir conforme a unos parámetros comunes acerca de si se autoriza o no un traslado. Las decisiones favorables al traslado deberían abordar también el régimen de visitas aplicable tras el desplazamiento e incluir una decisión acerca del reparto de los costes relativos al ejercicio transnacional de los derechos de visita. Tales decisiones deberían reconocerse de pleno derecho en los demás Estados contratantes, reforzándose asimismo los mecanismos de cooperación de autoridades para su efectiva aplicación.

RESUMEN

EL TRASLADO LÍCITO DE MENORES: LAS DENOMINADAS *RELOCATION DISPUTES*

Las disputas relativas al traslado del domicilio de menores al extranjero se relacionan estrechamente con la sustracción internacional de menores y el ejercicio transnacional de menores. Se trata de un tipo de controversias especialmente complejas pues implican la confrontación de tres intereses legítimos, los del principal guardador del niño que puede tener motivos razonables para querer trasladarse, los del otro progenitor que justificadamente teme que el traslado dificulte sus derechos de visita, y los del niño que tiene derecho a mantener relaciones personales con ambos progenitores y se ve inevitablemente afectado por las circunstancias personales de sus padres. En este trabajo se estudia la resolución de dichas disputas conforme al Derecho español. Ello pone de relieve importantes disfunciones, que deberían solucionarse en el contexto de un nuevo Protocolo al Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción de menores.

Palabras clave: disputas relativas al cambio de domicilio de menores, relación con la sustracción internacional de menores y los derechos de visita, resolución de las disputas relativas al cambio de domicilio conforme al Derecho español, perspectivas de futuro en el contexto de la posible elaboración de un Protocolo al Convenio de La Haya de 1980 sobre la sustracción internacional de niños.

ABSTRACT

MINORS WHO MOVE: RELOCATION DISPUTES

Relocation disputes are very closely related to international child abduction and international access rights. These disputes are particularly complex because they confront three

⁷² Entre los Documentos preliminares para la Comisión especial de seguimiento de la aplicación del Convenio de La Haya de 1980, se incluye un cuestionario sobre un eventual Protocolo que incluye a la *relocation*. Puede consultarse en <http://www.hcch.net/upload/wop/sc2011pd02e.DOC>.

legitimate interests: those of the child's primary caregiver who may have legitimate reasons for wanting to relocate; those of the other parent, who justifiably fears that distance will render the exercise of his/her access rights more difficult; and those of the child, who has a right to maintain a personal relationship with both parents and is unavoidably affected by their personal circumstances. This essay discusses relocation disputes under Spanish law, and highlights important shortcomings that should be addressed in the context of a new Protocol to the 1980 Child abduction Convention.

Keywords: relocation disputes, relationship with child abduction and access rights, dispute resolution according to Spanish law, perspectives in the context of a future protocol to the 1980 child abduction convention.

RÉSUMÉ

LE TRANSFÈREMENT LICITE DE MINEURS: LES *RELOCATION DISPUTES*

Les conflits relatifs au transfert du domicile d'un enfant à l'étranger sont étroitement liés à l'enlèvement d'enfants et l'exercice transfrontalier des droits de visite. Ce sont des controverses complexes car elles impliquent trois intérêts légitimes, celui du parent gardien qui a des raisons valables pour vouloir changer de domicile, celui du parent non gardien qui de manière justifiée craint que le déplacement empêche l'exercice de ses droits de visite, et celui de l'enfant qui a droit à maintenir des relations personnelles avec ses deux parents et est affecté par leurs circonstances personnelles. Ce travail analyse la résolution de ce type de conflits conformément au Droit espagnol. Cela réveille des difficultés notables qui devraient être abordées dans le contexte de l'élaboration d'un nouveau protocole à la Convention de La Haye de 1980.

Mots clés: controverses relatives au changement de domicile de l'enfant à l'étranger, relation avec l'enlèvement d'enfants et l'exercice des droits de visite, Droit espagnol, perspectives dans le contexte d'un nouveau protocole à la convention de La Haye de 1980.