

**LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES DESPLAZADOS DESDE UCRANIA
EN LA UNIÓN EUROPEA Y ESPAÑA A TRAVÉS DE LOS INSTRUMENTOS
DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE FAMILIA*/
*PROTECTION OF MINORS DISPLACED FROM UKRAINE IN THE EUROPEAN
UNION AND SPAIN THROUGH THE INSTRUMENTS OF PRIVATE
INTERNATIONAL LAW IN FAMILY MATTERS***

Clara Isabel CORDERO ÁLVAREZ**

RESUMEN.- La crisis en Ucrania genera relevantes cuestiones jurídico privadas respecto de la población desplazada a la Unión Europea. Asimismo, desde el punto de vista propio del Derecho público surgen las cuestiones típicamente vinculadas con el Derecho extranjería, y en cuyo contexto surge la posibilidad de legitimar ese desplazamiento a través de la protección temporal de la Directiva 2001/55/CE, sin cambiar su residencia habitual. La aproximación de la cuestión desde el punto de vista del Derecho internacional privado, en lo que respecta a las relaciones privadas internacionales vinculadas con los menores desplazados constituye el objeto principal de estudio. El criterio del estado de residencia resulta esencial no solo para la delimitación normativa sino también en las soluciones previstas en los instrumentos. Las circunstancias particulares de cada caso exigen un análisis individualizado para determinar las soluciones aplicables, con significativas diferencias en los eventuales resultados en función del instrumento que resulte finalmente aplicable.

Abstract.- *The crisis in Ukraine generates relevant private legal questions regarding the population displaced to the European Union. Likewise, from the point of view of public law, issues typically linked to immigration law arise, and in which context the possibility of legitimizing this displacement through the temporary protection of Directive 2001/55/EC arises, without changing its habitual residence. The approximation of the issue from the point of view of private international law, regarding international private relations linked to displaced minors, constitutes the main object of study. The criterion of*

*Esta contribución se enmarca en el Proyecto “Aspectos internacionales en la protección de las personas migrantes y refugiadas: la transversalidad de la perspectiva de género”. Proyecto internacional otorgado por la Secretaría de investigación de la Universidad SIGLO 21 de Córdoba (Argentina).

** Profesora Contratada Doctor de Derecho internacional privado en Universidad Complutense de Madrid (clara.cordero@der.ucm.es)

the state of residence is essential not only for the normative delimitation but also in the solutions provided for in the instruments. The circumstances of each case require an individualized analysis to determine the applicable solutions, with significant differences in the possible results depending on the instrument finally applicable.

Palabras Clave: Ucrania, menores, derecho internacional privado, Unión Europea.

Key words: *Ukraine, minors, Private international law (PIL), European Union.*

SUMARIO: I. Planteamiento. II. La Directiva 2001/55/CE como fundamento de la acogida en la UE de las personas desplazadas por la guerra. 1. Características y ámbito de aplicación al caso 2. Mecanismos de protección temporal. III. Marco jurídico del Derecho internacional privado europeo de familia en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de menores: 1. Características y delimitación de los instrumentos aplicables; 2. Dónde litigar: entre el Reglamento Bruselas II bis/ter y el Convenio de la Haya de 1996: A) La residencia habitual del menor con criterio de base, B) La ubicación de los menores desplazados como criterio de conexión alternativo; 3) Localización de la ley material aplicable a las acciones entabladas; 4) Reconocimiento y ejecución de las medidas o resoluciones sobre los menores desplazados, IV. Secuestro de los menores desplazados: Del Reglamento Bruselas II bis/ ter al Convenio de la Haya de 1980 y la concreción de la residencia habitual como presupuesto de aplicación. V. Conclusiones.

DESARROLLO

I. Planteamiento

La intervención militar de Rusia en Ucrania, país vecino y antiguo miembro de la Unión Soviética, más allá de plantear más que significativas cuestiones de Derecho internacional público sobre soberanía e integridad territorial de los Estados en la Comunidad internacional, del uso de la fuerza o incluso del Derecho humanitario bélico, genera relevantes cuestiones en relación con la población que se ve forzosamente desplazada por el conflicto que deben abordarse desde una doble perspectiva jurídica. Por un lado, desde el punto de vista propio del Derecho público surgen las cuestiones típicamente vinculadas con la extranjería, siendo que esta población desplazada puede pedir asilo y la condición

de refugiados para “legalizar” su estancia en el país de acogida¹ -como cualesquiera otra persona no nacional del Estado de recepción o acogida si concurren determinadas circunstancias respecto de su país de origen²-, o pedir una protección temporal como la articulada en el Derecho de la Unión para supuestos como el de referencia a través de la Directiva 2001/55/CE. Por otro lado, se hace necesario una aproximación de la problemática desde la óptica del Derecho internacional privado, ya que nos encontramos ante relaciones privadas internacionales que deben reglamentarse, esto es, relaciones entre particulares con elemento de extranjería, conectadas con más de un país, al tratarse de personas desplazadas a Europa/España desde Ucrania a las que debe darse solución por las autoridades competentes en función del ordenamiento jurídico aplicable (la cuestión aquí es qué autoridad/es son las competentes y cuál será ese ordenamiento jurídico de referencia). Es particularmente desde esta última perspectiva, la *ius privatista*, en la que se va a centrar el presente trabajo.

Este estudio pretende dar luz a las eventuales incógnitas sobre la situación de los menores ucranianos -acompañado o no- que se encuentran en el territorio de la Unión Europea como consecuencia de esta grave crisis humanitaria. A estos efectos van a referirse los principales instrumentos europeos (y textos convencionales multilaterales) de Derecho internacional privado que en materia de persona y familia pueden articularse como respuesta a las distintas cuestiones jurídicas que surjan en torno a estas personas desplazadas cuando se ubiquen en el territorio de cualquier Estado miembro, incluyendo España. En particular, el análisis se concreta en los instrumentos que darán respuesta a

¹ La condición de apátridas en este concreto supuesto parece que no resulta probable, toda vez que estos casos obedecen típicamente a supuestos en los que los sujetos esconden su nacionalidad para evitar la devolución al Estado de origen al no concurrir ninguna de las otras figuras a las que puedan acogerse para asegurar su permanencia en el Estado de acogida/llegada. De manera que sobre los extranjeros que no cumplen con los requisitos legales para su permanencia se procede a la devolución al país de origen, de forma automática si es mayor de edad, pero si es menor no se devuelve al país de origen si no se prueba que allí van a tener protección debida.

² A estos efectos, puede verse la normativa española sobre el particular, donde se concretan las condiciones requeridas para conceder tal estatus a extranjeros en nuestro territorio. España (2009). Ley 12/2009, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. Boletín Oficial del Estado, de 31 de octubre, núm. 263.

las cuestiones de competencia judicial internacional (dónde litigar o solicitar la adopción de medidas o resoluciones de protección relativas a estas personas), los que operan en la localización del Derecho rector aplicable al fondo (para resolver sobre dichas medidas o acciones solicitadas) y, en su caso, aquellos necesarios para determinar cuál será el régimen de reconocimiento (procedimiento o ausencia de éste y causas de denegación del mismo) de las resoluciones y medidas adoptadas para conseguir su eficacia extraterritorial fuera de la jurisdicción de la autoridad de adopción (incluyendo aquellas preexistentes adoptadas en el territorio de origen del menor: Ucrania).

La complejidad de los supuestos que pueden plantearse puede elevarse cuando el elemento subjetivo se concrete en menores que hayan sido separados de sus progenitores y del resto de miembros de su familia, bien porque aquellos aún permanecen en Ucrania, bien porque han conseguido el estatus de refugiado en otro Estado miembro distinto del de ubicación física del menor/es³. Como punto de partida, y en primer lugar, se hace necesario referir -y analizar de manera sucinta- la normativa de base europea que ha permitido articular la acogida (temporal y sin perder su residencia habitual en el Estado de origen) dentro de la Unión Europea de todas estas personas, concretamente mediante el recurso a la protección temporal que la Directiva 2001/55/CE prevé para supuestos como el que nos ocupa -dejando al margen las vías ordinarias previstas en la normativa europea e internacional reguladora de la entrada y establecimiento de extranjeros de

³ Este supuesto no resulta ajeno y no solo en este contexto excepcional de movimientos migratorios masivos por la invasión de Ucrania, sino dentro del marco de otros mecanismos de protección internacional de la unidad familiar previstos en la normativa europea para nacionales de terceros países. Así, reciente jurisprudencia del TJUE aborda precisamente la posibilidad de estas circunstancias (aunque en el ámbito de la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar) estableciendo que no puede declararse inadmisibles una solicitud de protección internacional presentada por un menor (de entrada y residencia en un Estado miembro con fines de reagrupación familiar) por el hecho de que sus padres ya hayan obtenido tal protección en otro Estado miembro, en interpretación del art. 16.1º letra a) de la Directiva. *Vid.* STJUE de 01/08/2022, *Bundesrepublik Deutschland (Enfant de réfugiés, né hors de l'État d'accueil)*, as. C-720/20, ECLI:EU:C:2022:603

terceros países en el territorio (Ruíz Sutil, 2022)⁴ que puede conllevar el cambio de país de residencia habitual de los menores concernidos (Imbroda Ortiz y Ruiz Sutil, 2019)⁵.

II. La Directiva 2001/55/CE como fundamento de la acogida en la UE de las personas desplazadas por la guerra.

1. Características y ámbito de aplicación al caso

Como consecuencia de la intervención militar e invasión rusa en territorio ucraniano, por primera vez en la historia reciente -ya que no se activó esta posibilidad ni si quiera en el caso Sirio⁶ (Mangas Martín, 2015-2016: 45), lo que supuso significativas críticas por parte de la doctrina (Porras Ramírez, 2020), incluso según Borja Gonzalo refiriendo en este sentido la posibilidad de constatar la existencia de migrantes refugiados de primera y de segunda (2017: p. 49)-, el Consejo de la Unión Europea, a propuesta de la Comisión, el 4 de marzo de 2022 declaró la existencia de una afluencia masiva de personas desde Ucrania como consecuencia del conflicto armado iniciado el 24 de febrero de 2022. Tal Declaración perseguía activar la protección temporal de la Directiva 2001/55/CE⁷ asegurando la acogida de las personas que se veían forzadas a salir de Ucrania sobre el principio de solidaridad comunitaria entre los Estados miembros. La relevancia de esta declaración se manifiesta por cuanto que se trata de la primera vez que se aplica este régimen en favor de personas que llegan a la Unión Europea huyendo de un conflicto bélico (pese a que no es la primera vez que se ha planteado esta posibilidad ante la

⁴ En particular, en relación con el marco jurídico aplicable en materia de extranjería a los menores y sus madres en supuestos de migración por peligro físico y psíquico.

⁵ En lo que respecta específicamente al régimen jurídico aplicable a cualesquiera nacionales extranjeros en nuestro territorio.

⁶ Así no se activó la protección temporal cuando se produjo la afluencia masiva de población siria en abril de 2015 a la UE que huía de la guerra (se calcula que de más de un millón trescientas mil personas), pues los Estados miembros se negaron a aplicar la Directiva 2001/55/CE, pese a la evidente urgencia de la situación.

⁷ Decisión de Ejecución (UE) 2022/382 del Consejo de 4 de marzo de 2022 por la que se constata la existencia de una afluencia masiva de personas desplazadas procedentes de Ucrania en el sentido del artículo 5 de la Directiva 2001/55/CE y con el efecto de que se inicie la protección temporal. DO L 71 de 4.3.2022, p. 1-6 (https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.L_.2022.071.01.0001.01.SPA&toc=OJ%3AL%3A2022%3A071%3AATOC)

autoridades europeas como así pasó con la crisis humanitaria por el conflicto en Siria). La activación de la Directiva, que fue transpuesta en España en el año 2003⁸ (Arenas Hidalgo, 2006: 361-384), ha exigido la adopción de medidas legales y administrativas en nuestro país con el fin de acoger con urgencia a los desplazados de Ucrania. De forma breve en este trabajo se va a exponer el marco jurídico del régimen de protección temporal establecido en la Directiva 2001/55/CE, con referencia ocasional a la implementación operada en nuestro país del instrumento europeo. Se deja fuera, por no entrar dentro del ámbito del objeto de estudio, el análisis de las medidas que se han adoptado en la Unión Europea y en España para acoger a las personas que huyen de la guerra de Ucrania en cumplimiento de este marco jurídico (Azcárraga Monzonis, 2022: 77-116).

De las disposiciones generales de la Directiva se derivan los objetivos y marco de actuación del instrumento europeo. El artículo primero establece cuál es el objeto de la norma: “tiene por objeto establecer normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas procedentes de terceros países que no pueden volver a su país de origen y fomentar un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida”. Dos cuestiones fundamentales se deducen de este precepto.

El primer lugar, la Directiva parece que persigue un doble objetivo: por un lado, establecer el marco para la concesión de protección temporal de población desplazada y, por otro, promover el equilibrio o la solidaridad entre los Estados miembros en la acogida de la personas beneficiarias de esta protección. Así, la Directiva no solo establece el marco jurídico para este estatuto cualificado -de personas desplazadas con protección temporal- dentro de la Unión, sino la distribución de manera equilibrada entre los Estados miembros de la carga asistencial que supone su aplicación.

⁸ Mediante Real Decreto. España (2003). Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento sobre régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas. Boletín Oficial del Estado. 25 de octubre, núm. 256. Esta norma consta de 26 artículos y un Anexo que establece un modelo de salvoconducto para el traslado de personas en régimen de protección temporal a otro Estado miembro (siguiendo el modelo de la Directiva).

La segunda cuestión que destacar es que la Directiva establece un régimen de mínimos que puede ser ampliado o mejorado por los Estados miembros -ahondando más en esta aproximación, el artículo 3.5 señala que “se entenderá sin perjuicio de la prerrogativa de los Estados miembros de establecer o mantener condiciones más favorables para las personas beneficiarias de protección temporal”-.

El ámbito de aplicación de la Directiva, y por ende del régimen jurídico en ella previsto, exige un análisis conceptual previo para su determinación. De esta suerte, en la medida que el régimen de protección (temporal) previsto en la Directiva se articula para supuestos de “afluencia masiva de personas desplazadas”, se hace necesario delimitar este concepto. Este término se recoge en el instrumento como un concepto jurídico indeterminado de forma consciente⁹ (Arenas Hidalgo, 2006: 365) en su artículo 2.d), indicando que se refiere a la llegada al territorio comunitario de un “número importante” de personas procedentes de un país o de una zona geográfica determinada, ya hayan llegado por su cuenta o bien con ayuda (por ejemplo, en virtud de un programa de evacuación). Según el artículo 2.c) se consideran “personas desplazadas” si se dan dos requisitos acumulativos. En primer lugar, debe tratarse de nacionales de un tercer país o de apátridas que hayan tenido que abandonar su país o región de origen (o que hayan sido evacuados, en particular respondiendo al llamamiento de organizaciones internacionales) y cuyo regreso sea imposible en condiciones seguras y duraderas debido a la situación existente en ese país. En segundo lugar, se requiere que puedan entrar eventualmente dentro del ámbito de aplicación del artículo 1A de la Convención de la Convención de Ginebra¹⁰ u otros instrumentos internacionales o nacionales de protección internacional. El mismo precepto concreta a quiénes se está refiriendo este estatuto en particular: i) las personas que hayan huido de zonas de conflicto armado o de violencia permanente, ii) las personas

⁹ Se trata de una decisión consciente, ya que los Estados miembros se negaron a cuantificar este concepto, ni de forma objetiva (estableciendo un número concreto de desplazados para diferenciarlos de los solicitantes de asilo) ni subjetiva (atendiendo a la capacidad y los recursos del país afectado)

¹⁰ España (1978) Instrumento de Adhesión de España a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y al Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967. Boletín Oficial del Estado. 21 de octubre, núm. 252, pp. 24310-24328.

que hayan estado o estén en peligro grave de verse expuestas a una violación sistemática o generalizada de los derechos humanos¹¹.

2. Mecanismos de protección temporal

Una vez analizado en ámbito personal y material del instrumento europeo, que condiciona y delimita el alcance y aplicación del marco jurídico regulatorio previsto, corresponde analizar cómo se articula esa protección temporal para persona desplazadas cubiertas. Es el capítulo II de la Directiva la que regula la declaración y duración de la protección temporal. De conformidad con el artículo 5, para que se active la protección temporal es necesario que se constate la afluencia masiva de personas en una decisión del Consejo de la UE adoptada por mayoría cualificada a propuesta de la Comisión, la cual examinará igualmente cualquier solicitud de un Estado miembro para que presente una propuesta al Consejo a estos efectos. Este precepto establece el contenido mínimo de dicha propuesta: una descripción de los grupos concretos de personas a los que se aplicará la protección temporal, la fecha en que surtirá efecto y una estimación de la magnitud de los movimientos de personas desplazadas. En este sentido también se establecen los aspectos que como mínimo deberá incluir la decisión del Consejo¹².

Ahora bien, quizá lo más relevante de esta norma es que establece los criterios sobre los cuales el Consejo debe basar su decisión. Así, el Consejo deberá valorar el examen de la situación y la magnitud de los movimientos de personas desplazadas, la conveniencia de establecer la protección temporal -teniendo en cuenta las posibilidades de ayuda de urgencia y de acciones in situ o su insuficiencia- y la información comunicada por los Estados miembros, la Comisión, el ACNUR y otras organizaciones internacionales que trabajen en este ámbito (artículo 5 numeral 4º). La adopción de la decisión conlleva la protección temporal de las personas afectadas (beneficiadas) en los términos definidos en el artículo 2.a) de la Directiva.

¹¹ En términos similares se concreta esta categoría de personas en la legislación española. Así, en el artículo 2 del Reglamento concreta esta categoría como aquellas personas que hayan huido de zonas de conflicto armado o de violencia permanente o las que hayan estado (o estén) en peligro grave de verse expuestas a una violación sistemática o generalizada de los derechos humanos.

¹² Véase art. 5 numeral 3 de la Directiva.

El carácter temporal de la protección se deriva necesariamente de la naturaleza excepcional del procedimiento, siendo que se garantiza una protección inmediata por un periodo de tiempo concreto. Este procedimiento excepcional, tal y como está concebido -siguiendo el tenor del propio texto normativo-, se prevé especialmente para los casos en los que el sistema de asilo de los Estados miembros corre el riesgo de colapsar ante un importante flujo de personas, ya que no se podría gestionar sin que perjudicara a su buen funcionamiento, al interés de las personas afectadas y al de otras personas extranjeras que también pudieran estar interesadas en solicitar protección internacional (art. 2.a de la Directiva). Consecuentemente, este régimen es una alternativa excepcional para aquellas personas que podrían ser beneficiarias de protección internacional en la UE¹³ (dejando al margen aquellas que queden excluidas de este régimen de acuerdo con el artículo 28 de la Directiva), pero a las que no se las puede asistir a través del procedimiento ordinario ante la imposibilidad de gestionar debidamente su llegada y permanencia de conformidad con aquél, debido al elevado número de personas que concurren al mismo tiempo¹⁴.

De acuerdo con el artículo 4 de la Directiva la duración inicial de la protección es de un año, prorrogable automáticamente por dos períodos de seis meses, pudiendo extenderse hasta otro año más si persisten los motivos para la protección temporal y se dan las condiciones recogidas en el apartado 2 del artículo. Así, para extender la protección hasta ese tercer año se requiere una nueva decisión del Consejo, por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión, la cual de nuevo estudiará las solicitudes de los Estados miembros de que presente la propuesta al Consejo (de conformidad con el art. 6). Durante la vigencia de la protección (que como se ha referido puede extenderse hasta un máximo de tres años), y en cualquier momento (art. 17), los beneficiarios de esta pueden solicitar

¹³ De conformidad con el Reglamento (UE) n ° 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013 (conocido como Reglamento Dublín III), por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida. OJ L 180, 29.6.2013, pp. 31–59.

¹⁴ Esta aproximación del régimen regulado se reafirma en los considerandos del instrumento. *Vid.* Considerandos 2 y 13.

asilo en el Estado miembro correspondiente¹⁵ - según Azcárraga Monzonis, entendido en un sentido amplio, es decir, de protección internacional incluyendo protección subsidiaria (2022: 86)-.

Es necesario referir las obligaciones -al menos las más relevantes- que para los Estados miembros se generan en el momento en que se pone en funcionamiento esta protección, en la medida que alguna de ellas condicionan el carácter de autoridad eventualmente competente para adoptar las medidas y resoluciones de protección sobre los menores de conformidad con los instrumentos de Derecho internacional privado que van a analizarse. Los artículos 8 y siguientes de la Directiva concretan el conjunto de obligaciones de los Estados miembros hacia los beneficiarios del régimen extraordinario de protección temporal previsto; de entre todas ellas cabe destacar algunas.

Así, en primer lugar, el artículo 8, apartados 1 y 3, indica que los Estados miembros deberán adoptar las medidas necesarias para que los beneficiarios dispongan de permisos de residencia durante todo el período de protección temporal, así como todas las facilidades para que puedan obtener los visados necesarios, los cuales deberían ser gratuitos o de coste reducido al mínimo, incluidos los de tránsito. Asimismo, el artículo 12 obliga a que se autorice a los beneficiarios a ejercer una actividad retribuida por cuenta propia o ajena, en virtud de las normas aplicables a cada profesión, pero permitiendo que los Estados miembros den prioridad a los ciudadanos de la Unión y a los ciudadanos de los Estados Parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, así como a los residentes legales con nacionalidad de terceros países que reciban subsidios de desempleo.

Por otro lado, el artículo 13 determina que los Estados miembros garantizarán que los beneficiarios tengan acceso a un alojamiento adecuado o reciban, en su caso, los medios de obtenerlo, que reciban ayuda social y alimentación cuando no dispongan de recursos

¹⁵ El procedimiento de asilo durante la vigencia de la protección se recoge en el Capítulo IV de la Directiva. En particular, esta opción del beneficiario se recoge en el artículo 17 que se completa con la norma potestativa del artículo 19, que deja a la consideración de los Estados miembros la posibilidad -o no- de que los solicitantes de asilo beneficiarios de protección temporal puedan acumular beneficios.

suficientes, así como atención médica. A mayor abundamiento, este precepto establece (en su numeral 4º) que los Estados miembros deberán, además, atender con carácter especial a las necesidades particulares de las personas que hayan sufrido torturas, violaciones u otras formas graves de violencia moral, física o sexual, así como de los menores no acompañados (lo que supone adopción de medidas concretas de protección que pueden afectar al ámbito del Derecho privado internacional siendo, en consecuencia, necesario determinar la autoridad competente para la adopción de tales medidas y el ordenamiento jurídico aplicable para determinar cuáles y su alcance). De hecho, la eventual protección de los menores no acompañados que se regula de forma más amplia en el artículo 16, afecta a cuestiones en las que habrá que recurrir a los distintos instrumento -europeos y convencionales- de Derecho internacional privado, en la medida que se refieren a cuestiones típicas del Derecho de familia y menores de esta área de conocimiento; tales como son medidas relativas a su representación, cuidado y alojamiento, así como al derecho a ser oído según su edad y grado de madurez. El artículo 14 exige además que se permita a los menores de dieciocho años acceder al sistema de educación en las mismas condiciones que los nacionales del Estado miembro de acogida, si bien pudiendo limitar este derecho al sistema de enseñanza pública.

Tratamiento específico tiene las obligaciones vinculadas a los supuestos de reagrupación familiar de los desplazados en régimen de protección temporal. Así, en el artículo 15 se garantiza que las familias constituidas en los países de origen que se hayan tenido que separar debido a las circunstancias que rodean al desplazamiento masivo puedan reagruparse en el mismo Estado miembro. En este sentido se diferencian dos supuestos o situaciones en función de si los miembros de la familia se encuentran en diferentes Estados miembros disfrutando de protección temporal¹⁶ o bien sea la persona reagrupante la que se encuentre en algún Estado miembro con ese estatuto mientras algunos miembros de su familia todavía se encuentran fuera del territorio de la UE¹⁷ (típicamente en Ucrania, en el asunto que nos atañe). El concepto de familia en este contexto resulta esencial, en la medida que de ello depende el carácter obligatorio o potestativo de las medidas a adoptar por los Estado miembros para garantizar la eventual reagrupación.

¹⁶ *Vid.* artículo 15 numeral 2 de la Directiva.

¹⁷ *Vid.* artículo 15 numeral 3 de la Directiva.

La obligación de reagrupación alcanza, en los dos supuestos, a los Estados miembros en relación con las personas que encajan en el concepto restringido de familia -del reagrupante- que se deduce de la enumeración taxativa de las personas recogidas en la letra a) del apartado 1 del artículo 15: el cónyuge del reagrupante o su pareja de hecho (con la que tenga una “relación duradera”, cuando la legislación del Estado miembro en cuestión considere a estas parejas como análogas a las casadas en su propia normativa de extranjería) y de los hijos menores solteros del reagrupante o de la pareja de hecho, sin que pueda haber discriminación entre los matrimoniales, extramatrimoniales o adoptivos. Ahora bien, para el caso de los miembros de la familia descritos en la letra b) del apartado 1, esto es, otros parientes cercanos que estuviesen conviviendo como parte de la unidad familiar en el momento de producirse los acontecimientos que dieron lugar a la afluencia masiva, y que fueran total o parcialmente dependientes del reagrupante en dicho momento, la Directiva establece que la decisión de la reagrupación es potestativa para los Estados miembros teniendo en cuenta las dificultades extremas a las que se enfrentarían si no se procediese a la reagrupación.

En cualquier caso, ya sea por una u otra vía, se les proporcionará la autorización de residencia necesaria para poder permanecer de forma regular en el Estado miembro en el que finalmente se reagrupen.

Por último, se referirá de manera sucinta el régimen de finalización de la protección temporal y las medidas subsiguientes previsto en la Directiva, por cuanto que supone salvo la articulación de otras institución de protección internacional para nacionales extranjeros, que se extingue el estatus que legitima su ubicación dentro de la Unión Europea con las consecuencias que eso conlleva.

El artículo 6 establece las (dos) condiciones cuya concurrencia alternativa supone que se ponga fin a la protección temporal por afluencia masiva de personas. El primer supuesto se refiere al transcurso del plazo previsto para la protección, esto es, la protección finaliza cuando se haya llegado al término del plazo máximo de duración previsto para el caso de referencia. El segundo caso supone la conclusión de la protección, en cualquier momento,

mediante la aprobación de una decisión del Consejo por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión, para lo cual -al igual que se prevé para el inicio del procedimiento- se examinará cualquier solicitud de Estado miembro para que presente una propuesta al Consejo a estos efectos. En lo que respecta a este último supuesto, según el artículo 6 apartado 2, para adoptar esta decisión el Consejo deberá comprobar que la situación en el país de origen permite el regreso seguro y de forma duradera de las personas a las que se otorgó la protección temporal, respetando debidamente los derechos humanos y las libertades fundamentales y cumpliendo con sus obligaciones en materia de no devolución.

Tras constatarse la finalización de la protección temporal, la Directiva regula -si bien básicamente mediante la localización del ordenamiento jurídico nacional aplicable a esa reglamentación- el regreso y las medidas subsiguientes para los *ex ante* beneficiados en los artículos 20 y siguientes.

El artículo 20 establece que una vez finalizada la protección temporal se aplicará el Derecho general en materia de protección y de extranjería de los Estados miembros -delegando de esta manera el marco jurídico posterior en las legislaciones nacionales de los países europeos-. De esta suerte, no se cuenta con un marco común, aún de mínimos, para los momentos posteriores a la finalización de la protección temporal. No obstante, la remisión operada por la Directiva se realiza sin perjuicio de lo establecido en los artículos 21 a 23 que se refieren al regreso al país de origen, el primero de carácter voluntario y el segundo forzoso. En ambos casos se exige que se garanticen dentro del respeto a la dignidad humana, pero en el segundo supuesto -regreso forzoso- además que se examinen las “razones humanitarias imperiosas” que puedan hacer el regreso “imposible o poco realista” en casos concretos. Es posible, no obstante, la permanencia en los Estados miembros, tras la finalización de la protección temporal, ante situaciones excepcionales que imposibiliten viajar de regreso al país de origen. Se trata de supuestos tasados descritos en el artículo 23: por motivos médicos (hasta que finalice la situación de riesgo), o bien por tener hijos menores escolarizados en un Estado miembro, en cuyo caso se podrá autorizar la residencia a sus familias hasta que finalicen el periodo escolar en curso.

La concreción del marco jurídico aplicable tras la financiación de la protección temporal por desplazamiento masivo de personas resulta relevante -a los efectos del objeto de estudio-, por cuanto que determina la ubicación de los sujetos en uno u otro Estado, condicionando los instrumentos de Derecho internacional privado aplicables para resolver las cuestiones vinculadas con su relaciones jurídico privadas con elemento extranjero.

Finalmente, en los capítulos VI y VII, la Directiva reglamenta la cuestión de la solidaridad entre los Estados miembros y la cooperación administrativa en el marco de este procedimiento excepcional y temporal -para la gestión de estas crisis humanitarias y la cooperación administrativa entre los Estados para la correcta organización de la acogida de las personas necesitadas de dicha protección-¹⁸. Dado que esta cuestión se escapa del objeto concreto del presente estudio, no se realizará un análisis de los precepto concernidos así como de su aplicación, más allá de su mera referencia (Azcárraga Monzonis, 2022: 89-90).

III. Marco jurídico del Derecho internacional privado europeo de familia en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de menores:

Una vez establecido el fundamento normativo en el que se justifica la ubicación física dentro de la UE -en principio, de carácter excepcional y temporal, salvo concesiones de asilo y/o protección internacional subsidiaria concedidas por los Estados miembros- de los desplazados por la invasión de Ucrania, corresponde concretar ahora el marco jurídico aplicable en el ámbito del Derecho internacional privado -de familia- para reglamentar las cuestiones vinculadas con las relaciones privadas internacionales de los sujetos desplazados, en particular los menores de edad como sujetos vulnerables.

Como premisa, debe indicarse que en la generalidad de los instrumentos normativos de Derecho privado europeo e internacional que garantizan la salvaguarda de estos menores, se cuenta con disposiciones especiales de protección y asistencia a aquellos menores privados temporal o permanentemente de su entorno familiar, especialmente en

¹⁸ Junto con los Anexos I y II para la gestión entre Estados miembros.

situaciones de emergencia, como es la situación de crisis humanitaria derivada del conflicto armado entre Rusia y Ucrania.

En los siguientes apartados se dará una visión global de los principales instrumentos de Derecho internacional privado aplicables a las distintas cuestiones que, en relación con las personas desplazadas de interés, puedan surgir y deben resolverse por los Estados miembros de acogida, en general, pero con especial referencia a las soluciones que deben darse por las autoridades españolas. La estructura del trabajo en el análisis de los textos normativos sigue la sistemática de las cuestiones vinculadas al contenido clásico del Derecho internacional privado, esto es, resolver los problemas de competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental y adopción de medidas de protección de menores, de localización del Derecho o ley aplicable al fondo y, finalmente, de reconocimiento y ejecución o eficacia extraterritorial de las medidas o resoluciones adoptadas por las autoridades nacionales de un Estado miembro en otro Estado miembro (o terceros países, en su caso).

Se deja al margen del presente estudio, el análisis de los instrumentos reguladores de cuestiones típicamente vinculadas con litigios transfronterizos en materia de familia, como es el caso por ejemplo de las acciones sobre alimentos entre familiares¹⁹, por exceder

¹⁹ Materia para la que resulta aplicable el conocido como Reglamento Bruselas III dentro de la UE, incluidas las autoridades danesas a excepción del Capítulo III sobre ley aplicable (que comprende solo el art. 15) y el relativo a la cooperación entre autoridades (Capítulo VII). Unión europea (2009). Reglamento (CE) 4/2009, del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos. Diario Oficial de la Unión Europea. 10 de enero, núm. 7, pp. 1-79. Este instrumento unifica las normas de competencia judicial internacional y de reconocimiento y ejecución en litigios en materia de obligaciones de alimentos entre familiares (incluyendo pensiones compensatorias entre excónyuges), no así en lo que se refiere al Derecho aplicable, ya que si bien el instrumento también se refiere a esta cuestión, se limita en este sentido a remitir a otro/s instrumento/s internacional (el Protocolo de la Haya de 2007, sobre ley aplicable a obligaciones alimenticias, suscrito por la UE el 8-IV-2010 por lo que vincula a todos los Estados miembros a excepción de Dinamarca, referido expresamente en el precepto), por lo que en realidad esta cuestión no se regula directamente. Unión Europea (2009). Decisión del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, relativa a la adhesión de la Comunidad Europea al Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de

el objeto propio del trabajo. El examen de los instrumentos aplicables se centrará en la solución de las cuestiones de Derecho internacional privado vinculadas a la responsabilidad parental en sentido amplio, es decir, incluyendo todas las medidas de protección de menores tanto sobre su persona como sus bienes. También, aunque en menor medida, se hará referencia a la cuestión de la eventual sustracción internacional de los menores ucranianos en el contexto de estos desplazamientos masivos dentro de la UE.

1. Características y delimitación de los instrumentos aplicables

Con carácter previo, antes de entrar en particular en el análisis de los instrumentos institucionales y convencionales aplicables en el ámbito material delimitado por el objeto de estudio, cabe referir que la implicación de derechos fundamentales en este contexto (y en general en el Derecho de familia transfronterizo) incidirá en la reglamentación de estas situaciones, en la medida que el Estado miembro de recepción de los menores sea Estado firmante de Convenios internacionales sobre derechos humanos (incluidos, y en particular, aquellos textos referidos a los derechos de los niños). Así pues, las obligaciones internacionales asumidas por el que resulte como Estado del foro -mediante la adscripción a textos internacionales sobre derechos fundamentales- condicionarán la resolución que deba darse a los eventuales litigios transfronterizos en materia de familia/menores desplazados ucranianos²⁰.

2007, sobre la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias. Diario Oficial de la Unión Europea. 16 de diciembre, núm. 331, pp. 17-23.

²⁰ Estas obligaciones internacionales vinculan a los operadores jurídicos no solo en los supuestos transfronterizos en los que estén implicados menores sino también en litigios domésticos en la medida que se refieran o impliquen de alguna manera a aquellos. Así, resulta esencial la referencia al criterio del interés superior del menor como condicionante axiológico e interpretativo de toda la normativa reguladora de este colectivo. En este sentido, a modo de ejemplo puede verse la Observación General N° 14 del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas (CRC) de 2013, en cuyo artículo 3, párrafo 1, se establece el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial en los siguientes términos: “El interés superior del niño es un derecho, un principio y una norma de procedimiento basados en una evaluación de todos los elementos del interés de uno o varios niños en una situación concreta. El objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño”. ONU: Comité de los Derechos del Niño (CRC), Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial

Específicamente en materia de menores, cabe destacar algunos de los textos internacionales más relevantes, como es el Convenio de Nueva York de 1989 sobre derechos del niño²¹ y el Convenio de la Haya de 1993 sobre protección de menores y cooperación adopciones internacionales²². En general, entre los más importantes textos sobre derechos y libertades humanas que vinculan a los Estados miembros se encuentra el Convenio Europeo sobre Derechos humanos y libertades fundamentales (CEDH) y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE); resultando esencial en este tipo de litigios el derecho a la intimidad personal y familiar de los menores que se encuentra reconocido en ambos textos (respectivamente, en sus artículos 8²³ y 7).

Dentro del Derecho europeo en materia de familia -en sentido amplio, lo que incluye matrimonio, crisis matrimonial, alimentos y responsabilidad parental- encontramos no solo Reglamentos (incluyendo instrumentos de cooperación reforzada) sino también convenios e instrumentos internacionales suscritos por la UE (de la Conferencia de la Haya principalmente).

(artículo 3, párrafo 1), 29 Mayo 2013, CRC /C/GC/14, disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org/es/docid/51ef9aa14.html> [acceso el 22 Agosto 2022].

²¹ España (1990). Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Boletín Oficial del Estado. 31 de diciembre, núm. 313, pp. 38897-38904.

²² España (1995). Instrumento de ratificación del Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993. Boletín Oficial del Estado. 1 de agosto, núm. 182, pp. 23447-23454.

²³ En este contexto, la doctrina del TEDH en la interpretación extensiva de los derechos a la intimidad personal y familiar del menor del art. 8 del CEDH, resulta esencial. En este sentido, entre otras, puede referirse la conocida STEDH de 3 de mayo de 2011, *Negrepointis-Giannisis c. Grecia* (C-56759/08). En particular, en relación con España como Estado signatario vinculado, en un asunto de una menor y una madre refugiadas Saharauis, en el que se analiza el cumplimiento de los deberes que la ley interna impone a la autoridades nacionales españolas, con la suficiente diligencia para adoptar medidas que garanticen y faciliten el mantenimiento de la vida familiar entre la madre y su hija, condenando a España por incumplimiento del art. 8 del CEDH. *Vid.* STEDH de 24 de mayo de 2011 en asunto *Saleck Bardi c. España*, iniciado por demanda N0 66167/09.

Por lo que respecta propiamente al Derecho institucional europeo, esto es, los Reglamentos adoptados en materia de Derecho internacional privado de familia, estos son de aplicación prioritaria y directa²⁴ para todos los Estados miembros (salvo para aquellos Estados miembros que cuenten con cláusula de exclusión voluntaria en este sentido²⁵, y que hayan hecho ejercicio de esta prerrogativa: en general, solo ejercitada por Dinamarca).

La opción de la reglamentación de esta materia a través de esta técnica legislativa supone una evidente ventaja, por cuanto que conlleva la unificación de esta regulación en todo el espacio europeo. Ahora bien, ha de recordarse que estos instrumentos europeos tienen un limitado alcance material, con reglamentación parcial dejando fuera cuestiones esenciales en este ámbito. De esta suerte, se constata la existencia de exclusiones significativas en el ámbito de Derecho de familia, como es por ejemplo todo lo relativo a la filiación, los derechos económicos para el cónyuge superviviente, o el Derecho aplicable a la nulidad matrimonial -y en general todo el Derecho conflictual para localizar el Derecho sustantivo para las cuestiones vinculadas a persona y familia, como sería'n las medidas de protección sobre menores desplazados-. Consecuentemente, para resolver los problemas de Derecho internacional privado vinculados a las cuestiones excluidas es necesario acudir a normas convencionales, si es que existen en la materia en concreto y han sido suscritas por el Estado miembro del foro -o resultan vinculados por adhesión de la propia UE para aquellos Estados que no cuenten con cláusula de exclusión-, y solo en su defecto,

²⁴ Dejando al margen, obviamente, los instrumentos de cooperación reforzada que en este ámbito concurren.

²⁵ También conocido como "opting out", que supone que determinados Estados miembros de la Unión Europea cuentan con lo que se conocen como exclusiones, que garantiza que cuando un Estado miembro no desee participar en un ámbito particular de la política de la UE pueda quedarse al margen e impedir un bloqueo general. En este ámbito, se trata de aquellos Estados miembros que tengan reconocida esta cláusula de exclusión en relación con la política de Espacio de libertad, seguridad y justicia, esto es, Dinamarca e Irlanda (si bien este último puede optar por participar en determinadas iniciativas si lo desea). En consecuencia, Dinamarca, salvo acuerdo expreso con la UE respecto de la norma institucional europea concreta, no queda vinculado por estos Reglamentos o cualesquiera otros instrumentos adoptados en este contexto -incluso para quedar vinculado por la adhesión de la UE a convenios internacionales en el ámbito del Derecho internacional privado-, es decir, a todo aquello adoptado por la UE con base competencial en el art. 81 del TFUE-.

resultarán de aplicación las normas de fuente interna (o normas autónomas) del Estado del foro.

En términos generales, los instrumentos europeos que van a analizarse unifican dentro de la UE las normas sobre competencia judicial internacional y de reconocimiento y/o ejecución de decisiones extranjeras: procedimiento -o usencia de éste-, requisitos y causas de denegación comunes. Ahora bien, en lo que respecta al sector sobre determinación de Derecho aplicable -normas conflictuales- a las cuestiones de familia/menores, nos encontramos o bien con normas de conflicto recogidas en instrumentos europeos de cooperación reforzada (solo aplicable para los Estados miembros que voluntariamente se han adherido a dicho instrumento) o bien se limitan a remitir la cuestión a otro instrumento internacional, generalmente, como ya se ha indicado, a algún Convenio o Protocolo de la Conferencia de la Haya.

Desde el punto de vista convencional el instrumento fundamental aplicable en estos casos será el Convenio de la Haya de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños (en adelante, Convenio de la Haya de 1996)²⁶. Este instrumento sustituye al Convenio de la Haya de 1961²⁷ para los Estados signatarios de ambos instrumentos, como es el caso de España. Además, este instrumento es compatible con el Convenio europeo relativo al reconocimiento y ejecución de resoluciones sobre custodia de menores así como al restablecimiento de dicha custodia en caso de sustracción (en adelante, Convenio de Luxemburgo de 1980)²⁸, de aplicación muy residual por los

²⁶ España (2010). Instrumento de Ratificación del Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996. Boletín Oficial del Estado. 2 de diciembre, núm. 291, pp. 99837-99868.

²⁷ España (1987). Instrumento de ratificación en España del Convenio de la Haya de 5 de octubre de 1961, sobre competencia de autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores. Boletín Oficial del Estado. 20 de agosto, núm. 199, pp. 25764-25767.

²⁸ España (1984). Instrumento de ratificación de 9 de mayo de 1984 del Convenio Europeo relativo al reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al

Estados Miembros signatarios por el carácter prioritario de los instrumentos institucionales europeos aplicables en esta materia y sus condiciones materiales para su aplicación (Marín López, 1983-1984: 211-226).

Como se ha indicado anteriormente, la aplicación de este Convenio dentro de la UE (a excepción de Dinamarca²⁹) se circunscribe sólo en caso de que no resultara operativo el Reglamento Bruselas II *bis/ter*³⁰ (en función de la fecha de las acciones) para todos los Estados miembros en lo que respecta a las normas de competencia judicial internacional y reconocimiento, siendo en todo caso aplicable en cuanto a las normas de conflicto en él contenidas (para concretar el Derecho material aplicable a las medidas de protección de los menores) en la medida que no es cuestión regulada por el Reglamento.

2. Dónde litigar: entre el Reglamento Bruselas II bis/ter y el Convenio de la Haya de 1996

El instrumento fundamental en el habría que buscar la competencia judicial internacional para la adopción de cualesquiera medidas de protección respecto de los menores desplazados por las autoridades de cualquier Estado miembro de acogida -a excepción del Dinamarca-, es el denominado Reglamento Bruselas II *ter* (Reglamento nº 2019/1111 de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores, versión refundida³¹), de aplicación a partir del 1 de agosto de

restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980. Boletín Oficial del Estado, 1 septiembre, núm. 210, pp. 25291-25295.

²⁹ Para Dinamarca se aplica el Convenio de la Haya de 1996 en toda su extensión ya que Dinamarca no vinculada ni por el Reglamento Bruselas II *bis* ni *ter*.

³⁰ *Vid infra* Apartado III. 2.

³¹ Unión Europea (2019). Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores. Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE-L-2019-81122). Boletín Oficial del Estado. 2 de julio, núm. 178, pp. 1-115.

2022³² con significativas novedades (Herranz Ballesteros, 2021). Este instrumento viene a sustituir al Reglamento Bruselas II *bis*³³ a partir de esa fecha, por lo que en función de los plazos estaremos hablando de uno u otro instrumento lo que, como se verá, puede conducir a diferentes resultados³⁴ en el particular en cuanto a la concreción de las autoridades competentes para la adopción de las medidas interesadas por las modificaciones introducidas en el texto refundido. Ambos textos unifican las normas de competencia judicial internacional y de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales o documentos públicos extranjeros adoptados sobre crisis matrimonial (separación, divorcio y nulidad, si bien sólo acciones relativas a los efectos personales de la crisis) y de responsabilidad parental (siendo un concepto amplio que incluye cualesquiera medidas de protección de la persona, incluido el establecimiento de tutela o acogida del menor y/o de sus bienes), además se recoge el procedimiento restitución menores en casos de sustracción cuando se desplaza de un Estado miembro a otro Estado miembro parte del Reglamento.

Antes de entrar al análisis concreto de los preceptos aplicables y las nuevas cuestiones que en este contexto el texto refundido del Reglamento Bruselas II *ter* plantea respecto de la solución de la eventual competencia de los tribunales de los Estados miembros por la situación física de los refugiados/desplazados para la adopción de las medidas necesarias de protección de los menores desplazados (incluidas cuestiones de ejercicio de responsabilidad parental en su caso, como sería la eventual atribución de la custodia y derecho de visita respecto de los menores en relación con los progenitores, familiares o

³² El Reglamento 2019/1111 se aplicará a los procedimientos incoados (demandas), a los documentos públicos formalizados o registrados y a los acuerdos registrados el 1 de agosto de 2022 o después de esa fecha (art. 100).

³³ Unión Europea (2003). Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000. Diario Oficial de la Unión Europea. 23 de diciembre de 2003, núm. 338, pp. 1-29.

³⁴ Incluso la necesidad de recurrir a otros instrumentos internacionales por caer fuera del ámbito espacial de aplicación del Reglamento.

autoridades), se hará referencia brevemente al ámbito de aplicación personal, material y espacial necesario para que operen estos instrumentos³⁵.

En primer lugar, el concepto de menor resulta esencial para determinar el cumplimiento del ámbito personal del instrumento de referencia. El Reglamento Bruselas II *bis* no define qué se entiende por menores a los efectos de su aplicación, lo que supone que habrá que determinar la ley aplicable a esta cuestión según el tribunal del foro -vinculada con la capacidad³⁶ para saber si es o no menor y, por tanto, si se cumple con el ámbito personal, siendo que como regla general son los 18 años cuando se alcanza la mayoría de edad dentro de la UE-.

Esta cuestión se solventa expresamente en el texto refundido del Reglamento, al establecer que al igual que el Convenio de La Haya de 1996³⁷, debe aplicarse a todos los menores de 18 años³⁸, incluso cuando hayan adquirido capacidad antes de esa edad en virtud de su ley personal, por ejemplo en casos de emancipación por matrimonio³⁹, en lo que respecta a su aplicación en relación con todas las cuestiones cubiertas y vinculadas con la responsabilidad parental (art. 1.1.b y 1.2). Ahora bien, para los supuestos de sustracción internacional (Capítulo III del Reglamento Bruselas II *ter*) el régimen previsto solo será aplicable a menores de hasta 16 años para adecuarlo al Convenio de la Haya de

³⁵ Dejando al margen el ámbito temporal que ya ha sido referido en relación con el Reglamento Bruselas II *ter*.

³⁶ La ley personal o de la nacionalidad del menor desplazado si el país de acogida fuera España, de conformidad con el artículo 9.1 del Código civil. España (1889). Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Gaceta de Madrid. 25 de julio, núm. 206. Boletín oficial del Estado (BOE-A-1889-4763).

³⁷ El Convenio de la Haya de 1996 lo delimita expresamente en su ámbito de aplicación en su artículo 2: *El Convenio se aplica a los niños a partir de su nacimiento y hasta que alcancen la edad de 18 años.*

³⁸ De tal manera que desde los 18 años en adelante, resultará de aplicación el Convenio de La Haya de 13 de enero de 2000 sobre Protección Internacional de los Adultos (para aquellos Estados miembros también signatarios de este instrumento convencional, entre los que no se encuentra España por ahora: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=71> última consulta 2.09.2022); de esta forma se coordinan y se evita lagunas entre los dos instrumentos.

³⁹ *Vid.* Considerando 17 y artículo 2 numeral 6 del Reglamento Bruselas II *ter*.

1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores⁴⁰ (en adelante, Convenio de la Haya de 1980)⁴¹.

El Reglamento Bruselas II *ter* mantiene el mismo ámbito material de aplicación que su predecesor en este ámbito. De esta suerte, resulta de aplicación a la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental (art. 1.1 letra b). En particular, estas materias podrán incluir: el derecho de custodia y visita; la tutela, la curatela y otras instituciones análogas; la designación y las funciones de toda persona u organismo encargado de ocuparse de la persona o de los bienes del menor, de representarlo o de prestarle asistencia; el acogimiento del menor en una familia o en un establecimiento; las medidas de protección del menor ligadas a la administración, conservación o disposición de sus bienes (art. 1.2). De igual modo que en la versión precedente, se recoge expresamente en el ya vigente Reglamento Bruselas II *ter* el concepto de responsabilidad parental (manteniendo el mismo tenor literal y articulado que en la anterior versión). Así, se entiende por responsabilidad parental a los efectos del instrumento los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor; el término incluye, en particular, los derechos de custodia y visita (art. 2.7).

Por su parte, el Convenio de la Haya de 1996 como instrumento alternativo al que pueden acudir los Estados miembros⁴² para fundamentar su competencia judicial internacional

⁴⁰ En la medida que el Capítulo III del Reglamento Bruselas II *ter* complementa la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 en las relaciones entre los Estados miembros

⁴¹ España (1987). Instrumento de Ratificación del Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980. Boletín Oficial del Estado. 24 de agosto, núm. 202, pp. 26099-26105.

⁴² Directamente para el caso de Dinamarca. La totalidad de los actuales Estados miembros de la UE son contratantes del Convenio de la Haya de 1996 bien de origen o tras autorización institucional (dada la competencia exclusiva externa de la UE en este ámbito), con base en la Decisión 2003/93/CE del Consejo, de 19 de diciembre de 2002, por la que se autoriza a los Estados miembros a firmar, en interés de la Comunidad, el Convenio de La Haya de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los

(básicamente por el Estado de ubicación del menor pero no exclusivamente, como se verá), se aparta en cierta forma de la aproximación general y omnicompreensiva de los Reglamentos respecto de su ámbito material, diferenciando los supuestos según los sectores normativos -si bien, cubriendo las mismas acciones que lo previsto en las normas institucionales-. Así, este texto convencional en el sector de Derecho aplicable (Capítulo III) distingue entre las medidas de protección de los menores (de su persona y bienes) de la atribución/pérdida y/o ejercicio de la responsabilidad parental en sentido estricto⁴³ - aunque a través de las medidas pudiera privarse de la responsabilidad parental o modificarse su ejercicio⁴⁴ -, recogiendo distintas reglas conflictuales en cada caso⁴⁵ -si bien, como regla general, en todos los supuestos es la residencia habitual del menor el punto de conexión de partida-.

Ahora bien, hecha esta distinción en el sector del Derecho aplicable -lo que no está regulado en el Reglamento Bruselas II *bis/ter*-, el ámbito material de aplicación de ambos instrumentos coincide y por tanto resultan potencialmente aplicables en los mismos casos, por los Estados miembros, para concretar los tribunales competentes (con distinto resultado) así como el régimen y condiciones de reconocimiento y ejecución -y casusas de denegación-, siendo en este ámbito donde la diferencia entre ambas normas es más significativo (en particular, respecto del Reglamento Bruselas II *ter*, por el que se ha eliminado el exequátur para todos los supuestos)⁴⁶.

niños (DO L 48 de 21.2.2003, pp. 1-2) y posterior acto conexo: Decisión 2008/431/CE del Consejo, de 5 de junio de 2008 por la que se autoriza a algunos Estados miembros a ratificar o adherirse, en interés de la Comunidad Europea, al Convenio de La Haya de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños, y por la que se autoriza a algunos Estados miembros a formular una declaración sobre la aplicación de las normas internas correspondientes del Derecho comunitario (DO L 151 de 11.6.2008, pp. 36-48).

⁴³ Como así se desprende del tenor literal del instrumento cuando indica su ámbito de aplicación material y la definición de responsabilidad parental a tales efectos (art. 1.1 y 1.2 Convenio de la Haya de 1996).

⁴⁴ *Vid.* Art. 18 Convenio de la Haya de 1996

⁴⁵ *Vid.* arts. 15 a 17 del Convenio de la Haya de 1996.

⁴⁶ *Vid. infra* Apartado III.4.

A) La residencia habitual del menor con criterio de base

Visto que el ámbito material y personal de aplicación del Reglamento (Reglamentos Bruselas II *bis-ter*) y del Convenio de la Haya de 1996 coinciden, será el ámbito espacial el criterio esencial para concretar cuál de estos instrumentos resultarán de aplicación por los Estados miembros en este tipo de casos para concretar su competencia judicial internacional -así como para el ámbito del reconocimiento al ser los dos campos en los que se produce el solapamiento-. Siendo que resulta esencial delimitar las relaciones entre ambos instrumentos por las diferencias regulatorias entre ambos, el legislador europeo en la actualización del Reglamento Bruselas II *bis* recoge de forma más extensa y concreta esta cuestión (Campuzano Díaz, 2020), dedicando un artículo específico a tales efectos: el artículo 97 del Reglamento de 2019.

Es principalmente la residencia habitual⁴⁷ del menor el criterio que opera para delimitar la aplicación normativa, siendo que generalmente si el menor reside en un Estado miembro vinculado por el Reglamento que también es parte del Convenio, prevalece el Derecho comunitario, por lo que la competencia debería buscarse y fundamentarse en el Reglamento⁴⁸. Ahora bien, la residencia habitual no solo determina el ámbito espacial de estos instrumentos sino que también constituye en ambos casos la base de la competencia general para conocer de las acciones cubiertas referidas a menores, por lo que el concepto de residencia habitual resulta determinante. En este sentido, se manifiesta el artículo 8 del Reglamento Bruselas II *bis*, precepto que opera como piedra angular para la atribución de la competencia entre los Estados miembros en materia de menores -si bien con ciertas excepciones que permiten transferir la competencia a otra jurisdicción distinta de la residencia habitual del menor en el momento del ejercicio de la acción, aunque limitadas a supuestos concretos y siempre condicionadas a la concurrencia de circunstancias y

⁴⁷ La residencia habitual es un concepto jurídico no determinado, de naturaleza fáctica cuya integración resulta particularmente esencial en este ámbito. En este sentido, la nutrida jurisprudencia del TJUE dictada en relación con la interpretación y el alcance del RBII *bis* resulta extrapolable al nuevo instrumento. Cabe destacar la reciente STJUE (Sala Tercera) de 10 de febrero de 2022, *OE / VY*, As. C-522/2020 (ECLI:EU:C:2022:87), donde se aborda los criterios de residencia habitual y nacionalidad en el Reglamento Bruselas II *bis* como base de la competencia.

⁴⁸ Así se desprende del art. 61 letra a) del Reglamento Bruselas II *bis*, del artículo 97 del Reglamento Bruselas II *ter* en relación con el artículo 52, apartado 2, del Convenio de La Haya de 1996.

requisitos específicos que en los supuestos que nos ocupan raramente se verificarían⁴⁹-. En términos similares, el artículo 5 del Convenio de la Haya de 1996 establece como regla general que las autoridades, tanto judiciales como administrativas, del Estado signatario de la residencia habitual del niño son las competentes para adoptar las medidas para la protección de la persona o de bienes del menor (medidas por las que se pueden incluso privar de la responsabilidad parental o modificar su ejercicio), igualmente previendo excepciones tasadas (vinculadas al *fórum conveniens* y la conexidad con litigios sobre crisis matrimonial de los titulares de la responsabilidad parental).

Dada la más que evidente importancia del criterio residencia habitual en la delimitación y operatividad de los instrumentos potencialmente aplicables en este contexto, la concreción de este en cada caso será determinante. De esta suerte, la doctrina elaborada por del Tribunal de Justicia de la UE en torno al concepto de residencia habitual del menor a la luz de los principios de proximidad e interés superior del menor, en relación con la interpretación y alcance del Reglamento Bruselas II *bis* resulta aplicable respecto del nuevo instrumento (Espinosa Calabuig, 2022: 120-132).

El nuevo y ya aplicable Reglamento Bruselas II *ter* amplía el espectro de jurisdicciones competentes, en relación con su predecesor, sobre la base del criterio de proximidad como salvaguarda del interés superior del menor⁵⁰, partiendo de la competencia el Estado miembro de residencia habitual de menor (art. 7), pero con ciertas excepciones: algunas ya previstas en la anterior versión -como por ejemplo la prórroga de competencia para la modificación del derecho de visitas cuando se produce un cambio de residencia del menor del art. 8- pero también nuevas como en caso de acuerdo entre los titulares de la responsabilidad parental.

Alejándose de la sistemática anterior, el nuevo instrumento deja entrar la autonomía jurisdiccional de las partes -aunque limitada- para que puedan acordar los tribunales

⁴⁹ Como son los supuestos de prórroga de competencia para modificación del derecho de visitas del art. 9, o por conexidad con causas sobre crisis matrimonial del 12.1, el *fórum conveniens* del art. 12.3 y el *fórum non conveniens* del 15.

⁵⁰ *Vid.* Considerando 20 Reglamento Bruselas II *ter*.

competente en favor de ciertas jurisdicciones de Estados miembros que o bien estén estrechamente vinculadas (art. 10 apartado 1 letra a) o bien cuando así lo acuerden o consientan expresamente las partes o titulares de la responsabilidad parental (art. 10 apartado 1 letra b, incisos i y ii), siempre y cuando el ejercicio de esa competencia responda al interés superior del menor. La competencia de los tribunales otorgada sobre la base del acuerdo o aceptación del artículo 10 será exclusiva, por lo que en caso de litispendencia prevalecerá en todo caso dicha jurisdicción respecto de cualquier otro Estado miembro competente con base en otro precepto del Reglamento⁵¹.

No solo la residencia habitual del menor (o en su caso ubicación física del mismo si aquella no pudiera establecerse) puede determinar la aplicación del Convenio de la Haya de 1996 en lugar del vigente Reglamento Bruselas II *ter* y su predecesor -por ejemplo, el típico caso de cambio lícito de residencia habitual del menor de un Estado miembro a otro Estado contratante del Convenio de la Haya de 1996 pero no vinculado por el Reglamento, que supondría la aplicación del Convenio⁵²-; sino que hay otros supuestos en los que las normas de competencia del texto convencional prevalecerán sobre los instrumentos europeos. En el nuevo Reglamento se articula expresamente y de forma más clara otros supuestos en los que se cede paso al texto convencional incluso si el menor sigue residiendo en un Estado miembro de la UE⁵³.

⁵¹ *Vid.* art. 20 apartados 4 y 5 del Reglamento Bruselas II *ter*.

⁵² En este sentido, puede verse STJUE de 14 de julio de 2022, Asunto C-572/20 (ECLI:EU:C:2022:562), sobre el alcance del art. 8.1 y 61 letra a del Reglamento Bruselas II bis, en un supuesto de traslado lícito, durante el procedimiento, de la residencia habitual de un menor desde un Estado miembro de la Unión Europea a un tercer Estado parte del Convenio de La Haya de 1996, supone que no se conserva la competencia con base en el art. 8 del Reglamento (no hay perpetuación de la jurisdicción) sino que la competencia le corresponde a los tribunales del tercer Estado de nueva residencia del menor del Convenio con base en dicho instrumento (art. 5.1 del Convenio).

⁵³ La coordinación del Reglamento Bruselas II bis y el Convenio de la Haya de 1996 era un problema significativo que resultaba complicado para los Estados vinculados por estos dos instrumentos internacionales ha resultado difícil, en particular en lo que respecta a las normas de competencia judicial internacional. Precisamente uno de los objetivos del nuevo Reglamento ha sido solventar este problema mediante la previsión de un nuevo párrafo en el precepto dedicado a regular las relaciones con el Convenio de La Haya del 96 (*ex ante* art. 61 del Reglamento Bruselas II bis, ahora art. 97 del Reglamento Bruselas II *ter*).

Así, el artículo 97 enumera los casos en los que pese a que se dé la regla general de prevalencia del Reglamento será de aplicación el Convenio.

En primer lugar, cuando las partes hayan convenido o acordado la competencia de un órgano jurisdiccional de un Estado parte del Convenio de La Haya de 1996 en el que no se aplique el Reglamento, en cuyo caso la competencia se fundamentará en el artículo 10 de dicho Convenio⁵⁴.

Por otro lado, cuando se transfiera la competencia entre un órgano jurisdiccional de un Estado miembro de la UE y un órgano jurisdiccional de un Estado parte del Convenio de La Haya de 1996 -mejor situado y en interés superior del menor- no vinculado por el Reglamento, en cuyo caso se aplicarán los artículos 8 y 9 del Convenio.

El último supuesto previsto en este artículo se circunscribe a la solución de los eventuales problemas de litispendencia -o acciones dependientes- que puedan plantearse entre Estados miembros y Estados exclusivamente contratantes del Convenio, esto es, cuando un procedimiento de responsabilidad parental se halle pendiente ante un órgano jurisdiccional de un Estado parte del Convenio de La Haya de 1996 en el que no se aplique el Reglamento en el momento en que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro esté conociendo de un litigio relativo al mismo menor y con el mismo objeto, se aplicará el artículo 13 de dicho Convenio.

B) La ubicación de los menores desplazados como criterio de conexión alternativo
Partiendo de que la residencia habitual del menor es el criterio fundamental para determinar no solo el instrumento aplicable (condicionando esencialmente su ámbito

⁵⁴ Si se dan las condiciones acumulativas exigidas: que uno de los padres resida habitualmente en dicho Estado en el momento de iniciarse el procedimiento y uno de ellos tenga la responsabilidad parental respecto al niño, y que la competencia de estas autoridades para adoptar tales medidas ha sido aceptada por los padres, así como por cualquier otra persona que tenga la responsabilidad parental respecto al niño (siendo éste el presupuesto necesario para que pueda aplicarse este precepto en lugar del Reglamento), si esta competencia responde al interés superior del niño (art. 10 apartado 1, letras a y b del Convenio de La Haya de 1996).

espacial), sino para concretar la jurisdicción nacional -y territorial- con competencia general, para los supuestos objeto de estudio: menores desplazados, la realidad de las circunstancias que imperan exige necesariamente que este criterio se adapte.

En el caso de menores desplazados su verdadera residencia habitual se encuentra en el país del que han tenido que huir (Ucrania en nuestro caso) por lo que el criterio general ha de flexibilizarse a todos los efectos. Como ya se anticipó en el planteamiento del trabajo, en todos instrumentos potencialmente aplicables se prevé solución expresa para estos supuestos concretos: Estado miembro/contratante de ubicación física del menor, si bien, con distintas condiciones y correlativas consecuencias prácticas. En particular, la mayor distancia en la regulación de esta cuestión, no obstante, la encontramos entre el nuevo Reglamento Bruselas II *ter* y su predecesor, que resulta más restrictivo con muy relevantes consecuencias prácticas en cuanto a su aplicación -que va a suponer su no operatividad a favor del Convenio de la Haya de 1996 en el mejor de los casos-.

Tanto en el Reglamento Bruselas II *bis* como su sucesor parte de la premisa de que cuando no pueda determinarse la residencia habitual del menor y no pueda fundamentarse la competencia sobre la base de alguno de los preceptos del instrumento (del artículo 12 para el Reglamento Bruselas II *bis* o sobre la base de un acuerdo de elección de foro del artículo 10 en el texto refundido), serán competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que esté presente físicamente el menor, lo que es expresamente aplicable para los supuestos de menores refugiados y desplazados internacionalmente⁵⁵ - la misma solución está prevista en el Convenio de la Haya de 1996⁵⁶-.

Ahora bien, para estos casos concretos en el artículo 11 del texto refundido se especifica que la aplicación de esta norma de competencia de la presencia física del menor se limita a los supuestos en los que el Estado de origen de los menores refugiados o desplazados internacionalmente sea un Estado miembro de la UE -especificación restrictiva de aplicabilidad intracomunitaria que no se encuentra recogida en el Reglamento Bruselas II

⁵⁵ *Vid.* considerando 20 y artículo 11 del Reglamento Bruselas II *ter*, y artículo 13 del Reglamento Bruselas II *bis*.

⁵⁶ *Vid.* art. 6 del Convenio de la Haya 1996.

bis-. De esta suerte, a partir del 1 de agosto de 2022, en caso de que la residencia habitual del menor antes del desplazamiento estuviera en un tercer Estado -fuera de la UE- deberá aplicarse por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de recepción la norma de competencia relativa a los menores refugiados e internacionalmente desplazados contenida en el artículo 6 del Convenio de la Haya de 1996 para la adopción de cualesquiera medidas para su protección⁵⁷ (sobre su persona o bienes, en sentido amplio como se ha referido⁵⁸). Esta misma aproximación no restrictiva es la recogida por el ya desplazado Reglamento Bruselas II *bis* en su artículo 13; por tanto, esta regla ha sido la base competencial hasta la referida fecha para la adopción de las medidas de protección de los menores ucranianos acogidos en los distintos Estados miembros.

Si bien es cierto que el momento de mayor flujo de desplazados por motivo de la guerra en Ucrania ha coincidido con la vigencia del Reglamento Bruselas II *bis*, también lo es que a partir de ahora el Estado de origen de residencia habitual de los menores refugiados o desplazados -vengan de Ucrania o de cualquier otra parte del mundo en conflicto- determinará la aplicación del Reglamento refundido o el Convenio de la Haya por las autoridades de los Estados miembro de recepción.

Es posible que el Estado miembro de la UE -o contratante del Convenio- de ubicación física del menor refugiado o desplazado no sea el mejor posicionado para conocer del asunto, en particular cuando se trata de menores no acompañados, y en los instrumentos de referencia podría encontrarse la solución. Tanto el texto convencional -en los ya referidos artículos 8 y 9-, así como el Reglamento de 2019 en su artículo 15, contemplan la remisión a un órgano jurisdiccional mejor situado para conocer del asunto (*forum conveniens*), pudiéndose plantear su aplicación en este ámbito concreto.

En este sentido, a modo de ejemplo, el artículo 15 del Reglamento podría aplicarse a la protección de un menor procedente de Ucrania que llega a la Unión Europea no acompañado, en la medida que la autoridad competente del Estado miembro de recepción

⁵⁷ Ya que el Convenio no establece requisito o condición alguna sobre el Estado de residencia de origen de los menores para su aplicación (art. 6.1). En términos similares se manifestaba el art. 13 del Reglamento Bruselas II *bis*, de aplicación hasta el 1 de agosto del 2022.

⁵⁸ En los términos del art. 5 del Convenio de la Haya de 1996.

tenga conocimiento de que el menor tuviera familiares en otro Estado miembro/contratante. De esta forma, el primer Estado miembro puede solicitar que se le remita el asunto si el menor tiene un vínculo particular con el segundo Estado miembro, siempre bajo el principio imperativo del interés superior del menor -en los términos expresados en el artículo-.

La aplicación de los preceptos del Convenio de la Haya de 1996 (artículos 8 y 9) vendrá determinado cuando la jurisdicción mejor posicionada corresponda a un Estado exclusivamente vinculado con el Convenio y no con el Reglamento (en el ejemplo anterior, cuando los familiares estuvieran ubicados en Dinamarca o en un tercer Estado contratante del instrumento convencional)⁵⁹.

Con todo, así las cosas, teniendo en cuenta que la protección temporal de estos menores puede extenderse en el tiempo (de conformidad con la Directiva 2001 y demás normativa de protección internacional ya referida), según se desarrolle el conflicto bélico en territorio ucraniano, cabe la posibilidad que los Estados miembros puedan ser en un futuro considerandos como eventual residencia habitual de los menores refugiados/desplazados a los efectos de los instrumentos internacionales aplicables. Para el caso de que un menor ucraniano desplazado pueda en algún momento tener residencia habitual en territorio de la Unión durante algún tiempo, resultarán de aplicación general las normas de competencia previstas en el Reglamento salvo aquellos supuestos ya referidos en los que resulta de aplicación el Convenio de la Haya de 1996⁶⁰.

3. Localización de la ley aplicable al fondo: cuestiones de Derecho aplicable

Una vez que se concreta la jurisdicción nacional cuyas autoridades ostentan la competencia para la adopción de las eventuales medidas de protección de los menores ucranianos desplazados, corresponde al foro competente localizar el Derecho sustantivo o material aplicable al fondo de la cuestión. El instrumento fundamental para la protección de los menores en general -supuestos con elemento extranjero- y, en particular, para el caso que nos ocupa -incluyendo posibles menores no acompañados, menores

⁵⁹ *Vid.* art. 97 apartado 2 letra b) del Reglamento.

⁶⁰ De conformidad con el art. 97 del Reglamento Bruselas II *ter* y art. 52 del Convenio de la Haya de 1996.

migrantes separados o menores solicitantes de asilo- es el referido Convenio de la Haya de 1996. Este texto es aplicable por todos los Estados miembros de la Unión de forma plena en lo que respecta a este aspecto: las soluciones conflictuales en él contenidas, en la medida que no existe instrumento europeo institucional que reglamente estas cuestiones.

Como se indicó al abordar el ámbito material de aplicación de los instrumentos que configuran el marco jurídico objeto de estudio, son distintas las normas o soluciones conflictuales las que este convenio prevé para las diferentes cuestiones vinculadas con la responsabilidad parental en sentido amplio –en términos asimilables a las acciones cubiertas por los Reglamentos europeos analizados-.

Por un lado, su artículo 15 establece que la ley aplicable a las medidas de protección del menor de cualquier índole –sobre su persona o bienes, incluida la privación de la responsabilidad parental o la modificación de su ejercicio⁶¹- será el Derecho del foro, lo que generalmente corresponderá con el ordenamiento jurídico nacional del Estado de la residencia habitual del menor -al ser la regla general de competencia en el instrumento de conformidad con su artículo 5, pero no es la única posibilidad de jurisdicción competente⁶²-. Esta aproximación general de que la ley del foro corresponde con la del Estado de residencia habitual del menor, se consolida con el tenor del apartado 3 de este artículo que prevé respecto del régimen sustantivo aplicable las consecuencias del cambio de residencia del menor: pasando a reglamentar la ley de la nueva residencia las condiciones de aplicación de las medidas ya adoptadas (de conformidad con la ley de residencia de origen) a partir del momento en que se produce la modificación⁶³.

⁶¹ De conformidad con el art. 18 del Convenio de la Haya de 1996.

⁶² En particular en los supuestos objeto de análisis en los que es más que probable que la competencia del foro venga determinada por la ubicación física del menor en virtud del art. 5 del Convenio (o incluso ante el Estado mejor posicionado para conocer de conformidad con los arts. 8 y 9).

⁶³ De tal suerte, las Medidas de protección constituidas según el Derecho de la primera residencia habitual del menor se respetan, pero las condiciones de aplicación de las medidas se reglamentarán según el Derecho de la nueva residencia del menor.

No obstante, es posible que excepcionalmente el tribunal del foro no aplique su propio sistema jurídico -o el del Estado de nueva residencia habitual del menor- para fundamentar sustantivamente la adopción y/o condiciones de aplicación de las medidas de protección, si el supuesto plantea conexiones más fuertes con otro ordenamiento. En estos casos, el convenio le permite aplicar o tomar en consideración la ley de ese otro Estado con el que la situación tenga un vínculo estrecho, siempre bajo el principio inexcusable del interés superior del menor (art. 15.2). Podría eventualmente resultar aplicable esta cláusula de excepción para aquellos supuestos de adopción de medidas de protección respecto de menores ucranianos no acompañados por las autoridades del lugar de ubicación física del mismo⁶⁴ en favor del ordenamiento jurídico del Estado de ubicación de los familiares cuando dichas medidas afecten a cualesquiera de ellos.

Por su parte, el artículo 16, en su apartado 1, establece que la cuestión de quién ostenta la responsabilidad parental sobre un menor por ministerio de la ley (por imposición de ley⁶⁵) se rige por el ordenamiento jurídico del lugar de residencia habitual del menor, esto es, en los supuestos objeto de estudio se regirá, en principio, por el Derecho ucraniano en el caso de los menores que tengan allí su residencia. La misma regla opera cuando la atribución o extinción de la responsabilidad parental se derive de actos unilaterales⁶⁶ o acuerdo entre las partes (art. 16 apartado 2). Este precepto será el que opere para determinar el ordenamiento jurídico que concrete los responsables y el alcance de esa responsabilidad parental *-ope legis-* respecto de los menores ucranianos desplazados.

⁶⁴ Por ejemplo, la atribución de pleno derecho de la responsabilidad que impone la ley a los progenitores biológicos o los adoptivos (en los países en los que la adopción sea plena, no así simple o no plena). Cuando no haya hecho uso del posible *fórum conveniens* en favor del Estado miembro (art. 15 del Reglamento Bruselas II *ter*) o contratante del Convenio (arts. 8 y 9 del Convenio de la Haya de 1996) de ubicación de sus familiares.

⁶⁵ Para el caso de la atribución o privación de la responsabilidad parental mediante intervención judicial la/s regla/s conflictual/es aplicables por el foro serían las contenidas en el artículo 15, como medida de protección del menor.

⁶⁶ Por ejemplo ante el reconocimiento en documento público o privado de la paternidad (como sería en un testamento, etc.).

Los eventuales cambios de residencia habitual de los menores (supongamos que ese desplazamiento temporal dentro de la Unión europea se prolonga en el tiempo por el desarrollo de las circunstancias del conflicto bélico, pasando de una protección temporal excepcional a supuestos de solicitud y concesión de asilo), condicionan necesariamente la concreción de la ley aplicable a esta cuestión, por lo que también se precisa. La responsabilidad parental ya existente y establecida según la ley del Estado de residencia habitual del menor subsiste⁶⁷ después del cambio de la residencia habitual del niño a otro Estado (art. 16 apartado 3).

En lo que respecta a las acciones vinculadas con el ejercicio de la responsabilidad parental (típicamente las relativas al derecho de custodia y/o visita) estas se rigen también por la ley del Estado de la residencia habitual del niño en el momento de la presentación de la demanda, tal y como queda referido en el artículo 17 del Convenio.

De manera excepcional, con independencia del ordenamiento jurídico que resulte de aplicación de conformidad con las soluciones conflictuales articuladas para cada supuesto por el Convenio, el artículo 22 prevé el recurso al orden público por el Estado del foro para impedir su aplicación. Cuando la ley designada sea manifiestamente contraria al orden público -internacional del foro-, teniendo en cuenta el interés superior del niño, podrá excluirse su aplicación -lo que supondrá la aplicación de la *lex fori*, eso es, la ley nacional del foro o autoridad que conoce-.

Dada la “grave” consecuencia que conlleva la apreciación del orden público por las autoridades competentes -en este y otros ámbitos (Carrascosa González, 2008: p. 2352)-, que supone la inaplicación del ordenamiento jurídico nacional concretado en la norma de conflicto designada para todos los Estados signatarios del Convenio y que constituye una obligación asumida internacionalmente por los Estados parte respecto de los demás Estados parte- la concreción de lo que se entiende por orden público en este particular contexto deviene una necesidad imperativa. Siendo que en este contexto, y en general en de las relaciones familiares (D. Iud, C., 2013), el interés superior del menor se alza como

⁶⁷ Pero si la responsabilidad parental aún no estaba establecida plenamente en el momento del cambio de residencia, la responsabilidad se rige por la ley de la nueva residencia del menor.

un criterio y factor correctivo vinculado con los derechos que asisten al niño (Najurieta, 1997: 1436-1437).

4. Reconocimiento y ejecución de las medidas o resoluciones sobre los menores desplazados

Cuando se trate de situaciones íntegramente intracomunitarias -entre Estados miembros de la UE, a excepción de Dinamarca- resulta de aplicación el régimen de reconocimiento y ejecución previsto en el Reglamento Bruselas II *bis* o el Reglamento Bruselas II *ter* (en función de la fecha del ejercicio de la acción jurisdiccional de la que deriva la resolución que quiere hacerse valer en otro Estado miembros o de formalización o registro del documento público o acuerdo en el que se recoge el acto con fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen)⁶⁸, desplazando la aplicación de la reglamentación prevista en el Convenio de la Haya de 1996⁶⁹ (Capítulo IV). De esta forma, lo determinante para concretar el instrumento aplicable y, consecuentemente su régimen, es la autoridad u órgano jurisdiccional de origen y requerido⁷⁰ en las materias cubiertas.

Las decisiones que eventualmente puedan adoptarse en el Estado miembro de acogida del menor que debieran hacerse efectivas en otro Estado miembro – por ejemplo, cuando se trate de menor no acompañado acogido en un Estado miembro distinto de donde se encuentran sus familiares sobre los que pueda recaer eventualmente la responsabilidad parental⁷¹- tendrán que cumplir con el procedimiento -en su caso- y verificación de los

⁶⁸ Siendo de aplicación el régimen del Reglamento Bruselas II *ter* a partir del 1 de agosto de 2022. *Vid.* art. 100 apartado 2 del Reglamento refundido.

⁶⁹ Tal y como se deriva de los artículos 53.2 del Convenio de la Haya de 1996, 61 letra b del Reglamento Bruselas II *bis* y 97 apartado 1 letra b) del texto refundido del Reglamento Bruselas II *ter*.

⁷⁰ Si tanto el tribunal de origen como el tribunal requerido son Estados miembros vinculados por los Reglamentos (todos los Estados de la UE menos Dinamarca), el tribunal requerido tendrá que acudir al necesariamente al régimen del Reglamento Bruselas II que corresponda en función de la fecha de aplicación temporal del Reglamento refundido (art. 100).

⁷¹ Típicamente supuestos en los que no sean sus progenitores -que pueden encontrarse aún en Ucrania en el mejor de los casos- sino familiares directos a los que pueda establecerse por ejemplo una acogida, tutela o cualquier institución de protección del menor (esto es, la institución jurídica con las condiciones y alcance que determine la Ley aplicable de conformidad con el ya referido art. 15 del Convenio de la Haya de 1996).

requisitos -y de la no concurrencia de las causas de denegación- para el reconocimiento y/o ejecución que establezca el Reglamento aplicable.

Ahora bien, si el Estado de origen y/o el requerido es un Estado que no se encuentra vinculado por el Reglamento pero sí por el Convenio de la Haya de 1996 (como es el caso de las relaciones con Dinamarca, dentro de la UE, o en relación con las resoluciones preexistentes dictadas en Ucrania en relación con el menor desplazado), se alza este instrumento como el aplicable (Capítulo IV).

En este ámbito la concreción del instrumento operativo -no solo entre los actos europeos institucionales o el texto convencional, sino entre los mismos Reglamentos- conlleva consecuencias prácticas muy significativas particularmente cuando se trate de resoluciones o decisiones que lleven aparejada ejecución. Ahora bien, cuando se trata del mero reconocimiento de las decisiones extranjeras entre Estados miembros/contratantes se parte en todos los instrumentos de un reconocimiento automático y pleno que no requiere de procedimiento alguno.

El artículo 23 del Convenio de la Haya de 1996 contempla el reconocimiento formal y de pleno derecho de las medidas adoptadas en otro Estado contratante de manera automática. En consecuencia, si estamos ante una medida ucraniana amparada por el Convenio (materia cubierta y habiendo sido adoptada antes del desplazamiento del menor cuando el instrumento estaba ya en vigor en Ucrania y en el Estado contratante requerido⁷²) será reconocida automáticamente en otros Estados contratantes sin necesidad de reconocimiento formal (procedimiento). Por lo tanto, las medidas ucranianas seguirán siendo válidas automáticamente en la UE salvo procedimiento del artículo 24. Según este precepto, en caso de que por persona interesada se solicite ante las autoridades competentes del Estado contratante requerido que decidan acerca del reconocimiento o no reconocimiento de esa medida, será necesario pasar el procedimiento -generalmente de exequátur- previsto en el sistema interno de Estado requerido⁷³ (mediante remisión

⁷² *Vid.* art. 53 apartado 2 del Convenio de la Haya de 1996.

⁷³ Para el caso de que fuera España el Estado contratante requerido en el que se solicita ese pronunciamiento de medidas ucraniana respecto de menor acogido en nuestro territorio, sería aplicable el procedimiento

expresa) y si no concurren las causas de denegación del reconocimiento previstas en el artículo 23 apartado 2 del Convenio, será reconocida con eficacia de cosa juzgada material en aquél Estado⁷⁴.

Esta misma aproximación de reconocimiento automático formal de las resoluciones dictadas entre Estados miembros en materia de menores cubiertas es la que encontramos en los Reglamentos Bruselas II (*bis* y *ter*)⁷⁵, con la previsión igualmente de poder someterse en estos casos, voluntariamente por parte interesada, a los procedimientos y causas de denegación previstos expresamente en el instrumento para obtener un reconocimiento con efecto de cosa juzgada material⁷⁶.

La mayor diferencia entre los instrumentos referidos la encontramos en el régimen aplicable a las resoluciones con fuerza ejecutiva en Estado de origen que se quiera que desplieguen estos mismos efectos o equivalentes en otro Estado (requerido) -como serían todas aquellas relativas al ejercicio de la responsabilidad parental sobre los menores desplazados o cualesquiera medidas de protección sobre la persona o bienes del menor que lleven aparejada ejecución-.

judicial de exequátur previsto en el art. 42 de nuestra Ley 29/2015. España (2015). Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional en materia civil. Boletín Oficial del Estado. 31 de julio, núm. 182, pp. 65906-65942.

⁷⁴ El reconocimiento mediante la sumisión a un procedimiento -interno- conlleva el efecto de cosa juzgada material en el Estado requerido, impidiendo que pueda volver a resolverse sobre esta misma cuestión entre las mismas partes ante las autoridades competentes de esta jurisdicción por el *non bis in idem* (no así la modificación de la medida que sería procedimiento distinto).

⁷⁵ *Vid.* art. 21 apartado 1 del Reglamento Bruselas II *bis* y art. 30 apartado 1 del Reglamento Bruselas II *ter*.

⁷⁶ En este sentido se manifiesta el apartado 3 del artículo 21 Reglamento Bruselas II *bis*, con remisión a los procedimientos de la Sección 2ª del Capítulo III (solicitud de declaración de ejecutoriedad, procedimiento aplicable necesariamente cuando la resolución lleva aparejada ejecución) y causas de denegación previstas en su artículo 23. En términos análogos se expresa el art. 30 apartado 3 del Reglamento Bruselas II *ter*, con remisión a los procedimientos previstos en los artículos 59 a 62 y, cuando proceda, en la sección 5 del capítulo IV y en el capítulo VI, con los motivos de denegación del reconocimiento que se recoge el artículo 39.

En el caso de que la medida con fuerza ejecutiva recaiga dentro del ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas II *bis* -a excepción de aquellas decisiones referidas al ejercicio del derecho de visita, según su art. 41⁷⁷- deberá pasar necesariamente con éxito el procedimiento de solicitud de declaración de ejecutoriedad en el Estado miembro requerido, esto es, el exequátur previsto en este instrumento (arts. 28 a 36) para que pueda -tras esa declaración favorable de ejecutoriedad del título- conseguir la ejecución material de la medida⁷⁸.

En términos similares, pero sin excepciones, se manifiesta el Convenio de la Haya de 1996, estableciendo que las medidas adoptadas en un Estado contratante que son allí ejecutorias y que comportan actos de ejecución en otro Estado contratante, deberán ser declaradas ejecutorias o registradas a los fines de ejecución en este otro Estado, de conformidad con el procedimiento previsto a tales efectos por la ley de este Estado a petición de toda parte interesada (art. 26 apartado 1 del Convenio).

Finalmente, ha de referirse el avance que en este sentido supone dentro del marco comunitario el Reglamento Bruselas II *ter*, que supone la eliminación de la necesidad del exequátur o declaración de ejecutoriedad para todas las resoluciones -documentos públicos formalizados o registrados y a los acuerdos con fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen- que entren dentro del ámbito de aplicación del Reglamento. Esto supone que toda resolución o documento público o acuerdo amparado por el instrumento que sea título ejecutivo en un Estado miembro es automáticamente título ejecutivo en todos los demás Estados miembros⁷⁹ (por lo que si conllevan actos de ejecución fuera de su jurisdicción podrá instarse la ejecución material directa dentro de todo el territorio de los

⁷⁷ Excepción que concurre con la prevista también para las resoluciones que acuerda la restitución de menores en caso de sustracción internacional. En ambos casos no solo el reconocimiento es automático sino también la ejecución que se realiza sin declaración de ejecutoriedad previa (arts. 41 y 42).

⁷⁸ La ejecución material de la resolución, ya declarada ejecutiva en el territorio del Estado requerido, se realiza de conformidad con la normativa procesal interna del Estado miembro requerido. En nuestro caso, la ley de Enjuiciamiento Civil. España (2000). Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Boletín Oficial del Estado. 8 de enero, núm. 7.

⁷⁹ *Vid.* art. 51.1 del Reglamento Bruselas II *ter*.

Estados miembros vinculados por este Reglamento, es decir, toda la UE menos Dinamarca)⁸⁰.

No obstante, y en cualquier caso, la parte interesada podrá solicitar procedimiento de denegación de ejecución (de los artículos 59 y 60 y posteriores recursos de los artículos 61 y 62), alegando las causas de denegación del artículo 39 (las mismas que para denegar el reconocimiento), con efecto de cosa juzgada material tras dicho procedimiento.

Los motivos tasados de denegación de reconocimiento y/o ejecución reglamentados en cada uno de los textos internacionales analizados también evidencian la distancia entre ellos con claras consecuencias prácticas, condicionando el resultado favorable o no del reconocimiento (si se plantea procedimiento por la parte interesada) o de la ejecución (dentro del exequátur o de la solicitud de denegación de reconocimiento, según corresponda).

Si bien en los principales motivos de denegación del reconocimiento y/o ejecución todos los textos coinciden básicamente en los mismos (orden público, rebeldía, falta de audiencia menor o persona interesada, inconciliabilidad con otras resoluciones posteriores...)⁸¹ existen significantes diferencias entre los instrumentos europeos (que prácticamente se replican⁸²) y el Convenio. Las causas de denegación del reconocimiento/ejecución que el Convenio de la Haya de 1996 prevé en su artículo 23 son, en comparación con los instrumentos europeos -artículo 23 del Reglamento Bruselas II *bis* y artículo 39 del Reglamento Bruselas II *ter*-, más numerosas y se regulan de forma más precisa. Incluye causas de denegación que permiten, por ejemplo, controlar al Estado contratante requerido la competencial judicial internacional del Estado contratante de

⁸⁰ Buscando la libre circulación de resoluciones dentro del mercado interior en esta ámbito material. *Cfr.* Considerando 3 del Reglamento Bruselas II *ter*.

⁸¹ *Vid.* Art. 23.2 del Convenio de la Haya de 1996, art. 23 del Reglamento Bruselas II *bis* y art. 39 del Reglamento Bruselas II *ter*.

⁸² Si bien el nuevo texto refundido incorpora un apartado específico para explicar cuándo la falta de audiencia del menor puede configurarse como motivo de denegación (art. 39 apartado 2 del Reglamento Bruselas II *ter*).

origen para adoptar la medida objeto de reconocimiento/ejecución⁸³, lo que es impensable dentro del ámbito de los Reglamentos. Consecuentemente, si la medida respecto del menor adoptada por autoridad ucraniana quiere ser reconocida y/o ejecutarse en el Estado de acogida, los criterios de competencia de dicha autoridad serán revisadas por el Estado contratante requerido condicionando dicho reconocimiento (si se plantea dicho procedimiento).

Otro factor que pudiera resultar determinante en este contexto estaría vinculado a los supuestos de menores ucranianos no acompañados desplazados a un Estado de la Unión Europea pero con familiares ubicados en otro Estado miembro distinto. En aquellos supuestos de adopción de medidas protección por el Estado miembro/contratante de ubicación física del menor que conlleven el acogimiento del niño en otro Estado miembro contratante (típicamente el de ubicación de esos familiares en favor de estos), deberá cumplirse previamente a la adopción de tal medida con el procedimiento *ad hoc* previsto en todos los instrumentos referidos so pena de denegarse el reconocimiento⁸⁴.

IV. Secuestro de los menores desplazados: Del Reglamento Bruselas II bis/ ter al Convenio de la Haya de 1980 y la concreción de la residencia habitual como presupuesto de aplicación.

En este apartado se abordará de forma general el marco jurídico aplicable y cuestiones de aplicación del procedimiento de restitución y soluciones de las cuestiones de Derecho internacional privado vinculadas a eventuales supuestos de sustracción internacional de los menores ucranianos desplazados, por alguno de los progenitores o titulares de la

⁸³ Suponiendo la denegación del reconocimiento/ejecución cuando el tribunal de origen no hubiera fundamentado su competencia internacional en los criterios previstos en el Capítulo II del Convenio (art. 23 apartado 2 letra a), o normas equivalentes como las previstas en los Reglamentos europeos ya que es posible que el tribunal del foro hubiera fundamentado su competencia en las normas del Reglamento europeo y no en el Convenio.

⁸⁴ Procedimiento previsto en el art. 56 del Reglamento Bruselas II *bis* y su equivalente en el art. 82 del texto refundido de 2019, y el del art. 33 del Convenio de la Haya de 1996.

responsabilidad parental, precisamente aprovechando dicho traslado⁸⁵. Esta materia se aproxima desde el punto de vista exclusivamente internacional privatista (aspectos civiles de la sustracción y cuestiones de competencia, ley aplicable o reconocimiento) dejando al margen posibles aspectos delictivos o penales que puedan ir aparejados a estos supuestos.

Ha de aproximarse la cuestión previamente desde una perspectiva conceptual, en la medida que esto determina el régimen jurídico aplicable y los problemas que pueden encontrar los operadores jurídicos en su determinación. En primer lugar, condicionado el ámbito de aplicación personal de los instrumentos potencialmente aplicables, nos encontramos con la necesaria delimitación del término “menor” a los efectos de la normativa internacional sobre sustracción.

En función del instrumento internacional aplicable este término se integra de una forma u otra. Para el principal texto internacional en esta materia⁸⁶, el Convenio de la Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, su aplicación se extiende a los menores de hasta 16 años (art. 4), mientras que entre los instrumentos propiamente europeos vemos distintas aproximaciones en esta cuestión. Para el Reglamento Bruselas II *bis*, como ya se ha referido, éste no es un concepto definido en el instrumento, por lo que su integración dependerá de la ley personal del menor reguladora de su capacidad (en la generalidad de Estados miembros se concreta en 18 años la mayoría de edad). Esta laguna se suple en el texto refundido del Reglamento de 2019 (Reglamento Bruselas II *ter*) en el que a los efectos de la aplicación del régimen previsto para los supuestos de sustracción intracomunitaria se tendrán por menores hasta los 16 años, y para el resto de las cuestiones de Derecho internacional privado cubiertas por el

⁸⁵ No se aborda, pro quedar fuera del objeto de estudio del presente trabajo, los casos de sustracción de menores por mafias o personas ajenas a los titulares de la responsabilidad parental, siendo estos supuestos exclusivamente de naturaleza criminal.

⁸⁶ Que vincula actualmente a 101 Estados en todo el mundo, según la información facilitada por la Conferencia de la Haya. <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=24>. Última consulta el 01.09.2022.

instrumento (competencia, reconocimiento y ejecución en resoluciones en materia de responsabilidad parental) hasta los 18 años⁸⁷.

Finalmente, el último instrumento europeo que puede resultar de aplicación -aunque muy residualmente- es el ya también referido Convenio de Luxemburgo de 1980 que determina su ámbito personal de aplicación a los menores de 16 años (art. 1 a).

Todos los textos referidos operan bajo una definición común muy similar de sustracción internacional, entendida en términos generales como el traslado o retención ilícita de menores fuera del Estado de residencia habitual del menor⁸⁸. De esta suerte, la concreción del Estado de la residencia habitual del menor es esencial, pero no solo para constatar si concurre o no un supuesto de sustracción por cambio ilícito (esto es, no consentido por quien tiene derecho a decidir sobre la residencia del menor⁸⁹) respecto de ese Estado de origen, sino también para delimitar el instrumento aplicable. En función de cuál sea el Estado de origen del menor (entendido como el de residencia habitual del menor) y el Estado de traslado o retención del menor -típicamente no consentido para que pueda articularse el mecanismo de tutela- podrá determinarse si se aplican los Reglamentos

⁸⁷ De conformidad con el Considerando 17 y artículo 2 numeral 6 del Reglamento Bruselas II *ter*

⁸⁸ *Vid.* art. 3 Convenio de la Haya de 1980. A esta definición se remite el Reglamento Bruselas II *bis* en su artículo 11 al indicar que la aplicación de las particularidades previstas en este precepto se circunscriben a los supuestos de sustracción cubiertos por el Convenio entre Estados miembros vinculados por el Reglamento.

⁸⁹ Lo que se equipara en los instrumentos aplicable al derecho de custodia, siendo este un concepto autónomo, propio, que no puede integrarse por ningún ordenamiento jurídico nacional de los Estados miembros/contratantes. Así se establece en el art. 5 letra a) del Convenio de la Haya de 1980 y expresamente se recoge en el Considerando 18 del Reglamento Bruselas II *ter*: *A efectos del presente Reglamento, se debe considerar que una persona tiene «derechos de custodia» cuando, con arreglo a una resolución, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos en virtud del Derecho del Estado miembro donde reside habitualmente el menor, un titular de la responsabilidad parental no pueda decidir sobre el lugar de residencia del menor sin el consentimiento de dicha persona, con independencia de los términos utilizados en la legislación nacional. En algunos sistemas jurídicos que mantienen los términos de «custodia» y «visita», el progenitor que no tiene la custodia puede conservar de hecho importantes responsabilidades en cuanto a decisiones que afectan al menor y que van más allá del mero derecho de visita.*

europ⁹⁰ o el Convenio de la Haya de 1980⁹¹, con significativas diferencias en la práctica.

Las principales diferencias entre los instrumentos referidos no solo se refieren al ámbito personal de aplicación -vinculado con el concepto de menor- sino en la propia reglamentación del procedimiento de restitución e incluso en la apreciación y alcance de los motivos de denegación de la restitución del menor a su Estado de origen (Fernández Sánchez, 2022), incluso entre los Reglamentos europeos tras la revisión operada en 2019. En particular, destaca la evolución de esta cuestión dentro de la Unión Europea con las modificaciones introducidas por el nuevo Reglamento donde la sustracción recibe un tratamiento propio en el instrumento (Capítulo III), con ocho artículos frente a un único artículo, el 11, de su predecesor dedicado a las particularidades de este procedimiento entre los Estados miembros en relación con el Convenio de la Haya de 1980 (Herranz Ballesteros, 2021: 240).

En el caso de los menores ucranianos acogidos temporalmente en distintos Estados miembros de la Unión, como ya se ha indicado, el Estado de residencia habitual de estos menores sigue siendo Ucrania, salvo posterior cambio -por ejemplo, por reconocimiento de la condición de asilo en un Estado miembro concreto, pasando en ese momento a ser ésta su nueva residencia habitual-. Si bien esta circunstancia -residencia habitual en

⁹⁰ Y entre ellos, en función de la fecha del traslado o retención ilícito el Reglamento Bruselas II *bis* o *ter* (este último a partir del 1 de agosto de 2022).

⁹¹ Siendo que los Reglamentos serán aplicables para los supuestos de sustracción cubiertos (menores de hasta 18 o 16 años, respectivamente) cuando tanto el Estado de origen (residencia habitual del menor) como el de destino (de retención o traslado ilícito) son Estados miembros vinculados por los Reglamentos (todos los Estados miembros de la UE menos Dinamarca). En caso de alguno o todos los Estados implicados fueran Estados contratantes del Convenio de la Haya de 1980 pero no vinculados con los Reglamentos europeos (Bruselas II *bis/ter*), se aplica el régimen convencional. Estos son los principales instrumentos alternativos reales para los Estados miembros, dado el carácter significativamente residual del Convenio de Luxemburgo de 1980. Este instrumento es raramente aplicable en general, pero ningún caso de aplicación en los supuestos objeto de estudio, puesto que requiere para su aplicación que los titulares de la responsabilidad parental y el menor sean nacionales del Estado signatario del Convenio (lo que no ocurre con Ucrania) de residencia habitual común antes del traslado, y que la retención /traslado se realice a otro Estado signatario de este Convenio.

Ucrania- es determinante para establecer que el instrumento aplicable es el Convenio de la Haya de 1980 para resolver por parte del Estado contratante de traslado o retención ilícito sobre la restitución o no del menor⁹² -aunque sea Estado miembro de la UE vinculado por los Reglamentos-, es probable que en las circunstancias concretas de los supuestos estudiados el Estado de origen – para determinar el retorno- no sea el Estado de residencia habitual real (Ucrania) sino el del Estado miembro de protección temporal/acogida del menor si dicha sustracción se verifica tras haberse establecido “temporalmente” en dicho Estado.

Pongamos un posible ejemplo de un supuesto en el que entre Estados miembros de la UE (el de origen de ubicación física de menor ucraniano con protección temporal y el de retención/traslado sin consentimiento por el que tiene derecho a decidir) se aplicaría el régimen de Convenio de la Haya de 1980 –en lugar del Reglamento Bruselas II que correspondiera- para resolver si se restituye o no el menor, no a su Estado de residencia habitual sino el de origen de protección temporal tras el desplazamiento. Imaginemos un matrimonio o pareja mixta (padre nacional ucraniano y madre nacional francesa) con residencia habitual en Ucrania y con un menor en común; antes del conflicto bélico la pareja se separa y se atribuye en Ucrania judicialmente la patria potestad y custodia compartida a ambos progenitores. Como consecuencia de la guerra, los progenitores de mutuo acuerdo consideran que lo más prudente es que el menor y la madre se desplacen a Polonia al ser el país de la Unión Europea más próximo, quedándose el padre a luchar y facilitándole así mantener el contacto con el menor, en la medida de lo posible, mientras dure ese desplazamiento temporal causado por la invasión rusa. La madre del menor buscando la custodia en exclusiva del menor se desplaza con él hasta Francia, su país de origen, para plantear allí judicialmente su pretensión, todo ello sin contar con el consentimiento del padre. En este contexto, el padre -como titular del derecho de custodia a los efectos de poder decidir sobre la residencia habitual de su hijo- podría plantear demanda de restitución del menor al amparo del Convenio de la Haya de 1980, procedimiento que deberá resolver las autoridades francesas de ubicación física del

⁹² Al ser el Estado de origen de residencia del menor Estado contratante del Convenio de la Haya de 1980 no parte del Reglamento Bruselas II bis/ter y el Estado de retención o traslado un Estado miembro también contratante del Convenio de la Haya de 1980.

menor, siendo que la concesión de tal restitución supondría la devolución del niño al Estado miembro contratante de acogimiento temporal (Polonia) y no Ucrania como Estado de residencia habitual por razones evidentes⁹³.

Igualmente se estaría ante un supuesto de traslado ilícito del menor, que permitiría poner en marcha el procedimiento de restitución del Convenio de la Haya de 1980, cuando para el desplazamiento desde Ucrania -como Estado de residencia habitual- a cualquier otro Estado signatario (como sería cualquier Estado miembro de la UE) no se ha contado con el titular de la responsabilidad parental con derecho a decidir sobre la residencia habitual del menor, y ello aunque dicho traslado estuviera suficientemente motivado por la ocupación bélica del territorio. De tal forma que, si se verifica que se traslada al menor fuera de Ucrania sin tal consentimiento, el titular del derecho de custodia –en los términos indicados en los instrumentos internacionales sobre sustracción – podrá instar demanda de restitución al amparo del referido Convenio.

Cuestión distinta es la posible apreciación de estas circunstancias como causa o motivo de denegación de restitución con base en el artículo 13 letra b del Convenio por la existencia de un grave riesgo para el menor en caso de restitución (cuando conceder dicha devolución lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable) bajo el criterio imperativo de interpretación del interés superior del menor.

Ha de recordarse que el Convenio de la Haya de 1980 se limita a reglamentar exclusivamente el procedimiento de restitución y cuestiones al conexas en caso de sustracción de menores de hasta 16 años entre Estados signatarios, dejando al margen cualesquiera otra cuestión de fondo que en torno a ello pudiera suscitarse.

⁹³ Debiendo suspender el eventual procedimiento de fondo (sobre el ejercicio de la responsabilidad parental respecto del menor, vinculado a la solicitud en exclusiva del derecho de custodia por la madre ante los tribunales franceses) hasta que resuelva sobre la restitución, para cumplir con la obligación internacional impuesta en el art. 16 del Convenio de la Haya de 1980.

Así, la aplicación del procedimiento previsto ante un supuesto de sustracción cubierto - como sería el analizado-, no se condicionaría a la existencia de resolución previa de autoridad competente⁹⁴ en el Estado origen (el de residencia del menor) sobre responsabilidad parental que determine ese derecho de custodia -que legitime al potencial demandante de la restitución y justifique la ilicitud-, ya que es posible que dicho derecho -y correlativa legitimación activa- venga determinado por imperio de la ley o por acuerdo entre las partes con eficacia jurídica en el Estado de residencia habitual⁹⁵. En cualquier caso, de existir dicha resolución judicial -pudiendo ser o no definitiva, firme o susceptible aun de recurso en el Estado de origen- el Estado contratante que debe decidir sobre la restitución no puede revisarla para condicionar su decisión⁹⁶ (debiendo generalmente acordar automáticamente la restitución, si no ha transcurrido más de un año desde que el menor fue trasladado o retenido⁹⁷, siempre y cuando no concurra ninguno de los motivos de denegación de la restitución previstos⁹⁸).

Igualmente, no se condiciona la restitución del menor al previo reconocimiento en el Estado requerido -de traslado/retención del menor- de esa eventual resolución judicial o administrativa que sobre el fondo (sobre el derecho de custodia como ese derecho a decidir sobre la residencia del menor) dictada formalmente en el Estado de residencia del menor.

⁹⁴ Típicamente será autoridad judicial pero cabe también, como en el caso danés, por ejemplo, que las autoridades competentes en esta materia tengan de naturaleza administrativa (como así expresamente se prevé en la definición e ilicitud del traslado o retención que el Convenio de la Haya de 1980 realiza en su art. 3 para delimitar su aplicación). En definitiva, resolución emanada de órgano jurisdiccional en los términos extensivos que se utilizan por los instrumentos internacionales en la materia. En

⁹⁵ *Vid.* art. 5 del Convenio de la Haya de 1980.

⁹⁶ Ahora bien, esto no obsta -como es lógico- que para determinar la ilicitud del traslado o retención (a los efectos del art. 3) las autoridades competentes del Estado contratante que deba decidir sobre la restitución puedan tener en cuenta directamente la legislación y las decisiones judiciales o administrativas, ya estén reconocidas oficialmente o no en el Estado de la residencia habitual del menor (de conformidad con el art. 14).

⁹⁷ *Vid.* art. 12 Convenio de la Haya de 1980.

⁹⁸ Siendo motivos tasados los recogidos en el art. 13 del Convenio de la Haya de 1980.

Por último, tampoco se puede condicionar la restitución o no a que en el Estado de traslado/retención exista resolución contradictoria sobre el derecho de custodia -en los términos del Convenio- en relación con lo establecido en el Estado contratante de origen⁹⁹. De hecho, si se hubiera iniciado en el Estado de traslado/retención un procedimiento sobre el derecho de custodia – que pudiera condicionar el carácter ilícito de la sustracción-, las autoridades competentes de este país no podría resolver sobre el fondo, sino que deberían suspender hasta que se resuelva sobre la restitución (si fuera negativa le permitiría seguir conociendo como nuevo Estado de residencia habitual del menor, y si es positiva debiendo archivar la causa ya que la competencia le correspondería al Estado de origen, como Estado de residencia habitual del menor que se mantiene) o haya transcurrido el plazo razonable para presentar demanda de restitución (generalmente un año), todo ello de conformidad con el art. 16 del Convenio.

Por todo lo anterior y en consecuencia, ante un supuesto de sustracción internacional de menores como el analizado, amparado por el Convenio de la Haya de 1980, todas las cuestiones de Derecho internacional privado que en paralelo surgen en relación con estos supuestos, deben buscarse respuesta fuera de este texto convencional.

De esta suerte, será necesario recurrir a otros instrumentos internacionales para dar solución a tales cuestiones. Siendo que en este contexto, las más significativas en la práctica son aquellas relativas a la concreción de las autoridades competentes para litigar sobre todo lo relativo a la responsabilidad parental del menor sustraído (medidas de protección de su persona, bienes, ejercicio de la responsabilidad parental, etc.). Ya sea para una adopción *ex novo* – si la sustracción se produjo antes de que se acudiera a la autoridad competente en el Estado de origen para reglamentar estas cuestiones¹⁰⁰-, o incluso cuando sí existieran medidas formales en el Estado de residencia, pero siendo

⁹⁹ Cfr. art. 14 *in fine* Convenio de la Haya de 1980.

¹⁰⁰ Siendo en estos casos que el derecho de custodia vendría en su caso determinado por la ley o acuerdo entre las partes si así lo prevé el ordenamiento o jurídico del Estado de origen, para legitimar al potencial demandante de la restitución en caso de que no se hubiera recabado su consentimiento para el cambio de residencia del menor – existiendo por tanto la ilicitud del traslado/retención- a los efectos del Convenio de la Haya de 1980.

estas aun provisionales cuando se produjo el traslado o retención ilícito, hubiera que concretar si se perpetua la competencia del primer tribunal o si hay que localizar una nueva jurisdicción competente (la de ubicación física del menor sustraído), o finalmente, para delimitar los tribunales competentes si se deseara modificar las medidas ya existentes sobre los menores adoptadas antes de la sustracción.

Para dar solución a todas estas cuestiones habría que acudir en el asunto de referencia al ya referido Convenio de la Haya de 1996, como instrumento aplicable para concretar la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental de menores ucranianos desplazados (en la medida que, recordemos, el menor sigue teniendo su residencia habitual en Ucrania¹⁰¹). Tanto para el primero como el segundo de los supuestos planteados: presentación de demanda sobre medidas de responsabilidad parental de menores sustraídos y supuestos de pendencia de procedimientos sobre el particular ya incoados en el Estado de origen en el momento de la sustracción, la solución articulada es la misma: mantenimiento de la competencia para el Estado de origen de residencia habitual del menor.

Así, de conformidad con el artículo 7 del Convenio de la Haya de 1996, en caso de desplazamiento o retención ilícitos del niño, las autoridades del Estado contratante en el que este tuviera su residencia habitual inmediatamente antes de su desplazamiento o su retención conservan la competencia hasta el momento en que el menor adquiera una residencia habitual en otro Estado, siempre que concurra alguna de estas dos circunstancias: a) que toda persona, institución u otro organismo que tenga la guarda¹⁰² acceda al desplazamiento o a la retención¹⁰³; o b) el menor resida en este otro Estado por un período de, al menos, un año desde que la persona, institución o cualquier otro

¹⁰¹ De tal manera que solo en caso de nueva adquisición de residencia habitual del menor en un Estado miembro (cambiando su condición jurídica de trasladado temporal) podrá plantearse la aplicación del ya nuevo Reglamento Bruselas II *ter*. En particular, la solución de competencia judicial internacional prevista en su artículo 10 para estos casos.

¹⁰² Término utilizado como sinónimo de derecho de custodia a los efectos de la sustracción.

¹⁰³ La concurrencia del consentimiento en el cambio de residencia del menor elimina la existencia de ilicitud del traslado o retención y, en consecuencia, de un supuestos de sustracción internacional.

organismo que tenga la guarda conozca o debiera haber conocido el lugar en que se encuentra el niño, sin que se hubiera presentado demanda de retorno o restitución en este plazo, y el niño se hubiera integrado en su nuevo medio (esto es, un supuesto de reconocimiento tácito de ese Estado como el de nueva residencia habitual del menor).

Consecuentemente, salvo que se constate en las circunstancias y condiciones referidas que el menor ha obtenido un nuevo Estado de residencia habitual -o tras un procedimiento de restitución cuando el resultado haya sido denegar el retorno, en cuyo caso el Estado de traslado/retención se alza como nuevo Estado de residencia-, el Estado de residencia anterior a la sustracción será el internacionalmente competente para conocer de cualquier medida inicial, seguir conocimiento de los ya pendientes o para instar su modificación respecto de ese menor, para todas las acciones en materia de responsabilidad parental cubiertas por el Convenio de la Haya de 1996.

V. Conclusiones

En un panorama internacional tan convulso como el actual, en el que destaca la invasión del territorio ucraniano por las fuerzas militares rusas, se constata una afluencia masiva de desplazados -principalmente niños y mujeres- hacia la Unión Europea. Estos movimientos migratorios, en principio de carácter temporal, plantean significativas cuestiones jurídicas que desde el punto de vista no solo institucional sino también por las autoridades nacionales deben afrontarse. En este contexto, hay que acudir al Derecho internacional privado para dar soluciones a todas las cuestiones que surgen en torno a estas nuevas relaciones privadas internacionales (típicamente vinculadas con la nacionalidad de los sujetos y su ubicación física tras el desplazamiento).

Al tratarse el supuesto de objeto de estudio de un colectivo que se encuentra conectado con más de un país -menores desplazados con o sin acompañamiento a distintos países miembros de la Unión desde Ucrania-, al margen de las cuestiones propiamente de extranjería de naturaleza jurídico pública, sus relaciones constituyen objeto del Derecho internacional privado, por lo que es necesario acudir a los distintos instrumentos de esta área de conocimiento para dar respuestas a las cuestiones vinculadas con estos menores.

En este ámbito concreto, como se ha visto, ha de operarse con diferentes textos *ius privatistas* de distinta fuente de producción normativa, esto es, instrumentos institucionales europeos (fundamentalmente los Reglamentos Bruselas II *bis* y *ter*), textos convencionales (básicamente Convenio de la Haya de 1996 en materia de responsabilidad parental y el Convenio de la Haya de 1980 para los eventuales supuestos de sustracción internacional de menores) e incluso normas de fuente autónoma o interna de los Estados de referencia (como por ejemplo para determinar la propia condición de menor en el contexto del ámbito personal del Reglamento Bruselas II *bis*, o la propia reglamentación del eventual régimen de exequátur para hacer efectivas aquellas medidas respecto de menores desplazados acordadas en su país de origen: Ucrania, por remisión del Convenio de la Haya de 1996).

La delimitación normativa entre los distintos textos resulta esencial para los operadores jurídicos, siendo que en términos generales los instrumentos institucionales europeos y convencionales coinciden en su ámbito personal y material de aplicación, por lo que su ámbito espacial será típicamente lo que decida con las correspondientes consecuencias prácticas -dadas las diferencias que existen entre unos y otros en la reglamentación de todas las cuestiones vinculadas con menores y materia de responsabilidad parental-. Será la residencia habitual de los menores el criterio espacial determinante para la concreción del instrumento aplicable, pero también para localizar las autoridades nacionales competentes, como regla general, en todos los textos potenciales; así como punto de conexión habitual para concretar la ley aplicable al fondo salvo excepciones.

El mantenimiento de la residencia habitual de los menores desplazados en su país de origen (Ucrania) determina que en este contexto sean generalmente los textos convencionales analizados los que operen en detrimento de los instrumentos europeos, desplazando su aplicación incluso en aquellos supuestos estrictamente intracomunitarios -como serían aquellos de menores desplazados no acompañados que eventualmente tengan su ubicación física en un Estado miembro con familia desplazada en otro Estado miembro, siendo que ambos Estados estuviera vinculados por los Reglamentos Bruselas II-, tanto para determinar las autoridades competentes para conocer de las acciones o medidas sobre responsabilidad parental respecto de esos menores como para la

tramitación de las eventuales demandas de restitución ante traslados o retenciones ilegales operados después del desplazamiento dentro de la Unión Europea.

Las circunstancias particulares que pueden concurrir en cada caso en los supuestos objeto de estudio, hace que sea necesario un análisis pormenorizado e individualizado para determinar las soluciones aplicables desde la perspectiva del Derecho internacional privado, con significativas diferencias en los eventuales resultados en función del instrumento que resulte finalmente aplicable.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

Arenas Hidalgo, N. (2006), Diez notas sobre el Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre sobre Régimen de Protección Temporal en caso de Afluencia masiva de Personas Desplazadas: un nuevo estatuto cualificado de Extranjería”, *Las fronteras de la ciudadanía en España y en la Unión Europea*, Documenta Universitaria, Girona, p. 361-384.

Aparicio WilhelmI, M. (2006), *Las fronteras de la ciudadanía en España y en la Unión Europea*, Documenta Universitaria, Girona.

Azcárraga Monzonis, C. (2022), La “afluencia masiva de personas desplazadas” desde Ucrania y su protección temporal en la Unión Europea y en España: la activación de la Directiva 2001/55/CE”, *Revista General de Derecho Europeo*, Nº. 57, 2022, p. 77-116. ISSN-e: 1696-9634.

Borja Gonzalo, A (2017). ¿Refugiados de primera o segunda clase? *Relaciones Internacionales*, (36), p. 31–50. doi: 10.15366/relacionesinternacionales2017.36.002.

Campuzano Díaz, B. (2020), El nuevo Reglamento (UE) 2019/1111: Análisis de las mejoras en las relaciones con el Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 sobre responsabilidad parental, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 12 (Nº 1), p. 97-117. ISSN-e: 1989-4570

Carrascosa González, J. (2008), Orden Público internacional y externalidades negativas, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año 62 (Nº 2065) p. 2352

D. Iud, C. (2013), Los matices del orden público internacional en las relaciones de familia (en línea), *Ley Online AR/DOC/2643/2013* Año V, vol. 10. (Consulta 15 de julio de 2022). Disponible en: <https://sociedip.files.wordpress.com/2013/12/iud-los-matices-del-orden-pc3bablico-internacional-en-las-relaciones-de-familia.pdf>.

Espinosa Calabuig, R. (2022), Artículo 7. Competencia general, *El nuevo marco europeo en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción de menores. Comentarios al Reglamento (UE) nº 2019/1111*, Tirant lo Blanch, p. 120-132.

Fernández Sánchez, C. (2022), *La sustracción internacional de menores: el retorno del menor en el ámbito del Convenio de La Haya de 1980 y del Reglamento (CE)*, Ed. Colex, 1ª ed.

Herranz Ballesteros, M. (2021), Miscelánea: El Reglamento (UE) 2019/1111 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida): Principales novedades, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 73 (nº 2), p. 229-260. ISSN: 0034-9380, e-ISSN: 2387-1253.

Imbroda Ortiz, B. J. y Ruiz Sutil, C. (2019), *Extranjería*, Ed. El Derecho, 2ª edición.

Lara Aguado, A. (2022), *Guía de buenas prácticas para la efectividad de los derechos de la niñez, adolescencia y juventud en situaciones de movilidad transfronteriza desde las perspectivas de género y de la infancia*, Tirant lo Blanch.

Mangas Martín, A. (2015-2016), Protección internacional y europea ante las afluencias masivas de refugiados, *Economía exterior: estudios de la revista Política Exterior sobre la internacionalización de la economía española*, nº 75. Dedicado a Refugiados, p. 40. ISSN: 1137-4772.

Marín López, A. (1983-1984), El Convenio Europeo sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones sobre custodia de menores, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Vol. VII, p. 211-226. ISSN: 1578-3138

Najurieta, M. S. (1997), Orden público internacional y derechos fundamentales del niño, *La Ley*, 1997-B, p. 1436-1437.

Porras Ramírez, J.M. (2020), El reto de construir una política migratoria común en la Unión Europea, *La Ley Unión Europea*, número 82, ISSN-e 2255-551X.

Ruiz Sutil, C (2022), Protección de la extranjería y de su descendencia frente a diferentes formas de violencia de género en el marco de la extranjería y de la protección internacional, *Guía de buenas prácticas para la efectividad de los derechos de la niñez, adolescencia y juventud en situaciones de movilidad transfronteriza desde las perspectivas de género y de la infancia*, Tirant lo Blanch, pp. 292-299.

- (2019), Regímenes jurídicos de los extranjeros en España, *Extranjería*, Ed. El Derecho, 2ª edición.

Palao Moreno, G (2022), *El nuevo marco europeo en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción de menores*. Comentarios al Reglamento (UE) nº 2019/1111, Tirant lo Blanch.