

Asunto C-262/21 PPU

Petición de decisión prejudicial

Fecha de presentación:

23 de abril de 2021

Órgano jurisdiccional remitente:

Korkein oikeus (Tribunal Supremo, Finlandia)

Fecha de la resolución de remisión:

23 de abril de 2021

Parte demandante:

A

Parte demandada:

B

K O R K E I N O I K E U S [TRIBUNAL SUPREMO]
[omissis] 1 (15)

RESOLUCIÓN

[omissis]

Fecha: 23 de abril de 2021

Número 615

PARTE DEMANDANTE: A

PARTE DEMANDADA: B

LITIGIO: Restitución del menor con arreglo al Convenio de La Haya

Petición de decisión prejudicial planteada al Tribunal de Justicia de la Unión Europea

SOLICITUD DE APLICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE URGENCIA

El Korkein oikeus solicita que la presente petición de decisión prejudicial se tramite mediante el procedimiento prejudicial de urgencia con arreglo al artículo

107 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia. Las circunstancias que justifican la aplicación del procedimiento de urgencia se exponen con detalle en el escrito de acompañamiento.

RESOLUCIÓN DEL KORKEIN OIKEUS

Objeto del litigio

- 1 El presente asunto tiene por objeto una solicitud, con arreglo al Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980 (Recopilación de Tratados de Naciones Unidas, vol. 1343, n.º 22514; en lo sucesivo, «Convenio de La Haya de 1980»), dirigida a conseguir la restitución a Suecia de un menor que ha sido trasladado a Finlandia. La cuestión que se plantea en el presente asunto es si el traslado o la retención de un menor pueden calificarse de ilícitos cuando uno de los dos progenitores, sin la autorización del otro, haya trasladado al menor desde su Estado de residencia habitual a otro Estado miembro de la Unión Europea después de que la autoridad del Estado de residencia competente en materia de inmigración haya considerado que las solicitudes de asilo relativas al menor y al progenitor en cuestión debían examinarse en ese otro Estado miembro. La resolución del asunto exige que se tengan en cuenta paralelamente dos sistemas diferentes basados en la cooperación y la confianza entre los Estados miembros de la Unión. Se plantean cuestiones de interpretación del Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000 (en lo sucesivo, «Reglamento Bruselas II bis»), y del 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 (en lo sucesivo, «Reglamento Dublín III»).

Hechos pertinentes

Antecedentes del litigio

- 2 Dos nacionales iraníes, A (en lo sucesivo, «padre») y B (en lo sucesivo, «madre»), vivieron en un primer momento en Finlandia, desde 2016, y posteriormente en Suecia, a partir de mayo de 2019. La madre había obtenido, sobre la base del permiso de residencia concedido al padre como trabajador por cuenta ajena, un permiso de residencia fundamentado en vínculos familiares para Finlandia para el período comprendido entre el 28 de diciembre de 2017 y el 27 de diciembre de 2021, y para Suecia para el período comprendido entre el 11 de marzo de 2019 y el 16 de septiembre de 2020.

- 3 El menor, hijo común de las partes, C (en lo sucesivo, «menor»), nació en Suecia el 5 de septiembre de 2019. El menor tenía su residencia habitual en Suecia y sus progenitores ejercen conjuntamente el derecho de custodia. Mediante decisión de las autoridades suecas de 11 de noviembre de 2019 (que fue confirmada mediante sentencia del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de 17 de enero de 2020), el menor fue puesto a disposición de las autoridades y se le alojó junto a su madre en una casa de acogida.
- 4 El 21 de noviembre de 2019, el padre solicitó para el menor un permiso de residencia en Suecia fundamentado en el vínculo familiar padre-hijo. El 4 de diciembre de 2019, la madre solicitó para el menor un permiso de residencia en Suecia.
- 5 El 7 de agosto de 2020, la madre presentó una solicitud de asilo en Suecia para ella y para el menor, que justificó alegando haber sufrido violencia doméstica por parte del padre, así como haber sido objeto de amenazas de agresiones en nombre del honor relacionadas con la familia del padre en Irán. Mediante decisiones de 27 de octubre de 2020, la Migrationsverket (autoridad sueca competente en materia de inmigración) denegó las solicitudes de asilo de la madre y del menor por inadmisibles, archivó la solicitud de permiso de residencia presentada por el padre para el menor fundamentado en el vínculo familiar y, mediante decisiones inmediatamente ejecutivas, trasladó a la madre y al menor a Finlandia de conformidad con el artículo 29, apartado 1, del Reglamento Dublín III. El 27 de agosto de 2020, Finlandia confirmó ser responsable del examen de la solicitud de asilo de la madre y del menor con arreglo al artículo 12, apartado 3, del Reglamento Dublín III. La madre y el menor fueron trasladados a Finlandia el 24 de noviembre de 2020. El 11 de enero de 2021, la madre solicitó a Finlandia asilo para ella y para el menor. El 26 de marzo de 2021, la Maahanmuuttovirasto (Oficina Nacional de Inmigración) revocó el permiso de residencia que había concedido previamente a la madre en Finlandia. La solicitud de asilo está siendo examinada.
- 6 El 7 de diciembre de 2020, el padre interpuso recurso contra la decisión de 27 de octubre de 2020 de la autoridad sueca competente en materia de inmigración relativa al permiso de residencia fundamentado en el vínculo familiar y al traslado del menor a Finlandia. Mediante sentencia de 21 de diciembre de 2020, el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo ante el que se interpuso dicho recurso, el migrationsdomstolen (Tribunal de lo Contencioso-Administrativo en materia de inmigración), anuló las decisiones de la autoridad competente en materia de inmigración y devolvió el asunto a dicha autoridad para que esta se pronunciara de nuevo, dado que el padre del menor no había sido oído durante el procedimiento. Mediante su decisión de 29 de diciembre de 2020, la autoridad sueca competente en materia de inmigración, después de que el menor hubiera abandonado el territorio, archivó los asuntos relativos al menor que estaban pendientes ante ella, incluida la solicitud de asilo que la madre había presentado para él. El 19 de enero de 2021, se interpuso recurso contra esta decisión ante el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo. Mediante decisión de 6 de abril de 2021, el Tribunal

de lo Contencioso-Administrativo desestimó las pretensiones dirigidas, en particular, a la adopción de un auto para la expedición de un permiso de residencia al menor fundamentado en el vínculo familiar y la restitución a Suecia de dicho menor de conformidad con el Reglamento Dublín III.

- 7 El 5 de enero de 2021, el padre solicitó de nuevo a la autoridad sueca competente en materia de inmigración un permiso de residencia fundamentado en el vínculo familiar. Esta solicitud está siendo examinada.
- 8 Paralelamente, en Suecia se halla pendiente de resolución un procedimiento entre las partes sobre la cuestión de la custodia del menor. El Västmanlands tingsrätt (Tribunal de Primera Instancia de Västmanland, Suecia), mediante auto de medidas provisionales dictado en noviembre de 2020, mantuvo el derecho de custodia compartida de los dos progenitores del menor. La madre del menor impugna la competencia de este órgano jurisdiccional para examinar el asunto después de que dicho menor haya sido trasladado a Finlandia. El asunto está siendo examinado.
- 9 El 21 de diciembre de 2020, el padre interpuso ante el Helsingin hovioikeus (Tribunal de Apelación de Helsinki, Finlandia) un recurso dirigido a la adopción de un auto para la restitución inmediata del hijo menor común de las partes a su Estado de residencia, Suecia. La madre solicita, con carácter principal, que se declare la inadmisibilidad del recurso o, con carácter subsidiario, su desestimación.
- 10 En el escrito que presentó ante el Helsingin hovioikeus el 26 de enero de 2021, la autoridad sueca competente en materia de inmigración señaló que ni el menor ni la madre disponían de un permiso de residencia válido en Suecia, ni tampoco del derecho a entrar o a residir en Suecia.

La decisión del Helsingin hovioikeus de 25 de febrero de 2021

- 11 El Helsingin hovioikeus denegó la solicitud relativa a la restitución del menor. Según este órgano jurisdiccional, en el presente asunto no hay razón alguna para considerar que la madre trasladó de manera ilícita al menor desde su país de residencia. Cuando vivía en Suecia, la madre del menor solicitó expresamente asilo en ese país para ella y para el menor. La madre presentó su solicitud dirigida a obtener la custodia exclusiva del menor el 2 de septiembre de 2020, fecha en la que la autoridad sueca competente en materia de inmigración ya le había comunicado que Finlandia era responsable del examen de su solicitud de asilo y de la solicitud de asilo del menor. Esto pone de relieve que la madre no tenía la intención de modificar el lugar de residencia del menor de una forma que afectase a la competencia internacional en los procedimientos en materia de derecho de custodia.
- 12 Según el Helsingin hovioikeus, tampoco puede considerarse que la retención del menor sea ilícita, ni siquiera a raíz de que el Tribunal de lo Contencioso-

Administrativo sueco anulase la decisión de la autoridad sueca competente en materia de inmigración y devolviera el asunto a dicha autoridad para que esta se pronunciara de nuevo, y aun cuando el padre del menor no haya dado su consentimiento para que el menor resida en Finlandia. El hovioikeus consideró que la madre podía basarse legítimamente en la información transmitida por la autoridad sueca competente en materia de inmigración en relación con el carácter inmediatamente ejecutivo de la decisión, las limitaciones relativas a la entrada del menor en el territorio y el examen de la solicitud de asilo del menor en Finlandia. Tampoco cabe deducir que la madre haya abusado de la normativa en materia de asilo.

Recurso de casación ante el Korkein oikeus

- 13 En el marco de su recurso de casación, el padre solicita la adopción de un auto para la restitución inmediata del hijo menor común de las partes a su Estado de residencia, Suecia.
- 14 En su escrito de contestación, la madre solicita la desestimación del recurso de casación.

Marco jurídico

Restitución del menor

Convenio de La Haya de 1980

- 15 El artículo 1 del Convenio de la Haya de 1980 está redactado en los siguientes términos:

«La finalidad del presente Convenio será la siguiente:

 - a) garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante; [...]
- 16 El artículo 3 de dicho Convenio tiene el siguiente tenor:

«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.

17 A tenor de lo dispuesto en el artículo 13 del citado Convenio:

«[...] 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:

[...]

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.

[...]»

18 El artículo 20 de dicho Convenio establece lo siguiente:

«La restitución del menor conforme a lo dispuesto en el artículo 12 podrá denegarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.»

Derecho de la Unión

19 El considerando 17 del Reglamento Bruselas II *bis* es del siguiente tenor:

«En caso de traslado o retención ilícitos de un menor, es importante que su restitución se produzca sin demora y con este fin debe seguir aplicándose el Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 tal y como queda completado mediante las disposiciones del presente Reglamento y, en particular, del artículo 11. [...]»

20 Por su parte, el considerando 33 de dicho Reglamento dispone que:

«El presente Reglamento reconoce los derechos fundamentales y observa los principios consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Concretamente, pretende garantizar el respeto de los derechos fundamentales del menor enunciados en el artículo 24 de dicha Carta.»

21 El artículo 2, apartado 11, del citado Reglamento prevé que el traslado o retención de un menor serán ilícitos 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.»

22 El artículo 11, apartado 4, de dicho Reglamento establece lo siguiente:

«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.»

23 En virtud del artículo 24, apartados 2 y 3, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea:

«En todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial.

Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses.»

Derecho nacional

24 La restitución del menor está regulada por la laki lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta (361/1983) (Ley relativa a la custodia del menor y al derecho de visita). Las disposiciones de dicha Ley se corresponden con las disposiciones del Convenio de La Haya de 1980.

25 Con arreglo al artículo 30 de la Ley relativa a la custodia del menor y al derecho de visita, en su versión modificada por la Ley 186/1994, deberá ordenarse la restitución inmediata de un menor que se halle en Finlandia y que haya sido trasladado ilícitamente desde el Estado en el que tenía su residencia habitual, o que se encuentre retenido de manera ilícita, cuando el menor tuviera su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o de su retención en un Estado parte en el Convenio de La Haya.

26 A tenor de lo dispuesto en el artículo 32, apartado 1, de la Ley relativa a la custodia del menor y al derecho de visita, en su versión modificada por la Ley 186/1994, 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.»

- 27 El artículo 34 de la Ley relativa a la custodia del menor y al derecho de visita, en su versión modificada por la Ley 186/1994, establece los motivos de denegación. Con arreglo a esta disposición, la solicitud de restitución del menor podrá denegarse:

«[...]»

2) cuando exista 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; [...]

Cuando el menor tuviera su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o de su retención en un Estado miembro contemplado en el artículo 2, punto 3, del Reglamento Bruselas II *bis*, las disposiciones previstas en el artículo 11, apartado 4, de dicho Reglamento también serán aplicables en lo que se refiere a la denegación de la solicitud de restitución del menor con arreglo a las disposiciones del párrafo primero, punto 2.»

Traslado del solicitante de asilo al Estado miembro responsable

Derecho de la Unión

- 28 El artículo 12, apartado 3, del Reglamento Dublín III tiene el siguiente tenor:

«[...]»

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 [...]

- 29 El artículo 29 de dicho Reglamento establece, en lo que se refiere a los traslados, lo siguiente:

«1. 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.

[...]»

Jurisprudencia nacional

- 30 Este órgano jurisdiccional remitente nunca ha tenido ocasión de pronunciarse sobre un asunto que tenga por objeto la restitución de un menor en el que haya sido necesario apreciar si una decisión relativa a la transferencia de la responsabilidad del examen de una solicitud de asilo, adoptada sobre la base del Reglamento Dublín III en otro Estado miembro, tiene como consecuencia que el traslado del menor de dicho Estado miembro o su retención no deban considerarse ilícitos de conformidad con el Convenio de la Haya de 1980 o del Reglamento Bruselas II *bis*.
- 31 Este órgano jurisdiccional remitente, en la decisión de principio KKO 2016:65, examinó un asunto en el que el padre de un menor, cuya custodia ejercían conjuntamente ambos progenitores, trasladó de manera ilícita a dicho menor a Finlandia. El padre y el menor obtuvieron a continuación el asilo y el estatuto de refugiado en Finlandia. La madre del menor solicitó la restitución del menor a su Estado de residencia, Bielorrusia, con arreglo al Convenio de la Haya de 1980. Este órgano jurisdiccional remitente consideró que el asilo concedido al menor no constituía, por sí solo, una razón para no aplicar la obligación de restitución establecida en el Convenio de la Haya, puesto que la restitución debía apreciarse sobre la base de los motivos de denegación recogidos en el Convenio de La Haya, teniendo en cuenta el interés del menor. No había nada que se opusiese a la restitución.
- 32 De la decisión de principio KHO 2016:168 del Korkein hallinto-oikeus (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, Finlandia) se desprende que las autoridades nacionales denegaron una solicitud de renovación del permiso de residencia del menor fundamentado en vínculos familiares presentada por el padre. Con arreglo a esta decisión, un permiso de residencia concede al menor la posibilidad de vivir en Finlandia. Un permiso de residencia no puede determinar el lugar o país de residencia de un menor, puesto que ello forma parte del poder de decisión de las personas que ejercen su custodia, con arreglo a lo dispuesto en la Ley relativa a la custodia del menor y al derecho de visita. Los órganos jurisdiccionales nacionales que examinaron la cuestión de la custodia y de la residencia del menor consideraron que sus dos progenitores ejercían su custodia de forma conjunta y que vivía con su padre. Después de que la madre trasladara sin autorización al menor de Finlandia a Rusia, el órgano jurisdiccional ruso encargado de examinar la cuestión de la restitución del menor ordenó, con arreglo al Convenio de La Haya de 1980, su restitución a su Estado de residencia habitual, Finlandia.

- 33 En las decisiones antes citadas no se aplicaron ni el Reglamento Bruselas II *bis* ni el Reglamento Dublín III. En la decisión KKO 2016:65 no se atribuyó la mayor importancia a la decisión relativa al asilo del menor en el marco de la apreciación de la cuestión de la restitución del mismo. En la decisión KHO 2016:168 la cuestión del permiso de residencia del menor se apreció separadamente de las cuestiones relativas al lugar de residencia y a la restitución del menor.

Necesidad de plantear una petición de decisión prejudicial

- 34 Este órgano jurisdiccional remitente debe pronunciarse sobre la cuestión de la restitución del menor, tal como se ha expuesto en el apartado 1 anterior. Suecia era el Estado de residencia del menor inmediatamente antes del supuesto traslado ilícito. La madre alega ante este órgano jurisdiccional remitente que Finlandia pasó a ser el Estado de residencia del menor como muy tarde en el momento en que la autoridad sueca competente en materia de inmigración informó de que dicho menor no tenía ni el derecho a entrar ni el derecho a residir en Suecia, momento en que caducó su expediente de asilo. Este órgano jurisdiccional remitente observa que la cuestión que ha de resolver en el presente asunto no es aquella, frecuentemente examinada en la jurisprudencia, que tiene por objeto una modificación del lugar de residencia habida cuenta de la residencia habitual. Debe resolver diversas cuestiones que dependen de la interpretación del Reglamento Bruselas II *bis* en un supuesto en el que el traslado del menor de su Estado de residencia, Suecia, trae causa de una decisión de transferencia de la responsabilidad del examen de una solicitud de asilo, adoptada sobre la base del Reglamento Dublín III. Según el *leal saber y entender* de este órgano jurisdiccional remitente, el Tribunal de Justicia no se ha pronunciado nunca sobre estas cuestiones de interpretación en su jurisprudencia.
- 35 Antes de nada, en el presente asunto se plantea la cuestión de si, ya en este momento, se trata de un traslado ilícito de un menor en el sentido del artículo 2, punto 11, del Reglamento Bruselas II *bis*, y del artículo 3 del Convenio de La Haya de 1980. La salida de la madre y del menor de Suecia y su llegada a Finlandia fueron ocasionadas por la solicitud presentada por la autoridad sueca competente en materia de inmigración y por su decisión relativa al Estado miembro responsable del examen de la solicitud de asilo sobre la base del artículo 12, apartado 3, letra a), del artículo 18, apartado 1, y del artículo 29, apartado 1, del Reglamento Dublín III, así como por la aceptación de dicha solicitud por la autoridad finlandesa competente en materia de inmigración. La decisión de la autoridad sueca competente en materia de inmigración (de 27 de octubre de 2020) sobre la transferencia de la responsabilidad del examen del expediente tuvo como consecuencia la caducidad de la solicitud de asilo relativa al menor presentada por la madre en Suecia; dicha decisión incluía las decisiones de archivo de las solicitudes de permiso de residencia fundamentado en vínculos familiares relativas al menor que el padre y la madre habían presentado separadamente. La decisión de la autoridad sueca competente en materia de inmigración era inmediatamente ejecutiva y, por ello, tanto la madre como el menor perdieron el

derecho de residencia en Suecia. Habida cuenta de que es un hecho claro e indiscutible que la madre tenía en Finlandia un derecho de residencia más prolongado que en Suecia, esta actuó correctamente si se examina el asunto con arreglo al mecanismo del Reglamento Dublín III. Desde esta perspectiva, no se produjo ningún traslado ilícito del menor en el sentido del artículo 3 del Convenio de La Haya de 1980 y del artículo 2, punto 11, del Reglamento Bruselas II *bis*.

- 36 Sin embargo, según el padre del menor, en el presente asunto la madre ha utilizado el procedimiento de asilo para fines distintos de aquellos para los que se estableció, al tiempo que no solicitó el consentimiento del padre para trasladar al menor de Suecia a Finlandia. Si se considera el asunto con arreglo a las normas y disposiciones del Convenio de La Haya de 1980 y del Reglamento Bruselas II *bis* en materia de sustracción de menores, el menor, cuya custodia ejercían conjuntamente sus progenitores, fue trasladado ilícitamente desde su Estado de residencia, Suecia.
- 37 Si se considera, como se ha expuesto en el apartado 35 anterior, que no se trataba de un traslado ilícito del menor, procede en un segundo momento apreciar si existe una retención ilícita del menor, en el sentido del artículo 3 del Convenio de La Haya de 1980 y del artículo 2, punto 11, del Reglamento Bruselas II *bis*, en la medida en que el órgano jurisdiccional de lo contencioso-administrativo sueco anuló a continuación (el 21 de diciembre de 2020) la decisión de la autoridad sueca competente en materia de inmigración de transferir a Finlandia la responsabilidad del examen de las solicitudes de asilo del menor, de declarar caducas las solicitudes de asilo presentadas por la madre en Suecia y de archivar las solicitudes de permiso de residencia relativas al menor presentadas por el padre y por la madre en Suecia. Sin embargo, de la información proporcionada por las autoridades suecas se desprende que el menor y su madre siguen, en esta situación, privados del derecho a entrar y a residir en Suecia. Si esta circunstancia se considera pertinente, no estaremos ante una retención ilícita del menor.
- 38 Para el supuesto de que las normas y disposiciones antes citadas del Convenio de La Haya de 1980 y del Reglamento Bruselas II *bis*, en relación con las disposiciones del Reglamento Dublín III relativas a la transferencia de la responsabilidad del examen de la solicitud de asilo, se interpreten en el sentido de que se trata de un traslado o de una retención ilícitos del menor, aún será preciso examinar si existe algún impedimento para la restitución del menor. La madre invoca los artículos 13, párrafo primero, letra b), y 20 del Convenio de La Haya como disposiciones que se oponen en el presente asunto a la restitución del menor.
- 39 De los autos se desprende que las autoridades suecas se hicieron cargo del menor cuando este tenía aproximadamente dos meses, y que lo alojaron, junto a su madre, en una casa de acogida. La decisión relativa a la guarda del menor y a su acogimiento estuvo vigente hasta noviembre de 2020. De los autos resulta que dicha guarda y dicho acogimiento estuvieron motivados por los episodios de violencia doméstica de que fue víctima la madre. Por ello, en el presente asunto es preciso examinar la cuestión de si este tipo de guarda y de alojamiento del menor

en una casa de acogida constituye un obstáculo en el sentido del artículo 13, párrafo primero, letra b), del Convenio de La Haya de 1980, por considerarse que su restitución lo podría exponer, debido a la violencia doméstica de que fue víctima su madre, a un peligro grave físico o psíquico o de cualquier otra manera ponerlo en una situación intolerable. Sin embargo, la importancia de este obstáculo queda reducida por el hecho de que las autoridades suecas, mediante las decisiones tomadas en relación con la guarda del menor y su alojamiento en una casa de acogida, ya han adoptado previamente medidas adecuadas para garantizar la protección del menor, en el sentido del artículo 11, apartado 4, del Reglamento Bruselas II *bis*. En el presente asunto no existe ninguna razón para considerar que no sería posible aplicar dichas medidas tras la restitución del menor a Suecia.

- 40 La cuestión del motivo de denegación relacionado con los supuestos episodios de violencia doméstica se ha incluido en la presente petición de decisión prejudicial dado que forma parte de la apreciación relativa a la restitución del menor, aun cuando este órgano jurisdiccional remitente no alberga ninguna duda en particular en cuanto al umbral de aplicación del motivo de denegación basado en la existencia de un grave riesgo, ni tampoco en lo relativo a la capacidad de Suecia de adoptar medidas adecuadas para garantizar la protección del menor.
- 41 Aún es preciso examinar la cuestión de los obstáculos a la restitución del menor indagando si cabe calificar una situación de «intolerable», en el sentido del artículo 13, párrafo primero, letra b), del Convenio de La Haya de 1980, cuando el menor cuya restitución se ordena, o su madre, que cuidaba de él con carácter principal, no disponen ni de un permiso de residencia válido ni del derecho a entrar en el país al que se exige la restitución del menor. Cuando el bebé, que en la actualidad tiene aproximadamente un año y medio, vivía en Suecia, era su madre quien cuidaba de él con carácter principal, y quien continuó cuidando de él en la casa de acogida en la que fue alojado después de que las autoridades se hicieran cargo de él cuando tenía aproximadamente dos meses. El hecho de que el menor pudiera tener en Suecia el derecho, debido a su vínculo familiar, a obtener un permiso de residencia fundamentado en el permiso de residencia de su padre no tiene necesariamente una importancia decisiva en el marco de la apreciación del carácter intolerable de la situación.
- 42 Si, en estas circunstancias, el artículo 13, párrafo primero, letra b), del Convenio de La Haya de 1980 debe interpretarse en el sentido de que la restitución del menor a Suecia lo pondría en una situación intolerable, aún sería preciso examinar en el presente asunto qué debe entenderse por medidas adecuadas para garantizar la protección del menor tras su restitución, en el sentido del artículo 11, apartado 4, del Reglamento Bruselas II *bis*. Teniendo en cuenta el interés superior del menor, ¿puede interpretarse el concepto de medidas adecuadas en el sentido de que las autoridades del Estado miembro tienen una obligación positiva de garantizar a la madre, además de al menor, el derecho a entrar y a residir en el país, al objeto de organizar el cuidado personal y la custodia del menor hasta que finalicen los procedimientos judiciales relativos a la custodia del menor, el derecho de visita y la residencia que se hallan actualmente pendientes en el Estado

miembro en cuestión? En lo que atañe al mecanismo del Reglamento Bruselas II *bis*, tampoco queda claro si, en la eventualidad de una restitución del menor, el Estado miembro que procede a la devolución del menor debe, basándose en el principio de confianza mutua entre los Estados miembros, presumir que el Estado de residencia del menor cumplirá estas obligaciones, o si es necesario solicitar a las autoridades del Estado de residencia aclaraciones sobre las medidas efectivamente adoptadas para proteger los intereses del menor.

- 43 En el supuesto de que el Estado de residencia del menor, en caso de restitución del mismo, no tenga la obligación, con arreglo al artículo 11, apartado 4, del Reglamento Bruselas II *bis*, de adoptar las medidas mencionadas anteriormente para garantizar la protección del menor tras su restitución, ¿debe interpretarse el principio del interés superior del menor en el sentido de que la restitución del menor no puede considerarse conforme con los principios fundamentales en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, como exige el artículo 20 del Convenio de La Haya de 1980, y, a resultas de ello, debe denegarse? Esta cuestión ha de apreciarse a la luz del artículo 24, apartados 2 y 3, de la Carta de los Derechos Fundamentales. En esta ocasión, conviene examinar el interés superior del menor como principio general, y en particular la importancia que se atribuye, en el marco de este examen, al derecho del menor a mantener relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre.
- 44 La cuestión relativa al motivo de denegación a que se refiere el artículo 20 del Convenio de La Haya de 1980 se ha incluido en la petición de decisión prejudicial puesto que la madre ha invocado dicho artículo; este órgano jurisdiccional remitente aclara, no obstante, que no alberga ninguna duda en particular en lo que atañe a la cuestión de la aplicabilidad de esta disposición.
- 45 Las respuestas que se den a las cuestiones de interpretación antes expuestas resultan decisivas para resolver el litigio principal que se halla pendiente ante este órgano jurisdiccional remitente.

Cuestiones prejudiciales

- 46 Este órgano jurisdiccional remitente, tras haber dado a las partes la posibilidad de expresar su opinión sobre el contenido de la petición de decisión prejudicial, ha decidido suspender el examen del asunto y plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea las siguientes cuestiones prejudiciales.

1. ¿Debe interpretarse el artículo 2, punto 11, del Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000 (en lo sucesivo, «Reglamento Bruselas II *bis*»), 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 (UE) n.º 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo («Reglamento Dublín III»)?

2. En caso de respuesta negativa a la primera cuestión prejudicial, ¿debe interpretarse el artículo 2, punto 11, del Reglamento Bruselas II *bis*, 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?

3. Si, habida cuenta de las respuestas que se den a las cuestiones prejudiciales primera y segunda, procede interpretar el Reglamento Bruselas II *bis* 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

- i) 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;**
- ii) 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**
- iii) 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 Bruselas II *bis*, 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 y en dicho Reglamento, 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, ni, en consecuencia, de derecho de entrada ni de residencia en dicho país, 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 de los Derechos Fundamentales, 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 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?