Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. PRIIT PIKAMÄE
presentadas el 14 de julio de 2021 [1] [i]

Asunto C-262/21 PPU

A
contra
B

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Korkein oikeus (Tribunal Supremo, Finlandia)]

«Procedimiento prejudicial — Cooperación judicial en materia civil — Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental — Reglamento (CE) n.º 2201/2003 — Ámbito de aplicación material — Concepto de "materias civiles" — Solicitud de protección internacional presentada por un progenitor en nombre de su hijo menor de edad — Reglamento (UE) n.º 604/2013 — Decisión de traslado del menor al Estado miembro responsable del examen de la solicitud — Demanda de restitución — Traslado o retención ilícitos de un menor — Artículo 2, apartado 11 — Calificación — Convenio de La Haya de 1980 — Residencia habitual — Vía de hecho»

I. Introducción

1. Una resolución de traslado de un menor adoptada en virtud del Reglamento (UE) n.º 604/2013 [2] a raíz de una solicitud de protección internacional presentada en su nombre por uno de sus progenitores sin el consentimiento del otro, ¿puede estar comprendida en el ámbito de aplicación material del Reglamento (CE) n.º 2201/2003 [3] y, en caso afirmativo, constituir una sustracción internacional de ese menor?

2. Esta es una de las cuestiones que plantea el presente asunto, cuya originalidad radica en poner en relación dos instrumentos jurídicos del Derecho de la Unión que aparentemente tienen un objeto y unos objetivos muy diferentes, relación sobre la que el Tribunal de Justicia deberá pronunciarse por primera vez.

[1] Lengua original: francés.

[2] Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, 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 (DO 2013, L 180, p. 31).

[3] Reglamento del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000 (DO 2003, L 338, p. 1).

II. Marco jurídico

A. Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980

3. El artículo 3 del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980 (en lo sucesivo, «Convenio de La Haya de 1980»), dispone:

«El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos:

a) cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y

b) cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.

El derecho de custodia mencionado en a) puede resultar, en particular, de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado.»

4. El artículo 12 del citado Convenio establece que:

«Cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el artículo 3 y, en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado contratante donde se halle el menor, hubiera transcurrido un período inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor.

La autoridad judicial o administrativa, aun en el caso de que se hubieren iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un año a que se hace referencia en el párrafo precedente, ordenará asimismo la restitución del menor, salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente.

Cuando la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido tenga razones para creer que el menor ha sido trasladado a otro Estado, podrá suspender el procedimiento o rechazar la solicitud de retorno del menor.»

5. El artículo 13 de ese Convenio tiene el siguiente tenor:

«No obstante lo dispuesto en el artículo precedente, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que:

a) la persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; o

b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable.

La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a su restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones.

Al examinar las circunstancias a que se hace referencia en el presente artículo, las autoridades judiciales y administrativas tendrán en cuenta la información que sobre la situación social del menor proporcione la Autoridad Central u otra autoridad competente del lugar de residencia habitual del menor.»

B. Derecho de la Unión

1. Reglamento n.º 2201/2003

6. El considerando 5 del Reglamento n.º 2201/2003 está redactado en los términos siguientes:

«Con ánimo de garantizar la igualdad de todos los hijos, el presente Reglamento se aplica a todas las resoluciones en materia de responsabilidad parental, incluidas las medidas de protección del menor, con independencia de que estén vinculadas o no a un procedimiento en materia matrimonial.»

7. El considerando 10 del Reglamento n.º 2201/2003 expone:

«No se pretende que el presente Reglamento se aplique a asuntos tales como los relativos a la seguridad social, a las medidas de Derecho público de carácter general en materia de educación y salud, ni a las resoluciones relativas al derecho de asilo y a la inmigración. […]»

8. El considerando 17 del Reglamento n.º 2201/2003 enuncia:

«En caso de traslado o retención ilícitos de un menor, es importante que su restitución se produzca sin demora y con este fin debe seguir aplicándose el Convenio de la Haya de [1980] tal y como queda completado mediante las disposiciones del presente Reglamento y, en particular, del artículo 11. Con todo, conviene que, en casos concretos y debidamente justificados, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro al que haya sido trasladado o en el que esté siendo retenido ilícitamente el menor puedan oponerse a su restitución. Sin embargo, semejante resolución debe poder ser sustituida por otra posterior del órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual antes de su traslado o retención ilícitos. En caso de que esta última resolución implique la restitución del menor, esta debería realizarse sin necesidad de procedimiento alguno para el reconocimiento y la ejecución de dicha resolución en el Estado miembro en el que se encuentra el menor sustraído.»

9. El artículo 1 del Reglamento n.º 2201/2003, titulado «Ámbito de aplicación», tiene el siguiente tenor:

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

[…]

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

2. Las materias consideradas en la letra b) del apartado 1 se refieren en particular:

a) al derecho de custodia y al derecho de visita […]».

10. El artículo 2 de este Reglamento, titulado «Definiciones», precisa lo siguiente:

«A los efectos del presente Reglamento, se entenderá por:

[…]

7) responsabilidad parental, 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;

   […]

9) derechos de custodia, entre otros, los derechos y obligaciones relativos al cuidado de la persona de un menor y, en especial, el derecho a decidir sobre su lugar de residencia;

   […]

11) Traslado o retención ilícitos de un menor, el traslado o retención de un menor cuando:

   a) se haya producido con infracción de un derecho de custodia adquirido por resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos de conformidad con la legislación del Estado miembro en donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención,

      y

   b) este derecho se ejercía, en el momento del traslado o de la retención, de forma efectiva, separada o conjuntamente, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención. Se considera que la custodia es ejercida de manera conjunta cuando, en virtud de una resolución judicial o por ministerio de la ley, uno de los titulares de la responsabilidad parental no pueda decidir sin el consentimiento del otro titular sobre el lugar de residencia del menor.»

11. El artículo 11 de este Reglamento prevé:

«1. Los apartados 2 a 8 serán de aplicación cuando una persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia solicite a las autoridades competentes de un Estado miembro que se dicte una resolución con arreglo al Convenio de La Haya de [1980] con objeto de conseguir la restitución de un menor que hubiera sido trasladado o retenido de forma ilícita en un Estado miembro distinto del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos.

[…]

4. Los órganos jurisdiccionales no podrán denegar la restitución de un menor basándose en lo dispuesto en la letra b) del artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980 si se demuestra que se han adoptado medidas adecuadas para garantizar la protección del menor tras su restitución.»

2. Reglamento n.º 604/2013

12. El artículo 12 del Reglamento n.º 604/2013 prevé:

«1. Si el solicitante es titular de un documento de residencia válido, el Estado miembro que haya expedido dicho permiso será el responsable del examen de la solicitud de protección internacional.

[…]

3. Si el solicitante es titular de varios documentos de residencia o visados válidos, expedidos por diferentes Estados miembros, el Estado miembro responsable del examen de la solicitud de protección internacional será, en el siguiente orden:

a) el Estado miembro que haya expedido el documento de residencia que conceda el derecho de residencia más prolongado o, en caso de plazos de validez de duración idéntica, el Estado miembro que haya expedido el documento de residencia que caduque en fecha posterior;

b) si los diferentes visados son de la misma naturaleza, el Estado miembro que haya expedido el visado que caduque en fecha posterior;

c) en caso de visados de naturaleza diferente, el Estado miembro que haya expedido el visado con mayor plazo de validez o, en caso de plazo de validez idéntico, el Estado miembro que haya expedido el visado que caduque en fecha posterior.»

13. A tenor del artículo 29, apartado 1, del citado Reglamento:

«El traslado del solicitante o de otra persona mencionada en el artículo 18, apartado 1, letras c) o d), desde el Estado miembro requirente al Estado miembro responsable se efectuará de conformidad con el Derecho nacional del Estado miembro requirente, previa concertación entre los Estados miembros afectados, en cuanto sea materialmente posible y a más tardar en el plazo de seis meses a partir de la fecha de aceptación de la petición por otro Estado miembro de hacerse cargo de la persona interesada o de readmitirla, o a partir de la resolución definitiva de un recurso o revisión que, con arreglo al artículo 27, apartado 3, tenga efecto suspensivo.

En caso de que los traslados al Estado miembro responsable se efectúen en forma de salida controlada o con escolta, los Estados miembros velarán por que se lleven a cabo de forma humana, con pleno respeto de la dignidad y los derechos fundamentales de la persona.

En caso necesario, el Estado miembro requirente proporcionará al solicitante un salvoconducto. La Comisión, mediante actos de ejecución, establecerá el modelo de salvoconducto. Dichos actos de ejecución se adoptarán de conformidad con el procedimiento de examen a que se refiere el artículo 44, apartado 2.

El Estado miembro responsable informará al Estado miembro requirente, según proceda, de la adecuada llegada de la persona interesada o de que no ha comparecido dentro de los plazos señalados.»

C. Derecho finlandés

14. La restitución del menor se rige por la laki lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta 361/1983 (Ley relativa a la custodia del menor y al derecho de visita), en su versión modificada por la Ley 186/1994. Las disposiciones de la citada ley se corresponden con las del Convenio de La Haya de 1980.

III. Hechos, litigio principal y cuestiones prejudiciales

15. De la resolución de remisión y de las respuestas a las solicitudes de documentación y de información del Tribunal de Justicia se desprende que en el litigio principal se enfrentan dos nacionales iraníes, progenitores de un menor de 20 meses.

16. En 2016, el padre y la madre residieron en Finlandia. En ese país, la madre tenía un permiso de residencia por vínculos familiares (dado que el padre disponía de un permiso de residencia como trabajador por cuenta ajena) de cuatro años de vigencia, a contar desde el 28 de diciembre de 2017. En mayo de 2019, ambos progenitores se instalaron en Suecia y la madre obtuvo en dicho país un permiso de residencia familiar para el período comprendido entre el 11 de marzo de 2019 y el 16 de septiembre de 2020. El 5 de septiembre de 2019, tuvieron un hijo común en dicho Estado, cuya custodia ejercían conjuntamente ambos progenitores.

17. Mediante resolución de 11 de noviembre de 2019, confirmada mediante sentencia de 17 de enero de 2020, las autoridades suecas alojaron a la madre y al menor en una casa de acogida a raíz de los episodios de violencia doméstica sufridos por la madre. El 21 de noviembre de 2019, el padre solicitó para el menor un permiso de residencia en Suecia sobre la base de su vínculo familiar. El 4 de diciembre siguiente, la madre también presentó en nombre del menor una solicitud de permiso de residencia en Suecia. El 7 de agosto de 2020, la madre presentó ante las autoridades suecas competentes una solicitud de protección internacional para ella y para el menor, invocando haber sido víctima de violencia doméstica por parte del padre, y el riesgo de agresiones en nombre del honor por parte de la familia del padre si regresaba a Irán. El 27 de agosto de 2020, Finlandia comunicó a Suecia que, en virtud del artículo 12, apartado 3, del Reglamento n.º 604/2013, era responsable del examen de dicha solicitud.

18. El 27 de octubre de 2020, la autoridad sueca competente en materia de inmigración denegó la solicitud de asilo de la madre y del menor, archivó la solicitud de permiso de residencia para el menor presentada por el padre por vínculo familiar y decidió trasladar a la madre y al menor a

Finlandia de conformidad con el Reglamento n.º 604/2013. El 24 de noviembre siguiente, el traslado se llevó a cabo de conformidad con el artículo 29 de dicho Reglamento, dando lugar al levantamiento de la decisión de guarda y acogimiento del menor. El 11 de enero de 2021, la madre presentó una solicitud de asilo en Finlandia para ella y para el menor, aún pendiente de examen.

19. El 7 de diciembre de 2020, el padre impugnó la resolución adoptada el 27 de octubre de 2020 por la autoridad sueca competente en materia de inmigración mediante la cual archivó su solicitud de permiso de residencia y trasladó al menor a Finlandia. Mediante resolución de 21 de diciembre de 2020, un órgano jurisdiccional sueco anuló la citada resolución administrativa y devolvió el asunto a dicha autoridad, dado que el padre no había sido oído durante el procedimiento. Tras reexaminar el expediente, el 29 de diciembre de 2020 dicha autoridad decidió archivar los asuntos relativos al menor, dado que ya no se encontraba en territorio nacional. El 6 de abril de 2021, un órgano jurisdiccional sueco se pronunció sobre el recurso interpuesto por el padre el 19 de enero de 2021 contra la resolución de 29 de diciembre de 2020, desestimando sus pretensiones, en particular, la relativa al retorno del menor a Suecia en virtud del Reglamento n.º 604/2013. Según la información proporcionada por la autoridad sueca competente en materia de inmigración, el menor no dispone actualmente de un permiso de residencia en Suecia, de manera que no puede entrar en el país.

20. En paralelo, un tribunal sueco acordó mantener, con carácter provisional, el derecho de custodia compartida de ambos progenitores, mediante auto de medidas provisionales de noviembre de 2020. Mediante resolución de 29 de abril de 2021, dicho tribunal declaró el divorcio de los padres, atribuyó a la madre la custodia del menor en exclusiva con efectos inmediatos, desestimó la pretensión relativa al derecho de visita formulada por el padre y declaró la caducidad del auto de medidas provisionales antes citado.

21. Al considerar que el menor había sido objeto de un traslado o retención ilícitos, el 21 de diciembre de 2020, el padre presentó ante el Helsingin hovioikeus (Tribunal de Apelación de Helsinki, Finlandia) una demanda de restitución inmediata del menor a Suecia. Mediante resolución de 25 de febrero de 2021, el Helsingin hovioikeus (Tribunal de Apelación de Helsinki) desestimó la demanda. El padre interpuso un recurso de casación contra dicha resolución ante el Korkein oikeus (Tribunal Supremo, Finlandia). En el marco del examen de dicho recurso, el 23 de abril de 2021 el citado órgano jurisdiccional decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Debe interpretarse el artículo 2, punto 11, del Reglamento [n.º 2201/2003], relativo al traslado ilícito de un menor, en el sentido de que se considera como tal la situación en la que uno de los progenitores, sin el consentimiento del otro, traslada al menor de su Estado de residencia a otro Estado miembro, el cual es el Estado miembro responsable en virtud de una decisión de traslado adoptada por una autoridad con arreglo al Reglamento [n.º 604/2013]?

2) En caso de respuesta negativa a la primera cuestión prejudicial, ¿debe interpretarse el artículo 2, punto 11, del Reglamento [n.º 2201/2003], relativo a la retención ilícita, en el sentido de que se considera como tal la situación en la que un órgano jurisdiccional del Estado de residencia del menor ha anulado la decisión adoptada por una autoridad de transferir la responsabilidad del examen del expediente, pero en la que el menor cuya restitución se ordena ya no dispone ni de un permiso de residencia válido en su Estado de

residencia ni de un derecho de entrada o de residencia en dicho Estado? [4]

3) Si, habida cuenta de las respuestas que se den a las cuestiones prejudiciales primera y segunda, procede interpretar el [artículo 2, punto 11, del] Reglamento [n.º 2201/2003] en el sentido de que se trata de un traslado o retención ilícitos del menor y que, en consecuencia, procede ordenar su devolución a su Estado de residencia, ¿debe interpretarse el artículo 13, párrafo primero, letra b), del Convenio de La Haya de 1980 en el sentido de que se opone a la restitución del menor:

   a) porque existe un grave riesgo, en el sentido de dicha disposición, de que la restitución de un bebé sin su madre, que se ha encargado personalmente de sus cuidados, lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera lo ponga en una situación intolerable;

   b) porque el menor, en su Estado de residencia, sería puesto a disposición de las autoridades y alojado en una casa de acogida, solo o con su madre, lo que pondría de relieve que existe un grave riesgo, en el sentido de dicha disposición, de que su restitución lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera lo ponga en una situación intolerable; o

   c) porque, al no disponer de permiso de residencia válido, se pondría al menor en una situación intolerable en el sentido de dicha disposición?

4) Si, habida cuenta de la respuesta que se dé a la tercera cuestión prejudicial, cabe interpretar los motivos de denegación previstos en el artículo 13, párrafo primero, letra b), de la Convención de La Haya, en el sentido de que existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera lo ponga en una situación intolerable, ¿debe interpretarse el artículo 11, apartado 4, del Reglamento [n.º 2201/2003], en relación con el concepto de interés superior del niño, contemplado en el artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión [Europea (en lo sucesivo, "Carta")], en el sentido de que, en una situación en la que ni el menor ni su madre disponen de un permiso de residencia válido en el Estado de residencia del menor […], el Estado de residencia del menor debe adoptar medidas adecuadas para garantizar la residencia regular del menor y de su madre en el Estado miembro en cuestión?

   En caso de que el Estado de residencia del menor esté obligado a adoptar tales medidas, ¿debe interpretarse el principio de confianza mutua entre los Estados miembros en el sentido de que el Estado que procede a la devolución del menor puede, con arreglo a dicho principio, presumir que el Estado de residencia del menor cumplirá estas obligaciones, o bien el interés del menor exige obtener de las autoridades del Estado de residencia aclaraciones sobre las medidas concretas que se han adoptado o que se adoptarán para su protección, al objeto de que el Estado miembro que procede a la devolución del menor pueda apreciar, en particular, el carácter adecuado de dichas medidas atendiendo al interés del menor?

5) En caso de que el Estado de residencia del menor no tenga la obligación, mencionada en la cuarta cuestión prejudicial, de adoptar medidas adecuadas, ¿procede, a la luz del artículo 24 de la [Carta], interpretar el artículo 20 del Convenio de La Haya de 1980, en las situaciones a que se refiere la tercera cuestión prejudicial, incisos i) a iii), en el sentido de que se opone a la

[4] En este apartado se ha reproducido la formulación de la segunda cuestión prejudicial según fue precisada por el órgano jurisdiccional remitente en su respuesta de 21 de mayo de 2021 a la solicitud de información adicional del Tribunal de Justicia.

restitución del menor, puesto que dicha restitución puede considerarse contraria, en el sentido de esta disposición, a los principios fundamentales en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales?»

IV. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia

22. El órgano jurisdiccional remitente ha solicitado que la petición de decisión prejudicial se tramite mediante el procedimiento de urgencia establecido en el artículo 107 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia. La Sala Primera del Tribunal de Justicia resolvió estimar esa solicitud el 12 de mayo de 2021, a propuesta del Juez Ponente, oído el Abogado General.

23. El 21 de mayo de 2021, el órgano jurisdiccional remitente respondió a la solicitud informal de información formulada por el Tribunal de Justicia. Mediante escrito de 31 de mayo de 2021, el Gobierno sueco respondió a las preguntas escritas formuladas por el Tribunal de Justicia y aportó los documentos que le había requerido.

24. La parte demandada en el litigio principal, el Gobierno finlandés y la Comisión Europea han presentado observaciones escritas. En la vista que se celebró el 28 de junio de 2021, se oyeron los informes orales de esas partes y del demandante en el litigio principal.

V. Análisis

A. Sobre las cuestiones prejudiciales primera y segunda

1. Observaciones preliminares

25. En primer lugar, del enunciado de las dos primeras cuestiones prejudiciales se desprende que el órgano jurisdiccional remitente se pregunta, en esencia, sobre las consecuencias de una resolución de traslado de un menor y de su madre adoptada en virtud del Reglamento n.º 604/2013 sobre la calificación de «traslado o retención ilícitos», según se define en el artículo 2, punto 11, del Reglamento n.º 2201/2003. Ambas cuestiones prejudiciales plantean pues el mismo interrogante de manera que, en mi opinión, procede examinarlas conjuntamente.

26. En segundo lugar, el órgano jurisdiccional remitente ha planteado las citadas cuestiones prejudiciales relativas a la interpretación del artículo 2, punto 11, del Reglamento n.º 2201/2003 partiendo de la premisa de que esa norma se aplica al litigio principal, extremo que rebate la demandada en el litigio principal, apoyada por la Comisión. Habida cuenta de que se suscita la duda de si son aplicables las disposiciones del Reglamento n.º 2201/2003 y este extremo ha sido objeto de debate en la vista ante el Tribunal de Justicia, conviene comprobar si una situación como la descrita en la petición de decisión prejudicial está comprendida en el ámbito de aplicación de dicho Reglamento.[5] En caso afirmativo, procederá analizar los criterios constitutivos de un traslado o retención ilícitos.

[5] Véanse, en ese sentido, las sentencias de 18 de diciembre de 2014, McCarthy y otros (C-202/13, EU:C:2014:2450), apartado 30; de 25 de julio de 2018, Alheto (C-585/16, EU:C:2018:584), apartado 67, y de 12 de marzo de 2020, VW (Derecho a la asistencia de un letrado cuando el sospechoso no comparece tras ser citado) (C-659/18, EU:C:2020:201), apartados 22 y 23.

2. Sobre la aplicabilidad del Reglamento n.º 2201/2003

27. La demandada en el litigio principal, apoyada por la Comisión, aduce que, por un lado, la aplicación del Reglamento n.º 604/2013 constituye un ejercicio de la autoridad pública por parte de los Estados miembros que es ajeno a las cuestiones de Derecho civil comprendidas en el ámbito del Reglamento n.º 2201/2003 y que, por otro lado, las resoluciones relativas al derecho de asilo y a la inmigración están expresamente excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento n.º 2201/2003.

28. No comparto este análisis. En efecto, ha de señalarse que, según lo dispuesto en su artículo 1, apartado 1, letra b), el Reglamento n.º 2201/2003 se aplica a las materias civiles relativas a la atribución, el ejercicio, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental. En este marco, el Tribunal de Justicia ha declarado en reiteradas ocasiones que el concepto de «materias civiles» debe entenderse no de manera restrictiva, sino como un concepto autónomo del Derecho de la Unión que abarca, en particular, todas las demandas, medidas o resoluciones en materia de «responsabilidad parental», entre ellas, a la luz de lo dispuesto en el considerando 5 del Reglamento n.º 2201/2003, aquellas que tienen por objeto proteger al menor.[6] De acuerdo con este planteamiento extensivo, el Tribunal de Justicia también ha incluido en el concepto de «materias civiles» medidas de protección que, incluso desde el punto de vista del ordenamiento jurídico de los Estados miembros, están sometidas al Derecho público.[7] Esta concepción de las «materias civiles» implica, pues, que debe comprobarse si, al margen de su calificación, una determinada medida está destinada, por su naturaleza, a proteger al menor.

29. A la luz de estos elementos, considero que, en las circunstancias particulares del presente asunto, el traslado del menor llevado a cabo en virtud del Reglamento n.º 604/2013 está comprendido en el ámbito de aplicación del Reglamento n.º 2201/2003. En efecto, la resolución de traslado no debe tomarse de forma aislada, sino que debe apreciarse en el marco de todo el procedimiento en el que se integra. De ello se desprende que el traslado no puede disociarse de la solicitud de protección internacional, que constituye su origen inmediato. Pues bien, en el presente asunto, la solicitud de *protección* internacional tiene por objeto[8] garantizar al menor un estatuto permanente que le protege del peligro al que puede verse enfrentado. Por consiguiente, esa solicitud constituye efectivamente una medida de protección del menor y, por tanto, está comprendida en las «materias civiles» en el sentido del artículo 1 del Reglamento n.º 2201/2003.

30. No creo que esta conclusión quede desvirtuada por el considerando 10 del Reglamento n.º 2201/2003, según el cual «no se pretende» que ese Reglamento se aplique a «las resoluciones relativas al derecho de asilo y a la inmigración». De la lectura de ese pasaje deduzco que, al emplear la expresión «no se pretende»,[9] el legislador no tuvo la intención de excluir sistemáticamente de las «materias civiles» todas las resoluciones relativas al derecho de asilo.

6 Véanse, en ese sentido, las sentencias de 27 de noviembre de 2007, C (C-435/06, EU:C:2007:714), apartados 46 a 51; de 21 de octubre de 2015, Gogova (C-215/15, EU:C:2015:710), apartado 26, y de 19 de septiembre de 2018, C. E. y N. E. (C-325/18 PPU y C-375/18 PPU, EU:C:2018:739), apartado 55.

7 Véanse, en ese sentido, las sentencias de 27 de noviembre de 2007, C (C-435/06, EU:C:2007:714), apartados 34, 50 y 51; de 2 de abril de 2009, A (C-523/07, EU:C:2009:225), apartados 24 y 27 a 29, y de 26 de abril de 2012, Health Service Executive (C-92/12 PPU, EU:C:2012:255), apartados 60 y 61.

8 En la sentencia de 21 de octubre de 2015, Gogova (C-215/15, EU:C:2015:710), apartado 28, el Tribunal de Justicia declaró que, a fin de determinar si una demanda entra en el ámbito de aplicación del Reglamento n.º 2201/2003, es preciso concentrarse en su objeto. Ha de señalarse que, en el presente caso, casi bastaría con atenerse al tenor de la solicitud.

9 Formulación que debe distinguirse de la de «no se aplica», de carácter más imperativo.

Además, esta apreciación es conforme con el planteamiento extensivo adoptado por el Tribunal de Justicia que, a la luz del considerando 5 de ese Reglamento, ha incluido en las «materias civiles» las medidas de protección del menor de Derecho público.

31. A margen del contenido del considerando 10 que, en cualquier caso, carece de todo valor jurídico vinculante,[10] de las disposiciones del Reglamento n.º 2201/2003 no se desprende que las resoluciones relativas al derecho de asilo estén excluidas, en principio, del ámbito de aplicación del citado Reglamento. En apoyo de esta tesis ha de observarse que esas resoluciones no se mencionan en el artículo 1, apartado 3, de ese mismo Reglamento, que enumera de forma taxativa las materias excluidas del ámbito de aplicación del mencionado Reglamento.[11] Por lo demás, no cabe argumentar que el artículo 1, apartado 2, del Reglamento n.º 2201/2003 no enuncia, entre las materias civiles, las resoluciones relativas al derecho de asilo. En efecto, como ya ha declarado el Tribunal de Justicia, el empleo de la expresión «en particular» en el artículo 1, apartado 2, del Reglamento n.º 2201/2003 implica que la enumeración contenida en dicha disposición reviste carácter indicativo.[12]

32. A la luz de las anteriores observaciones, considero, en contra de lo que sostienen la Comisión y la demandada en el litigio principal, que las resoluciones relativas al derecho de asilo están comprendidas en el ámbito de aplicación del Reglamento n.º 2201/2003 en la medida en que, como ocurre en el presente asunto, constituyan una medida de protección del menor.

3. Sobre la calificación de «traslado o retención ilícitos»

33. Conforme a la lógica antes expuesta, procede analizar cada uno de los criterios que permite calificar como «ilícitos» el traslado o la retención de un menor y comprobar, a la luz de las circunstancias del litigio principal, si esos criterios concurren en este caso.

34. A este respecto, el artículo 2, punto 11, del Reglamento n.º 2201/2003, redactado en términos muy similares a los del artículo 3 del Convenio de La Haya de 1980, engloba el traslado y la retención ilícitos en una misma definición. Partiendo de esa definición, el Tribunal de Justicia ha precisado que la existencia de un traslado o una retención ilícitos en el sentido del artículo 2, punto 11, del Reglamento supone que el menor tenía su residencia habitual en el Estado miembro de origen inmediatamente antes de su traslado o retención y nace de una infracción del derecho de custodia atribuido en virtud del Derecho de ese Estado miembro.[13] De ello se desprende que la calificación de «traslado o retención ilícitos» se fundamenta esencialmente en dos criterios acumulativos, a saber, el de residencia habitual del menor y el de infracción del derecho de custodia. Para proporcionar una respuesta útil al órgano jurisdiccional remitente, conviene pues examinar de forma sucesiva cada uno de estos dos criterios.

[10] Sentencia de 25 de noviembre de 2020, Istituto nazionale della previdenza sociale (Prestaciones familiares para residentes de larga duración) (C-303/19, EU:C:2020:958), apartado 26.

[11] Sentencia de 13 de octubre de 2016, Mikołajczyk (C-294/15, EU:C:2016:772), apartado 29. Se ha de recordar, además, en cuanto al considerando 10 del Reglamento n.º 2201/2003, que el preámbulo de un acto de la Unión no solo no tiene un valor jurídico vinculante, sino que, además, no puede ser invocado ni para establecer excepciones a las propias disposiciones del acto de que se trate ni para interpretarlas en un sentido manifiestamente contrario a su tenor [sentencia de 25 de noviembre de 2020, Istituto nazionale della previdenza sociale (Prestaciones familiares para residentes de larga duración) (C-303/19, EU:C:2020:958), apartado 26].

[12] Véase, en ese sentido, la sentencia de 27 de noviembre de 2007, C (C-435/06, EU:C:2007:714), apartado 30.

[13] Sentencia de 9 de octubre de 2014, C (C-376/14 PPU, EU:C:2014:2268), apartado 47.

a) Sobre la residencia habitual del menor

35. En el Reglamento n.º 2201/2003, el concepto de «residencia habitual» se emplea desde dos perspectivas. Por un lado, de conformidad con los artículos 2, punto 11, y 11, de dicho Reglamento, constituye un elemento clave de la calificación de «traslado o retención ilícitos» y del mecanismo de restitución del menor previsto para ese supuesto. Por otro lado, en el marco de los artículos 8 a 10 de ese Reglamento, reviste la naturaleza de un criterio general de competencia judicial. [14] Dicho esto, habida cuenta de que el concepto de «residencia habitual» debe tener un significado uniforme en el Reglamento n.º 2201/2003, el Tribunal de Justicia ha declarado que la interpretación dada a este concepto en relación con los artículos 8 y 10 de este Reglamento es extrapolable a los artículos 2, punto 11, y 11. [15]

36. Procede señalar que el Reglamento n.º 2201/2003 no contiene ninguna definición del concepto de «residencia habitual» —aunque el uso del adjetivo indica cierta estabilidad o regularidad de la residencia del menor— [16] ni efectúa una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros. El Tribunal de Justicia ha deducido de esos elementos que el concepto de «residencia habitual» debe ser objeto de una interpretación autónoma, a la vista del contexto de las disposiciones y del objetivo del Reglamento n.º 2201/2003, en particular, del que resulta de su considerando 12, según el cual dicho Reglamento se elaboró con el objetivo de responder al interés superior del menor, y en particular en función del criterio de proximidad. [17]

37. En virtud de lo anterior, el Tribunal de Justicia declaró que la residencia habitual del menor, en el sentido del Reglamento n.º 2201/2003, corresponde al lugar en que se encuentra, sobre la base de un conjunto de circunstancias de hecho que son particulares en cada caso, su centro de vida. [18] Así, en el marco de ese planteamiento concreto, ha de tenerse en cuenta, además de la presencia física del menor en un Estado miembro, otros factores que puedan indicar que dicha presencia no tiene en absoluto carácter temporal u ocasional y que revela una determinada integración del menor en un entorno social y familiar. [19] Para ello, es preciso tener en cuenta, en cada caso concreto, un abanico de indicios concordantes, como la duración, la regularidad, las condiciones y las razones de la permanencia en el territorio de los distintos Estados miembros controvertidos, el lugar y las condiciones de escolarización, y las relaciones familiares y sociales del menor en dichos Estados miembros. [20]

38. Por otro lado, cuando, como en el presente asunto, el menor es de corta edad, el Tribunal de Justicia ha declarado que la evaluación de su integración en un entorno social y familiar no puede hacer abstracción de las circunstancias que rodean la estancia de las personas de las que

[14] Para un análisis más exhaustivo de esta distinción, véanse las conclusiones del Abogado General Wahl presentadas en el asunto OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:375), puntos 44 a 51.

[15] Sentencias de 9 de octubre de 2014, C (C-376/14 PPU, EU:C:2014:2268), apartado 54, y de 8 de junio de 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436), apartado 41.

[16] Sentencias de 22 de diciembre de 2010, Mercredi (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829), apartado 44, y de 17 de octubre de 2018, UD (C-393/18 PPU, EU:C:2018:835), apartado 45.

[17] Sentencias de 2 de abril de 2009, A (C-523/07, EU:C:2009:225), apartados 34 y 35; de 22 de diciembre de 2010, Mercredi (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829), apartados 44 a 46; de 9 de octubre de 2014, C (C-376/14 PPU, EU:C:2014:2268), apartado 50; de 8 de junio de 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436), apartado 40; de 28 de junio de 2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513), apartado 40, y de 17 de octubre de 2018, UD (C-393/18 PPU, EU:C:2018:835), apartado 45.

[18] Sentencia de 28 de junio de 2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513), apartados 41 y 42.

[19] Véanse, en ese sentido, las sentencias de 2 de abril de 2009, A (C-523/07, EU:C:2009:225), apartados 37 y 38; de 22 de diciembre de 2010, Mercredi (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829), apartados 44 y 47 a 49; de 9 de octubre de 2014, C (C-376/14 PPU, EU:C:2014:2268), apartado 51; de 8 de junio de 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436), apartados 42 y 43, y de 28 de junio de 2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513), apartado 41.

[20] Véanse, en ese sentido, las sentencias de 2 de abril de 2009, A (C-523/07, EU:C:2009:225), apartado 39, y de 28 de junio de 2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513), apartado 43.

depende.[21] En efecto, el entorno en el que evoluciona un menor de corta edad es, en esencia, un entorno familiar, determinado por la persona o las personas de referencia con las que vive, que lo guardan efectivamente y cuidan de él,[22] por lo general, sus padres. En consecuencia, cuando el menor convive diariamente con sus padres, para determinar su residencia, es preciso determinar el lugar en que estos se encuentran integrados y con carácter estable en un entorno social y familiar.[23] Para determinar ese lugar, es preciso examinar una serie de elementos fácticos que incluyen, a título enunciativo, la duración, la regularidad, las condiciones y las razones de la permanencia de los padres en el o los Estados miembros en cuestión, sus conocimientos lingüísticos, sus orígenes geográficos y familiares, así como las relaciones familiares y sociales que mantienen. Esos indicios objetivos pueden completarse, en su caso, por la toma en consideración de la intención de los padres titulares del derecho de custodia de establecerse con el menor en un lugar determinado cuando esa intención pone de manifiesto la realidad de la integración de los padres, y, por consiguiente, del menor, en un entorno social y familiar.[24]

39. Así, como observó el Abogado General Saugmandsgaard Øe en sus conclusiones presentadas en el asunto UD, el Tribunal de Justicia ha desarrollado un planteamiento denominado «híbrido», según el cual la residencia habitual del menor se determina sobre la base de factores objetivos que caracterizan la estancia del menor, por un lado, y de las circunstancias que rodean la estancia de sus padres y de sus intenciones sobre el lugar de residencia del menor, por otro.[25] Corresponderá al órgano jurisdiccional remitente comprobar, sobre la base de esos elementos, si el menor tenía su residencia habitual en Suecia inmediatamente antes del traslado o retención ilícitos invocados, teniendo en cuenta todas las circunstancias particulares del presente asunto.

40. Sentado lo anterior, con el fin de proporcionar elementos útiles al órgano jurisdiccional remitente, ha de observarse, en lo que respecta a la calificación de traslado ilícito, que tanto el menor como su madre fueron trasladados a Finlandia el 24 de noviembre de 2020. Pues bien, antes de ese traslado, el menor residía en Suecia desde el 5 de septiembre de 2019, fecha de su nacimiento, mientras que sus progenitores, titulares del derecho de custodia, tenían un permiso de residencia y residían en ese país desde mayo de 2019. De ello resulta que, sin perjuicio de otros elementos complementarios a disposición del órgano jurisdiccional remitente, parece acreditado que el menor tenía su residencia habitual en Suecia antes de su traslado.

41. En cambio, desde la perspectiva de la calificación de «retención», no creo que haya quedado en modo alguno probado, a la luz de los anteriores criterios, que el menor hubiera conservado su residencia habitual en Suecia inmediatamente antes de la retención ilícita invocada. Como ya he destacado, la residencia habitual de un menor de corta edad está estrechamente vinculada con la de las personas con las que vive, que lo guardan efectivamente y cuidan de él. Pues bien, de la información remitida al Tribunal de Justicia se desprende que, a raíz de las resoluciones adoptadas por las autoridades suecas a consecuencia del comportamiento del padre, el menor no tiene prácticamente ningún contacto con él y vive con su madre. Ha de observarse además que el traslado del menor a Finlandia, a raíz de una resolución de traslado inmediatamente ejecutiva, tiene su origen en la solicitud de protección internacional presentada por la madre en nombre

21 Sentencia de 22 de diciembre de 2010, Mercredi (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829), apartados 53 a 55.

22 Sentencia de 8 de junio de 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436), apartado 45.

23 Sentencia de 28 de junio de 2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513), apartado 45.

24 Sentencias de 2 de abril de 2009, A (C-523/07, EU:C:2009:225), apartado 40, y de 8 de junio de 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436), apartados 46 y 47.

25 Véanse las conclusiones del Abogado General Saugmandsgaard Øe presentadas en el asunto UD (C-393/18 PPU, EU:C:2018:749), punto 52.

del menor y que, desde su traslado, este ya reside en ese país [26] con su madre y no tiene derecho a entrar o residir en Suecia. Considero que esos elementos, que atestiguan el enraizamiento del menor en Finlandia, pueden ser debidamente tenidos en cuenta a la hora de determinar su residencia habitual y ser decisivos para concluir que no se ha producido una retención ilícita.

b) Sobre la infracción del derecho de custodia

42. Del artículo 2, punto 11, del Reglamento n.º 2201/2003, resulta que el traslado o retención del menor es ilícito cuando atenta contra el ejercicio efectivo de un derecho de custodia adquirido en virtud del Derecho del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención. Dicho de otro modo, el carácter ilícito del traslado o retención de un menor a efectos de la aplicación del Reglamento n.º 2201/2003 presupone necesariamente la existencia de un derecho de custodia, atribuido por el Derecho nacional, que ha sido infringido mediante el traslado o retención.

43. En el presente asunto, el órgano jurisdiccional remitente solicita que se dilucide si el traslado del menor, consecuencia de su desplazamiento al Estado miembro responsable del examen de la solicitud de protección internacional, y su retención en ese Estado caracterizan una infracción del derecho de custodia. Para proporcionar una respuesta útil al órgano jurisdiccional remitente, además de delimitar el concepto de «derecho de custodia», es preciso, sobre todo, definir de forma más amplia el concepto de «infracción» de ese derecho. Sobre esta última cuestión he de señalar, de entrada, que considero que el hecho de que el traslado del menor haya sido consecuencia de la aplicación del Reglamento [n.º 604/2013] parece demostrar que la infracción del derecho de custodia presupone necesariamente una vía de hecho imputable al autor del traslado o retención ilícitos.

1) Ejercicio efectivo de un derecho de custodia

44. Sobre la base de la definición recogida en el artículo 2, punto 9, del Reglamento n.º 2201/2003, el Tribunal de Justicia ha declarado que el concepto de «derecho de custodia» constituye un concepto autónomo que debe ser objeto de una interpretación uniforme y que, a efectos de la aplicación de dicho Reglamento, el derecho de custodia incluye, en cualquier caso, el derecho de su titular a decidir el lugar de residencia del menor. [27] Aunque el concepto de «derecho de custodia» está definido en el Derecho de la Unión, para determinar el titular de ese derecho, el artículo 2, punto 11, del Reglamento n.º 2201/2003 se remite a la legislación del Estado miembro en donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención. En efecto, a tenor de ese artículo, el carácter ilícito o no del traslado o retención de un menor depende de «un derecho de custodia adquirido por resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos de conformidad con la legislación del Estado miembro en donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención». En consecuencia, la atribución del derecho de custodia a ambos progenitores o a uno solo de ellos se rige en exclusiva por el Derecho del Estado miembro de origen.

[26] Según la madre del menor, este acude a un jardín de infancia finlandés durante el día y ya habla el finés como cualquier niño de su edad. En su sentencia de 9 de octubre de 2014, C (C-376/14 PPU, EU:C:2014:2268), apartado 56, el Tribunal de Justicia precisó que la necesidad de asegurar la protección del interés superior del menor implica tener en cuenta aspectos de hecho que puedan demostrar una cierta integración del menor en un entorno social y familiar desde su traslado.

[27] Véase, en ese sentido, la sentencia de 5 de octubre de 2010, McB. (C-400/10 PPU, EU:C:2010:582), apartado 41.

45. De lo anterior resulta que corresponderá al órgano jurisdiccional remitente determinar si el padre tenía un derecho de custodia que le confería el derecho a decidir el lugar de residencia del menor, atribuido por el Estado miembro en el que dicho menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención. Sobre este particular, ha de observarse que, según los elementos que obran en los autos a disposición del Tribunal de Justicia, el padre y la madre tenían conjuntamente el derecho de custodia hasta que se dictó la resolución de 29 de abril de 2021, en virtud de la cual un tribunal sueco atribuyó a la madre la custodia del menor en exclusiva con efectos inmediatos. [28]

46. A este primer criterio jurídico relativo a la existencia del derecho de custodia, procede añadir otro de carácter más fáctico. Según el artículo 2, punto 11, letra b), del Reglamento n.º 2201/2003, el traslado o retención solo son ilícitos si el derecho de custodia se «ejercía, en el momento del traslado o de la retención, de forma efectiva, separada o conjuntamente, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención». Este requisito adicional resulta lógico en la medida en que la calificación como ilícito del traslado o retención da lugar a la aplicación del mecanismo de restitución inmediata del menor previsto en el Reglamento n.º 2201/2003. Pues bien, en una situación en la que el derecho de custodia existe de forma teórica, con ninguna o escasas manifestaciones concretas, la ejecución de un procedimiento de restitución inmediata no sería conforme con el objetivo de protección de los intereses fundamentales del menor que persigue el Reglamento n.º 2201/2003.

47. Según mi leal saber y entender, el Tribunal de Justicia no ha tenido aún la oportunidad de precisar de forma explícita el significado del criterio relativo al ejercicio efectivo del derecho de custodia. Sin embargo, en sus conclusiones presentadas en el asunto UD, el Abogado General Saugmandsgaard Øe propuso una definición *a sensu contario* de dicho concepto señalando que «el progenitor que no tiene la guarda efectiva del menor (pese a ser titular de la responsabilidad parental) únicamente forma parte de su entorno familiar si el menor mantiene con él contactos regulares». [29] Por otra parte, procede señalar que este concepto de «ejercicio efectivo del derecho de custodia» también figura en el Convenio de La Haya de 1980 cuyo artículo 3 define el traslado o retención ilícitos en términos prácticamente idénticos a los del artículo 2, punto 11, del Reglamento n.º 2201/2003. Pues bien, del informe explicativo del citado Convenio se desprende que el carácter efectivo del derecho de custodia, que debe comprobarse a la luz de las circunstancias de cada asunto, debe interpretarse en sentido amplio [30] y que se refiere a aquellas situaciones en las que el titular se encarga del cuidado de la persona del menor, incluso si no conviven, por razones plausibles en cada caso concreto. [31]

48. De esos elementos deduzco que un progenitor ejerce de forma efectiva el derecho de custodia cuando se encarga del cuidado de la persona del menor y mantiene con él contactos regulares. Sentado lo anterior, es preciso apreciar y aplicar con prudencia y rigor los límites de ese criterio para prevenir su utilización abusiva a fin de justificar el traslado o retención del menor, so pena de soslayar el objetivo de protección del interés superior del menor que persigue el Reglamento n.º 2201/2003. En el marco de su análisis, el órgano jurisdiccional remitente deberá tener en

[28] La finalización de la custodia conjunta el 29 de abril de 2021 implica, en cualquier caso, que solo cabría calificar como ilícita la retención durante el período comprendido entre el 24 de noviembre de 2020 y el 29 de abril de 2021.

[29] Véanse las conclusiones del Abogado General Saugmandsgaard Øe presentadas en el asunto UD (C-393/18 PPU, EU:C:2018:749), punto 94.

[30] Un análisis de las resoluciones recogidas en la base Incadat (repertorio de la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales de los Estados signatarios del Convenio de la Haya de 1980) demuestra que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros han adoptado esa acepción amplia del concepto de «ejercicio efectivo del derecho de custodia».

[31] Informe explicativo del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, Pérez-Vera, E., apartados 72, 73 y 115 (https://assets.hcch.net/docs/43df3dd9-a2d5-406f-8fdc-80bc423cdd79.pdf).

cuenta que, tan solo dos meses después de su nacimiento, el menor fue objeto de una decisión de guarda y acogimiento, junto con su madre, en una casa de acogida a raíz del comportamiento violento del padre y que, desde ese momento, según las autoridades suecas, el padre únicamente ha mantenido contactos esporádicos con el menor.

2) Vía de hecho imputable a la madre

49. Para aclarar este segundo requisito, es preciso remitirse a la acepción del concepto de «traslado ilícito» adoptada en el Convenio de La Haya de 1980 y en el Reglamento n.º 2201/2003. En lo que concierne al Convenio, procede destacar, como hace la Comisión, que, según el apartado 11 del informe explicativo del Convenio de La Haya de 1980, «las situaciones consideradas resultan del uso de vías de hecho para crear vínculos artificiales de competencia judicial internacional con vistas a obtener la custodia de un menor». Esta consideración se explica en los apartados 12 a 15 del informe explicativo, de los que se desprende, en esencia, que el traslado ilícito, que tiene como consecuencia sustraer al menor del entorno familiar y social en el que desarrollaba su vida, tiene por finalidad lograr de las autoridades del país al que el menor ha sido llevado el derecho de custodia sobre él. En otras palabras, al intentar establecer vínculos más o menos artificiales de competencia judicial, el autor o instigador del traslado ilícito pretende obtener la legalización de la situación de hecho que ha creado.

50. Del examen de las sentencias del Tribunal de Justicia relativas a la interpretación del Reglamento n.º 2201/2003 también se deriva una concepción idéntica del traslado o retención ilícitos. Así, el Tribunal de Justicia ha declarado que «el traslado ilícito de un menor, *como consecuencia de una decisión adoptada unilateralmente* por uno de sus progenitores, priva a menudo a dicho menor de la posibilidad de mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con el otro progenitor».[32] Según la misma lógica, el Tribunal de Justicia ha considerado que las disposiciones del Reglamento n.º 2201/2003, sobre todo las relativas a la restitución inmediata del menor, pretenden evitar que «[uno] de los padres pueda reforzar su posición en cuanto a la custodia del menor evitando, por *vía de hecho*, la competencia de los órganos jurisdiccionales designados en principio, con arreglo a las normas establecidas en particular en ese Reglamento, para pronunciarse sobre la responsabilidad parental sobre el menor».[33]

51. De las anteriores consideraciones se desprende que la infracción del derecho de custodia, que supone el traslado o retención ilícitos, se interpreta del mismo modo en el Convenio de La Haya de 1980 y en el Reglamento n.º 2201/2003. En el sentido de ambas normas, la infracción del derecho de custodia consiste fundamentalmente en un comportamiento ilícito que permite al progenitor responsable del traslado o retención del menor eludir las reglas de competencia judicial internacional. De todos los elementos anteriores deduzco que, en contra de lo que afirma el Gobierno finlandés, la caracterización de un traslado o retención ilícitos no depende exclusivamente de la constatación, puramente material y objetiva, de que el menor ha sido trasladado o retenido fuera del lugar de su residencia habitual sin el consentimiento del titular o cotitular del derecho de custodia. Es preciso que la infracción del derecho de custodia del que

[32] Sentencias de 23 de diciembre de 2009, Detiček (C-403/09 PPU, EU:C:2009:810), apartado 56, y de 1 de julio de 2010, Povse (C-211/10 PPU, EU:C:2010:400), apartado 64.

[33] Sentencia de 8 de junio de 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436), apartado 63. Véanse, en el mismo sentido, las sentencias de 23 de diciembre de 2009, Detiček (C-403/09 PPU, EU:C:2009:810), apartado 57, y de 9 de octubre de 2014, C (C-376/14 PPU, EU:C:2014:2268), apartado 67. En las sentencias de 1 de julio de 2010, Povse (C-211/10 PPU, EU:C:2010:400), apartado 43, y de 24 de marzo de 2021, SS (C-603/20 PPU, EU:C:2021:231), apartado 45, el Tribunal de Justicia emplea el término común sustracción, más explícito y significativo, que también se usa en el título del Convenio de La Haya de 1980.

este último es titular se deba a una vía de hecho imputable al progenitor responsable del traslado o de la retención del menor y que esté destinada, haciendo caso omiso del interés superior del menor, a que dicho progenitor obtenga una ventaja práctica o jurídica en perjuicio del otro progenitor.

52. La singularidad del presente asunto reside en que el traslado del menor se produjo en virtud de una resolución de traslado del interesado y de su madre al Estado miembro del examen de las solicitudes de protección internacional presentadas por ella, de conformidad con el Reglamento n.º 604/2013. A este respecto, es preciso destacar que, a tenor del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2013/32/UE,[34] toda persona mayor de edad que goce de capacidad jurídica debe tener derecho a formular una solicitud de protección internacional por su propia cuenta. En lo que respecta a los menores, el artículo 7, apartado 3, de la Directiva 2013/32 dispone que estos deben poder formular una solicitud de protección internacional en su propio nombre en los Estados miembros que confieren a los menores capacidad jurídica para actuar en los procedimientos y, en todos los Estados miembros obligados por esta Directiva, deben poder formular una solicitud de protección internacional a través de un adulto que los represente, como un progenitor u otro familiar adulto. De esas disposiciones se desprende que la normativa de la Unión no se opone ni a que varios miembros de una misma familia presenten cada uno de ellos una solicitud de protección internacional ni tampoco a que uno de ellos también formule su solicitud en nombre de un miembro menor de edad de la familia.[35]

53. De conformidad con el artículo 20 del Reglamento n.º 604/2013, el proceso de determinación del Estado miembro responsable se inicia en el momento en que se presenta una solicitud. Según el apartado 3 de dicho artículo, la situación de un menor que acompañe al solicitante y responda a la definición de miembro de la familia será indisociable de la del miembro de su familia y será competencia del Estado miembro responsable del examen de la solicitud de protección internacional de dicho miembro de la familia, aun cuando el menor no sea individualmente un solicitante, siempre que esto redunde en el interés superior del menor. El Tribunal de Justicia ha considerado que, a falta de prueba en contrario, esta disposición debe interpretarse en el sentido de que establece una presunción de que redunda en el interés superior del niño tratar la situación de este de forma indisociable de la de sus padres.[36]

54. La autoridad nacional competente que conoce de esa solicitud de protección internacional no debe confiar la responsabilidad del examen de una solicitud de protección internacional a un Estado miembro designado según la conveniencia del solicitante, sino que debe aplicar los criterios de responsabilidad establecidos por el legislador de la Unión en el capítulo III del Reglamento n.º 604/2013 para determinar el Estado miembro responsable del examen de la citada solicitud, teniendo en cuenta el interés superior del menor.[37] Sobre la base de tales criterios de determinación, el Estado miembro ante el que se ha presentado la solicitud de protección internacional puede pedir a otro Estado miembro que se haga cargo o readmita al solicitante en las condiciones establecidas en los artículos 21, 23 y 24 del Reglamento n.º 604/2013. Si, una vez efectuadas las verificaciones previstas en los artículos 22 y 25 del citado Reglamento, el Estado requerido considera que es responsable del examen de la solicitud de protección internacional, el interesado será trasladado a este Estado miembro, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 26 de dicho Reglamento.

[34] Directiva del Parlamento y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (DO 2013, L 180, p. 60).

[35] Sentencia de 4 de octubre de 2018, Ahmedbekova (C-652/16, EU:C:2018:801), apartados 53 a 55.

[36] Véase, en ese sentido, la sentencia de 23 de enero de 2019, M. A. y otros (C-661/17, EU:C:2019:53), apartados 87 a 90.

[37] Véase, en ese sentido, la sentencia de 7 de junio de 2016, Ghezelbash (C-63/15, EU:C:2016:409), apartado 54.

55. Esta resolución, sin perjuicio de los recursos previstos en el artículo 27 del Reglamento n.º 604/2013, es vinculante para el solicitante que, en las condiciones establecidas en el artículo 28, apartado 2, del citado Reglamento, puede ser internado para garantizar el procedimiento de traslado cuando exista un riesgo considerable de fuga. En virtud del artículo 29 de ese mismo Reglamento, el traslado debe efectuarse en cuanto sea materialmente posible y, a más tardar, en el plazo de seis meses a partir de la fecha de aceptación de la petición de toma a cargo por el Estado miembro requerido.

56. De este análisis se desprende que la aplicación de los criterios objetivos de determinación que establece el Reglamento n.º 604/2013 entraña, para el solicitante que no reside en el Estado miembro responsable de la solicitud de protección internacional, la ejecución de un procedimiento de traslado obligatorio a su respecto. En estas circunstancias, el traslado de un menor realizado en virtud del artículo 29 del Reglamento n.º 604/2013 a raíz de la solicitud de protección internacional presentada en su nombre por uno solo de sus progenitores titulares del derecho de custodia, que también es objeto de esa resolución de traslado, no puede constituir, *en sí*, una infracción de ese derecho en el sentido del artículo 2, punto 11, del Reglamento n.º 2201/2003. En efecto, en ese supuesto, el traslado del menor no es consecuencia de una vía de hecho imputable a ese progenitor, sino del efecto de una normativa concreta cuya aplicación se impone tanto a los Estados miembros como a los solicitantes de protección internacional.

57. La conclusión sería otra en caso de que, con el pretexto de una solicitud de protección internacional presentada en nombre del menor y en el suyo propio, un progenitor hubiera pretendido, en realidad, crear una situación de hecho para eludir las normas de competencia judicial previstas en el Reglamento n.º 2201/2003. [38] Aunque, en cualquier caso, la apreciación de la existencia de una vía de hecho es competencia del órgano jurisdiccional nacional, al que incumbe examinar todas las circunstancias específicas del caso, considero, a la luz de la información proporcionada por el órgano jurisdiccional remitente y por las partes, que no parece acreditado que se haya cometido ningún comportamiento ilícito. [39]

58. En efecto, de la petición de decisión prejudicial no se desprende ningún elemento fáctico que apunte a que la madre abusó del procedimiento de solicitud de asilo para eludir las normas de competencia judicial establecidas en el Reglamento n.º 2201/2003. [40] Es importante destacar que, después de haber solicitado ya el 4 de diciembre de 2019 un permiso de residencia para el menor en Suecia, el 7 de agosto de 2020, la madre solicitó *a ese mismo país* protección internacional para sí y para su hijo. La circunstancia de que la madre no informara al padre del menor de la solicitud de protección internacional presentada ante las autoridades suecas y de sus consecuencias no constituye, en sí, una prueba de su intención fraudulenta, teniendo en cuenta, además, que ese comportamiento se enmarca en un contexto de temor vinculado a anteriores episodios de violencia doméstica. Como subraya el órgano jurisdiccional remitente, el 2 de septiembre de 2020, la madre volvió a acudir ante un órgano jurisdiccional sueco para solicitar que se le atribuyese la custodia exclusiva, fecha en la que la autoridad competente en materia de inmigración ya le había anunciado que Finlandia era el Estado responsable del examen de su solicitud de protección internacional y de la de su hijo. Asimismo, aunque la madre aceptó

[38] En la sentencia de 18 de diciembre de 2014, McCarthy y otros (C-202/13, EU:C:2014:2450), apartado 54, el Tribunal de Justicia precisó que, para probar la existencia de una práctica abusiva, es necesario examinar, al menos, si el interesado ha pretendido obtener un beneficio resultante de la normativa de la Unión mediante la creación artificiosa de las condiciones exigidas para su obtención.

[39] Además, en mi opinión, la dificultad objetiva que supone conocer y comprender el complejo mecanismo que prevé el Reglamento n.º 604/2013 a efectos de la determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional, y la incertidumbre inherente al resultado de ese procedimiento, abogan por considerar poco realista la existencia de una estrategia encaminada a eludir las disposiciones de esa norma con el fin de crear vínculos artificiales de competencia judicial internacional.

[40] Véase, en ese sentido, la sentencia de 8 de junio de 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436), apartado 64.

trasladarse a Finlandia, no es menos cierto que ese traslado se efectuó en ejecución de una resolución obligatoria de traslado contra la que no cabe considerar que podía interponer un recurso [41] y aún menos que pudiera eludirla.

59. A raíz de dicha decisión de traslado, la madre y el menor han permanecido desde entonces de forma ininterrumpida en Finlandia, a quien incumbe examinar las solicitudes de protección internacional, y el procedimiento está actualmente en curso, habiéndose celebrado una entrevista con la madre del menor el 27 de mayo de 2021. Es forzoso observar que en Suecia no se ha presentado ninguna petición ni se adoptado ninguna resolución de readmisión de la madre y del menor, de manera que la situación jurídica de los interesados sigue siendo la de solicitantes de protección internacional residentes en Finlandia, Estado responsable del examen de su solicitud. Mediante resolución de 6 de abril de 2021, que adquirió carácter firme el 12 de mayo del mismo año según la demandada en el litigio principal, un órgano jurisdiccional sueco de lo contencioso-administrativo rechazó la solicitud del padre del menor, basada en el Reglamento n.º 604/2013, para que el menor regresara a dicho país. Por último, ha de señalarse que ni la madre ni el menor disponen actualmente de un permiso de residencia en Suecia y que un órgano jurisdiccional de ese Estado miembro, competente en materia de familia, atribuyó la custodia exclusiva del menor a la madre y desestimó la demanda de derecho de visita presentada por el padre.

60. Creo que esas circunstancias permiten excluir una infracción del derecho de custodia y, por consiguiente, la existencia de un «traslado o retención ilícitos».

B. Sobre las cuestiones prejudiciales tercera, cuarta y quinta

61. Ha de señalarse, por último, que las cuestiones prejudiciales tercera, cuarta y quinta versan sobre las condiciones en las que un órgano jurisdiccional que conoce de una demanda de restitución puede desestimarla en virtud del artículo 13, párrafo primero, letra b), del Convenio de La Haya de 1980 y del artículo 11, apartado 4, del Reglamento n.º 2201/2003 para garantizar la protección del menor.

62. Del propio tenor de la petición de decisión prejudicial se desprende que esas cuestiones tienen carácter condicional. Solo se plantean en caso de que la respuesta a las dos primeras cuestiones prejudiciales permita considerar que las circunstancias del litigio principal caracterizan un «traslado o retención ilícitos» del menor, en el sentido del artículo 2, punto 11, del citado Reglamento. Pues bien, como ya he expuesto de un modo que, a mi juicio, no deja lugar a dudas, no puede considerarse que se haya producido ese traslado o retención ilícitos. Por consiguiente, no procede responder a las cuestiones prejudiciales tercera, cuarta y quinta. Conviene observar, por lo demás, que la confirmación de la existencia de la resolución judicial que invocó la demandada en el litigio principal durante la vista, por la que se desestimó el recurso del padre contra la resolución de 29 de abril de 2021 y por la que se atribuyó a la madre la custodia exclusiva del hijo común, cierra el debate ante el órgano jurisdiccional remitente relativo al regreso del menor a Suecia.

[41] En la sentencia de 13 de septiembre de 2017, Khir Amayry (C-60/16, EU:C:2017:675), apartado 54, el Tribunal de Justicia precisó, además, que la interposición de un recurso al amparo del Reglamento n.º 604/2013 no puede equipararse al *forum shopping* que el sistema de Dublín trata de evitar.

VI. Conclusión

63. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, propongo al Tribunal de justicia que responda del siguiente modo a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Korkein oikeus (Tribunal Supremo, Finlandia):

«El Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000, debe interpretarse en el sentido de que una situación, como la del litigio principal, en la que un menor y su madre se han trasladado y han permanecido en un Estado miembro en ejecución de una resolución de traslado adoptada por la autoridad competente del Estado miembro de origen de conformidad con el Reglamento (UE) n.º 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, 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, no puede considerarse un traslado o retención ilícitos, en el sentido del artículo 2, punto 11, del Reglamento n.º 2201/2003, salvo si se acredita que, con el pretexto de una solicitud de protección internacional presentada en nombre del menor, la madre ha creado una situación de hecho para eludir las normas de competencia judicial previstas en el Reglamento n.º 2201/2003, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente a la luz de todas las circunstancias específicas del caso.»

[i] — «Los apartados 1, 8, 27, 29, 39, 43, 47 y 52 y las notas 18 y 33 del presente texto han sufrido una modificación con posterioridad a su primera publicación en línea».