

VNIVERSITAT Đ VALÈNCIA

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Administrativo y Procesal

Área de Derecho Procesal

Programa de Doctorado en Estudios Jurídicos, Ciencia Política y
Criminología



TESIS DOCTORAL

CIRCULACIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES EN MATERIA DE DERECHO DE FAMILIA Y EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA

(Una aproximación al Reglamento 2201/2003)

Presentada por:

D. JOSÉ ANTONIO TALAVERA HERNÁNDEZ

Dirigida por:

DRA. VIRGINIA PARDO IRANZO

Profesora Titular de Derecho Procesal

Valencia, 2017

ÍNDICE SISTEMÁTICO

SIGLAS, ACRÓNIMOS Y ABREVIATURAS	11
INTRODUCCIÓN	15
I. Justificación de la Investigación	17
II. Objetivos y metodología de la investigación	20

PARTE PRIMERA: LA EUROPEIZACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA

CAPÍTULO I: LA CONSTRUCCIÓN DE UN ESPACIO DE JUSTICIA EUROPEO

.....	27
I. La llamada “Europeización” del Derecho: consideraciones generales	29
<i>A) Origen y evolución</i>	<i>29</i>
<i>B) Extensión</i>	<i>38</i>
II. Las libertades comunitarias y la Europa de los ciudadanos	45
III. La libre circulación de personas y de resoluciones	51
<i>A) Consideraciones generales sobre la libre circulación de personas</i>	<i>51</i>
<i>B) Aproximación a la libre circulación de resoluciones</i>	<i>54</i>
<i>C) Situaciones de tensión entre la libre circulación de personas y resoluciones: algunos ejemplos</i>	<i>56</i>
IV. La creación de instrumentos reguladores de la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil	59
<i>A) El Convenio de Bruselas de 1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil</i>	<i>59</i>

B) *El Reglamento 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Reglamento Bruselas I)* 60

C) *El Reglamento 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Reglamento Bruselas I bis)* 62

CAPÍTULO II: EL DERECHO DE FAMILIA EN LA UNIÓN EUROPEA 67

I. A modo de introducción 69

A) *Consideraciones iniciales* 69

B) *Aproximación a los aspectos problemáticos del matrimonio con elemento extranjero* 71

C) *Algunas notas sobre las uniones del mismo sexo* 82

a) *Su paulatino reconocimiento en los Estados Miembros* 82

b) *En torno a la ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio* 87

II. La política legislativa de la Unión Europea 96

A) *Aspectos generales* 96

B) *Los Reglamentos en materia matrimonial y de responsabilidad parental*
..... 99

a) *El Reglamento 1347/2000, del Consejo de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental* 99

b) *El Reglamento 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución en materia matrimonial y de responsabilidad parental* 102

C) <i>Características de la actuación de la Unión Europea en Derecho de familia</i>	104
III. La relación entre los Reglamentos y los Convenios de la Haya en materia de familia	111
A) <i>Diversidad de soluciones ad intra</i>	112
a) <i>El esquema básico de relación: primacía del Reglamento o del Convenio dependiendo de la materia</i>	112
b) <i>Aplicación complementaria del Reglamento 2201/2003 y del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre secuestro internacional de menores</i>	117
B) <i>Búsqueda de la complementariedad ad extra</i>	120
C) <i>Conclusión</i>	128
IV. El TJUE como garante de la uniformidad en la aplicación del derecho de familia en la Unión Europea	129

CAPÍTULO III: LA FAMILIA EN EL CEDH Y EN LA JURISPRUDENCIA INTERPRETATIVA DEL TRIBUNAL DE ESTRASBURGO 135

I. Principios protectores de la familia	137
A) <i>El respeto a la vida familiar del artículo 8 del CEDH</i>	137
B) <i>El artículo 12 y el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia</i>	141
C) <i>Otras disposiciones protectoras de la familia en el marco convencional</i>	143
II. Los nuevos modelos de familia en la jurisprudencia del TEDH	144
A) <i>Las familias de hecho</i>	144
B) <i>Las familias monoparentales y recompuestas</i>	147

C) *Las familias transexuales y homosexuales* 148

**PARTE SEGUNDA: UNA APROXIMACIÓN AL REGLAMENTO 2201/2003:
DEBILIDADES, FORTALEZAS Y PROPUESTAS DE MEJORA**

CAPÍTULO I: CONSIDERACIONES PREVIAS 155

I. A modo de introducción 157

II. Antecedentes 167

III. Deficiencias del Reglamento 1347/2000 y soluciones que aporta el
Reglamento 2201/2003 170

 A) *Planteamiento general* 170

 B) *Concreción de las deficiencias* 171

 a) *Ámbito de aplicación: complejidad de su delimitación* 171

 b) *La definición del término “responsabilidad parental”* 173

 c) *La determinación de las medidas de protección incluidas y
excluidas* 175

 d) *Hijos matrimoniales e hijos extramatrimoniales* 176

 e) *Las cuestiones patrimoniales relativas a los menores* 177

 f) *Las obligaciones de alimentos* 178

 g) *La sustracción de menores y el ejercicio de los derechos de
custodia y visita* 179

IV. La protección del interés de menor como principio rector 183

V. La cooperación internacional de autoridades en el ámbito comunitario 195

VI. La cooperación entre las autoridades centrales 201

CAPÍTULO II: ÁMBITO DE APLICACIÓN Y COMPETENCIA EN EL REGLAMENTO 2201/2003 Y LA NECESARIA REFERENCIA A LA CUESTIÓN DE LA LEY APLICABLE	211
I. Planteamiento general	213
II. Ámbito de aplicación	216
A) <i>Ámbito de aplicación material</i>	216
B) <i>Ámbito de aplicación temporal y funcional</i>	227
C) <i>Ámbito de aplicación territorial</i>	229
III. Competencia judicial internacional o “ <i>fórum</i> ”	232
A) <i>Aspectos generales</i>	232
B) <i>Competencia en materia de nulidad, separación y divorcio</i>	236
a) <i>Los foros del artículo 3 del Reglamento: residencia y nacionalidad</i>	237
b) <i>Demanda reconvenicional y conversión de la separación en divorcio</i>	245
c) <i>Los artículos 6 y 7 del Reglamento: competencia residual</i>	246
C) <i>Competencia en materia de responsabilidad parental</i>	250
a) <i>Reglas generales</i>	250
b) <i>Competencia residual</i>	258
IV. La necesaria referencia a la cuestión de la ley aplicable o “ <i>ius</i> ”	261
A) <i>Introducción</i>	261
B) <i>Ley aplicable en materia de separación y divorcio</i>	265
a) <i>Aspectos generales</i>	265
b) <i>La autonomía de la voluntad</i>	271
C) <i>Ley aplicable en materia de nulidad</i>	277

D) <i>Ley aplicable en materia de responsabilidad parental</i>	278
a) <i>El Convenio de La Haya de 1996</i>	279
b) <i>El Convenio de La Haya de 1961</i>	281
CAPÍTULO III: RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN	285
I. El reconocimiento	287
A) <i>Concepto</i>	287
B) <i>Reconocimiento a título principal e incidental y motivos de denegación en crisis matrimoniales</i>	289
C) <i>Reconocimiento y motivos de denegación en materia de responsabilidad parental</i>	294
D) <i>Suspensión del reconocimiento por interposición de recurso</i>	298
II. La ejecución	299
A) <i>Concepto</i>	299
B) <i>Modalidades de ejecución</i>	302
a) <i>Aspectos generales</i>	302
b) <i>El procedimiento ordinario de declaración de ejecutividad</i>	306
c) <i>El procedimiento privilegiado de declaración de ejecutividad</i> ...	309
C) <i>Sobre la intervención del Ministerio Fiscal</i>	318
CAPÍTULO IV: PROBLEMÁTICA ESPECÍFICA DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES	321
I. Introducción	323
II. Concepto, supuestos y causas de la sustracción internacional de menores	324

A) <i>Concepto</i>	324
B) <i>Supuestos</i>	326
C) <i>Causas</i>	330
III. Instrumentos reguladores	334
A) <i>En general</i>	334
B) <i>Relaciones entre los diferentes instrumentos jurídicos</i>	339
IV. El traslado y la retención ilícitos y el retorno del menor en el Convenio de La Haya de 1980	347
V. Competencia judicial internacional para el retorno	350
A) <i>Aspectos generales</i>	350
B) <i>Las reglas de los artículos 10 y 11 del Reglamento 2201/2003</i>	353
VI. El procedimiento de restitución del menor	359
A) <i>En general</i>	359
B) <i>Plazo para resolver una demanda de restitución</i>	363
C) <i>Reconocimiento y ejecución de las demandas de restitución</i>	366
D) <i>Causas de denegación de la restitución</i>	371
VII. Modificaciones introducidas por la Ley de la Jurisdicción Voluntaria en materia de sustracción internacional de menores	376
CONCLUSIONES	381
BIBLIOGRAFÍA	393
Monografías	395
Capítulos de Libro y Artículos de revista	401

SIGLAS, ACRÓNIMOS Y ABREVIATURAS

AA.VV .	Autores varios
AEDIPr	Anuario Español de Derecho Internacional Privado
AETR	Acuerdo Europeo de Transporte Terrestre
ALBA	Alternativa Bolivariana para las Américas
ALCA	Área de Libre Comercio de las Américas
AP	Audiencia Provincial
Art.	Artículo
Arts.	Artículos
BOE	Boletín Oficial del Estado
CARICOM	Mercado Común de la Comunidad del Caribe
CBr	Convenio de Bruselas de 1968
Cc	Código Civil
CC.AA	Comunidades Autónomas
CE	Constitución Española
CEE	Comunidad Europea
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
Cfr.	Confer
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CH/CLH	Convenio de la Haya
Cit.	citado
CIEC	Comisión Internacional del Estado Civil
CLug.	Convenio de Lugano de 1988/2007
Coord.	Coordinador
Coords.	Coordinadores

Circulación de resoluciones judiciales

CP	Código Penal
CR	Convenio de Roma de 1980
DA	Disposición Adicional
DGRN	Dirección General de Registros y del Notariado
DIPr.	Derecho internacional privado
Dir.	Director
Dirs.	Directores
Dirig.	Dirigido
DF	Disposición Final
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
DO/DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
DOL	Diario Oficial de la Unión Europea serie “Legislación”
Ed.	Editorial/Ediciones
Eds.	Editores
EEE	Espacio Económico Europeo
Etc.	Etcétera
EU	European Union
FD	Fundamento de Derecho
FJ	Fundamento Jurídico
Ibid.	Ibidem
It.	Italia
JPI	Juzgado de Primera Instancia
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LJV	Ley de Jurisdicción Voluntaria
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOTIC	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional

Circulación de resoluciones judiciales

LRC	Ley del Registro Civil
MERCOSUR	Mercado Común del Cono Sur
NAFTA	Tratado de Libre Comercio de América del Norte
Nº/núm.	número
Ob. Cit.	Obra citada
p.	página
pp.	página
parr.	párrafo
RB	Reglamento 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil
RB II bis/IIbis	Reglamento 2201/2003, de 27 de noviembre, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental
RC	Registro Civil
Reg.	Reglamento
RRC	Reglamento del Registro Civil
RDL	Real Decreto Legislativo
RDGRN	Resolución de la DGRN
RJ	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
RN	Reglamento Notarial
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
Sec.	Sección
ss.	siguientes
SSTC	Sentencias del Tribunal Constitucional
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional

Circulación de resoluciones judiciales

STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
STS	Sentencia del tribunal Supremo
TC	Tribunal constitucional
TCE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TEE	Título Ejecutivo Europeo
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TUE	Tratado de la Unión Europea
TJCE	Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea
UNCITRAL	Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
Vid.	Vide (véase)
Vol.	Volumen

INTRODUCCIÓN

I. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

La creciente movilidad de los ciudadanos dentro de la Unión ha aumentado el número de familias con una dimensión internacional, en particular familias cuyos miembros tienen diferentes nacionalidades, viven en diferentes Estados miembros o viven en un Estado miembro del que solo uno de ellos es nacional.

En 2011 había 33,3 millones de ciudadanos extranjeros residentes en la Unión de los veintiocho, lo que representaba el 6,6 % de la población total. La mayor parte de ellos, a saber, una cifra de 20,5 millones, eran ciudadanos de terceros países y los 12,8 millones restantes eran ciudadanos de otros Estados miembros de la Unión distintos al de su país de origen. Ahora bien, dado que la nacionalidad puede cambiar a lo largo del tiempo, puede resultar también conveniente presentar la información relativa al país de nacimiento. En este sentido en 2011, en la Unión había un total de 48,9 millones de residentes nacidos en el extranjero, que representaban el 9,7 % de la población total. De ellos, una cifra de 32,4 millones habían nacido fuera de la Unión y 16,5 millones en otro Estado miembro distinto del país de residencia¹.

La Unión adopta como consecuencia de ello una serie de medidas en el ámbito de la cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, en virtud del artículo 81 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Esta cooperación, siendo importante en diversas materias civiles y mercantiles, resulta especialmente necesaria cuando, existiendo hijos, los lazos familiares se rompen, con el fin de proporcionar a los menores un entorno jurídico seguro que les permita mantener su relación con las personas que tienen su responsabilidad parental a pesar de que puedan vivir en otro Estado miembro.

Actualmente en la UE hay alrededor de 122 millones de matrimonios, de los cuales un 13% (aproximadamente 16 millones) se consideran internacionales. En los Estados miembros donde se registran más número de divorcios son Alemania, Reino Unido, Francia y España, representando el 56% del total del

¹ Statistics in Focus, 31/2012: Nearly two-thirds of the foreigners living in EU Member States are citizens of countries outside the EU-27. Aproximadamente dos terceras partes de los extranjeros que viven en los Estados miembros de la UE son ciudadanos de países que no están incluidos en la UE de los Veintiocho), Eurostat.

número de divorcios en la UE, siendo España, en concreto, el Estado miembro donde más ha crecido la ruptura familiar en los últimos 20 años, concretamente un 22%².

Los datos hablan por sí solos y justifican por sí mismos el objeto de la investigación: existirá un alto número de ciudadanos europeos a los que su crisis matrimonial, al ser de carácter transfronterizo, les planteará una serie de problemas añadidos frente a aquellas otras crisis matrimoniales que se localicen en un solo Estado³.

El primer instrumento de la Unión que se adoptó en el ámbito de la cooperación judicial en los asuntos relacionados con el derecho de familia fue el Reglamento nº 1347/2000 por el que se establecían normas referentes a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales relacionadas con el divorcio, la separación y la nulidad matrimonial y con la responsabilidad parental sobre los hijos de ambos cónyuges⁴. Este Reglamento fue derogado por el Reglamento nº 2201/2003⁵ (que se conoce como el Reglamento Bruselas II *bis*). El Reglamento constituye la piedra angular de la cooperación judicial de la Unión en materia matrimonial y de responsabilidad parental y entró en vigor el 1 de marzo de 2005 en todos los Estados miembros, excepto en Dinamarca. Y es que Dinamarca, en virtud de los artículos 1 y 2 del Protocolo sobre la posición de Dinamarca, anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, no participa en el Reglamento y, por tanto, no está vinculada por el mismo ni obligada a aplicarlo. A efectos del

² Informe de “Evolución de la familia en Europa 2014” del Instituto de Política Familiar presentado al Parlamento europeo el 13/11/2014, a partir de datos extraídos de Eurostat y fuentes nacionales, p. 44.

³ Libro Verde sobre legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio (DOCE COM (2005), 14 de marzo de 2005) p.3; “Exposición de motivos de la Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial (COM (“006) 399 final), p. 2.

⁴ Reglamento (CE) nº 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes [DO L 160 de 30.6.2000, modificado por el Reglamento (CE) nº 2116/2004 del Consejo, de 2 de diciembre de 2004, DOCE L 367 de 14.12.2004].

⁵ Reglamento (CE) nº 2201/2003 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) nº 1347/2000 (DOCE L 338 de 23.12.2003, p. 1).

presente informe, el término «Estados miembros» no incluye, en consecuencia, a Dinamarca.

La opción elegida como objeto de estudio ha sido, en primer término, esta realidad social cambiante, en constante evolución, sobre la que ya ha tenido ocasión de pronunciar tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) como -con relación a determinados aspectos- el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE); aproximándonos posteriormente al Reglamento (UE) 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental (Reglamento Bruselas IIbis). Reglamento relevante tanto por su contenido como por su constante actualidad.

El tema elegido nos parece oportuno, tanto por su contenido, como por su actualidad:

Por su contenido: el Reglamento 2201/2003 de 27 de noviembre (conocido como Bruselas IIbis) presenta un alcance social muy relevante y un gran interés desde un punto de vista técnico jurídico y desde la perspectiva de la integración europea. Pero interesantes son también, en el ámbito del Consejo de Europa, las resoluciones del TEDH. Ellas nos muestran una visión más completa de esta realidad cambiante y, por ello, hemos preferido no desconocerlas.

Por su actualidad: se trata de una materia en constante evolución, en consecuencia, la aproximación al Reglamento, a su posible aplicación a las nuevas realidades, a la problemática que plantean los matrimonios con elementos de extranjería y los efectos que se producen como consecuencia de las rupturas matrimoniales, sigue estando de total actualidad. Los nuevos modelos de familia precisan también de respuestas claras. Entendemos, en consecuencia, que se presenta como un asunto de primer orden y de gran interés.

De ahí que ante la actual situación internacional y el gran número de matrimonios con elementos de extranjería que se celebran en nuestro país y en el resto de países de la UE, así como las nuevas figuras matrimoniales y situaciones de hecho asimilables, nos encontremos ante un momento óptimo para el estudio de la materia.

Y es que frente a esta mencionada situación actual en la que existe un aumento cuantitativo de matrimonios mixtos, en los que los cónyuges ostentan nacionalidades diferentes, y de matrimonios deslocalizados, formados por personas de la misma nacionalidad pero que residen habitualmente en otro país, el legislador europeo se ha visto obligado, en cierta manera, a adecuar el ordenamiento jurídico a esta realidad social.

Ordenamiento jurídico que en esta materia es tan dispar que ha obligado al legislador comunitario a realizar un gran esfuerzo al efecto de que los Estados Miembros reconozcan de manera uniforme y mediante instrumentos eficaces rápidos y sencillos las resoluciones emitidas por los diferentes órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE y sus efectos, para así evitar, o solucionar, en la medida de lo posible, situaciones como la sustracción internacional de menores.

II. OBJETIVOS Y METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

La presente tesis tiene como objetivo describir el derecho de familia y en la Unión Europea, partiendo de la familia tradicional y de los nuevos modelos que han ido surgiendo, presentando la problemática que en caso de crisis matrimoniales se plantea, al tratarse de disoluciones de matrimonios en los que hay un elemento de extranjería.

El punto de partida es, en consecuencia, el reto que se debe afrontar por parte del Derecho de la Unión frente a la conformación de familias marcadas por el carácter multicultural y la posible disolución del vínculo conyugal, su reconocimiento, efectos y consecuencias y como esta ruptura afecta a las partes intervinientes en esa disolución⁶.

La metodología que se ha mantenido estructura la tesis en dos partes. La primera relativa a la europeización del derecho de familia y, la segunda, centrada en las debilidades, fortalezas y propuestas de mejora de las respuestas que da el

⁶ DIAGO DIAGO, M.P, "La nueva regulación española de las crisis matrimoniales ante el impacto de la multiculturalidad", en CALVO CARAVACA, A.L & CASTELLANOS RUIZ, E. *El Derecho de Familia ante el siglo XXI. Aspectos internacionales*, Madrid (2004), p. 271.

Reglamento 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.

La primera parte se estructura en tres capítulos. En el primero de ellos se introduce, como necesario punto de partida, la construcción de un Espacio Judicial Europeo. La libre circulación de personas y de resoluciones y la creación de instrumentos reguladores de la competencia constituyen el objeto del mismo.

El capítulo segundo está dedicado al derecho de familia en la Unión Europea. En él se presentan las diversas formas de familia, desde la familia tradicional a las uniones del mismo sexo y se estudia la política legislativa de la Unión al respecto. Se analizan los Reglamentos relativos a la materia pero también los Convenios de La Haya y la complicada relación existente entre los mismos. Finalmente, se cierra el capítulo con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como garante de la aplicación uniforme del derecho de la Unión.

El último capítulo de esta primera parte, el tercero, se centra en la familia en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos y en la jurisprudencia interpretativa del Tribunal de Estrasburgo. Partiendo del análisis del artículo 8 del CEDH se analizan los nuevos modelos de familia sobre los que se ha pronunciado el TEDH: familias de hecho, monoparentales, transexuales y homosexuales.

En la segunda parte hacemos una aproximación al reglamento 2201/2003, a sus debilidades y fortalezas, proponiendo en la medida de nuestras posibilidades algunas mejoras. Se articula en cuatro capítulos: el primero, trata aspectos de carácter general como son el interés del menor como principio rector de toda la política de la Unión en esta materia o los avances del Reglamento 2201/2003 con relación a su predecesor.

El siguiente capítulo, el segundo, está dedicado al ámbito de aplicación del Reglamento, al estudio de las normas de competencia judicial internacional (o jurisdicción) y a la ley aplicable. La residencia habitual y la nacionalidad resultan criterios clave para determinar la competencia pero, como veremos, existen otros criterios que no pueden ser desconocidos. En cuanto a la ley aplicable, este

aspecto no viene recogido en el Reglamento pero es importante fijarla puesto que la que resulte, o pueda resultar aplicable, va a condicionar el contenido de la resolución que en su día dicte el órgano jurisdiccional.

El tercer capítulo se centra en otro aspecto de suma importancia como es el reconocimiento y la posible ejecución de una resolución en un país de la Unión Europea distinto al del órgano jurisdiccional que la dictó. La libre circulación de resoluciones ha sido y sigue siendo objetivo prioritario de la Unión. Es precisamente en esta materia donde se crea por primera vez, como vemos en el trabajo, un verdadero título ejecutivo aunque solo para unos casos muy concretos –derecho de visita (art. 41) y resoluciones que ordenan la restitución del menor (art. 42)-. Siguiendo su ejemplo se han creado posteriormente otros títulos ejecutivos europeos, como v.gr, en el proceso europeo de escasa cuantía.

El último capítulo, el cuarto, se centra en el estudio de un tema concreto, que presenta una problemática también específica: la sustracción internacional de menores. En él, y tras analizar que debe entenderse por sustracción internacional de menores, los diversos supuestos y las posibles causas, analizamos la legislación aplicable, las normas de atribución de la competencia judicial internacional (o jurisdicción) y las soluciones que aporta el Reglamento.

Para la redacción de la tesis la metodología empleada a la hora de la búsqueda de información y recopilación de la misma ha sido la de consultar toda la bibliografía existente relativa a la materia objeto de la tesis a través de las diferentes fuentes existentes.

Así, de acuerdo con el método deductivo y de recopilación de información, empecé a recopilar y analizar toda la normativa relativa a la materia acudiendo, en primer lugar, a las bases de datos de la Unión Europea para acceder así a toda la normativa relativa (estudios preliminares, informes, consultas, jurisprudencia), y a continuación a la normativa nacional reguladora de la materia.

El segundo paso fue la revisión y consulta de toda la literatura relacionada, a través de los diferentes manuales y obras especializadas existentes sobre la materia, artículos publicados en prensa, bases de datos y webs electrónicas.

Finalmente y con la finalidad de ampliar conocimientos en la materia y esta se reflejase en la tesis realicé dos estancias de investigación. La primera la realicé en 2012 en Bruselas (Bélgica), en la Universidad Libre de Bruselas (ULB) y en el Centro de documentación Europea, donde durante dos meses continué con la búsqueda de información relativa al objeto de la tesis; la segunda fue en Florencia (Italia) en 2015, durante tres meses, y en la Universidad de Florencia y en el Instituto Universitario Europeo, donde pude consultar los archivos allí contenidos.

PRIMERA PARTE:

LA EUROPEIZACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA

CAPÍTULO I: LA CONSTRUCCIÓN DE UN ESPACIO DE JUSTICIA EUROPEO

I. LA LLAMADA “EUROPEIZACIÓN” DEL DERECHO: CONSIDERACIONES GENERALES

A) ORIGEN Y EVOLUCIÓN

La cooperación internacional es uno de los elementos políticos fundamentales para comprender el Derecho Internacional Privado (en adelante, Dipr.) de nuestros días. Si el Dipr. moderno se elaboró en el marco de una sociedad internacional de Estados soberanos, el actual sistema de interdependencias a nivel mundial exige la convivencia de lo estatal con la intervención en foros internacionales que aborden desde una perspectiva más amplia la regulación del tráfico privado externo. Así, hoy en día las fuentes de las que se nutre el Dipr. español no son predominantemente estatales, como sucedía antaño, sino de origen convencional e institucional. La Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, la Comisión Internacional del Estado Civil (CIEC), la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho internacional privado (CIDIP), la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL, en sus siglas inglesas), entre otros, son ejemplos de organizaciones internacionales dedicadas a la codificación del Dipr.

Sin embargo, esa interdependencia donde mejor se manifiesta es en los procesos de integración o regionalización, cuyo prototipo es la Unión Europea, pero cuya estela pretenden seguir otros como el MERCOSUR (Mercado Común del Cono Sur), el ALCA (Área de Libre Comercio de las Américas), cuyo contrapunto es el ALBA (Alternativa Bolivariana para las Américas), auspiciado, en su momento, por el anterior presidente venezolano Hugo Chávez, el NAFTA (Tratado de Libre Comercio de América del Norte), el CARICOM (Mercado Común de la Comunidad del Caribe), entre muchos otros⁷.

Integración no significa asimilación o unificación. Aunque dicha integración se fundamenta en una serie de elementos comunes como, en el marco de la Unión Europea, los principios de igualdad, el respeto a los derechos fundamentales y las libertades de circulación comunitarias (personas, bienes,

⁷ Véase FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., *Sistema del Comercio internacional*, Editorial Civitas-Aranzadi, 2001, págs. 219 y ss.

servicios y capitales) enmarcadas no ya dentro de un mercado interior sino de un espacio judicial europeo, de contenido más amplio⁸.

Regionalismo y globalización, pese a que pudieran parecer fenómenos antagónicos, son dos procesos que corren de la mano. Y ello porque asistimos en los últimos años a un tipo de integración orientada hacia el exterior. Se trata de unirse para ser más fuertes y tener mayor capacidad de interlocución en el mercado mundial. Por tanto, hablamos de una integración que respalda las medidas de apertura de mercados y competitividad en las economías participantes, y que está generando ya relaciones entre bloques, que previsiblemente sustituirán a las transnacionales⁹.

El presente capítulo pretende aportar al lector una perspectiva de lo que está suponiendo para los derechos procesal e internacional privado la asunción de competencias por parte de la Unión Europea para elaborar normas sobre las materias que se incardinan en el objeto de estas disciplinas. Se trata, por tanto, de presentar el *status quaestionis* de lo que ha dado en denominarse “europeización del Dopr.”, no sólo desde una perspectiva histórico-descriptiva, sino desde un posicionamiento que pretende ser analítico, destacando lo que a nuestro juicio han sido o están siendo aciertos y también los vacíos e incoherencias que se aprecian en la construcción del sistema.

Así se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el 20 de diciembre de 2012 el Reglamento (UE) 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil [en adelante, Reglamento (UE) 1215/2012]. La trascendencia de este Reglamento en el contexto de la europeización del Dopr. está fuera de toda duda, no sólo por sustituir al Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre, relativo a

⁸ Para KREUZER, K., «Lex communis europea de collisione legum: utopie ou nécessité?», en *España y la Codificación internacional del Derecho internacional privado*. Terceras Jornadas de Derecho internacional privado. San Lorenzo de El Escorial, 13 y 14 diciembre 1991, Madrid, 1993, págs. 231 y 242-244, en el marco de la Comunidad Europea “integración debe significar unificación del Dopr., otra solución no merece la pena. Las normas de aplicabilidad deben garantizar la seguridad acerca de la aplicación de una norma particular. Dicha seguridad sólo puede ser alcanzada mediante la identidad de las normas de conflicto”.

⁹ DOUE n° L 351, de 20 de diciembre de 2012

la competencia judicial internacional, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil [en adelante, Reglamento (CE) 44/2001]¹⁰, que constituye todavía uno de los pilares más fuertes y destacados de este proceso, sino porque abre nuevos escenarios, hasta ahora inexplorados, en materia de reconocimiento y ejecución, dotando a las resoluciones judiciales, a los documentos públicos con fuerza ejecutiva y a las transacciones judiciales en las que haya intervenido alguna autoridad pública de un Estado miembro de eficacia inmediata en el resto de Estados miembros, lo que constituye un paso más en la conquista de la denominada “quinta libertad comunitaria” o dicho con palabras más precisas, en la conquista de la libre circulación de resoluciones en el espacio judicial europeo.

Pero es importante que echemos la vista atrás. Así, mientras en una primera fase, el Derecho de la Unión Europea limitó su acción al Derecho público de la economía, eliminando discriminaciones legales contra sujetos nacionales de Estados europeos que deseaban emprender o ejercer actividades económicas en otros Estados europeos, pronto se tomó conciencia de la necesidad de compatibilizar el Derecho de la Unión Europea con el Derecho privado para lograr un buen funcionamiento del mercado interior. Y para ello se comenzaron a dar pasos que han acabado llevando a un nuevo escenario en el que ahora nos encontramos y al que se denominó en un principio y tras el Tratado de Ámsterdam de 1997 «comunitarización del Dipr.», y al que hoy, tras la eliminación de la Comunidad Europea en el Tratado de Lisboa de 2007¹¹,

¹⁰ DOCE nº L 012, de 16 de enero de 2001; corr. de errores DOCE nº L 307, de 24 de noviembre de 2001; DO nº L 176, de 5 de julio de 2002 modifs. DOCE nº L 225, de 22 de agosto de 2002; DO nº L 236, de 23 de septiembre de 2003; DOCE nº L 381, de 28 de diciembre de 2004; DOCE nº L 363, de 20 de diciembre de 2006; DOCE nº L 93, de 7 de abril de 2009; DOCE nº L 119, de 13 de mayo de 2010; DOCE nº L 50, de 23 de febrero de 2012.

¹¹ DOCE nº C 306, de 17 de diciembre de 2007. El Tratado de Lisboa entró en vigor el 1 de diciembre de 2009. En principio, y en virtud de su art. 6, el Tratado debía entrar en vigor el 1 de enero de 2009 si en esa fecha todos los instrumentos de ratificación hubieran sido depositados o, en su defecto, el primer día del mes siguiente al del depósito del último instrumento de ratificación. El “no” inicial irlandés hizo que la entrada en vigor del Tratado se postergara.

sustituyéndose por la Unión Europea, se ha dado en denominar «europeización del Dopr.¹²».

El segundo paso decisivo para el Dopr. en el ámbito europeo fue la elaboración del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (en adelante, CR). Este Convenio fue la plasmación normativa de la necesidad de construir en relación con los contratos internacionales, un sistema que fijara la ley aplicable a dichos contratos con independencia del país de la Unión cuyos tribunales conocieran del asunto¹³. De esta manera se eliminaba el *forum shopping* y se dotaba de seguridad y de previsibilidad jurídica a las relaciones contractuales, con lo que éstas ganaban en eficiencia, esperándose por ello un incremento en la contratación.

Con el Tratado de Maastricht de 1992 y la introducción del Título VI referido a la cooperación en los asuntos de justicia interior, comienza a prestarse una mayor atención al Dopr. En estos momentos, la ambigua «cooperación judicial en materia civil» formaba parte del Tercer Pilar, intergubernamental. Basándose en el art. K.3, y no ya en el art. 220 TCE, se elaboran el Convenio sobre notificación y traslado entre los Estados miembros de la Unión Europea de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil, de 26 de mayo de 1997 y el Convenio sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes, de 28 de mayo de 1998, no llegando a entrar en vigor, pese a que habían sido firmados por todos los Estados miembros, por la llegada del Tratado de Ámsterdam. En cambio, se usó el art. 220 TCE como base normativa para la elaboración de otro Convenio que tampoco llegó a entrar en vigor, el Convenio relativo a los procedimientos de insolvencia, de 23 de noviembre de 1995.

¹² A lo largo del trabajo, y para evitar reiteraciones excesivas, usamos indistintamente los términos “Comunitario” y “Unión Europea o derecho de la Unión” aún a sabiendas de que lo correcto en la actualidad sería hablar de Derecho de la Unión

¹³ El CR no posee la misma base normativa que el CBr.; no se sustenta sobre el antiguo art. 220 después art. 293 TCE tras el Tratado de Ámsterdam, hoy eliminado por el Tratado de Lisboa. Sin embargo, se trata de un convenio celebrado entre Estados comunitarios que se dirige a satisfacer objetivos ligados a la Comunidad Europea; constituye una prolongación natural del CBr. FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., «Derecho internacional privado y Derecho comunitario», *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 17, nº 3, 1990, pág. 800; VIRGÓS SORIANO, M., «El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales», en *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, t. III, Civitas, 1986, pág. 758.

La elección de una base normativa distinta para la elaboración de estos Convenios no llegó nunca a aclararse del todo por las instituciones europeas, incluso hubo discrepancias, dado que el Servicio jurídico del Consejo consideró como base más adecuada para celebrar el Convenio sobre crisis matrimoniales el art. 220 TCE por tratarse de una norma contenida en el Tratado creador de la Comunidad Europea y, por lo tanto, con prioridad respecto al Título VI del TUE, aunque reconocía la intrascendencia para los ciudadanos de sustentar dicho Convenio en una u otra base normativa. Por su lado, la Comisión argumentó la elección del art. K.3 TUE para la elaboración de este Convenio por tratarse de una base jurídica más específica, aunque nunca matizó por qué no apreciaba ese mismo carácter para el procedimiento de insolvencia¹⁴.

Al tiempo que se avanzaba en la elaboración de Convenios que afectaban a distintos sectores del Dipr., también se comienza a trabajar en la armonización del Derecho civil y mercantil, y ello en sintonía con lo demandado a nivel empresarial, sector que siempre ha considerado un incremento de los costes para las empresas que desarrollan actividades comerciales en varios países europeos, que cada país contara con sus propias normas de Derecho privado. Por eso, han menudeado las Directivas de armonización en materias muy dispares como protección de consumidores, protección de datos personales frente al uso de la informática, contratos de agencia, multipropiedad, contratos de seguro, responsabilidad derivada de productos defectuosos, comercio electrónico, lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, etc.¹⁵. Todo ello ha supuesto un maremágnum normativo de difícil sistematización¹⁶. Y es que más allá de la

¹⁴ BORRÁS RODRÍGUEZ A., «La comunitarización del Derecho internacional privado: pasado, presente y futuro», cit., pág. 292; PÉREZ VERA, E., «El Derecho Internacional Privado y la Unión Europea», en *La UE ante el siglo XXI: Los retos de Niza*, Actas XIX Jornadas AEPDIRI, BOE, Univ. Cantabria, Madrid, 2003.

¹⁵ Si bien, apunta CALVO CARAVACA, A. L., «El Derecho internacional privado de la Comunidad Europea», *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, nº 21, 2003, pág. 59, el objetivo de estas Directivas no es “armonizar” el Dipr. de los Estados partes, sino asegurar la aplicación del “Derecho material armonizado” a ciertos supuestos internacionales

¹⁶ Interesante el artículo de GARAU SOBRINO, F., «¿Qué Derecho internacional privado queremos para el siglo XXI?», *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre 2012), vol. 4, nº 2, págs. 140-158, en el que realiza una reflexión sobre la preocupante forma de legislar que ha adoptado la Unión Europea en los últimos tiempos, y aboga por realizar normas más sencillas que puedan ser entendidas y aplicadas sin dificultad, lejos de los criterios esotéricos que caracterizan a algunas de las normas actuales.

compatibilidad de estas Directivas con el CR¹⁷, hoy Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (en adelante, Reglamento Roma I), existen otros problemas como, por ejemplo, la muy diferente forma en que se ha llevado a cabo la transposición de determinadas Directivas por parte de los Estados miembros, o la tardanza con que otros acometen o han acometido dicha tarea.

Pero, sin duda, si de revolución ha de hablarse, ésta se produjo con el Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997, en vigor desde el 1 de mayo de 1999. En concreto con la introducción de un nuevo Título IV denominado «Visados, asilo, inmigración y otras políticas vinculadas a la libre circulación de personas», en cuyos arts. 61 a 69 se emprende la tarea de construir un Dopr. propio de la Unión Europea, en desarrollo del art. 2 TCE¹⁸. Desde luego, el título es de lo más heterogéneo, dando muestra de la diversidad de materias que en él se contemplan y de la distinta naturaleza (pública y privada) de las mismas.

De esta manera, el Tratado de Ámsterdam constituye la base normativa necesaria para la creación de un verdadero Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia, cuyos principales impulsos políticos se han dado en el

¹⁷ JAYME, E. / KOHLER, CH., «L'interaction des règles de conflit contenues dans le droit dérivé de la Communauté européenne et des Conventions de Bruxelles et de Rome», *Revue Critique de Droit International Privé*, 1995, págs. 1 y ss.; WILDERSPIN, M. / LEWIS, X., «Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflits de lois des États membres», *Revue Critique de Droit International Privé* 91 (1), janvier-mars 2002, págs. 1-37 y 91 (2) avril-juin 2002, págs. 289-313.

¹⁸ BASEDOW, J., «The communitarisation of the conflict of laws under the treaty of Amsterdam», *Common Market Law Review*, vol. 37, 2000, págs. 687 y ss.; BOELE-WOELKI, K., «Unification and Harmonisation of Private International Law in Europe», *Liber amicorum K. Siehr*, TMC Asser Press, The Hague, 2000, págs. 61-77; BORRÁS RODRÍGUEZ A., «La comunitarización del Derecho internacional privado...», cit., págs. 285-318; CALVO CARAVACA, A. L., «El Derecho internacional privado de la Comunidad Europea», cit., págs. 49-69; GAUDEMET-TALLON, H., «Quel Droit International Privé pour l'Union Européenne?», en BORCHERS, P. J. / ZEKOLL, J. (eds.), *International Conflicts of Laws for the Third Millennium, Essays in Honor of F. K. Juenger*, Nueva York, 2001, págs. 319-338; MOURA RAMOS, R. M., «Un Diritto internazionale privato della Comunità europea: origine, sviluppo, alcuni principi fondamentali», en *Studi in onore di Francesco Capotorti*, Giuffrè editore, 1999, págs. 273-305; PÉREZ VERA, E., «El Dopr. y la UE», *La UE ante el siglo XXI: los retos de Niza*, Actas XIX Jornadas AEPDIRI, BOE, Madrid, 2003, págs. 173-188; POCAR, F., «La comunitarizzazione del Diritto internazionale privato: una european conflicts of laws revolution», *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2000, págs. 873-884; SIEHR, K., «European Private International Law and Non-European Countries», *Essays F. K. Juenger*, Nueva York, 2001, págs. 289-300.

Consejo Europeo en Tampere (1999)¹⁹, con el Programa de La Haya (2004)²⁰ y con el Programa de Estocolmo (2010)²¹. Entre los ámbitos que se incluían en el Título IV figuraba el de la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior [arts. 61.c) y 65 TCE]. Dentro de este concepto se incluían aspectos como la mejora y simplificación de las notificaciones transfronterizas, la cooperación en la obtención de pruebas, el reconocimiento y ejecución de resoluciones, el fomento de la compatibilidad de las normas de conflicto de leyes y de jurisdicciones, o la eliminación de los obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles (art. 65.2 TCE)²².

¹⁹ En la conclusión 5ª del Consejo Europeo de Tampere, que recoge la finalidad esencial que ha de presidir la actuación comunitaria en el marco de la cooperación judicial, se puso el acento en tres grandes prioridades intrínsecamente vinculadas: el mejor acceso a la justicia, el reconocimiento de las decisiones judiciales y una mayor convergencia de los sistemas jurídicos de los Estados miembros.

²⁰ Véanse FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., «El espacio de libertad, seguridad y justicia consolidado por la Constitución europea», *Diario La Ley*, nº 6097, de 30 de septiembre de 2004, págs. 1 y ss.; IGLESIAS BUHIGUES, J. L., «Espacio de libertad, de seguridad y de justicia», *Cuadernos de Integración Europea*, marzo 2006, págs. 34-46, www.cuadernosie.info; JOVÉ PONS, A., «La creación de un espacio europeo de justicia en el marco de la cooperación judicial en materia civil», *Tribunales de Justicia*, agosto-septiembre 2002, pág. 31; ARIAS RODRÍGUEZ, J. M., «El Programa de La Haya: un nuevo programa en el área de libertad, seguridad y justicia», *Diario La Ley-Unión Europea*, nº 6641, 31 de enero de 2007, págs. 1 y ss. El objetivo primordial para crear un espacio de libertad es garantizar la libre circulación de los ciudadanos con arreglo al modelo del Acuerdo de Schengen, proteger los derechos fundamentales y luchar contra cualquier forma de discriminación. El espacio de seguridad incluye la lucha contra la delincuencia organizada, sobre todo el terrorismo, además de los delitos contra los menores de edad, tráfico de drogas, de armas, corrupción y fraude internacional. Finalmente, el espacio de justicia conlleva simplificar la cooperación jurisdiccional en todos los ámbitos. En materia civil resulta imprescindible adaptar las normas con la finalidad de que puedan coexistir diferentes leyes y jurisdicciones, sobre todo en lo tocante a las obligaciones contractuales y extracontractuales, divorcio, régimen matrimonial y sucesiones.

²¹ DOCE nº C 115, de 4 de mayo de 2010. Véase ARIAS RODRÍGUEZ, J. M., «El Programa de Estocolmo», *Diario La Ley*, nº 7812, 2012; CHICHARRO LÁZARO, A., «El Tratado de Lisboa y el Programa de Estocolmo: Los nuevos retos de la cooperación judicial en materia civil», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 20, 2010; IRUJO AMAZAGA, M., «Programa de Estocolmo y su impacto en el espacio judicial civil y mercantil», *Unión Europea Aranzadi*, nº 6, 2010, págs. 13-22; MEDINA ORTEGA, M., «El Derecho Patrimonial europeo en la perspectiva del Programa de Estocolmo», *Anuario español de Derecho internacional privado*, nº 10, 2010, págs. 69-90; ZAPATER DUQUE, E., «El impacto de la dimensión exterior en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia: análisis del Programa de Estocolmo a través de su Plan de Acción», en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (coord.), *La dimensión exterior del espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea*, Iustel, 2012, págs. 49-86.

²² Señala IGLESIAS BUHIGUES, J. L., «La cooperación judicial internacional en materia civil», en ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. / REMACHA Y TEJADA, J. R. (eds.), *Cooperación jurídica internacional*, Escuela Diplomática, nº 5, Madrid, 2001, pág. 54, que la cooperación judicial civil debe ser objeto de una interpretación autónoma, y no por referencia a los ordenamientos de los Estados miembros. Véase GARDEÑES SANTIAGO,

El Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007 ha sido el último paso dado hasta el momento, a nivel originario, en la profundización de la europeización del Dopr. En él se aprecia el interés del legislador europeo por hacer una realidad la tutela judicial efectiva, que desde este Tratado pivota en torno al principio de reconocimiento mutuo²³. El art. 81 TFUE, sucesor del art. 65 TCE introducido por el Tratado de Ámsterdam, ahonda no sólo en lo que es la cooperación judicial civil con repercusión transfronteriza, sino que amplía los mecanismos a los que según el Tratado hay que atender para que el espacio judicial europeo se consolide²⁴.

Tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la dualidad de bases jurídicas en las que puede fundamentarse la elaboración de textos normativos europeos que afecten al Dopr., que persistía después del Tratado de Ámsterdam, se ha eliminado. En virtud del art. 293 TCE (antiguo art. 220), ya suprimido, los Estados de la Unión podían celebrar entre sí Convenios complementarios (base

M., «El desarrollo del Derecho internacional privado tras el Tratado de Ámsterdam: los artículos 61 c) y 65 TCE como base jurídica», *Revista de Derecho Comunitario*, nº 11, 2002, pág. 232. Por su parte, ARIAS RODRÍGUEZ, J. M., «Consideraciones sucintas sobre la cooperación civil en el espacio judicial europeo», *Revista del Poder Judicial*, nº 66, segundo trimestre 2002, pág. 74, estima que el objetivo final que se persigue con la cooperación judicial civil es obtener una mayor colaboración entre las autoridades de los Estados miembros con miras a facilitar la vida de los ciudadanos europeos respetando el principio de libre circulación de las personas, así como el resto de libertades comunitarias.

²³ Según BORRÁS, A en su ponencia titulada “La creación de un espacio de justicia en materia civil”: “El principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales constituye la piedra angular del sistema, respondiendo así a lo que se dijo en el Consejo de Támpere (15 y 16 de octubre de 1999), en el que se decidió que «la piedra angular» (cornerstone) del camino para simplificar el reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil la constituía el principio de reconocimiento mutuo que se concretó en el Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hasta llegar al Programa de La Haya, aprobado el 4 de noviembre de 2004¹², para reforzar la libertad, la seguridad y la Justicia”, ponencia realizada en el Congreso “Once lecciones sobre Justicia Internacional”, y publicada en el libro de GAMARRA CHOPO, Y. (Coord.), *Lecciones sobre Justicia Internacional*, IFC, 2009, págs. 187-212.

²⁴ El apartado segundo del art. 81 TFUE, dispone: “[a] los efectos del apartado 1, y en particular cuando resulte necesario para el buen funcionamiento del mercado interior, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas para garantizar: a) el reconocimiento mutuo, entre los Estados miembros, de las resoluciones judiciales y extrajudiciales, así como su ejecución; b) la notificación y el traslado transfronterizos de documentos judiciales y extrajudiciales; c) la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros en materia de conflictos de leyes y de jurisdicción; d) la cooperación en la obtención de pruebas; e) una tutela judicial efectiva; f) la eliminación de los obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles, fomentando si es necesario la compatibilidad de las normas de procedimiento civil aplicables en los Estados miembros; g) el desarrollo de métodos alternativos de resolución de litigios; h) el apoyo a la formación de magistrados y del personal al servicio de la administración de justicia”.

intergubernamental), mientras introducía a través del Tratado de Ámsterdam el Título IV cuya trascendencia para el Dopr. fue mayor, ya que a su amparo la Comunidad entonces, ahora Unión Europea, asumía la competencia para legislar en materias de Dopr., de tal manera que una vez que la Comunidad había legislado sobre una determinada materia, la competencia dejaba de ser estatal y pasaba a ser comunitaria (base comunitaria, Derecho derivado). Como decimos, después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la vía intergubernamental para elaborar normas de Dopr. ha desaparecido, por lo que será el Reglamento, tipo de norma elegida para llevar a cabo la europeización del Dopr., el expediente al que se recurrirá para elaborar sus normas²⁵.

²⁵ Hasta la fecha se han elaborado los siguientes Reglamentos ordenados cronológicamente: Reglamento 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimiento de insolvencia; Reglamento 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre hijos comunes (hoy sustituido por el Reglamento 2201/2003); Reglamento 1348/2000 del Consejo, de 29 de mayo, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil (hoy sustituido por el Reglamento 1393/2007); Reglamento 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil; Reglamento 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; Reglamento 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 1347/2000; Reglamento 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se crea un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados; Reglamento 1396/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo; Reglamento (CE) 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía; Reglamento (CE) 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales; Reglamento (CE) 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, relativo a la notificación y al traslado a los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil y por el que se deroga el Reglamento (CE) 1348/2000 del Consejo; Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales; Reglamento (CE) 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos; Reglamento (UE) 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial; Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo y Reglamento (UE) 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Se encuentran en

Es necesario puntualizar, no obstante, que la europeización del Dopr. no ha afectado de la misma manera a todos los Estados de la Unión Europea. Así, Dinamarca quedó fuera, a petición propia, del Título IV TCE²⁶, a diferencia del Reino Unido e Irlanda que ejercieron la cláusula de *opting-in* y que les ha permitido incorporarse a todos los instrumentos europeos elaborados hasta la fecha²⁷. Esta singular situación ha hecho que para que sea posible la incorporación de Dinamarca de un lado al Reglamento (CE) 44/2001 y a su sucesor Reglamento (UE) 1215/2012 y, de otro, al Reglamento (CE) 1348/2000, después Reglamento (CE) 1393/2007, hayan debido celebrarse sendos acuerdos entre la Comunidad Europea y Dinamarca, sobre la base de lo dispuesto en el antiguo art. 300 TCE²⁸.

B) EXTENSIÓN

Otra de las grandes cuestiones de la europeización del Dopr. es su extensión. En este sentido, se ha venido distinguiendo por la doctrina entre competencia interna y competencia externa de la Unión Europea. La competencia interna afecta a la formulación de normas que regulan el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia, o lo que es lo mismo, a las situaciones privadas que tienen lugar en ese espacio (situaciones intraeuropeas). Sobre su base, la Unión Europea tiene competencia para legislar en los cuatro sectores del Dopr.: competencia judicial internacional, cooperación jurídica internacional, Derecho aplicable y validez extraterritorial de decisiones, y en relación con todas las parcelas del Derecho privado. Desde el momento en que la Unión Europea legisle sobre una determinada materia, los Estados miembros ya no son libres para

fase de elaboración los Reglamentos en materia de regímenes matrimoniales y de uniones no matrimoniales.

²⁶ Arts. 1 y 2 del Protocolo nº 22 sobre la posición de Dinamarca que figura en el anexo al TUE y al TFUE.

²⁷ Art. 3 del Protocolo nº 21 sobre la posición de Reino Unido e Irlanda que figura en el anexo al TUE y al TFUE.

²⁸ Decisión del Consejo de 20 de septiembre de 2005 relativa a la firma, en nombre de la Comunidad, del Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil [DO nº L 299, de 16 noviembre 2005] y Decisión del Consejo de 20 de septiembre de 2005 relativa a la firma, en nombre de la Comunidad, del Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la notificación y al traslado de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil.

regularla, con lo que se produce un «trasvase comunitario o europeo»²⁹; de esta manera el Dopr. es cada vez más europeo y menos estatal, por lo que podríamos concluir que el Dopr. se está desestatalizando, al tiempo que se europeiza.

Más problemas presenta la delimitación de la competencia externa de la Unión Europea, esto es, la competencia para concluir acuerdos con terceros países. Desde luego, parece lógico que si admitimos la existencia de una competencia interna de la Unión también deberemos admitir una competencia externa. Lo complejo es fijar sus límites, y ésta es una cuestión que está siendo más debatida que la concreción de las materias que podrían comprenderse dentro del ámbito de acción del antiguo art. 65 TCE³⁰, debate, por cierto, hoy superado tras la redacción del art. 81 TFUE a través del Tratado de Lisboa.

Para fijar y comprender el alcance de la competencia externa de la Unión Europea a la hora de legislar sobre materias de Dopr. han de tenerse en cuenta varias cuestiones. En primer lugar, la STJCE de 31 de marzo de 1971, Comisión/Consejo, «AETR»⁵¹, en cuyos apartados 17 y 18 dispone lo siguiente:

«17. que, en particular, cada vez que la Comunidad, con el fin de aplicar una política común prevista por el Tratado, adopta disposiciones que establecen normas comunes, en la forma que sea, los Estados miembros ya no tienen la facultad, bien actúen individual o incluso colectivamente, de contraer con Estados terceros obligaciones que afecten a dichas normas;

18. que, en efecto, a medida que se establecen estas normas comunes, sólo la Comunidad puede asumir y ejecutar, con efecto para todo el ámbito de aplicación del ordenamiento jurídico comunitario, los compromisos contraídos frente a Estados terceros»³¹.

²⁹ CALVO CARAVACA, A. L., «El Derecho internacional privado de la Comunidad Europea», cit., pág. 53.

³⁰ Según KOHLER, CH., «Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le traité d'Amsterdam», *Revue Critique de Droit International Privé*, enero-marzo, 1999, págs. 15-17, el art. 65 TCE no proporcionaría una base general para normar cuestiones de Dopr., sino que constituiría una base sectorial más, al permitir solamente la adopción de medidas vinculadas a la libre circulación de personas.

³¹ Del mismo tenor son los apartados 81 a 84 de la STJCE de 5 de noviembre de 2002, Comisión/Dinamarca (asunto C-467/98): «81. Es necesario determinar además en qué circunstancias puede verse afectado o alterado el alcance de las normas comunes por las obligaciones internacionales consideradas y, por tanto, en qué condiciones adquiere la

Sin embargo, y en segundo lugar, de la doctrina AETR no puede extraerse que los Estados europeos carezcan de libertad para celebrar Convenios con terceros Estados en materias sobre las que ya haya legislado la Unión si, por ejemplo, lo que se pretende con ese Convenio es establecer vías de comunicación bilateral entre un Estado europeo y un tercer Estado, para regular un tráfico privado externo singular o especialmente fluido. Sostener eso, sería limitar las relaciones internacionales que los Estados pudieran tener más allá del contexto europeo, sería abusivo y atentaría contra el principio de proporcionalidad y subsidiariedad³².

Si se hiciera una interpretación férrea, por tanto, de la competencia externa de la Unión, España no podría haber celebrado los Convenios bilaterales con Túnez, con República Dominicana, con Argelia o con Mauritania, todos ellos elaborados con posterioridad a la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam. Y, sin embargo, no ha sido así. Ni siquiera ha necesitado obtener una “autorización” de la Unión para hacerlo, lo que por otra parte es lógico³³.

Comunidad una competencia externa como consecuencia del ejercicio de su competencia interna. 82. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, se da el caso cuando las obligaciones internacionales están comprendidas dentro del ámbito de aplicación de las normas comunes o, en cualquier caso, dentro de un ámbito ya cubierto en gran medida por tales normas. En este supuesto, el Tribunal de Justicia ha declarado que los Estados miembros no pueden contraer obligaciones internacionales al margen de las instituciones comunes, aunque no exista ninguna contradicción entre éstas y las normas comunes. 83. Así pues, cuando la Comunidad ha incluido en sus actos legislativos internos cláusulas relativas al trato que ha de otorgarse a los nacionales de países terceros o ha conferido expresamente a sus instituciones competencia para negociar con los países terceros, adquiere una competencia externa exclusiva en la medida cubierta por dichos actos. 84. Lo mismo sucede, aunque no exista una cláusula expresa que faculte a sus instituciones para negociar con países terceros, cuando la Comunidad haya llevado a cabo una armonización completa en un ámbito determinado, ya que las normas comunes así adoptadas podrían verse afectadas, en el sentido de la sentencia AETR, si los Estados miembros conservaran libertad de negociación con los países terceros».

³² Hay que tener en cuenta que la doctrina AETR fue elaborada en ámbitos puramente económicos, por lo que su extrapolación al Dopr. debe hacerse con cuidado. Véase RODRÍGUEZ MATEOS, P., «Técnica normativa, derecho extranjero y pluralidad de fuentes», en *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor J. D. González Campos, Tomo II, Derecho internacional privado, Derecho constitucional, Varia*, UAM-Eurolex, 2005, págs. 1723 y ss.

³³ Téngase en cuenta el apartado quinto de la Declaración sobre los arts. 71 y 72 Reglamento (CE) 44/2001 y sobre negociaciones en el marco de la Conferencia de La Haya de Dopr., que dispone que “[e]n relación con la jurisprudencia del TJCE, el Consejo y la Comisión consideran que el Reglamento no obsta para que un Estado miembro celebre acuerdos con terceros Estados sobre materias cubiertas por el mismo, siempre que se trate de acuerdos que no afecten al Reglamento”.

El dilema se plantea en torno a la distinción entre competencia externa explícita y competencia externa implícita. Nos interesa el segundo tipo³⁴. La competencia exterior implícita puede ser exclusiva de la Unión o concurrente con la de los Estados³⁵. La competencia exclusiva sólo existe cuando responde a la política común e implica una obligación financiera que afecta a la Unión Europea. Desde luego, no parece que éste sea el caso en materias de Dipr., en donde la competencia debe ser compartida entre la Unión y los Estados miembros³⁶. Esto viene a confirmar que un acto jurídico europeo sólo es conforme con el Derecho originario cuando respeta los límites derivados de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad del art. 5 TUE³⁷, lo que implica que la Unión ha de legislar

³⁴ Las competencias externas explícitas quedan limitadas a ámbitos como los acuerdos comerciales (art. 207 TFUE), los acuerdos de asociación (art. 217 TFUE) o relaciones con Organizaciones internacionales (art. 220 TFUE).

³⁵ Véase BORRÁS, A., «La comunitarización del Derecho internacional privado...», cit., págs. 310 y ss.; ID., «La proyección externa de la comunitarización del Derecho internacional privado: los datos del problema», *Diario La Ley*, 2002-5, D-200, págs. 1657 y ss; ELVIRA BENAYAS, M. J., «El reparto de competencias entre la Unión Europea y los Estados en materia de Derecho internacional privado. Drama en tres actos», en *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor J. D. González Campos, Tomo II...*, cit., págs. 1453-1470. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., «Hacia una Constitución Europea», *Diario La Ley*, nº 6116, de 28 de octubre de 2004, pág. 2, analiza el reparto de competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros en el frustrado Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

³⁶ Lo que se confirma en el art. 4.2 j) versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea a raíz del Tratado de Lisboa, en el que se establece que la Unión dispone de competencia compartida con los Estados miembros, entre otras materias en el espacio de libertad, seguridad y justicia. Por otro lado, la Declaración nº 36 relativa al artículo 218 TFUE sobre la negociación y celebración de acuerdos internacionales por los Estados miembros en relación con el espacio de libertad, seguridad y justicia dispone que la Conferencia confirma que los Estados miembros podrán negociar y celebrar acuerdos con terceros países u organizaciones internacionales en los ámbitos a que hacen referencia los capítulos 3, 4 y 5 del título V de la Tercera parte, siempre y cuando dichos acuerdos se ajusten al Derecho de la Unión.

³⁷ Véase FALLON, M., «Les conflits de lois et de juridiction dans un espace économique intégré. L'expérience de la Communauté européenne», *Recueil des Cours*, t. 253, 1995, pág. 155. El art. 5 TUE establece que "1. La delimitación de las competencias de la Unión se rige por el principio de atribución. El ejercicio de las competencias de la Unión se rige por los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. 2. En virtud del principio de atribución, la Unión actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en los Tratados para lograr los objetivos que éstos determinan. Toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros. 3. En virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión. Las instituciones de la Unión aplicarán el principio de subsidiariedad de conformidad con el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Los Parlamentos nacionales velarán por el respeto del principio de subsidiariedad con arreglo al procedimiento establecido en el mencionado Protocolo. 4. En virtud del principio de proporcionalidad, el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederán de lo

únicamente en la medida en que sea necesario para alcanzar sus objetivos, y además de la manera más sencilla posible procurando establecer normas mínimas.

Si de lo que se trata es de adherirse a un Convenio internacional multilateral que versa sobre una materia sobre la que ya ha legislado la Unión Europea y cuyo ámbito puede afectar a los intereses de la Unión, entonces los Estados deberán solicitar permiso a la Comisión y adherirse en bloque, tal y como lo han hecho en el Convenio de La Haya de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños (en adelante, CH 1996)³⁸.

Con relación a este Convenio, la cuestión se resolvió estableciendo una cláusula de desconexión en el articulado del mismo (art. 52)³⁹ y una cláusula de prioridad en el Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones

necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados. Las instituciones de la Unión aplicarán el principio de proporcionalidad de conformidad con el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad”.

³⁸ Decisión del Consejo de 19 de diciembre de 2002 por la que se autoriza a los Estados miembros a firmar, en interés de la Comunidad, el Convenio de La Haya de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños [DO n° L 48, de 21 febrero 2003] y Decisión del Consejo de 5 de junio de 2008 por la que se autoriza a algunos Estados miembros a ratificar o adherirse, en interés de la Comunidad Europea, al Convenio de La Haya de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños, y por la que se autoriza a algunos Estados miembros a formular una declaración sobre la aplicación de las normas internas correspondientes del Derecho comunitario [DOUE n° L 151, de 11 de junio de 2008].

³⁹ El art. 52 CH 1996 dispone lo siguiente: “1. El Convenio no derogará los instrumentos internacionales en que los Estados contratantes sean partes y que contengan disposiciones sobre materias reguladas por el presente Convenio, salvo declaración en contrario de los Estados vinculados por dichos instrumentos. 2. El Convenio no afectará a la posibilidad para uno o varios Estados contratantes de concluir acuerdos que contengan disposiciones sobre las materias reguladas por el presente Convenio, respecto a niños que tengan su residencia habitual en uno de los Estados parte en tales acuerdos. 3. Los acuerdos a concluir por uno o varios Estados contratantes sobre materias reguladas por el presente Convenio no afectarán a la aplicación de las disposiciones del presente Convenio en las relaciones de estos Estados con los demás Estados contratantes. 4. Los párrafos precedentes se aplicarán igualmente a las leyes uniformes basadas en la existencia entre los Estados afectados de vínculos especiales, particularmente de naturaleza regional”. Véase BORRÁS RODRÍGUEZ, A., «La cláusula de compatibilidad del art. 52.2 del Convenio de La Haya de 1996 y los instrumentos comunitarios», en ESPLUGUES MOTA, C. / PALAO MORENO, G., *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Tirant lo Blanch, 2012, págs. 189-202.

judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento 1347/2000, (art. 61)⁴⁰.

Ahora bien, repárese que el Reglamento (CE) 2201/2003 sólo regula competencia, reconocimiento y cooperación de autoridades, y no Derecho aplicable, cosa que sí hace el CH 1996. Ello implica que desde la entrada en vigor de este Convenio para los Estados europeos, se ha producido una unificación del régimen conflictual, en este caso no por vía europea sino a través de una norma de origen convencional⁴¹. Lo mismo ha sucedido con el Protocolo de La Haya de 2007 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias.

El art. 15 del Reglamento (CE) 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos [en adelante, Reglamento (CE) 4/2009] realiza una remisión directa al Protocolo, erigiéndolo en norma pseudo-europea, para determinar el derecho aplicable a las obligaciones alimenticias en el contexto de la Unión Europea.

Pero volviendo a la concreción de la competencia externa implícita, debemos fijarnos ahora en el Convenio de Lugano de 30 de octubre de 2007 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil⁴². Mientras se negociaba este Convenio ya se planteó por el Consejo europeo ante el TJUE la consulta de si era la entonces Comunidad Europea la que tenía que firmar el Convenio, si se consideraba que era competencia exclusiva de la Comunidad, en tanto la materia del Convenio de Lugano es coincidente con la del Reglamento (CE) 44/2001, o si por el contrario, eran los Estados los que debían firmar el Convenio individualmente. El

⁴⁰ DOCE n° L 338, de 23 de diciembre de 2003. El art. 61 establece que “[e]n las relaciones con el CH 1996, el presente Reglamento se aplicará: a) cuando el menor afectado tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro; b) en lo que respecta al reconocimiento y ejecución en el territorio de un Estado miembro de una resolución dictada por el órgano jurisdiccional competente de otro Estado miembro, aun cuando el menor afectado tenga su residencia habitual en un Estado no miembro que sea parte contratante del citado Convenio”.

⁴¹ Lo que pone de manifiesto, según RODRÍGUEZ MATEOS, P., «Técnica normativa, derecho extranjero y pluralidad de fuentes», cit., pág. 1727, que allí donde no llega el ámbito funcional de la norma comunitaria, sí lo hace el convencional.

⁴² DOCE n° L 339, de 21 de diciembre de 2007. El CLug 2007 se aplica desde el 1 de enero de 2010 en las relaciones entre todos los países de la UE, incluida Dinamarca y Noruega. En Suiza entró en vigor el 1 de enero de 2011 y en Islandia el 1 de mayo de 2011.

Dictamen 1/03, de 7 de febrero de 2006 del TJUE⁴³ establece que la competencia para celebrar el nuevo Convenio de Lugano correspondía íntegramente a la competencia exclusiva de la Comunidad Europea, por afectar directamente al correcto funcionamiento del mercado interior.

En este caso, no se ha entendido oportuno, por insuficiente, establecer cláusulas de desconexión⁴⁴. Especifica el TJUE que el objetivo tradicional de estas cláusulas ha sido permitir a un grupo de Estados el establecimiento de reglas particulares, que tendrán prevalencia sobre el instrumento general para sus relaciones internas. En Dipr., no obstante, el objetivo de una cláusula de desconexión es regular de manera coherente la aplicación distributiva de dos textos normativos que obliguen a los Estados parte. La existencia en un acuerdo de una cláusula de desconexión, según la cual dicho acuerdo no afecta a la aplicación por parte de los Estados miembros de las disposiciones pertinentes del Derecho de la Unión Europea, no constituye una garantía de que las normas comunitarias no se vean afectadas por las disposiciones del acuerdo gracias a la delimitación del ámbito de aplicación respectivo de unas y otras, sino que, por el contrario, puede ser un indicio de que las citadas normas sí resultan afectadas⁴⁵.

En conclusión, este mecanismo en sí mismo no permite resolver la cuestión de si la Unión dispone de competencia exclusiva para celebrar dicho acuerdo o si la competencia corresponde a los Estados miembros. Pero puede sostenerse que la competencia externa de la Unión es exclusiva en la medida en que un acuerdo internacional afecte a normas europeas internas o altere su alcance. En este caso, corresponde a la Unión Europea celebrar acuerdos exteriores con Estados terceros u organizaciones internacionales, pudiendo estar comprendido un acuerdo internacional totalmente o sólo en parte dentro de la competencia comunitaria exclusiva. Por ello, finalmente fue la entonces Comunidad Europea la que firmó el Convenio de Lugano de 2007. Este Convenio se firmó por parte de la Comunidad Europea con Suiza, Noruega e Islandia, al que también se adhirió

⁴³ Dictamen 1/03 del Tribunal de Justicia de 7 de febrero de 2006, sobre «Competencia de la Comunidad para celebrar el nuevo Convenio de Lugano relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil».

⁴⁴ BORRÁS RODRÍGUEZ, A., «Les clauses de déconnexion et le droit international privé communautaire», en *Festschrift für Erick Jayme*, Band 1, cit., págs. 57-72.

⁴⁵ Dictamen 1/03 del Tribunal de Justicia de 7 de febrero de 2006, fundamento nº 130.

Dinamarca, que al no participar de la europeización del Dopr., no quedaba comprendida como firmante dentro de la Comunidad Europea.

El último paso dado hasta el momento por parte de la Unión Europea para clarificar este escenario fue la aprobación de dos Reglamentos: el Reglamento (CE) 662/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009 por el que se establece un procedimiento para la negociación y celebración de acuerdos entre Estados miembros y terceros países sobre materias específicas en relación con la ley aplicable a las obligaciones contractuales y extracontractuales y el Reglamento (CE) 664/2009, de 7 de julio de 2009, por el que se establece un procedimiento para la negociación y la celebración de acuerdos entre Estados miembros y terceros países sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial, de responsabilidad parental y de obligaciones de alimentos, y sobre la ley aplicable en materia de obligaciones de alimentos, ambos con el objetivo de regular el proceso que se ha de seguir cuando varios Estados miembros quieran celebrar acuerdos/convenios con terceros Estados sobre materias sobre las que la Unión ya ha legislado⁴⁶.

II. LAS LIBERTADES COMUNITARIAS Y LA EUROPA DE LOS CIUDADANOS

Ante esta explosión de acontecimientos normativos y políticos, parece necesario establecer un contrapunto⁴⁷. La rapidez con que avanza todo, el maremágnum normativo que nos invade, puede que esté impidiendo que veamos la trascendencia real de lo que supone este proceso. ¿Tiene tanto de bueno como se vende por las instancias europeas?, ¿dónde están las voces críticas?, ¿quiénes tienen ahora la competencia para legislar?, ¿se está legislando adecuadamente?, ¿se está consiguiendo que la tutela judicial sea una realidad en el espacio judicial europeo? Y pese a la importancia de estas cuestiones de

⁴⁶ Véase ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., «La autorización comunitaria para la negociación y celebración de acuerdos de Derecho internacional privado entre Estados miembros y terceros países», *Diario La Ley* nº 15579, de 30 de septiembre de 2009.

⁴⁷ Muy sugerente la lectura del artículo de SÁNCHEZ LORENZO, S., «La política legislativa de la Unión Europea en materia de Derecho internacional privado: de la técnica del carro ante los bueyes a la estrategia del avestruz», en ESPLUGUES MOTA, C. / PALAO MORENO, G., *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea...*, cit., págs. 133-145.

fondo, hay otras de forma que no considero menos importantes. La legislación motorizada a la que estamos asistiendo en los últimos años está creando graves dificultades para el intérprete a la hora de determinar la norma concreta que ha de regular una determinada situación internacional⁴⁸. Y si estas dificultades existen para el intérprete, experto jurídico, cuántas no surgirán para los ciudadanos. Esto puede dañar un principio básico como es la seguridad jurídica.

La construcción de un espacio judicial europeo busca reafirmar y consolidar la libre circulación de personas. Con él se pretende garantizar a todos los ciudadanos y residentes en la Unión un acceso fácil a los tribunales de los Estados miembros y, en conjunto, una tutela judicial más eficaz, más efectiva. En realidad, las consecuencias potenciales derivadas de un progresivo aumento de la confianza entre los Estados miembros apuntan, más allá de los objetivos de liberalización del mercado único, a los elementos de vertebración social del concepto de la integración europea.

Creando este espacio se pretende reforzar la libre circulación de personas, entendiéndose que esta libertad se asegurará de forma más eficaz, si una persona que se traslada del territorio de un Estado miembro a otro, puede mantener su situación familiar y patrimonial⁴⁹. Sin embargo, en esta materia aún queda mucho por hacer.

La lógica de la integración europea responde a dos grandes principios: de un lado, el principio de integración negativa, dirigido a los Estados nacionales imponiéndoles “obligaciones negativas” cuyo objetivo es eliminar las barreras a la libre circulación de bienes, servicios, capitales o personas en el contexto europeo y, de otro, el principio de integración positiva, que se dirige a las instituciones europeas atribuyéndoles competencias legislativas cuyo objetivo es suministrar un marco normativo adecuado a un “mercado” integrado de escala europea⁵⁰. Sin

⁴⁸ Una exposición muy clara sobre las dificultades generadas para el operador jurídico por la forma de legislar puede verse en GARAU SOBRINO, F., “¿Qué Derecho internacional privado queremos para el siglo XXI?”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2012, Vol. 4, Nº 2, pp. 140-158.

⁴⁹ JAYME, E., «O direito internacional privado e a família no umbral do século XXI - Conferência do Rio de Janeiro, 15 de março de 2002. PUC-Rio, en *O novo direito internacional. Estudos em homenagem a E. Jayme*, Renovar, 2005, pág. 6.

⁵⁰ VIRGÓS SORIANO, M. / GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., «Estado de origen vs. estado de destino», *InDret* 2004/4, págs. 3-4.

embargo, esta lógica responde más a una lógica de mercado, estrictamente económica, que es la que hasta hace poco ha imperado en el escenario europeo, que a un razonamiento coligado a cuestiones no crematísticas, como el Derecho de la persona o el Derecho de familia.

Aunque esa Europa de los ciudadanos que se promueve desde las instituciones europeas todavía esté muy lejos, y digan más las palabras que los propios hechos, lo cierto es que parece llegado el momento de superar la estricta lógica de mercado y pasar a un nuevo escenario en que los ciudadanos sean los verdaderos protagonistas. Por eso, debe profundizarse aún más en la libertad de circulación de las personas (art. 21 TFUE).

Al final, se trataría de profundizar en lo relativo al Derecho de la persona y de la familia, en la misma fórmula tripartita que hasta ahora se ha puesto en práctica en relación con el Derecho patrimonial: diversidad normativa + armonización mínima + Dopr. uniforme⁵¹, una vez constatado que en estas materias la unificación o uniformidad normativa no desempeña ese papel de mito que por el contrario sí existe en el Derecho patrimonial⁵².

Es más, cabría proponer, como así ha hecho ya el TJUE, que en tanto no se lleve a cabo esta aproximación normativa, se respeten las relaciones jurídicas que se han constituido conforme a la ley de un Estado europeo, para así evitar que el cruce de frontera pueda conllevar, debido al cambio de ley aplicable, que una relación existente conforme a la legislación de un Estado no exista conforme a la legislación de otro (caso de los matrimonios entre personas del mismo sexo, por ejemplo)⁵³, o que una misma relación se regule de forma diferente y ello lleve aparejado para la persona una inseguridad jurídica que claramente incide de forma negativa en la libre circulación de personas en el espacio judicial europeo

⁵¹ Vid. VIRGÓS SORIANO, M. / GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., «Estado de origen vs. estado de destino», cit., págs. 3 y ss.

⁵² Véase GONZÁLEZ BEILFUSS, C., «Relaciones e interacciones entre Derecho comunitario, Derecho internacional privado y Derecho de familia europeo en la construcción de un espacio judicial común», *Anuario Español de Derecho internacional privado*, t. IV, 2004, págs. 117-186.

⁵³ JAYME, E., «Il diritto internazionale privato nel sistema comunitario...», cit., pág. 356; BARATTA, R., «Verso la “comunitarizzazione” dei principi fondamentali del diritto di famiglia», *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 2005-3, págs. 599 y ss.

(caso del nombre de las personas físicas)⁵⁴. Como decía, el TJCE, en sus sentencias de 30 de marzo de 1993, *Konstantinidis*; de 2 de diciembre de 1997, *Dafeki*, de 2 de octubre de 2003, *García Avelló*, de 14 de octubre de 2008, *Grunkin-Paul*, de 22 de diciembre de 2010, *Sayn-Wittgenstein* y de 12 de mayo de 2011, *Runevič-Vardyn*⁵⁵, ha analizado esta cuestión y resuelto que si la ley de un Estado miembro ofrece respaldo normativo a una relación jurídica, esa relación jurídica podrá desarrollarse en los demás Estados miembros, independientemente de lo que puedan decir las normas de conflicto del Estado de destino⁵⁶.

Por tanto, y hasta que no se elaboren normas uniformes, válidas para todos los Estados miembros en cuestiones de Derecho de la persona y Derecho de familia, la situación considerada como existente y válida en un país de la Unión Europea debe estimarse también existente y válida en los demás Estados europeos. En relación con las sociedades mercantiles, en sus sentencias de 27 de septiembre de 1988, *Daily Mail*; de 9 de marzo de 1999, *Centros*, de 5 de noviembre de 2002, *Überseering*; de 30 de septiembre de 2003, *Inspire Art* y de 16 de diciembre de 2008, *Cartesio*, el TJCE ha indicado que una sociedad válidamente constituida y existente en un Estado miembro debe considerarse como válidamente constituida y existente también en los demás Estados miembros.

Es más, cuando nos encontremos no en fase de reconocimiento sino en la determinación de la ley aplicable a una relación jurídica, después de individualizar la ley aplicable conforme al sistema autónomo de Dipr. del Estado miembro ante el que se plantee la situación, será conveniente recurrir, en una especie de segundo escalón, a tomar en consideración el Derecho de la Unión Europea

⁵⁴ LARA AGUADO, A., «Libertades comunitarias, doble nacionalidad y régimen de los apellidos», *Diario La Ley*, nº 6107, 15 de octubre de 2004, págs. 1-6; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Régimen de los apellidos, doble nacionalidad, internacionalidad intrínseca del problema y Derecho comunitario», *Diario La Ley*, nº 5876, 22 de octubre de 2003, consultado en www.laley.net.

⁵⁵ BARATTA, R., «Verso la “comunitarizzazione” dei principi fondamentali...», cit., págs. 587 y ss, esp. 589, recoge cómo la sentencia del tribunale di Bologna de 9 de junio de 2004 ha acogido la doctrina del TJUE, atendiendo el recurso presentado por los progenitores, él italiano y ella española, para que figurara el nombre de su hijo en el registro italiano tal y como fue inscrito en el registro español, con el apellido del padre y de la madre, aun cuando conforme a la legislación italiana (nacionalidad prevalente según el art. 19.2 Ley italiana de Dipr.) sólo debiera figurar con el apellido paterno.

⁵⁶ Véase LARA AGUADO, A., «El caso Niebuß o el derecho al reconocimiento de las certificaciones registrales extranjeras», *Diario La Ley*, nº 6560, 29 de septiembre de 2006, consultado en www.laley.net.

para comprobar que la aplicación del Derecho al que remite la norma estatal de conflicto no vulnera las libertades comunitarias⁵⁷. Así, por ejemplo, que un sistema de Dopr. determine como ley aplicable al nombre y apellidos de las personas físicas la ley nacional de ésta no tiene porqué contrariar el principio de no discriminación por nacionalidad contemplado en el art. 18 TFUE⁵⁸.

La discriminación consistirá en tratar de manera igual situaciones diferentes y de distinta manera situaciones comparables, a no ser que exista una justificación objetiva. Pues bien, si en una situación privada internacional no se toman suficientemente en consideración los elementos de heterogeneidad intraeuropea que concurren en ella puede llegar a vulnerarse el principio de no discriminación. Para evitarlo sería indispensable que se tengan en cuenta todos los ordenamientos vinculados con la situación y que el interesado elija la normativa conforme a la que quiere precisar su nombre y/o apellidos.

La utilización del concepto “reconocimiento mutuo” para llevar a cabo la europeización del Dopr. esconde algunas cuestiones interesantes. Este concepto es propio de las relaciones comerciales, o con mejor criterio, de la actividad económica europea y se identifica con el principio de la ley del Estado de origen⁵⁹ que, en su formulación básica, supone que cualquier producto o servicio ha de poder circular sin trabas en el territorio del resto de los países de la Unión. De

⁵⁷ Es lo que el profesor CARRASCOSA GONZÁLEZ ha calificado como eurodepuración, CALVO CARAVACA, A. L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*, vol. I, 9ª ed., págs. 43 y ss. LARA AGUADO, A., «El caso Niebüll...», cit.; GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., «Le Cour de Justice des Communautés Européennes et le non-Droit international privé», en *Festschrift für Erick Jayme*, Band 1, cit., pág. 263; GUZMÁN ZAPATER, M., «Un elemento federalizador para Europa: el reconocimiento mutuo...», cit., pág. 421.

⁵⁸ Véase el interesante análisis que realizan WILDERSPIN, M. / LEWIS, X., «Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflits de lois des États membres (I)», cit., págs. 6 y ss, sobre la relación del art. 12 TCE, las normas de conflicto de los Estados miembros y la jurisprudencia emanada del TJUE en este sentido. Sobre casos particulares, QUIÑONES ESCÁMEZ, A., «Compatibilidad de la norma de conflicto relativa a los efectos del divorcio con el Derecho comunitario», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 10, 2001, págs. 645-661; GARDEÑES SANTIAGO, M., «La imperatividad internacional del principio comunitario de no discriminación por razón de la nacionalidad. (Reflexiones en torno a la Sentencia del TJCE *Boukhalfa*, de 30 de abril de 1996, desde la óptica del Derecho internacional privado)», *Revista de Instituciones Europeas*, 1996-3, págs. 863-877.

⁵⁹ GARDEÑES SANTIAGO, M., *La aplicación de la regla de reconocimiento mutuo y su incidencia en el comercio de mercancías y servicios en el ámbito comunitario e internacional*, Eurolex, 1999, págs. 47 y ss; WILDERSPIN, M. / LEWIS, X., «Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflits de lois des États membres (I)», cit., págs. 16 y ss.

esta manera, la regla del Estado de origen comporta una obligada referencia al régimen jurídico aplicable a la puesta en el mercado de productos y servicios vigente en dicho Estado, con la consecuencia de que el Estado de importación deberá admitir una cierta proyección extraterritorial de los efectos de las normas del Estado de origen.

Cabe, pues, preguntarse qué ha pretendido el legislador europeo al adoptar este concepto en el Consejo Europeo de Tampere como base del espacio de libertad, seguridad y justicia; como base de la europeización del Dopr.

En este caso, no hablamos de libre circulación de mercancías ni de servicios, sino de libre circulación de las personas y, por fuerza, el concepto debe sufrir alguna modificación. Podría pensarse que lo que se pretende con la extrapolación de este concepto al escenario jurídico es el respeto a las relaciones jurídicas nacidas con arreglo a cualquier Derecho nacional de los Estados de la Unión Europea, de tal manera que tal relación sería reconocida y respetada en todos los Estados miembros. Sin embargo, aunque esa pueda ser la meta última del proceso de europeización, previamente son necesarios una serie de ajustes en las legislaciones de los Estados miembros. Ajustes que deben venir de una unificación de normas procesales y una armonización del Derecho aplicable. No se pretende, por tanto, unificar el Derecho material, lo que a todas luces sería incompatible con el principio de respeto a la diversidad cultural y a las diferentes tradiciones jurídicas de los Estados miembros⁶⁰, sino sobre todo en el Derecho de familia y sucesiones, crear normas comunes de Dopr. que permitan reducir la relatividad entre los Dopr. de los Estados miembros y, de esta manera, siempre sobre la base del principio de confianza, se ideen fórmulas de respeto mutuo.

Este escenario supone para JAYME, E., un cambio en la concepción tradicional del Dopr., al tiempo que un retorno a ideas que se creían superadas como la doctrina de los “*Vested Right*”. A su juicio, “hoy se vuelve al reconocimiento de situaciones jurídicas creadas en el extranjero, formando parte el principio de reconocimiento mutuo del Derecho comunitario. La super-law existe: son las libertades fundamentales del Derecho comunitario”. Que ello es

⁶⁰ GAUDEMET-TALLON, H., «De l'utilité d'une unification du droit international privé de le famille dans l'Union européenne?», en *Estudos em homenagem à Profesora Doctora Isabel de Magalhães Collaço*, vol. I, Coimbra, 2002, págs. 160-161 y 175 y ss.

así, lo confirma la jurisprudencia del TJUE que apuesta por una flexibilización de las normas de Dopr. y su interpretación de acuerdo con el respeto a las libertades comunitarias⁶¹.

Sin duda, en esta nueva concepción del Dopr. de origen europeo las nuevas normas que se elaboren habrán de tener muy en cuenta la autonomía de la voluntad de los interesados. Y será entonces cuando esa Europa de los ciudadanos sea una realidad, puesto que se conjugarán de un lado los intereses de los particulares eligiendo la norma que crean más adecuada para regular su relación y, de otra, los intereses europeos en su afán por lograr que las libertades comunitarias sean una realidad, incluida la quinta libertad comunitaria.

III. LA LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS Y DE RESOLUCIONES

A) CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS

El status de ciudadano de la Unión Europea incluye situaciones jurídicas subjetivas proporcionadas directamente por el Derecho comunitario, en particular la libre circulación⁶². La jurisprudencia precitada enseña que la libertad de movimiento requiere que se eliminen todos los obstáculos previstos por diferencias normativas entre un Estado europeo y otro. No se trata, como en el derecho internacional privado, de establecer criterios para elegir cual ley aplicar, desde el punto de vista de un ordenamiento nacional.

En cambio el Derecho de la Unión identifica un status jurídico propio y las conectadas situaciones jurídicas subjetivas, a los cuales las leyes nacionales deben cumplir necesariamente⁶³. Según el Tribunal de Justicia, dicho estatus «permite a quienes se encuentran en la misma situación obtener, en el ámbito de aplicación *ratione materiae* del Tratado CE, independientemente de su

⁶¹ GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., «Le Cour de Justice des Communautés Européennes et le non-Droit international privé», cit., págs. 263-275.

⁶² Véase CIPPITANI, R., *Libre circulación de las personas*, en ÁLVAREZ LEDESMA, M.I., CIPPITANI, R. (coord.), *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, ISEG, Roma-Perugia-México, 2013.

⁶³ COLCELLI, V., *Situaciones legales subjetivas otorgadas por la Unión Europea*, en ÁLVAREZ LEDESMA, M.I., CIPPITANI, R., (coord. by), *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, ob.cit.

nacionalidad y sin perjuicio de las excepciones expresamente previstas a este respecto, el mismo trato jurídico»⁶⁴.

Aunque, en principio, la disciplina de los status familiares es una competencia nacional, la legislación interna no puede ser invocada para no aplicar disposiciones comunitarias o principios como lo de no discriminación⁶⁵. Como afirma el Tribunal de Justicia, el Derecho comunitario garantiza el respeto a la vida familiar de los ciudadanos comunitarios, con el fin de eliminar los obstáculos al ejercicio de las libertades fundamentales reconocidos por los Tratados⁶⁶. La posibilidad de mantener las relaciones familiares se considera un requisito previo para el goce efectivo de la libertad de circulación de las personas⁶⁷.

En esta perspectiva, los derechos y los estatus válidamente formados en uno de los Estados miembros no pueden ser desconocidos o debilitados en otro país de la Unión, ya que ello constituiría un obstáculo a la libertad de movimiento, y por lo tanto un obstáculo para el ejercicio efectivo de la ciudadanía comunitaria.

Las normas comunitarias sobre la libre circulación y la reagrupación familiar se refieren en primer lugar a las calificaciones previstas en las leyes nacionales (descendente, ascendente, cónyuge, pareja, pareja de hecho, otros miembros de la familia), que operan en los Estados miembros con respecto a los que surgieron. En la noción de «unión registrada» de la Directiva 2004/38/CE se pueden incluir sea las uniones de las parejas heterosexuales, sea las uniones entre personas del mismo sexo, si la ley nacional lo prevé, como lo que ocurre en el caso de España, por ejemplo, o de Portugal, de Bélgica y de Holanda.

Los Estados no pueden oponer obstáculos a la aplicación del estatus establecido por otro ordenamiento comunitario, como la reciprocidad (artículo 16 disposiciones preliminares al Codice Civile) o el «orden público» (véase en Italia

⁶⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia, 2 de octubre de 2003, C-148/02, Garcia Avello Rac. 2003 p. I-11613, apartado 23; y también entre otras, Tribunal de Justicia, 20 de septiembre de 2001, C-184/99, Grzelczyk, Rec. p. I-6193, apartado 31; Id. 11 de julio de 2002, C-224/98, D'Hoop, Rec. 2002 p. I-6191, apartado 28.

⁶⁵ Cfr. las conclusiones del Abogado general Niilo Jääskinen de 15 de julio de 2010, en el asunto C- 147/08, Jürgen Römer/Freie und Hansestadt Hamburg, apartado 69 sigs.

⁶⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia, 14 de abril de 2005, C-157/03, Comisión/España, Rec. 2005, p. I-2911, apartado 26.

⁶⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia, 3 de julio de 1974, Casagrande / Landeshauptstadt München , 9/74, Rec. 1974, p. 773.

el artículo 16 de la Ley 218/1995 que se refiere a la Reforma del sistema italiano de derecho internacional privado)

O más bien, el Derecho de la Unión reconoce la posibilidad de que un Estado miembro pueda oponer limitaciones de «orden público» a la libre circulación de la personas (artículo 27, párr. 2, Directiva 2004/38/CE) y por lo tanto también de su estatus subjetivos. Pero la referencia a dichos límites del orden público «requiere, en todo caso, aparte de la perturbación del orden social que constituye cualquier infracción de la ley, que exista una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad »⁶⁸.

La jurisprudencia comunitaria no considera como justificaciones válidas las que se refieren a una disciplina nacional relativa a la formación del apellido de un hijo⁶⁹, aunque se considera como una cuestión relativa al estatuto personal y, por lo tanto, en principio de competencia nacional.

Por su parte, en el asunto K.B65 se declara como ilegítima la legislación nacional que impide a un transexual casarse, por el hecho que en este caso la ley no permitiría a la persona recibir la pensión de viudedad⁷⁰. Del mismo modo, se identifica como discriminación el caso donde, una vez registradas uniones entre personas del mismo sexo estas finalmente no se casen y, por ello, surjan problemas respecto a los derechos de acceso como los relativos a las pensiones (véanse las conclusiones del Abogado General Dámaso Ruiz –Jarabo Colomer en el asunto Maruko).

⁶⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia 4, de octubre de 2012, C- 249/11, Hristo Byankov/ Glaven sekretar na Ministerstvo na vatreshnite raboti, apartado 40, todavía no publicada; cfr. también Tribunal de Justicia 10 de julio de 2008, C-33/07, Jipa , Rec. 2008 p. I-5157, apartado 23; Id., 17 de noviembre de 2011, C-430/10, Gaydarov, apartado 33, todavía no publicada. Sobre las limitaciones a la libre circulación véase especialmente PIZZOLO, C., *Libre Circulación de Personas: Alcance y Límites*, en ÁLVAREZ LEDESMA, M.I., CIPPITANI, R. (coord.), *“Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica”*, ob.cit.

⁶⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia, 14 de octubre de 2008, C-353/06, Grunkin y Paul , Rec. 2008, p. I-7639, p. 38; Sentencia del Tribunal de Justicia 22 de diciembre de 2010, C-208/09, Ilonka Sayn-Wittgenstein/Landeshauptmann von Wien , Rec. 2010 p. I-13693, se considera justificada por razones de orden público el desconocimiento de un título aristocrático de otro Estado miembro (puntos 93-95).

⁷⁰ Véase las argumentaciones del Abogado general D. Ruiz-Jarabo Colomer en las conclusiones del 10 de junio de 2003 en el asunto K.B.

B) APROXIMACIÓN A LA LIBRE CIRCULACIÓN DE RESOLUCIONES

En el Consejo Europeo de Tampere de 1999 se constituye el reconocimiento mutuo de resoluciones como la “piedra angular de la cooperación judicial en materia civil y penal de la Unión” y ello trae como consecuencia que cada Estado acepta y reconoce la legislación del resto de Estados de la Unión como si fuera la suya. Con base en ese principio se han elaborado diversos instrumentos normativos, aunque nos interesa destacar aquellos que permiten la libre circulación de títulos ejecutivos entre países de la Unión.

Aunque la libre circulación de resoluciones fue un objetivo casi originario, su consecución no era fácil puesto que se precisaba, como paso previo, armonizar las grandes divergencias que existían entre las normas de competencia judicial internacional de los diversos Estados. Unificadas esas normas en los diferentes instrumentos comunitarios/o de la Unión aprobados, la consecución del objetivo de la libre circulación se mostraba como posible.

En la libre circulación de resoluciones judiciales se fueron dando pequeños pasitos, creando en materias concretas verdaderos títulos ejecutivos europeos hasta llegar al Reglamento 1215/2012, del Parlamento Europeo y el Consejo, de 12 de diciembre, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil que elimina con carácter general el procedimiento de exequatur.

Uno de esos pasos se dio precisamente con el Reglamento 2201/2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental que, en una materia concreta -el derecho de visita (art. 41) y las resoluciones que ordenan la restitución del menor (art. 42)- establece un verdadero título ejecutivo europeo. Junto con estas resoluciones, objeto de nuestro trabajo, habría que mencionar en el mismo sentido el Reglamento 805/2004 por el que se establece un título ejecutivo créditos no impugnados, el Reglamento 1896/2006 por el que se establece un proceso monitorio europeo y el Reglamento 4/2009 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos.

Centrándonos en el Reglamento 2201/2003, objeto de estudio en la segunda parte del trabajo, en los casos de derecho de visita y restitución del menor si la resolución ha sido certificada en el estado miembro de origen, conforme a los formularios que se contienen en los anexos se ejecutará en el resto de países de la Unión sin que esté sometida a mecanismos de reconocimiento y exequatur.

Este certificado sólo podrá ser expedido por el juez de origen si, en lo que respecta a los procedimientos en rebeldía, el escrito de demanda o documento equivalente ha sido notificado o trasladado a la parte rebelde con la suficiente antelación y de manera que ésta pueda defenderse, o, si así se hubiera procedido, si consta de forma inequívoca que ha aceptado la resolución; si se ha dado posibilidad de audiencia a todas las partes afectadas y se ha dado al menor posibilidad de audiencia, a menos que esto no se hubiere considerado conveniente habida cuenta de su edad o grado de madurez. Contra esta certificación no se podrá interponer recurso (art. 43.2).

El Reglamento distingue según que el derecho de visita en el momento de dictar la resolución tenga carácter transfronterizo o lo adquiera con posterioridad. En el primer caso, el certificado se expedirá de oficio cuando la resolución adquiera fuerza ejecutiva –incluso con carácter provisional- y en el segundo a instancia de parte (art. 41.3).

En muy parecidos términos se regula el título ejecutivo europeo que cabe expedir para la restitución de un menor que ha sido trasladado de forma ilegal a otro Estado miembro. La trascendencia de este paso está fuera de toda duda y puede ser un buen medio para luchar contra el secuestro internacional de menores en el contexto europeo. Si las autoridades de la residencia habitual del menor antes del traslado deciden que el menor debe ser restituido, ésta resolución gozará de fuerza ejecutiva inmediata y directa en el Estado miembro en el que se encuentre el menor, aunque ese Estado, conforme al art. 11 del Reglamento, se haya opuesto a la devolución del menor.

Para que el juez del Estado de origen pueda certificar su resolución como título ejecutivo europeo será necesario que se haya dado posibilidad de audiencia tanto al menor como a las partes. También se precisa que en caso de que el

órgano jurisdiccional u otra autoridad se comprometa a adoptar medidas para garantizar la protección del menor tras su restitución al Estado de su residencia habitual, el certificado debe precisar los pormenores de dichas medidas (art. 42.2 Reglamento).

Ha sido la Disposición final vigésima segunda de la Ley 19/2006, de 5 de junio, el mecanismo elegido para adecuar el ordenamiento jurídico español a lo previsto en el Reglamento (CE) 2201/2003. En concreto se establece que la certificación judicial relativa a las resoluciones judiciales sobre el derecho de visita (art. 41.1 Reglamento), se expedirá de forma separada y mediante providencia, al igual que la resolución en materia de restitución del menor (art. 42.1).

El procedimiento para la rectificación de los errores se resolverá conforme a lo dispuesto en los primeros tres apartados del art. 267 LOPJ. La denegación de la expedición de la certificación judicial se adoptará de forma separada y mediante providencia y podrá impugnarse por los trámites del recurso de reposición.

C) SITUACIONES DE TENSION ENTRE LA LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS Y RESOLUCIONES: ALGUNOS EJEMPLOS

La aplicación del derecho a la libre circulación de las personas y de los status familiares produce muchas situaciones de tensión entre la reglamentación de los países europeos. Esta tensión es bastante evidente en Estados como Italia que tienen una legislación muy restrictiva y cerrada en materia familiar. Así, y a modo de ejemplo, el Derecho italiano, y especialmente la ley n. 40/2004, sobre la fecundación asistida, prohíbe la fecundación heteróloga, con la donación de esperma o de óvulos. En un caso decidido por la Corte de Apelaciones de Bari, de 25 de febrero de 2009⁷¹, se declaró que la transcripción de la filiación de dos niños nacidos en base a una maternidad subrogada era admisible en Italia, en cuanto los dos eran ciudadanos del Reino Unido, por lo tanto comunitarios, y de acuerdo con el mejor interés del niño.

⁷¹ In leggiditalia.it .

Más recientemente un decreto del 1 de julio 2011 el Tribunal de Nápoles ha ordenado la transcripción de un certificado relativo a un niño nacido en el extranjero formado en virtud de la técnica de la inseminación artificial heteróloga, ya que se piensa que esto no pueda constituir una violación del orden público.

El mismo principio se aplica por los tribunales franceses (véase el Tribunal de Apelación de París, 25 de octubre de 2007) y por la práctica española (véase la Resolución de la Dirección General de Los Registros y El Notariado, 18 de febrero de 2009), aunque no exista una legislación específica en este sentido.

Otro caso es la filiación homoparental, prohibida por la ley italiana y reconocida en otros sistemas jurídicos europeos. Por otro lado, la jurisprudencia está empezando a admitir la filiación de personas del mismo sexo, legalmente establecida según las reglas de otros países comunitarios, aunque en casos no previstos en el derecho italiano⁷², como ya se ha sostenido por la literatura jurídica⁷³.

Además, en la jurisprudencia encontramos una tendencia a abandonar la desaprobación hacia las uniones del mismo sexo, como lo demuestra recientemente la Corte di Cassazione, que niega los efectos negativos de la custodia concedida un padre que vive con una persona del mismo sexo, dado que los supuestos efectos negativos no estarían basados en algún tipo de prueba científica sino simplemente en prejuicios. Todo ello es coherente con la prohibición de cualquier forma de discriminación en materia de relaciones familiares⁷⁴.

La adopción por una persona soltera en Italia se admite sólo como «adopción en casos especiales», según el artículo 44 de la ley 184/1983, aunque

⁷² El Tribunal de Roma en 2009 rechazó la acción de desconocimiento de la paternidad propuesta por los hermanos de un ciudadano italiano casado con otro hombre en el Reino Unido. En los periódicos la noticia está comentada, por ejemplo, en GARIBALDI, A. , *La dinastia e i figli della provetta. I Doria in tribunale per l'eredità* , en *Corriere della Sera* , 10 de octubre de 2009. Porque se refiere a la doctrina legal, véase MOLASCHI, B., *La procreazione medicalmente assistita: uno sguardo comparato tra Italia e Inghilterra* , en *Fam. Pers. Succ.*, 2010, 7, 524.

⁷³ BILOTTA, F., *Omogenitorialità, adozione e affidamento familiare* , en *Dir. fam.*, 2010, p. 901 ss.

⁷⁴ Cassazione, 11 de enero de 2013, n. 601, en *Giur. It.* 2013, 4.

la misma, sin embargo no es la adopción plena⁷⁵. Esta forma de adopción podría considerarse discriminatoria, de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH en un caso similar que se refiere al Derecho de Luxemburgo⁷⁶.

Por su parte, la adopción por parejas del mismo sexo se debe permitir en virtud de la sentencia del TEDH⁷⁷, que considera ilegal la prohibición de las adopciones por razón de la homosexualidad de los adoptantes. Hay que tener en cuenta, además, que el nuevo Convenio de Estrasburgo sobre la adopción de niños de 2008 (que modifica la anterior), en su artículo art. 7, párrafo 2, establece la posibilidad de los Estados de prever la adopción por convivientes o parejas del mismo sexo que están casadas o que forman parte de una unión registrada.

En todos los casos anteriormente citados, cuando se forma válidamente el status de filiación en otro país comunitario, la aplicación de los principios de la definición substancial de las relaciones familiares, la prohibición de la discriminación, la libre circulación, y sobre todo el deber de proteger los intereses del niño exigen el pleno reconocimiento en todos otros Estados.

No parecen cumplir con estos principios, algunas soluciones formales, como la propuesta por el Conseil d'État en Francia⁷⁸, que en el caso de maternidad subrogada realizada en el extranjero, sugiere transcribir la paternidad, pero no la maternidad de la «mère d'intención». Sin embargo, el Conseil propone que la relación entre la madre y el hijo se reconozca indirectamente, a través de la «délégation» (artículo 377 code civil) o del registro al margen del acto de nacimiento de la decisión de la autoridad administrativa extranjera, al fin de demostrar el vínculo de las relaciones de la vida diaria (con la administración pública, las escuelas , etc.).

Una solución similar es la derivada de la sentencia del Corte di Cassazione italiana no. 4184 de 15 de marzo de 2012, la cual decidió que el matrimonio de personas del mismo sexo es «inexistente» para el derecho nacional, si bien, con una fórmula ambigua, las personas homosexuales que cohabitan en estable

⁷⁵ Vid. Cassazione 14 de febrero de 2011, n. 3572, en *Famiglia e Diritto* , 2011, 7, 697 nota de ASTONE ; en *Giur. It.* , 2011, 6, 1275; en *Foro It.* , 2011, 3, 1, 728.

⁷⁶ TEDH, 28 de junio de 2007, *Wagner c. Lussemburgo*.

⁷⁷ TEDH, 22 de enero de 2008, *E. B. c. Francia*.

⁷⁸ Conseil d'État, *La révision des lois de bioéthique*, Paris, 2009, en legifrance.gouv.fr.

relación de hecho tienen derecho a una «vida familiar» y ello supone el reconocimiento de situaciones jurídicas específicas para solicitar un «tratamiento uniforme» con respecto a los cónyuges.

Sobre toda esta problemática, que adelantamos ahora para mostrar las situaciones de tensión que en este campo pueden producirse entre las normativas de los diferentes Estados miembros, volveremos a lo largo del trabajo cuando, en los capítulos siguientes, nos refiramos a los distintos tipos de uniones: familia tradicional, uniones de hecho, uniones del mismo sexo, etc.

IV. LA CREACIÓN DE INSTRUMENTOS REGULADORES DE LA COMPETENCIA, EL RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES EN MATERIA CIVIL Y MERCANTIL

A) EL CONVENIO DE BRUSELAS DE 1968, RELATIVO A LA COMPETENCIA JUDICIAL Y A LA EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES EN MATERIA CIVIL Y MERCANTIL

Con la europeización del derecho surgió la necesidad de establecer un régimen de libre circulación de decisiones judiciales entre los Estados miembros. Para lograrlo se intuyó conveniente unificar las reglas de competencia judicial internacional de los Estados miembros y establecer un sistema de reconocimiento y/o ejecución que eliminara obstáculos para conseguir que sentencias dictadas en un Estado miembro pudieran surtir efectos procesales en cualquier otro.

De esta iniciativa surgió el CBr. (1968, entrada en vigor en 1973), cuya base normativa se encuentra en el art. 220 TCE, en su versión original de 1958⁷⁹. Este artículo otorgaba a los Estados miembros la posibilidad de celebrar Convenios entre sí con el objetivo de simplificar las formalidades del reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y laudos arbitrales. Al CBr. se fueron adhiriendo progresivamente todos los Estados que han ido

⁷⁹ El Convenio de Bruselas del 68 sirvió de modelo al Convenio de Lugano de 1988 –paralelo al CBr.- en el que participaron los Estados miembros de la Asociación Europea de Libre Comercio (Suiza, Noruega e Islandia) junto a los Estados miembros de las Comunidades Europeas.

incorporándose a la Unión (entonces Comunidades Europeas), excepto los doce últimos, que se incorporaron cuando ya estaba en vigor su sustituto, el Reglamento (CE) 44/2001 .

Sin discutir la importancia que ha tenido para los Estados miembros la larga vida del CBr., y su interpretación autónoma por el TJCE (ahora TJUE), el Convenio se integraba dentro del Derecho complementario de la Unión y, por tanto, los Estados debían incorporarse a él tras un proceso de ratificación -esos convenios de ratificación servían también para modificar aspectos del CBr-, pudiendo formular reservas a sus artículos. La materia que regulaba continuaba siendo de competencia estatal, aunque en el ordenamiento de cada Estado miembro primara el Convenio sobre la regulación autónoma, con base al principio de primacía del Derecho de la Unión.

Del CBr interesa ahora destacar varios aspectos. Respecto de la competencia del juez –el criterio general para el establecimiento de la misma es el domicilio del demandado- se apreciaba de oficio. Cuando un Tribunal de un Estado parte se declaraba competente, los demás, en virtud del artículo 2, debían declinar su competencia. Por lo que al exequatur se refiere, el sistema establecido se caracterizaba por la prohibición de la revisión de la resolución extranjera en cuanto al fondo, por el establecimiento de unos motivos tasados, que podían ser controlados de oficio por el órgano jurisdiccional que, además, se pronunciaba *inaudita parte*. Uno de los principales inconvenientes de este sistema era su duración, pues la resolución sobre el exequatur era recurrible.

B) EL REGLAMENTO 44/2001, DE 22 DE DICIEMBRE DE 2000, RELATIVO A LA COMPETENCIA JUDICIAL, EL RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES EN MATERIA CIVIL Y MERCANTIL (REGLAMENTO BRUSELAS I)

El Convenio de Bruselas del 68 es la base que inspira el Reglamento 44/2001, relativo a la materia civil y mercantil. El mismo no cubre los ámbitos fiscal, aduanero ni administrativo ni es aplicable, por disposición expresa del artículo primero, al estado y capacidad de las personas físicas, a los regímenes

matrimoniales, a los testamentos y sucesiones, a la quiebra, a los convenios entre quebrado y acreedores y demás procedimientos análogos, a la seguridad social ni al arbitraje.

En cuanto a la competencia el foro del domicilio del demandado continua siendo el criterio general (art. 2 y ss) aunque se completa con otros foros alternativos, por ejemplo, en materia de seguros (arts. 8 y ss) o de contratos celebrados con consumidores (arts 15 y ss) en los que es necesario proteger a la parte más debil mediante reglas de competencia más favorables a sus intereses.

Por lo que al reconocimiento y ejecución se refiere, el Reglamento 44/2001 también exige exequatur aunque supone un avance significativo respecto de su predecesor al eliminar, por ejemplo, el posible control de oficio por parte del juez de los motivos, con lo que se concede automáticamente el exequatur si concurren los requisitos. Los motivos son los contenidos en los artículos 34, 35 y 61: vulneración del orden público, rebeldía del demandado, resolución irreconciliable con otra dictada entre las mismas partes en el estado requerido o un tercero si esta última puede ser reconocida en el estado requerido, desconocimiento de las normas imperativas de competencia (por ejemplo, en materia de seguros) e infracción involuntaria.

El art. 73 del Reglamento (CE) 44/2001 dispone que a más tardar, cinco años después de la entrada en vigor del Reglamento, la Comisión deberá presentar al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social un informe sobre la aplicación del mismo, acompañando las propuestas de mejora, si procede, para adaptar el Reglamento. El 21 de abril de 2009, la Comisión adoptó el correspondiente informe en el que se concluía que, aunque en general el funcionamiento del Reglamento había sido satisfactorio, era necesario llevar a cabo algunas mejoras con el fin de facilitar en mayor medida la libre circulación de las resoluciones judiciales y mejorar el acceso a la justicia.

Acompañando al informe se presentó el “Libro Verde sobre la revisión del Reglamento (CE) nº 44/2001, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil”⁸⁰, cuyo

⁸⁰ Bruselas, 21 de abril de 2009. COM (2009) 175 final.

objeto, según figura en su introducción, era “abrir una amplia consulta de las partes interesadas sobre posibles formas de mejorar la aplicación del Reglamento en relación con los puntos que se plantean en el informe”. Tras un fructífero debate, se elabora la “Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución en materia civil y mercantil”, mucho más ambiciosa en sus postulados que finalmente lo que se ha trasladado al texto definitivo del Reglamento (UE) 1215/2012 .

C) EL REGLAMENTO 1215/2012, DE 12 DE DICIEMBRE DE 2012, RELATIVO A LA COMPETENCIA JUDICIAL, EL RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES EN MATERIA CIVIL Y MERCANTIL (REGLAMENTO BRUSELAS I bis)

Desde el pasado día 10 de enero de 2015 es aplicable este Reglamento de la Unión (conocido en la jerga internacional-privatista como Reglamento “Bruselas I bis” o “Bruselas I refundido”), en sustitución del Reglamento 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, sobre la misma materia (conocido como Reglamento “Bruselas I”). Y decimos que el nuevo reglamento es aplicable y no que ha entrado en vigor, teniendo en cuenta que de un tiempo a esta parte el legislador comunitario viene diferenciando entre dos momentos, el de la entrada en vigor y el de la aplicabilidad, procurando así a los Estados miembros, también en el caso de los reglamentos, esto es, de las normas directamente aplicables, un margen de tiempo para realizar las adaptaciones internas o las comunicaciones a las instituciones comunitarias necesarias para el buen funcionamiento de la nueva norma, en el presente caso el Reglamento “Bruselas I bis”, publicado en el DOUE de 20.12.2012, en vigor a los veinte días de su publicación, y aplicable, a nuestros efectos, desde el reciente 10 de enero de 2015.

El Reglamento Nº 44/2001, el cual ha venido rigiendo esta materia hasta esta fecha, a su vez sustituyó al Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, firmado en Bruselas el 27 de septiembre de 1968. Este conjunto normativo ha recibido el

nombre informal de "Reglamentos Bruselas I", en contraposición con los otros Reglamentos que regulan la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en las materias expresamente excluidas del ámbito de aplicación del mismo.

Este Reglamento es de aplicación en todos los Estados miembros de la Unión Europea, incluida Dinamarca, tras la celebración en 2005 del Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil. Las enmiendas legislativas necesarias en Dinamarca ya entraron en vigor el 1 de junio de 2013 (DO L 299 de 16.11.16).

Fuera del ámbito de aplicación de dicho Reglamento quedan los territorios designados en el art. 355 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Para estos territorios sigue siendo de aplicación el Convenio de Bruselas de 1968 (Punto N° 9 del Preámbulo, art. 68 del Reglamento N° 1215/2012)

El art. 36.1 del Reglamento N°1215/2012 establece que "1. Las resoluciones dictadas en un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados miembros sin necesidad de procedimiento alguno.". Así expresado, parecería que la aplicación de este Reglamento sería cuasi universal. Sin embargo, este artículo hay que interpretarlo en unión a los artículos 1 y 2 que limitan su alcance. El art.1 establece que el Reglamento N° 1215/2012 se aplicará de forma general en materia civil y mercantil, pero exceptuando de su aplicación las siguientes materias: la fiscal, la aduanera, la administrativa, la relativa a la responsabilidad del Estado por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad (*acta iure imperii*). E igualmente está excluido de su aplicación todo lo relativo a: el estado y la capacidad de las personas físicas; los regímenes matrimoniales o los que regulen relaciones con efectos comparables al matrimonio según la ley aplicable; la quiebra, inclusive los convenios entre quebrado y acreedores, y demás procedimientos análogos; la seguridad social; el arbitraje; las obligaciones de alimentos derivadas de relaciones de familia, de parentesco, de matrimonio o de afinidad; los testamentos y sucesiones, incluidas las obligaciones de alimentos por causa de muerte.

El campo de aplicación material de este Reglamento nº 1215/2012 viene igualmente acotado por la propia definición que del concepto "resolución" se realiza en el art. 2.a. Según dicho artículo el término "resolución" engloba a "cualquier decisión adoptada por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, con independencia de la denominación que reciba, tal como auto, sentencia, providencia o mandamiento de ejecución, así como el acto por el cual el secretario judicial liquide las costas del proceso".

A los efectos del reconocimiento y ejecución, el término «resolución» engloba igualmente a "las medidas provisionales o las medidas cautelares acordadas por un órgano jurisdiccional competente, en virtud del presente Reglamento, para conocer sobre el fondo del asunto. No se incluyen las medidas provisionales y cautelares que el órgano jurisdiccional acuerde sin que el demandado sea citado a comparecer, a no ser que la resolución relativa a la medida haya sido notificada al demandado antes de su ejecución". Se aplica igualmente al reconocimiento y ejecución de documentos públicos y transacciones judiciales.

Uno de los aspectos que más expectativas había despertado era la extensión espacial de aplicación del Reglamento sin hacer depender su aplicación de la domiciliación del demandado en un Estado miembro, lo que hubiera supuesto a la postre una unificación total de las normas de competencia judicial internacional en las materias reguladas por el Reglamento. Sin embargo el mismo no ha encontrado acomodo finalmente en el versión definitiva del Reglamento. El artículo 6 se limita a modificar la situación actual recogida en el artículo 4 Reglamento (CE) 44/2001 con respecto a los litigios en materia de contratos de consumo, que quedan reforzados, y de contratos individuales de trabajo en los que el demandado sea el empresario, para los que prevé la aplicación de las reglas de competencia del Reglamento también respecto de los demandados que no estén domiciliados en un Estado miembro, al excluirlos de la remisión a la legislación de carácter interno del foro⁸¹. Además introduce un nuevo foro especial

⁸¹ El propio legislador europeo ha sido consciente de su fracaso en este aspecto, pues en el art. 79 del Reglamento se indica que en la próxima revisión del Reglamento, que deberá hacerse a más tardar el 11 de enero de 2022, se evaluará la posible necesidad de una mayor ampliación de las normas sobre competencia a los demandados que no estén

sobre bienes muebles (art. 7.4); y se clarifica la regulación del régimen jurídico de la sumisión expresa, estableciendo que la validez material de los acuerdos de sumisión debe valorarse conforme al Derecho del Estado miembro del órgano jurisdiccional designado en el acuerdo, incluidas las normas sobre conflictos de leyes de dicho Estado miembro (Considerando 20 y art. 25.1).

Otros avances significativos⁸² serían, por ejemplo, y en cuanto a la litispendencia con terceros Estados, que el Reglamento sostiene que se debe permitir a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros tener en cuenta los procedimientos pendientes ante los órganos jurisdiccionales de terceros Estados, tomando especialmente en consideración si las resoluciones de un tercer Estado podrán ser reconocidas y ejecutadas en el Estado miembro de que se trate con arreglo a su legislación nacional y a la buena administración de justicia (Considerando 23 y art. 33)⁸³.

Además, en relación con las cláusulas de sumisión expresa, se introduce una excepción a la norma general de litispendencia (art. 31), haciendo prevalecer el conocimiento del litigio por el órgano jurisdiccional designado por las partes, aunque la demanda se haya interpuesto ante este órgano con posterioridad a otra entre las mismas partes, con identidad de objeto y causa, de manera que se evita el efecto pernicioso que se dirimió en la sentencia del TJCE, de 9 de diciembre de 2003, asunto C-116/02, *Gasser*, en la que se constató que la aplicación de la norma general de litispendencia desvirtuaba el sistema de jerarquía de foros previsto en el por entonces aplicable Convenio de Bruselas, de 27 de septiembre de 1968, relativo a la competencia judicial internacional y al reconocimiento de resoluciones judiciales en el ámbito civil y mercantil.

domiciliados en un Estado miembro, atendiendo al funcionamiento del presente Reglamento y a la posible evolución de la situación en el plano internacional.

⁸² Otros avances también de interés pero a nuestro juicio de menor relevancia es la exclusión del ámbito de aplicación material de los alimentos (art. 1.2.e), lo que era obvio tras la entrada en vigor del Reglamento (CE) 4/2009 y la clarificación extensamente explicada en la Exposición de Motivos del arbitraje (Considerando 12).

⁸³ Para apreciar la buena administración de justicia, el legislador europeo indica en el Considerando 24 que el órgano jurisdiccional del Estado miembro de que se trate debe valorar todas las circunstancias del asunto que conoce. Esta valoración puede incluir las conexiones entre los hechos del asunto y las partes y el tercer Estado de que se trate, la fase a la que se ha llegado en el procedimiento en el tercer Estado en el momento en que se inicia el procedimiento ante el órgano jurisdiccional del Estado miembro, y si cabe esperar que el órgano jurisdiccional del tercer Estado dicte una resolución en un plazo razonable.

Por tanto, las novedades más relevantes se hallan en lo relativo al reconocimiento y ejecución; se suprime el procedimiento de reconocimiento y ejecución, de manera que tanto el reconocimiento como la ejecución serán automáticos, aunque para garantizar la salvaguarda de los derechos de la persona contra la que se pretende ejercer el reconocimiento y/o la ejecución, el Reglamento precisa una serie de pautas que deberán tenerse en cuenta en el procedimiento de ejecución en sentido estricto.

El Reglamento dispone un sistema ágil de reconocimiento de las resoluciones judiciales, pues elimina cualquier incidente previo de convalidación de los fallos comunitarios, permitiendo la ejecución directa de las resoluciones judiciales. Ahora bien, es necesario conforme al art. 42 que se presente una copia auténtica de la resolución judicial extranjera en unión a un certificado uniformizado (tal y como se detalla en el art. 53 y en el Anexo I del Reglamento) emitido por el órgano judicial competente, en el que se resumen los hechos más importantes del proceso originario. Para el caso de querer ejecutar en España una multa coercitiva, será necesario que la misma venga ya tasada definitivamente por el órgano jurisdiccional de origen (Art.55 del Reglamento 1215/2012).

CAPÍTULO II: EL DERECHO DE FAMILIA EN LA UNIÓN EUROPEA

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN

A) CONSIDERACIONES INICIALES

Como apunta DÍAZ-AMBRONA⁸⁴, puede decirse que el Derecho de Familia es la parte del Derecho Civil sobre la que menos ha legislado la UE, fundamentalmente por el carácter eminentemente económico de la Unión, no sólo en su creación sino también en su desarrollo. Pero, sin embargo, sí se han efectuado normas desde el punto de vista social, teniendo en cuenta la condición de trabajadores y de inmigrantes de las personas que viven en el territorio de los Estados miembros.

El Derecho de Familia, siguiendo la clasificación que efectúa la autora mencionada *supra*, se puede entender en sentido subjetivo o en sentido objetivo. En el primero de ellos, como las facultades que nacen de las relaciones que mantienen los miembros del grupo familiar y, en el segundo, como el conjunto de normas que regulan las relaciones derivadas del matrimonio o de la convivencia estable y del parentesco. Además, desde otro punto de vista, se podría dividir en tres partes: Derecho matrimonial (personal y patrimonial), Derecho parental (filiación, patria potestad y alimentos) y Derecho de tutela (tutela, curatela y otras figuras de protección de menores).

Son características esenciales de esta rama del Derecho la derogación o atenuación de la autonomía de la voluntad —porque los derechos son absolutos, inalienables, irrenunciables, imprescriptibles, no susceptibles de expropiación ni valoración económica, con intervención del Ministerio Fiscal (cuando estando en un proceso hay intereses públicos)—, predomina el deber frente al derecho y, además, el negocio jurídico ocupa un lugar secundario, no siendo compatible con la representación, el término y la condición. En definitiva, se puede decir que el Derecho de Familia es la parte del Derecho Privado donde la libertad individual —fundamento de las relaciones privadas— soporta más limitaciones porque en él hay una importante incidencia de intereses públicos y sociales, sobre todo la

⁸⁴ DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M.^a DOLORES y otros (Hernández Díaz-Ambrona, M.^a Dolores; Tejedor Muñoz, Lourdes; y Pous de la Flor, M.^a Paz), *Derecho Civil de la Unión Europea (adaptado al Tratado de Lisboa)*, Ed. Colex, Majadahonda, 2010, p. 557.

protección de los menores, por la que ha de velar el poder público, no pudiéndose dejar únicamente en manos de los padres.

En cuanto a los antecedentes históricos del concepto de familia, ENGELS⁸⁵ teniendo en cuenta los estudios de BACHOFEN y MORGAN, establece en la evolución de la familia las siguientes etapas: promiscuidad absoluta, matrimonio por grupos, emparejamiento por medio de raptos o compra y familia monógama actual, que estaría llamada a desaparecer, igual que la propiedad privada, dando lugar al comunismo y el amor libre. Esta visión de la Historia ha caído por su propio peso, como ya se sabe, pero tuvo cierta influencia en su momento histórico y algunos han intentado escribir la Historia de este modo, con movimientos como el «hippy» de los años 60, con las comunas, por poner un ejemplo. La familia y los movimientos sociales son estudiados por la Sociología, pero tienen una indudable importancia en el Derecho, que ha de adaptarse a los distintos movimientos sociales y visiones de la sociedad en cada tiempo histórico y que, por ejemplo, determina que en las últimas décadas se esté hablando de parejas de hecho y matrimonio homosexual, cuando hasta hace poco tiempo no se regulaban dichas cuestiones en nuestras legislaciones. A lo largo de las páginas del presente trabajo vemos indicios de esta evolución hacia un nuevo concepto de familia y de sociedad, a la que el Derecho no puede ser ajeno. El ordenamiento jurídico ha de ir solucionando los conflictos que surgen mediante su instrumento principal: la norma jurídica.

El Código Civil alemán, el llamado BGB, parte de un concepto «estricto» de familia, fundándola sobre el matrimonio. El parentesco en sentido amplio se toma en cuenta en la regulación del Derecho hereditario y en la obligación de alimentos. Por otra parte, la recepción del Derecho Romano no se extendió al Derecho familiar personal. En cambio, en el Derecho familiar patrimonial sí se incluyó la materia de patrimonio de los hijos, dote y donaciones entre cónyuges.

En nuestro Derecho nacional, hemos recibido influencias tanto del Derecho Canónico como del Derecho Civil francés y alemán. Igualmente vivimos en la actualidad tiempos de cambios, con regulaciones diversas en materia de Derecho

⁸⁵ Vid. ENGELS, F., *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado: a la luz de las investigaciones de Lewis H. Morgan*. Fundación Federico Engels, Colección clásicos del Marxismo, Ed. Comares, 2006.

de familia según las Comunidades Autónomas (Código de Familia de Cataluña, Ley Valenciana de Régimen Económico del matrimonio, Custodia Compartida...) así como en la legislación nacional, pues, desde 2005, es posible el matrimonio entre personas del mismo sexo, con idénticos efectos al matrimonio entre varón y mujer que ha sido el que históricamente se ha dado en nuestro país, como en la práctica totalidad de los del mundo que regulan dicha institución.

B) APROXIMACIÓN A LOS ASPECTOS PROBLEMÁTICOS DEL MATRIMONIO CON ELEMENTO EXTRANJERO

Los convenios internacionales en los que España es parte, así como el texto constitucional, recogen una serie de principios que influyen decisivamente en la regulación jurídica aplicable al matrimonio así como a la disolución del mismo.

Dentro de estos convenios y de sus artículos referentes a la institución matrimonial podemos hacer referencia al art. 16 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre que señala cuestiones esenciales como el derecho, sin restricciones, a partir de la edad núbil, a casarse y a fundar una familia, el disfrute por ambos cónyuges de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo, la necesidad de libre consentimiento de los futuros esposos y la protección de la familia por la sociedad y el Estado. Esta concepción de la familia como célula fundamental de la sociedad se recoge igualmente en el art. 16 de la Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961 (BOE de 26 de junio de 1980), en el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, de 10 de diciembre de 1966 (BOE de 30 de abril de 1977) y en el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950 (BOE de 10 de octubre de 1979), donde se proclama el derecho al matrimonio y a la vida privada y familiar. Conforme a estos textos se han de interpretar las normas españolas relativas a derechos fundamentales y libertades (art. 10 Constitución española).

También la Constitución española hace referencia expresa al matrimonio y a la familia en los artículos 32 y 39. El primero de ellos señala que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. La ley

regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos. Por su parte, el art. 39 obliga a los poderes públicos a asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia. Los artículos 14 y 16 del texto constitucional también tienen relevancia en el tema del matrimonio. En el primero, como es conocido por todos, se declara que los españoles son iguales ante la ley sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. En el artículo 16 se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias. Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán relaciones de cooperación con la iglesia católica y demás confesiones.

Estos textos son la base de la regulación jurídica del matrimonio en nuestro ordenamiento jurídico para cuya validez y eficacia es necesario que las partes sean capaces para otorgar su consentimiento, que el consentimiento sea libre y que se manifieste en alguna de las formas admitidas por el ordenamiento español, como señalamos en los epígrafes siguientes. La libertad consensual necesita una madurez física e intelectual suficiente como para poder constituir la relación. La ley personal del individuo, con arreglo al art. 9.1º Cc, determina las condiciones relativas a su capacidad nupcial.

Sin embargo, y partiendo de la aplicabilidad de la ley nacional del individuo a su capacidad, existe en este ámbito, al igual que en materia de consentimiento, una fuerte presencia del orden público que exige la adaptación a nuestro derecho imperativo de la ley nacional del individuo para su aplicación. Son por tanto de aplicación obligatoria los artículos 46 y 47 Cc no siendo posible, por ejemplo, que contraiga matrimonio en nuestro Estado o ante nuestras autoridades un contrayente que esté ligado con vínculo matrimonial, aunque su legislación nacional lo permita.

En las cuestiones de capacidad nos solemos encontrar con determinados problemas que han dado lugar a gran cantidad de Resoluciones de la DGRN. Una primera cuestión es la de la capacidad nupcial del contrayente cuando viene

determinada por una sentencia de divorcio extranjera, es decir, ¿tiene capacidad para volver a casarse un nacional español que se ha divorciado, por ejemplo, en Canadá? En general, cuando la capacidad nupcial viene determinada por sentencias extranjeras, el exequatur o reconocimiento en España de estas sentencias sólo es necesario cuando devuelven la capacidad nupcial a nacionales españoles. En estos casos, son sentencias que acceden al Registro civil español y que necesitan su reconocimiento para demostrar la condición de divorciado el contrayente español. El art. 83 RRC dice que “No podrá practicarse inscripción en virtud de sentencia o resolución extranjera que no tenga fuerza en España; si para tenerla requiere exequatur, deberá ser previamente obtenido”.

Sin embargo, si el que pretende contraer matrimonio en España es un canadiense, divorciado por sentencia canadiense, los requisitos exigidos son distintos. El art. 84 RRC señala que “no es necesario que tengan fuerza directa en España, excepto cuando lo impida el orden público 1º.- Las sentencias o resoluciones extranjeras que determinen o completen la capacidad del acto inscribible”. Por tanto, para demostrar la capacidad nupcial del nacional extranjero, basta con que la sentencia se ajuste a lo señalado para los documentos públicos; legalización o apostilla, cuando sea necesaria, y traducción, en su caso⁸⁶.

Otra cuestión planteada en distintas Resoluciones de la DGRN es el requisito de la mayoría de edad. A ella se refiere la convención relativa al consentimiento para el matrimonio, edad mínima para contraer matrimonio (BOE núm. 128/1969, de 29 de mayo de 1969) y registro de los mismos, hecha en Nueva York el 10 de diciembre de 1962. El art. 2º de este texto señala que los

⁸⁶ Vid. en este sentido, Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 marzo 1988 (RJ 1988\2522): Registro Civil. Inscripción de matrimonio: Improcedencia: Matrimonio de español divorciado en el extranjero; por no obtener previamente el exequatur de la sentencia de divorcio, Resolución DGRN de 17 de marzo de 1992 (RJ 1992/2571): “En definitiva el reconocimiento de la sentencia extranjera conforme a lo dispuesto en la LEC...sólo es exigible para contraer nuevo matrimonio en España cuando uno de los cónyuges divorciados tuviera en el momento del divorcio la nacionalidad española, o, a lo sumo, si el matrimonio disuelto por la sentencia extranjera está inscrito en el Registro Civil español. EN los demás casos, la sentencia extranjera no es más que in hecho que determina la capacidad matrimonial de los extranjeros divorciados y para lo cual, salvo el caso de que fuera necesaria la colaboración de los órganos judiciales españoles para la ejecución de alguno de los extremos decididos por la resolución extranjera, es totalmente excesivo exigir el exequatur”.

Estados contratantes adoptarán las medidas legislativas necesarias para determinar la edad mínima para contraer matrimonio. No podrán contraer legalmente matrimonio las personas que no hayan cumplido esa edad, salvo que la autoridad competente, por causas justificadas y en interés de los contrayentes, dispense el requisito. Es la ley nacional del individuo, como ya hemos señalado, la aplicable a la capacidad del mismo para contraer matrimonio, siempre que no viole el orden público español y, por tanto, la que señala la edad mínima para contraer matrimonio. En nuestro ordenamiento, el art. 46 Cc prohíbe contraer matrimonio a los menores de edad no emancipados, aunque el juez de Primera Instancia puede dispensar el impedimento de edad a partir de los catorce años.

En la Resolución de 27 mayo 1994 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (RJ 1994\5898) se resolvía un recurso que había sido planteado contra la denegación de la inscripción de un matrimonio celebrado en Marruecos⁸⁷. Por debajo de los catorce años no se reconocería sin embargo la validez del matrimonio dado que en ese supuesto se consideraría que atenta contra la capacidad natural del individuo.

El ligamen previo de uno de los contrayentes es otra cuestión que está dando lugar a actuaciones jurisprudenciales. Como ya hemos señalado, la pluralidad de vínculo matrimonial es incompatible con nuestro orden público. El art. 46.2º Cc señala que no pueden contraer matrimonio los que estén ligados con vínculo matrimonial. La ausencia de ligamen es un requisito de capacidad de orden público, tanto si el matrimonio se celebra ante autoridad española como si es ante autoridad extranjera y pretende ser inscrito en España. Ni la celebración

⁸⁷ El matrimonio se había celebrado conforme a la «lex loci» entre un nacional español y nacional marroquí de quince años de edad. El consentimiento de la menor de edad estaba acompañado de una autorización paterna. Se planteó la cuestión de si la prohibición del art. 46.1º (no pueden contraer matrimonio los menores de edad no emancipados) constituía un requisito de orden público. La DGRN respondió al supuesto de forma negativa, señalando que la dispensa recogida en el Cc español parte de la base de que a partir de los catorce años de edad existe capacidad natural para contraer matrimonio y esta deducción viene apoyada también por la existencia de dispensas ulteriores al matrimonio (cfr. art. 48, III, C.C.) y por la posible convalidación «ex lege» del matrimonio de un menor (cfr. art. 75 C.C.). La DGRN decidió que se inscribiera en el Registro Civil Central el matrimonio discutido.

ni la inscripción se pueden realizar en nuestro país si una de las dos partes del matrimonio tiene impedimento de ligamen⁸⁸.

En torno a la poligamia, existe otro problema que ha tenido reflejo en nuestra jurisprudencia y es la solicitud de la pensión de viudedad en caso de que fallezca un individuo casado con dos esposas residentes en territorio español. Nuestra jurisprudencia aporta diferentes respuestas bien concediendo el 50% de la pensión de viudedad a cada una de las viudas siguiendo los criterios del INSS o bien concediendo la totalidad de la pensión de viudedad a la esposa que contrajo matrimonio en primer lugar, considerando que el segundo matrimonio atenta contra el orden público español y por tanto no produce efecto alguno⁸⁹.

Son las autoridades nacionales de cada individuo las que han de acreditar su capacidad nupcial. Es frecuente que la certificación relativa a la aptitud matrimonial sea expedida por el cónsul o funcionario competente del país de origen, haciendo mención expresa de los extremos que se exigen en nuestra legislación.

Los certificados extranjeros que acreditan la capacidad de individuos extranjeros tienen eficacia y, por tanto, fuerza probatoria de esa capacidad en España si cumplen los requisitos previstos por el art. 323 LEC. A salvo las exigencias del orden público español, la legislación registral señala que las autorizaciones, aprobaciones o comprobaciones de autoridad extranjera no requieren de más procedimiento que el de su legalización y traducción en el caso de que no conste su contenido al encargado del Registro civil (art. 84.2º RRC). Los efectos de un certificado de capacidad matrimonial dependen de la ley del Estado donde tenga que producir dichos efectos. Por ello, es el derecho español el que decide en última instancia si el certificado produce efectos o no (art. 323.3º LEC). Así, por ejemplo, aunque un país certifique que un nacional suyo ya casado tiene capacidad conforme a su legislación para contraer otro matrimonio, en

⁸⁸ Vid. las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 marzo 1995 (RJ 1995\2601), de 3 diciembre 1996 (RJ 1997\7371), de 14 septiembre 1994. (RJ 1994\8876) o de 5 noviembre 1996.

⁸⁹ Vid. en ambos sentidos la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, (Sala de lo Social), de 2 abril 2002 (AS 2002\899) y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, núm. 1821/2005 de 6 junio (AS 2005\2454).

España no podrá ser celebrado el segundo matrimonio. Tampoco produciría efectos un certificado de capacidad nupcial de un menor, por ejemplo de 13 años, aunque fuera capaz conforme a su ley nacional para contraer matrimonio.

El carácter dispensable de un impedimento de capacidad también viene determinado, si el orden público lo permite, por la ley personal de cada contrayente igualmente con arreglo al art. 9.1º Cc. Así si se trata de un nacional español serán dispensables los impedimentos del art. 48 Cc (muerte dolosa del cónyuge anterior, parentesco colateral de tercer grado y la edad a partir de 14 años). La dispensa puede ser otorgada por una autoridad distinta a la nacional con arreglo al Convenio de París de 1964 tendente a facilitar la celebración de matrimonios en el extranjero, en vigor en España desde 1977 siempre que la autoridad que vaya a dispensar pertenezca a un país firmante del convenio. Dicha autoridad es la del país de celebración en que resida el contrayente.

El matrimonio es un acto jurídico que exige una voluntad real, incondicionada y no viciada. Por ello, el consentimiento es la exigencia primordial para que se produzca la validez del matrimonio. El art. 1º de la Convención de Nueva York de 10 de diciembre de 1962 relativa al consentimiento para el matrimonio, edad mínima para contraer matrimonio y registro de los mismos señala que el matrimonio puede ser considerado nulo o incluso inexistente si no media consentimiento o está afectado por error o intimidación. En el orden puramente nacional es igualmente un requisito *sine qua non* para la validez y eficacia del acto jurídico.

Cuando se abordan matrimonios con elemento extranjero, hay que constatar cuáles son las condiciones que tiene que reunir el consentimiento según el sistema español de DIPr para que pueda producir el efecto pretendido. La legislación española no contiene ninguna norma específica referente al consentimiento matrimonial de los nacionales extranjeros ni a la ley aplicable al mismo. Al ser el consentimiento un presupuesto propio del matrimonio como estado civil y una condición sustancial a su validez deberá regirse por la ley nacional del contrayente en el momento de la celebración del matrimonio, en aplicación de la regla genérica del 9.1º Cc.

Partiendo de la aplicabilidad de la ley nacional se observa sin embargo, al igual que en las cuestiones de capacidad, una fuerte incidencia del orden público que hace que la regulación española del consentimiento se convierta en una regulación necesaria. El art. 45 Cc puede, por tanto, considerarse una norma de derecho imperativo y por ello de obligado cumplimiento independientemente de la internacionalidad de supuesto. El art. 12.3º Cc impide que sea de aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público, por ejemplo que permita un matrimonio concertado sin consentimiento de uno de los contrayentes.

El consentimiento matrimonial puede ser simulado con el fin de obtener algún beneficio legal que la institución matrimonial otorga a los extranjeros. Estos son los denominados matrimonios “de conveniencia” que buscan una aplicación más favorable de las normas de extranjería o de nacionalidad vigentes en nuestro Estado. Son negocios jurídicos simulados que esconden supuestos de inmigración y alteran el sentido de la institución matrimonial, motivos por los cuales sufren un control por parte de las autoridades competentes españolas. Estos matrimonios simulados son nulos por haberse celebrado sin consentimiento matrimonial.

El enorme incremento cuantitativo de este tipo de matrimonios ha generado distintas regulaciones que abordan las directrices para el tratamiento jurídico del fenómeno de los matrimonios fraudulentos. Entre ellas, hay que resaltar la Instrucción de la DGRN de 31 de enero de 2006 sobre Matrimonios de complacencia (BOE de 17 de febrero de 2006), la Instrucción de la DGRN de 9 de enero de 1995 sobre expediente previo al matrimonio cuando uno de los contrayentes esté domiciliado en el extranjero, la Resolución del Consejo de 4 de diciembre de 1997 sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos, adoptada en aplicación del Título IV del Tratado de la UE y la Circular 1/2002 de la Fiscalía General del Estado sobre aspectos civiles, penales y contencioso-administrativos de la intervención del Ministerio Fiscal en materia de extranjería cuyo apartado II trata la actuación del Ministerio fiscal ante los matrimonios simulados.

La Resolución del Consejo citada entiende por “matrimonio fraudulento” el de un nacional de un Estado miembro o de un tercer país que resida regularmente

en un Estado miembro con un nacional de un tercer país con el fin exclusivo de eludir las normas relativas a la entrada y residencia de nacionales de terceros países y obtener, para el nacional de un tercer país, un permiso de residencia o una autorización de residencia en un Estado miembro. Recoge esta Resolución factores que permiten presumir a las autoridades españolas que el matrimonio es fraudulento como no hablar una lengua común, equivocarse en datos personales, no haberse conocido los cónyuges antes del matrimonio, no mantener vida en común, etc. La Instrucción de 9 de enero de 1995 recoge el trámite fundamental de la audiencia de ambos cónyuges reservada y por separado donde el instructor debe asegurarse de la existencia en ambos del real consentimiento matrimonial. Las presunciones enunciadas pueden hacer presuponer que se trata de un matrimonio fraudulento.

El control del consentimiento matrimonial se realiza bien en el expediente previo, emitiendo un Auto desfavorable si se considera que no existe consentimiento matrimonial, o bien en el momento de la inscripción en el Registro, si el matrimonio ha sido celebrado en el extranjero, pudiendo ser denegada la inscripción por el mismo motivo de ausencia de consentimiento matrimonial. La denegación del expediente previo así como la negativa de inscripción son recurribles ante la DGRN.

Las Resoluciones de la DGRN recogen la dificultad de probar los matrimonios simulados, y otorgan, como no puede ser de otra manera, prevalencia al *ius nubendi* de las personas en caso de duda. Tienen las Resoluciones presente que existe una presunción general de buena fe y que el *ius nubendi* es un derecho fundamental de la persona, reconocido a nivel internacional y constitucional, de modo que la convicción por parte de las autoridades de la simulación y del consiguiente fraude ha de ser inequívoca. Es doctrina reiterada que cualquier limitación del *ius nubendi* ha de fundarse en la certeza racional absoluta del obstáculo o impedimento legal que vicie de nulidad el matrimonio pretendido. A no ser que exista una certeza racional absoluta de

dicho obstáculo, ha de ser preferible, aun en casos de duda, no poner trabas a la eficacia del enlace⁹⁰.

En España el matrimonio es un acto solemne que exige como condición de validez la manifestación del consentimiento ante una autoridad determinada y en presencia de testigos. El Convenio de Nueva York de 1962 también lo entiende así. A menudo nos preguntamos si un matrimonio celebrado en las Vegas o en Bali es formalmente válido, si podemos contraer matrimonio ante un cónsul en el extranjero o si se pueden inscribir en el Registro civil español matrimonios celebrados ante autoridades extranjeras civiles o religiosas de cualquier confesión.

La forma de celebración de matrimonios con elemento extranjero, incluidos los matrimonios consensuales y los consulares, ha de ajustarse a los artículos 49 y 50 Cc. Estos artículos hacen referencia a las formas de celebración de matrimonio que tienen eficacia en nuestro Estado, tanto civiles como religiosas, cuando una de las partes o las dos son extranjeras o el enlace tiene lugar en el extranjero. Se inspiran en el favor matrimonii y en el respeto a la igualdad entre los cónyuges y el principio de libertad religiosa. La solemnidad del acto obliga a preguntarse acerca de la validez en nuestro ordenamiento de los matrimonios consensuales. Los matrimonios consensuales formados en España carecen de efectos pero, sin embargo, no son contrarios al orden público español.

La Resolución DGRN de 2 de enero de 1998 consideró válido en España un matrimonio informal celebrado en un país donde se admitía su validez. El problema de estos matrimonios en la práctica es estrictamente probatorio. El intercambio de consentimiento se puede instrumentar en un documento público interviniendo el notario u otra autoridad como federatario, permaneciendo el matrimonio informal.

⁹⁰ Las Resoluciones de la DGRN en torno a este tema son muy numerosas. A modo de ejemplo, tanto autorizando como denegando la validez de matrimonios, vid. Resolución núm. 2/2007 de 26 septiembre (JUR 2007\315034), Resolución núm. 1/2007 de 26 septiembre, (JUR 2007\315036), Resolución núm. 3/2007 de 25 septiembre (JUR 2007\315039), Resolución núm. 2/2007 de 25 septiembre (JUR 2007\315038).

En cuanto a la forma consular, es competente para la celebración del matrimonio el cónsul español en las oficinas extranjeras que actúa como encargado del Registro civil español en el extranjero. El acta que levanta no es un documento extranjero y accede, por tanto, al registro como si lo otorgara el juez español en España. La forma de celebración de matrimonio consular está limitada por las normas del Convenio de Viena de relaciones consulares de 24 de abril 1963 para aquellos Estados que sean parte del mismo (BOE núm. 56 de 6 de marzo de 1970). El matrimonio consular debe cumplir determinados requisitos:

- En primer lugar, el Estado emisor debe otorgar competencia al cónsul para celebrar matrimonio.

- En segundo lugar, el Estado receptor no debe prohibir el ejercicio de esta función consular en su territorio.

- Por último, se debe limitar la competencia del cónsul a aquellos casos en que ninguno de los contrayentes sea nacional del Estado receptor y al menos uno de los contrayentes sea nacional del estado del cónsul. Así por ejemplo, un cónsul español (España otorga competencia para la celebración de matrimonios a los cónsules) puede celebrar matrimonios en el consulado de otro país (si este país permite este tipo de matrimonio) cuando uno de los contrayentes, al menos, sea español y ninguno de los contrayentes sea nacional de dicho Estado⁹¹.

Los matrimonios celebrados en España, cuando al menos uno de los contrayentes es español (49.1º Cc) pueden celebrarse de dos maneras. La primera es la forma civil prevista por la ley española como ley del lugar de celebración y serán competentes el Juez, el Alcalde o el funcionario señalado por el Código civil. En segundo lugar, cualquier español puede contraer matrimonio dentro o fuera de España en las formas religiosas legalmente previstas. Si un contrayente es español, dentro de España, sólo puede celebrarse el matrimonio con arreglo a estas formas. No puede optarse, por tanto, por la forma de la ley nacional del contrayente extranjero ni por una de las formas religiosas no previstas.

⁹¹ Vid. al respecto la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 enero 1997, (RJ 1997\9199).

Si ambos cónyuges son extranjeros (art. 50 Cc), el matrimonio se puede celebrar en la forma prescrita para los españoles, como ley del lugar de celebración (en la forma civil establecida para los españoles o en las formas religiosas admitidas en el derecho español) y en la forma establecida por la ley personal de cualquiera de ellos. Se admite así el matrimonio ante el Cónsul del Estado extranjero de la nacionalidad de cualquiera de los cónyuges y en la forma religiosa admitida por la ley de cualquiera de los cónyuges. La celebración del matrimonio en España ante el juez o funcionario que haga sus veces viene condicionada por la necesidad de que al menos uno de los contrayentes tenga domicilio en nuestro Estado.

Los matrimonios celebrados fuera de España por dos españoles o español y extranjero puede celebrarse con arreglo a la ley española tanto en forma civil como en forma religiosa legalmente prevista en España. Igualmente puede celebrarse en la forma establecida por la ley del lugar de celebración tanto civil como religiosa. Por esta vía, los matrimonios válidamente celebrados en el extranjero son válidos e inscribibles en España⁹².

Finalmente señalar que si un cónyuge es español y el otro extranjero, no es válida la celebración conforme a la ley personal del cónyuge extranjero a no ser que sea la ley del lugar de celebración.

En cuanto a la validez en España de los matrimonios celebrados en el extranjero por extranjeros, no contiene el Cc ninguna referencia por lo que, por analogía con el art. 50 Cc, se considera válido el matrimonio si cumple las formas del país de celebración (civil o religiosa) o a las de la ley personal de cualquiera de ellos.

⁹² La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 febrero 1990 (RJ 1990\2290) trata el típico caso de matrimonio celebrado en Las Vegas señalando la procedencia del matrimonio de española y extranjero celebrado en el extranjero, aportando el certificado expedido por la autoridad del país de celebración y considerando improcedente la falta de consentimiento por ser cuestión ajena a la función calificadora del Encargado.

C) ALGUNAS NOTAS SOBRE LAS UNIONES DEL MISMO SEXO

a) Su paulatino reconocimiento en los Estados Miembros

La familia es una realidad social que no se presenta como una categoría inmutable, sino como una institución que va cambiando en función de las circunstancias sociales, espaciales y temporales. Es una de las instituciones sometidas a las mayores transformaciones en la actualidad como resultado de la aparición de una pluralidad de formas convivenciales con diferentes orígenes y estructuras. Cada una de ellas exige que se les reconozca bajo el concepto de “familia” y por tanto, y como consecuencia, tener una idéntica protección social, jurídica y económica.

El Derecho de familia ha experimentado, o mejor dicho, está experimentando, una mutación en todos sus aspectos, lo que hace que sea imposible reducirla al modelo matrimonial tradicional ya que en la actualidad las parejas que conviven son plurales en su estatuto jurídico y en el modelo de vida y sexualidad.

Todos estos cambios podemos decir que comenzaron en década de los setenta y han continuado en nuestros días produciendo una serie de cambios que han convertido el Derecho de familia en “terreno de batalla entre valores jurídicos sociales tradicionales y valores jurídicos individuales más recientes”⁹³. El Tribunal Constitucional (TC) evita definir de manera expresa la familia, ni en términos generales ni en términos estrictamente constitucionales, pero, eso sí, considera que el concepto de familia en la CE no se restringe a la de origen matrimonial. Y es que los cambios sociológicos producidos últimamente en la estructura familiar y los nuevos modelos de convivencia aparecidos han sido tantos, tan variados y tan rápidos que el Derecho los sigue a duras penas⁹⁴.

⁹³ Vid. CHECA MARTÍNEZ, M., “Matrimonios del mismo sexo y Derecho Internacional Privado”, *La reforma del matrimonio (leyes 13 y 15/2005)*, GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V. (coord.), Marcial Pons, Barcelona-Madrid, 2007, pp.389-417, pág. 390.

⁹⁴ Las nuevas concepciones de familia que han aparecido en algunos países son consecuencia de divergencias culturales más profundas (vid. FONT I SEGURA, A., “El progresivo avance del Derecho comunitario en materia de familia: un viaje inconcluso de Bruselas II a Bruselas IIbis”, REDI, vol. LVI, 2004, pp. 273-299, p.298).

Todo esto ha supuesto que el concepto tradicional de familia haya cambiado, y que el construido a partir del matrimonio y de unos derechos y obligaciones basados en la unión conyugal ahora, tal y como dice el TEDH, “no se circunscribe únicamente a las relaciones basadas en el matrimonio y puede incluir otras relaciones familiares fácticas en las que las personas conviven fuera del matrimonio” (STEDH de 13 de julio de 2000, as. Elsholz c. Alemania). Esta sentencia, en su momento revolucionaria al abrir el concepto de familia en Europa ha quedado hoy desfasada y así el concepto moderno de familia es también el de la creación de uniones del mismo sexo reguladas jurídicamente, lo que no significa la “muerte” del matrimonio, sino la búsqueda de nuevas formas de observar esta institución⁹⁵.

Hacia finales de los años ochenta se comenzó a legislar en Europa a favor del reconocimiento de derechos a parejas del mismo sexo que no podían contraer matrimonio, siendo Dinamarca en 1989 la pionera. Así, actualmente, la institución matrimonial no sólo ha dejado de estar en peligro de extinción, como algunos vaticinaban con la introducción del reconocimiento de este tipo de uniones, sino que se ha convertido en la protagonista del derecho de familia. Dentro de Europa al menos dieciocho Estados han elaborado legislaciones sobre parejas del mismo sexo que, en muchos casos, las equiparan a la institución matrimonial, causando todo ello importantes efectos en la concepción del matrimonio y de la pareja.

En 2000 Holanda fue el primer país que modificó su Código civil para suprimir la nota de heterosexualidad en el matrimonio, si bien la protección legal de la convivencia entre personas del mismo sexo contaba ya con ciertos precedentes. Mediante la figura de la “unión registrada”, adoptada por Dinamarca en 1989, se ofrecía a estas parejas un régimen jurídico similar al matrimonio en diversas materias (capacidad, formalidades constitutivas y disolutorias, aspectos patrimoniales de la unión y, en menor medida, aspectos personales).

Sin embargo, la solución propuesta no satisfacía por completo las demandas del Parlamento Europeo que, desde su célebre Resolución de 8 de febrero de 1994, demandaba la protección del modelo de convivencia homosexual

⁹⁵ De la misma opinión es ANTOKOLSKAIA, M., *Harmonisation of Family Law in Europe: A Historical Perspective*, Intersentia, Oxford, 2006, pág. 273.

al margen de la institución matrimonial o incluso a través del matrimonio mismo. Reclamación basada en la eliminación de toda discriminación por razones de orientación sexual. Sin embargo, el régimen de protección diseñado por los países citados —y en el que se inspirarían diversos parlamentos autonómicos de España como Cataluña, Aragón o Navarra—, ha contribuido a la creación de una “cultura jurídica” novedosa. Cultura que reflejaría la invocada “aceptación social” del fenómeno y que formaría un caldo de cultivo idóneo para las posteriores y más “avanzadas” reformas legales en otros países del entorno jurídico europeo.

La regulación de un régimen protector de la convivencia homosexual paralelo al matrimonial, sustancialmente coincidente en materia de derechos (excepto en la adopción conjunta por los integrantes de la unión registrada, materia para la que se ofrecieron soluciones divergentes según qué país) y respetuoso con la denominación jurídica de la institución familiar, fue la solución seguida por naciones como Noruega (1993), Suecia (1994), Islandia (1996) y Finlandia (2001) —de ahí su difusión como el “modelo escandinavo”— y Alemania, también en 2001⁹⁶.

El concepto matrimonial, desde como fuera conceptualizado en su origen hasta la actual definición, ha ido transformándose. Históricamente, el vocablo surge en la época romana. Según la definición clásica que diera Modestino en el Digesto, el matrimonio (*nuptiae*) venía a ser una “*coniunctio maris et feminae, et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*”, o dicho de otro modo, una unión entre un hombre y una mujer para toda la vida, y consorcio de derecho divino y humano.

Esta primera definición ha cambiado con el paso de los siglos. El matrimonio, era tradicionalmente (Dº canónico) y es todavía en muchos ordenamientos jurídicos, la base de la familia, cuyos fines siempre han sido el de soporte sólido y necesario para la supervivencia y continuidad de la comunidad, garantía de estabilidad social y de un ordenado recambio generacional. Con la reforma protestante, el matrimonio canónico dejó de ser considerado un sacramento, y con la llegada de la Revolución Francesa el matrimonio se

⁹⁶ Aunque lo que Alemania reconoce es la unión entre personas del mismo sexo, no reconoce a estas uniones como matrimonio. Cuestión actualmente a debate en Alemania y que cuenta con la oposición de la actual Canciller.

secularizó y el Estado adoptó la responsabilidad de definir y regular esta institución como si fuera otro contrato más.

Es evidente que con el paso del tiempo la evolución de la sociedad, sobre todo tras la Segunda Guerra Mundial, ha provocado cambios en el concepto de matrimonio (y en la institución misma), unos paulatinos y otros más drásticos, como es el que en el siglo XX se empieza a regular por algunas legislaciones el divorcio, de modo que el matrimonio ya no se trata necesariamente de una unión *omnis vitae*, posibilitándose la disolución del vínculo, y ya entrados en el siglo XXI se empieza a considerar la identidad de sexos en los contrayentes.

Pero, con la diversificación de las estructuras familiares y la organización legal de las diferentes relaciones interpersonales y familiares, el matrimonio va alejándose de la función social para orientarse hacia la realización personal y el libre desarrollo de la personalidad.

Por tanto, el fundar una familia ya no es la función social única del matrimonio, sino que, por el contrario, éste se define como una comunidad afectiva y material de vida, cuya finalidad ya no es reproductora sino que gira en torno a la realización del libre desarrollo de la personalidad y cuyo contenido constitucional lo vincula a los derechos y libertades individuales fundamentales⁹⁷.

Si miramos a nuestro alrededor, es evidente que ya no se trata de la única vía para constituir una familia o compartir su vida una pareja, independientemente de su sexo pues existe tanto el matrimonio civil como las uniones *more uxorio*. No obstante, en la mayor parte de los países, su rasgo fundamental sigue siendo el mismo: la diversidad de sexos, porque el concepto, en puridad, sigue siendo el mismo de antaño: la original *coniunctio maris et feminae*. Por eso nos llama la atención que nuestra propia Constitución del año 1978, señale tan asépticamente en su art. 32 que: "1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. 2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos."

⁹⁷ Vid. las SSTC 22/2010 de 27 de abril, 125/2003 de 19 de junio, 222/1992 de 11 de septiembre, 45/1989 de 20 de febrero.

Es cierto que menciona al hombre y a la mujer, pero lo llamativo es que no lo hace en el sentido de especificar expresamente que la unión ha de ser entre varón y mujer, dejando abierta la posibilidad de que se pueda celebrar por personas de distinto sexo, al contrario de lo que pueda ocurrir en otras constituciones extranjeras de la época. Tampoco nuestro Código Civil habla, como tal, de unión de personas de distinto o mismo sexo, por lo que no existe el concepto expreso legal de matrimonio como unión, independientemente del sexo de los contrayentes. Simplemente se limitaba a especificar que “el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código” en la misma línea que la CE, añadiendo la reforma del año 2005, que trataremos más adelante, que “el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.”

Ahora bien, a modo comparativo, en el ordenamiento jurídico francés⁹⁸, el matrimonio es el “contracté par deux personne de sexe différent”, si bien, tras la entrada en vigor de la Ley de 2013, esta definición se hace extensiva a las personas homosexuales cuando a continuación aclara “ou de même sexe”. Por lo tanto, aquí sí existe un concepto de matrimonio, que se basa en la unión de dos personas, aunque tengan el mismo sexo. Esta definición ya fue introducida previamente en el famoso diccionario francés Larousse, incluso antes de que el propio Code Civil lo hiciera mediante la ley mencionada supra. Según la definición que ofrece la nueva edición del diccionario Larousse, el matrimonio es un acto solemne por el cual un hombre y una mujer –he aquí la precisión exacta del vínculo matrimonial entre personas de distinto sexo– o, en algunos países, dos personas del mismo sexo –modernización incorporada tras la entrada en vigor de la Ley 2013-404– establecen entre ellos una unión cuyas condiciones, efectos y disolución son regidas por el Código civil (matrimonio civil) o por las leyes religiosas (matrimonio religioso) (...).

Siguiendo con la comparación entre los dos Estados vecinos, la definición de matrimonio dada por la Real Academia de la Lengua Española es la siguiente: “unión de hombre y mujer concertada mediante ritos o formalidades legales” sin que hasta la fecha se haya abordado una actualización del concepto como ha

⁹⁸ Vid. ANTOKOLSKAIA, M, *Harmonisation of Family Law in Europe: A Historical Perspective*, Intersentia, Oxford, 2006.

ocurrido en el diccionario francés. Por tanto, en nuestro ordenamiento jurídico no existe un concepto legal de matrimonio. Existe la institución, pero no su definición como tal, que es el problema que se plantea aquí. Está claro que éste es fácilmente deducible, y se equipara al concepto de matrimonio existente en otros ordenamientos jurídicos extranjeros. Ahora bien, el hecho de que sea fácil deducir el concepto de matrimonio es algo relativo, pues se restringe, básicamente, en lo que respecta al hecho, fáctico y jurídico, de que se trata de una unión entre dos personas (salvando ciertos casos extraordinarios como sería el de los matrimonios polígamos).

b) En torno a la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

Ni la Declaración Universal de Derechos Humanos, ni el Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos, ni el Convenio para la Protección de Derecho Humanos y Libertades Fundamentales, aunque consagran este derecho, definen el concepto de matrimonio, el cual, siempre se entendió como el constituido por un hombre y una mujer por motivos jurídico-sociales históricos. De modo que no existiendo una definición de matrimonio en nuestro ordenamiento jurídico, en los Tratados Internacionales ratificados por España, como son, entre otros, los anteriormente referidos, se expresa que el matrimonio es un derecho de la persona y que, como tal, debe presentar el siguiente contenido esencial: "Derecho a contraer matrimonio sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, eso sí, a partir de una determinada edad, y a disfrutar de iguales derechos tanto el hombre como la mujer, tanto durante el matrimonio, como después de disuelto el vínculo matrimonial."

A nivel comunitario, tanto el Reglamento núm. 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, como el Reglamento núm. 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, tampoco contienen un concepto

jurídico de matrimonio, y es que el legislador comunitario también ha considerado que es mejor dejar a cada Estado la regulación de su propio concepto de matrimonio según su Derecho Internacional Privado.

En España, como hemos referido, desde el punto de vista jurídico hay que tener presente que el matrimonio constituye un derecho constitucional que exige la plena igualdad jurídica entre el hombre y la mujer (art. 32.1º CE). Este precepto constitucional relativo a la igualdad entre los contrayentes o cónyuges se instituye como un principio de nuestro orden público, por lo que sería contrario al mismo, tanto una ley extranjera que vulnerara este principio de igualdad, como el que no permitiera el matrimonio homosexual. El matrimonio es, por tanto, una de las formas de constituir una familia, protegida por el 39.1º de la CE ya que garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia, pero sin distinciones según su origen matrimonial o no, al tiempo que también se garantiza la igualdad de los hijos ante la ley, independientemente del origen de la filiación, matrimonial, extramatrimonial, biológicos o adoptivos.

La Ley 13/2005, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio introdujo en nuestro ordenamiento jurídico el matrimonio entre personas del mismo sexo, con plenitud de igualdad, superando con ello la concepción tradicional (reflejada todavía en la última edición del Diccionario de la RAE) de la diferencia de sexos como uno de los fundamentos del reconocimiento por nuestro Derecho de la institución matrimonial.

Esta Ley fue recurrida ante el Tribunal Constitucional por 61 Diputados del Grupo Popular, ya que consideraban que la reforma del PSOE era contraria al artículo 32 de la Constitución. Entendían que la utilización que hace ese artículo del término “matrimonio” resultaba en sí misma significativa, puesto que su propio significado etimológico era revelador de su verdadera naturaleza. La idea predominante en las diversas derivaciones del vocablo “matrimonio” es la de “madre”, que presupone la de engendramiento y la unión sexual entre un hombre y una mujer, acudiendo además la definición del diccionario de la Real Academia Española.

Finalmente se dicta la Sentencia 198/2012⁹⁹, de 6 de noviembre, que resuelve la cuestión en el sentido de que la reforma del Código Civil de 2 de julio de 2005 –concretamente que “el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”– es conforme a la Constitución Española del año 1978. El reconocimiento del derecho a todas las personas, independientemente de su orientación sexual no afecta a las personas heterosexuales, que no han visto reducida la esfera de libertad que antes de la reforma tenían. Sin embargo, las personas homosexuales tienen reconocida ahora la opción de contraer matrimonio, dándose un paso más en la garantía de la dignidad de la personal y el libre desarrollo de su personalidad.

La STC 198/2012 fue aprobada con el voto favorable de siete magistrados y se emitieron un voto particular concurrente y tres votos particulares discrepantes. En los razonamientos de la Sentencia se hace referencia a la jurisprudencia sobre este tema de un país en el que se reconocen los matrimonios entre personas del mismo sexo desde el año 2005, siendo dicho país Canadá.

En Canadá, a lo largo del año 2003 diversos Tribunales provinciales concluyeron que la exigencia de diversidad de sexos para contraer matrimonio era discriminatoria y, por tanto, inconstitucional. Para evitar situaciones distintas en unas y otras provincias, el Gobierno federal solicitó una resolución al Tribunal Supremo federal, que la emitió el 9 de diciembre de 2004, declarando que una eventual reforma legal que admitiese el matrimonio entre personas del mismo sexo no sería contraria a la "Charter of Rights", si bien tendría que garantizar el derecho a la objeción de conciencia de los funcionarios públicos llamados a participar en la celebración del matrimonio.

Poco después se aprobó la Ley federal de 20 de julio de 2005, que regula el matrimonio entre personas homosexuales con los mismos derechos y deberes que el de las heterosexuales. Esta resolución del Tribunal Supremo canadiense ha sido tenida en cuenta por el Tribunal Constitucional español, que la menciona de forma expresa y acoge su figura metafórica de la Constitución como un “árbol vivo” (Fundamento Jurídico 9) y nuestro TC dice que: “se hace necesario partir de un presupuesto inicial, basado en la idea, expuesta como hemos visto por el

⁹⁹ <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/paginas/Sentencia.aspx?cod=20674>

Abogado del Estado en sus alegaciones, de que la Constitución es un “árbol vivo”, –en expresión de la sentencia Privy Council, Edwards c. Attorney General for Canada de 1930 retomada por la Corte Suprema de Canadá en la Sentencia de 9 de diciembre de 2004 sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo– que, a través de una interpretación evolutiva, se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad, y no sólo porque se trate de un texto cuyos grandes principios son de aplicación a supuestos que sus redactores no imaginaron, sino también porque los poderes públicos, y particularmente el legislador, van actualizando esos principios paulatinamente y porque el Tribunal Constitucional, cuando controla el ajuste constitucional de esas actualizaciones, dota a las normas de un contenido que permita leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos, y de las exigencias de la sociedad actual a que debe dar respuesta la norma fundamental del ordenamiento jurídico a riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta.”

En el Fundamento 9 de la STC 198/2012 se recuerda que el Tribunal de Estrasburgo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo en el asunto Schalk y Kopf c. Austria, de 24 de junio de 2010¹⁰⁰. El Tribunal de Estrasburgo entiende que el artículo 12 CEDH no puede imponer, hoy por hoy, a ningún Estado la obligación de abrir el matrimonio a las parejas homosexuales, pero tampoco se puede extraer de su dicción literal la imposibilidad de regular el matrimonio entre personas del mismo sexo. Y continúa reconociendo que “el matrimonio posee connotaciones sociales y

¹⁰⁰

Vid. Asunto schalk et Kopf c. Austria (demanda núm. 30141/04), sentencia de 24 de junio de 2010. Art. 12 del CEDH (derecho al matrimonio), art. 8 del CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar), art. 14 CEDH (prohibición de discriminación). En este caso los demandantes forman una pareja homosexual que vive una relación estable. Solicitaron a las autoridades austriacas autorización para casarse. Ésta les fue denegada aduciendo que sólo dos personas de sexo opuesto podían casarse, lo cual fue confirmado por la justicia. El TEDH admite en la Sentencia, en primer lugar, que la relación de los demandantes atañe a la «vida familiar», al igual que la de una pareja heterosexual en la misma situación. Sin embargo, el Convenio Europeo de Derechos Humanos no obliga a un Estado a extender el derecho al matrimonio a una pareja homosexual. Las autoridades nacionales están en mejor situación para valorar las necesidades sociales en la materia, y afrontarlas, teniendo el matrimonio unas connotaciones sociales y culturales profundamente ancladas, que difieren enormemente de una sociedad a otra. Por tanto, no hay violación del artículo 12 (derecho a contraer matrimonio), y tampoco violación del artículo 14 (prohibición de discriminación) combinado con el artículo 8 (derecho al respeto a la vida privada y familiar) del CEDH. <http://www.csjn.gov.ar/dbre/Sentencias/cedhmathom.html>.

culturales profundamente enraizadas susceptibles de diferir notablemente de una sociedad a otra”, absteniéndose de imponer su propia apreciación sobre el matrimonio a “las autoridades nacionales que son las mejor situadas para apreciar las necesidades de la sociedad y responder a ellas”.

Por tanto, en esta materia no se puede descartar una evolución de la jurisprudencia europea en el mismo sentido que ha ocurrido con las personas transexuales, ya que en un primer momento, como vemos en el apartado correspondiente, la jurisprudencia del TEDH pasó de considerar imposible para los transexuales casarse con una persona del sexo opuesto a su nuevo sexo, por ser contrario al art. 12 del Convenio (por ejemplo el Asunto Rees c. Reino Unido de 17 de octubre de 1986) a sentenciar que “no ve motivo alguno que justifique que los transexuales se vean privados en todas las circunstancias del derecho a casarse” (Asunto Christine Goodwin c. Reino Unido, de 11 de julio de 2002¹⁰¹). En España, antes de estas sentencias que empezaban a considerar que era posible el matrimonio entre transexuales ya se habían dictado resoluciones por parte de la DGRN autorizando este tipo de matrimonios.

La Ley, compuesta de un Artículo Único, dos Disposiciones Adicionales y dos Disposiciones Finales, no ha introducido ninguna modificación en las normas del Derecho Internacional Privado español, lo que ha suscitado el interrogante de si la permisibilidad de la ley española respecto de los matrimonios integrados por personas del mismo sexo se extiende también en presencia de elementos personales de extranjería, esto es, cuando uno o ambos contrayentes sean de nacionalidad extranjera.

¹⁰¹

Vid. Goodwin v. Reino Unido, 2002-VI Corte E.D.H., disponible en http://www.echr.coe.int/Documents/Reports_Recueil_2002-VI.pdf; I. v. Reino Unido, Demanda No.25680/94, CEDH. (2002). En resumen, la situación insatisfactoria de los transexuales operados, que viven entre dos mundos porque no pertenecen realmente ni a un sexo ni al otro, no puede durar más. El tribunal no ignora las dificultades que implica un cambio tan fundamental del sistema ni las importantes repercusiones que tal medida inevitablemente acarreará no sólo para el registro de nacimientos sino también para el derecho de familia, la filiación, la sucesión, la justicia penal, el empleo, la seguridad social y los seguros. A la vista de lo que precede, el tribunal estima que el Estado demandante no puede seguir invocando su margen de apreciación en la materia salvo para poner en marcha las medidas que aseguren el reconocimiento del derecho protegido por el Convenio.”) <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-60595>.

De entre las modificaciones llevadas a cabo, la reforma básica consiste en añadir un segundo párrafo al art. 44 CC, según el cual, “el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”. El resto de artículos reformados procura una simple adaptación morfológica de la dicción de algunos preceptos, sustituyendo las menciones marido y mujer, por la más genérica de los “cónyuges”, o la de padre y madre por “progenitores” o “padres”.

No obstante, a pesar de la labor del legislador, se suscitan una serie de problemas a escala internacional, debido a la falta en ocasiones de rigor del legislador español en relación con la regulación de las situaciones privadas internacionales, pues ni una sola norma de DIPr acompaña a la Ley que optó por la asimilación de la nueva realidad a la anterior.

A nivel comparado, existen dos grandes tipos de respuesta a la reivindicación del reconocimiento jurídico de las parejas del mismo sexo: o abrirles la puerta del matrimonio, o crear una nueva institución. La regla general, como podemos observar a nivel comparado y hasta el momento, es la creación de una nueva institución, que, si bien se asemeja prácticamente al matrimonio, no es absolutamente idéntica a él.

Este es el caso de las parejas registradas, es decir, las uniones estables regladas jurídicamente a las que se reconocen una serie de efectos similares al del matrimonio, aunque con algunos matices y excepciones. La diferencia más importante es no atribuirles el nombre de “matrimonio”. Se trata de una mera cuestión terminológica. La diferencia se mantiene como consecuencia de razones históricas y quizás también por motivos políticos, pues podría resultar impopular en ciertos países y sociedades llamar “matrimonio” a la unión entre dos personas del mismo sexo.

La evolución de la sociedad ha conllevado cambios en instrumentos legales internacionales, resaltando en esta materia la Resolución del Parlamento Europeo sobre la igualdad de derechos de los homosexuales y las lesbianas en la comunidad europea (Resolución A3-0028/94 de 8 de febrero de 1994, DOCE 28 de febrero 1994), y el art. 9 de la Carta de Derechos fundamentales de la UE de 7

de diciembre de 2000 (DOUE C364 de 18 de diciembre de 2000), disponiendo este artículo que “se garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio”.

A pesar de todo lo expuesto anteriormente, parece que, en algunos países como España, no ha sido suficiente con la regulación de instituciones o figuras jurídicas parecidas y/o alternativas al matrimonio (uniones *more uxorio*) para satisfacer la igualdad y no discriminación, así como el libre desarrollo de la personalidad que tanto se predicán hoy en día como contenido constitucional de la institución.

No obstante, dice la DGRN que: “si bien el derecho a contraer matrimonio es reconocido, en principio, a todas las personas (de acuerdo a los textos anteriores), no se trata de un derecho sin limitaciones o incondicionado”. Así, la Constitución establece en el artículo 32 que la Ley regulará “la edad y capacidad” para contraerlo, mandato constitucional desarrollado por el Código Civil que establece especiales requisitos de capacidad a través de los denominados impedimentos matrimoniales. La duda que llegados a este punto se plantea es si la diversidad o identidad de sexos se trata de una cuestión de capacidad o, por el contrario, son elementos subjetivos consustanciales con la propia institución matrimonial.

Pues bien, la DGRN, en su Resolución-Circular de 29 de julio de 2005¹⁰² afirma rotundamente en su apartado VII dedicado a “La calificación de la diversidad/identidad de sexo respecto de la institución matrimonial (...)” que en ninguno de los artículos del Código Civil dedicados a los impedimentos matrimoniales, se menciona el de la identidad de sexos. Por tanto, añade que la diversidad de sexos, en la concepción tradicional, o la posible identidad de sexos, en la concepción legal ahora vigente, es elemento vinculado directamente con la propia naturaleza del derecho a contraer matrimonio y, por extensión, de la institución matrimonial, y no necesariamente a la capacidad nupcial subjetivamente considerada. Lo cual nos hace preguntarnos lo siguiente ¿para qué entonces los extensos desarrollos de los puntos I, II, III, IV y V en clave de capacidad?, pues si entendemos ya que la diversidad/identidad de sexos tiene

¹⁰² <https://www.boe.es/boe/dias/2005/08/08/pdfs/A27817-27822.pdf>

que ver con la propia naturaleza del derecho a contraer matrimonio y de la institución matrimonial, ¿para qué tantos razonamientos diversos?

La respuesta, a nuestro entender, es que se ha querido argumentar desde todos los posibles puntos de vista jurídicos y que todas las perspectivas confluyeran a un mismo resultado: la autorización para contraer matrimonio en España con independencia de la ley personal del individuo, que es determinada por su nacionalidad (art. 9.1 CC). Esto implica que el contenido de la ley de un nacional extranjero puede mantener como requisito esencial del matrimonio la condición heterosexual de sus miembros, más en España ello no supone un obstáculo para contraer matrimonio. Recordemos que la Resolución de la DGRN de 2005 vino motivada por un recurso interpuesto por un ciudadano hindú y su pareja española contra la providencia del juez de Paz encargado del Registro Civil de Canet de Mar (Barcelona) que suspendía la tramitación del expediente previo al matrimonio para requerir al nacional hindú que aportase informe de su Consulado que acreditase que, conforme a su ley personal, era libre para casarse, y para que manifestase si la Ley Hindú permitía el matrimonio solicitado.

¿Cómo integrar entonces la laguna legal existente en el Derecho conflictual español derivada del desconocimiento por numerosos ordenamientos extranjeros del matrimonio entre personas del mismo sexo y de la paralela ausencia de norma de conflicto específica en el Derecho español sobre los requisitos del matrimonio ajenos a su concepción tradicional y a la capacidad subjetiva de los contrayentes? Es más difícil la formulación de la pregunta que la respuesta misma: aplicando la Ley española para permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo cuando se reúnan las condiciones para que resulte competente una autoridad española, con independencia de lo que establezca la Ley nacional de las partes. Esta fue la opción y una de las conclusiones a la que finalmente llegó la DGRN al resolver el recurso planteado. Para algunos autores esta es una respuesta aceptable, desde el punto de vista de los intereses presentes, su ponderación y las posibilidades que ofrece el sistema.

Otro ejemplo sería el de un nacional alemán que durante unas vacaciones en Ibiza conoce a un español residente y natural de Ibiza y, ambos, deciden contraer matrimonio en España. Podrían celebrarlo aunque la ley de la

nacionalidad del alemán no le permitiera contraer matrimonio, porque en este contexto en el que existe un conflicto de leyes, entra en juego la *lex fori*, ley del foro o española, que permitiría el matrimonio entre el español y el alemán, siempre que se cumplan una serie de requisitos. Requisitos que vendrán determinados por la ley española (art. 57 CC), puesto que hemos dicho que ésta será la aplicable.

¿Cuáles son estos requisitos? Estos se reducen (dando por hecho el consentimiento de las partes, del cual depende la validez o no del matrimonio a efectos del art. 45 CC) al domicilio en territorio español de alguno de los contrayentes, requisito que servirá, además, como criterio de atribución de la competencia de la autoridad de haya de autorizar el matrimonio civil (Juez encargado del Registro Civil, Alcalde o funcionario correspondiente, arts. 49.1 y 51 CC). Esto, en consecuencia, también sería aplicable a los matrimonios que hayan de celebrarse exclusivamente entre extranjeros (p.ej. dos alemanes) siempre y cuando uno de ellos venga residiendo habitualmente en España (siguiendo el ejemplo anterior, uno de ellos viva en Ibiza), lo que en principio evita el llamado fórum shopping o fuero de conveniencia.

Cabe destacar, en este sentido, la valoración que hace la DGRN en su Resolución-Circular sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo¹⁰³ respecto del encargado del Registro Civil cuando indica que éste “no puede operar como “guardián” del sistema legal extranjero por lo que no debe negar la posibilidad de contraer matrimonio en España a personas del mismo sexo por la sola razón de que en el país del que son nacionales los cónyuges, dicho matrimonio no producirá efectos”. Son las autoridades extranjeras, afirma, las que deben decidir si el matrimonio contraído en España entre personas del mismo sexo surte efectos en tal país extranjero o no los surte por resultar contrario a su orden público internacional. En nuestra opinión, esta valoración hubiera sido más correcta y coherente si no estuviera ubicada en el punto de la Resolución en que se encuentra, pues habla del orden público español en materia de capacidad matrimonial, cosa que según algunos autores está de más, puesto que, si finalmente se aplica la ley española sin tener en cuenta la ley que regule la

¹⁰³ http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2005-13609.

capacidad matrimonial del contrayente extranjero, no se entiende por qué se hace referencia al orden público internacional español para poder aplicar la ley española.

Tras la celebración del matrimonio, según el art. 61 del Código Civil, para que éste surta plenos efectos civiles, es necesaria su inscripción en el Registro Civil, lo que nos lleva a nuestra Ley del Registro Civil que en su art. 15 nos señala que tienen acceso al Registro Civil los matrimonios celebrados en España, y los celebrados en el extranjero cuando alguno de los cónyuges sea español. Entendemos que con la expresión “los matrimonios celebrados en España”, se incluyen en el Registro, una vez aplicamos la Ley española como ley de conflicto, tanto los matrimonios homosexuales, que es el tema que analizamos en este estudio, celebrados en España entre nacionales españoles, como los celebrados entre español y extranjero, y entre extranjeros. Otra cosa será el reconocimiento y registro de los matrimonios de personas extranjeras del mismo sexo celebrados en el extranjero, o el reconocimiento en el extranjero de los matrimonios homosexuales celebrados en España.

II. LA POLÍTICA LEGISLATIVA DE LA UNIÓN EUROPEA

A) ASPECTOS GENERALES

Volviendo en este punto al ámbito de la Unión Europea, hay que destacar, junto con PALOMO HERRERO, que la existencia, cada vez con mayor frecuencia, de lazos familiares entre personas de diferentes Estados miembros de la UE (y de fuera de ella), exige irremediabilmente que las resoluciones judiciales relativas a la disolución del vínculo conyugal y a la responsabilidad parental de los menores obtenidas en un Estado miembro puedan ser reconocidas y ejecutadas en el Estado miembro correspondiente en el que se precise darles vida (siempre dentro de este ámbito). El Derecho de la Unión Europea interviene en este tipo de materias como un elemento más del Derecho Internacional Privado de cada Estado miembro que, además de su normativa interna, tiene un escalón comunitario, a través de la normativa que se aprueba desde las instituciones

europas y que son comunes a casi todos los Estados Miembros¹⁰⁴, y un escalón internacional, que conforma la normativa que a través de Convenios Internacionales puede tener cada Estado miembro con los demás del mundo.

Ahondando un poco más sobre esta cuestión, habría que señalar que el Derecho Internacional Privado de producción interna está constituido por las normas que elabora el Legislador español en exclusiva. Pueden ser normas con rango de Ley Orgánica u Ordinaria y también de rango reglamentario. El Derecho Internacional Privado de producción comunitaria está constituido por las normas de Derecho de la Unión. Las normas de Derecho de la Unión que regulan situaciones privadas internacionales forman parte del Derecho Internacional Privado español y prevalecen, en caso de colisión, sobre el Derecho de producción interna y sobre los Convenios Internacionales.

Además esta normativa comunitaria es de aplicación inmediata, ya que no necesita de fórmulas de introducción como la ratificación, y directa, toda vez que cualquier persona puede solicitar de un Juez la aplicación de una norma de Derecho de la Unión. Iremos viendo a través de estas páginas su verdadero alcance. Fuera de estas normas, la creación del resto de las normas de Derecho Internacional Privado es competencia de cada Estado pero deben respetar las tradicionales libertades comunitarias (de prestación de servicios, de circulación de trabajadores y mercancías, y de circulación y residencia de todo ciudadano comunitario) por el principio de supremacía del Derecho Comunitario. Dicho respeto exige reconocer en un Estado miembro la situación legalmente creada en otro Estado miembro por el principio de reconocimiento mutuo, salvo que se vulnere el interés general.

Por otra parte, el Derecho Internacional Privado de producción convencional consiste en el conjunto de normas contenidas en los Convenios Internacionales acordados entre distintos Estados y forman parte también del Derecho Interno, de acuerdo con el art. 96.1 CE¹⁰⁵, y el art. 1.5 CC. Las normas comunitarias prevalecen sobre el Derecho interno y los Convenios internacionales. Estos últimos prevalecen sobre el Derecho interno solamente

¹⁰⁴ Hay excepciones, como Dinamarca o Reino Unido e Irlanda.

¹⁰⁵ Art. 96.1 CE, que dice que «... los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España forman parte del ordenamiento interno».

cuando se trata de vinculación entre Estados y otros sujetos de Derecho público. Como cada Estado dispone de su Derecho Internacional Privado, una misma situación puede ser resuelta de manera diferente según el Estado en el que nos encontremos, dado que cada Estado aplicará sus propias normas de Derecho Internacional privado. Esta inseguridad jurídica, que por lo demás se puede evitar a través de instrumentos legales internacionales que unifiquen las normas de Derecho Internacional Privado en distintos Estados, puede conllevar consecuencias muy previsibles, como el «Forum Shopping» o las decisiones o resoluciones claudicantes¹⁰⁶. El Derecho de la Unión Europea pretende, en definitiva, evitar que se puedan producir todas estas situaciones, al menos en las relaciones entre los Estados miembros, intentando producir normas claras y con efectos inmediatos y directos, como se ha dicho.

Como muy acertadamente señala CANO BAZAGA, y como ya hemos adelantado en páginas anteriores, hay que recordar que la comunitarización, en definitiva, supone que el Derecho Internacional Privado de los Estados de la Unión va experimentando un cambio radical en el sentido de que, cada vez con mayor frecuencia, el Derecho Internacional Privado de los Estados miembros es producido por instituciones comunitarias. Para llevar a cabo la comunitarización en este sector del ordenamiento jurídico de los Estados parte (a excepción de Dinamarca, que no se ha sumado a este proceso y con las reservas de Reino Unido e Irlanda), la fuente más utilizada está siendo el Reglamento comunitario¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Cuando los particulares acuden a las autoridades de un país determinado para lograr un resultado jurídico que les favorece estamos en presencia del llamado «Forum Shopping». Otra cuestión son las llamadas decisiones o resoluciones claudicantes, supuesto no poco frecuente en el que la resolución que se dicta en un Estado tiene que producir efectos en otro distinto, debiendo para ello superar los filtros legales que existan en este último Estado. Cuando la resolución no soporta el paso de la frontera y provoca un cambio de ley aplicable, puesto que las leyes de ambos Estados son distintas, se dice que es una decisión claudicante, provocándose con ello que una situación jurídica exista pero que sea válida en un país sí y en otro no.

¹⁰⁷ La utilización de este medio tiene una serie de ventajas: el Reglamento comunitario unifica plenamente las normas de Derecho Internacional Privado de los Estados miembros; evita los problemas del derecho de los Tratados, como las reservas, denuncias, ratificaciones, potencia la seguridad jurídica internacional, permitiendo a los particulares invocar directamente las normas contenidas en el Reglamento y obliga a los jueces estatales a aplicarlo de oficio, pudiendo ser directamente interpretado por el TJUE a través del recurso prejudicial de interpretación (arts. 234 y 68 TCE). CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ, referenciado por CANO BAZAGA, ob. cit., p. 26.

El Derecho de Familia es una parte específica y con características propias dentro del Derecho Civil. Por ello, tal como señala BENÍTEZ DE LUGO, A.¹⁰⁸, el Reglamento (CE) 44/2001 –ahora el 1215/2012-, del Consejo, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, dice el art. 1, ap. 2, que ciertas materias están excluidas del Reglamento, a pesar de que se pueda considerar que pertenecen al ámbito civil o mercantil. En concreto, no se aplica al estado y capacidad en las personas físicas, los regímenes matrimoniales, los testamentos y las sucesiones, la quiebra, los convenios entre quebrado y acreedores y demás procedimientos análogos: la seguridad social y el arbitraje. Esta lista nos permite sacar, junto con este autor, dos conclusiones genéricas: la primera, que esta norma se aplica a cuestiones de Derecho patrimonial y que quedan fuera de su ámbito de aplicación las materias propias del Derecho de Familia, con la salvedad, como se verá, de los alimentos; la segunda, que se han excluido ciertas materias patrimoniales porque son objeto de regulación específica.

De lo dicho hasta este momento se puede ya concluir la importancia de las relaciones de familia en el campo del Derecho Civil, el aumento de las relaciones de carácter transfronterizo y la consecuente complicación de los procesos cuando hay elementos extraterritoriales; a todas estas cuestiones la Unión Europea no puede, evidentemente, ser ajena.

B) LOS REGLAMENTOS EN MATERIA MATRIMONIAL Y DE RESPONSABILIDAD PARENTAL

a) El Reglamento 1347/2000, del Consejo de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental

El primer instrumento de la Unión que se adoptó en el ámbito de la cooperación judicial en los asuntos relacionados con el derecho de familia fue el

¹⁰⁸ AGUILAR MARTÍNEZ DE LUGO, M. y otros (Campuzano Díaz, Beatriz; Cano Bazaha, Elena, Grieder Machado, Hilda; Rodríguez Vázquez, M^a Ángeles), *Lecciones de Derecho Procesal Civil Internacional*, Ed. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2002, p. 42

Reglamento nº 1347/2000 por el que se establecían normas referentes a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales relacionadas con el divorcio, la separación y la nulidad matrimonial y con la responsabilidad parental sobre los hijos de ambos cónyuges¹⁰⁹. El Reglamento (CE) n 1347/2000¹¹⁰ del Consejo, de 29 de mayo de 2000, destinado a reemplazar al denominado Convenio de Bruselas II¹¹¹, entró en vigor el 1 de marzo de 2001 en todos los países de la UE, a excepción de Dinamarca. Fue el primer acto de la Comunidad adoptado en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, constituyendo un importante paso en el reconocimiento mutuo de decisiones en materia de Derecho de familia. Se trataba de simplificar el reconocimiento y el exequátur de las resoluciones judiciales, para lo que resultaba imprescindible regular también la competencia judicial internacional, con el objetivo último de favorecer su libre circulación en el espacio judicial europeo,

¹⁰⁹ Reglamento (CE) nº 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes [DOCE L 160 de 30.6.2000, modificado por el Reglamento (CE) nº 2116/2004 del Consejo, de 2 de diciembre de 2004, DOCE L 367 de 14.12.2004].

¹¹⁰ Un resumen del proceso que dio lugar al mismo, iniciado en 1992 con los trabajos del Grupo europeo de Derecho internacional privado, puede consultarse en H. GAUDEMET-TALLON, "Le Reglement n° 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000: «Compétence, reconnaissance et exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs»", J.D.L 2, 2001, pp. 381-430.

¹¹¹ El Convenio de Bruselas de 28 de mayo de 1968 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial, cuya base jurídica se encuentra en el art. K1 del Tratado de Maastricht, se elaboró para dar respuesta a la triple conveniencia, en el ámbito europeo, de contar con normas uniformes de competencia en materia matrimonial, con normas modernas de reconocimiento y ejecución y con normas que evitaran procedimientos paralelos sobre estas cuestiones en los diferentes Estados miembros, *vid.*, BORRÁS, A., «Informe explicativo del Convenio celebrado con arreglo al artículo K 3 del Tratado de la Unión Europea, sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial», DOCE, C 221, de 16 de julio de 1998, pp. 28 y ss (en adelante: Informe explicativo). El Tratado de Amsterdam comunitarizó su base jurídica, pasando la cooperación judicial en materia civil del ámbito de la cooperación intergubernamental al marco comunitario, transformándose, en consecuencia, dicho Convenio en el Reglamento que ahora nos ocupa. *Vid., ad ex.* CAMPUZANO DÍAZ, B., «El régimen comunitario de competencia judicial internacional», en AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M. y otros, *Lecciones de Derecho procesal civil internacional*, Servicio de Publicaciones, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2002, pp. 39-88. Así, desde la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam el 1 de mayo de 1999, las materias reguladas por el Convenio de Bruselas de 1968 pasaron a formar parte de las políticas comunitarias, con arreglo al artículo 61, letra c), y al artículo 65, del Tratado CE. Como consecuencia de esto, el Convenio de Bruselas de 1968 se convirtió en un Reglamento. Con tal motivo, las normas del Convenio de Bruselas se modernizaron, y el sistema de reconocimiento y ejecución se hizo más ágil y eficaz.

«garantizando la seguridad jurídica de todos los implicados en una materia tan sensible a los cambios, como la familiar»¹¹².

El Reglamento 1347/2000 modificó dos aspectos esenciales del Derecho internacional privado español en materia de crisis matrimoniales (nulidad matrimonial, separación legal y divorcio) y responsabilidad parental sobre los hijos comunes: la competencia judicial internacional de nuestros tribunales y la eficacia en España de las decisiones que en dicha materia dicten los tribunales de los demás Estados miembros. Sus normas de competencia no inciden en el reparto de competencia territorial en el interior de cada Estado, ni tampoco en la situación de los Estados en que el sistema judicial no está unificado y se aplican a las acciones ejercitadas con posterioridad al 1 de marzo de 2001 (art. 46 Reglamento Bruselas II).

Una de las críticas principales que el Reglamento suscitó, el aumento de las normas de Derecho internacional privado de los ordenamientos de los Estados Parte, derivó de su reducido ámbito material de aplicación. El Reglamento sólo regulaba la determinación de la competencia judicial internacional de los tribunales de los Estados Parte en materia de disolución del vínculo matrimonial y de responsabilidad parental de los hijos comunes afectados por la disolución (sin derogar totalmente las normas de producción interna), así como los efectos de las decisiones en el territorio de la UE (excepto Dinamarca) que sobre dicha materia se dictaran. Indudablemente, ello vino a agravar la complejidad de la solución de los casos afectados¹¹³.

Proyectado al ordenamiento español ello se tradujo en la obligación de nuestros tribunales de aplicar una multitud de normas, pertenecientes a distintos cuerpos jurídicos, con diferente naturaleza y alcance, sólo para determinar si verdaderamente eran competentes para conocer de la demanda. Así, en un proceso de divorcio internacional mínimamente complicado, el juez español debía

¹¹² SEIJAS QUINTANA, J.A., «Reglamento (CE) núm. 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución en materia matrimonial y responsabilidad parental sobre los hijos comunes», en Cooperación jurídica internacional en materia civil: el Convenio de Bruselas, Cuadernos de Derecho Judicial, 2001-IV, pp. 91-135, p. 91.

¹¹³ BORRÁS, A., «Informe explicativo». *op. cit.*, p. 34.

aplicar el Reglamento Bruselas II para determinar su competencia internacional en cuanto a la disolución del vínculo matrimonial y a la responsabilidad parental de los hijos comunes; para la cuestión de alimentos, acudía al Reglamento Bruselas; y para la disolución del régimen económico matrimonial, ante la ausencia de derecho comunitario o convencional aplicable, debía consultar la LOPJ. Labor que no era difícil que se complicara si en el transcurso de dicho proceso se producía un problema de sustracción de menores, con las dificultades añadidas que entrañaba determinar la competencia judicial internacional y resolver la cuestión de la restitución del niño en tales casos.

Obviamente, la proliferación normativa, plasmada en diversos instrumentos jurídicos, y su incidencia en la lentitud de las respuestas jurídicas, dificultaba enormemente la aplicación del Derecho por parte de Jueces y profesionales, que en palabras de SEIJAS QUINTANA, J.A., «siguen viendo con recelo una normativa compleja y dispersa», a la vez que contradice el objetivo de simplificación y coherencia de la legislación comunitaria.

b) El Reglamento 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución en materia matrimonial y de responsabilidad parental

Como consecuencia de las deficiencias comentadas del Reglamento 1347/2000 o Bruselas II se hizo necesaria la elaboración de un nuevo Reglamento que las subsanara y ampliara el ámbito material de aplicación. Así en el año 2003 aquel es sustituido por el Reglamento 2201/2003¹¹⁴, que supuso una gran evolución con respecto al anterior, si bien sigue ocupándose de la separación, divorcio y nulidad matrimonial, así como del reconocimiento de resoluciones judiciales, también opera respecto de cualquier menor, con independencia de que su filiación sea de vínculo sencillo (relativo sólo a uno de los cónyuges), o que sea un hijo común de ambos. Otra gran diferencia es que se

¹¹⁴ Vid. GONZÁLEZ VICENTE, P., "El Reglamento (CE) 2201/2003: El alcance del reconocimiento mutuo de las decisiones sobre el derecho de visita y secuestro de menores", *Estudios de Derecho Judicial* núm. 74, 2005, pp.15-48.

aplicará para cualquier medida derivada de la responsabilidad parental, sin tener que estar vinculada, obligatoriamente, a un proceso de crisis matrimonial¹¹⁵.

La prioridad del Reglamento 2201/2003 es darle a los menores la posibilidad de mantener el contacto con ambos progenitores y a ser oídos cuando deba tomarse una medida de protección respecto de ellos, siempre que su edad y madurez se lo permitan, así como buscar la restitución del menor ilícitamente trasladado, principio que ya venía reflejado en el Convenio de la Haya de 1980¹¹⁶.

Este Reglamento se apoya en una serie de principios que son: el interés superior del menor¹¹⁷, la confianza mútua, celeridad y la colaboración para crear así un verdadero espacio europeo de justicia. Se aplica en materia civil a todos los Estados Miembros de la Unión Europea, incluido Reino Unido e Irlanda, pero no Dinamarca.

El Reglamento no define lo que debemos entender por matrimonio¹¹⁸, y, respecto al secuestro internacional de menores, sólo regula las situaciones de

¹¹⁵ Sobre las relaciones entre el Reglamento europeo 1347/2000 y el Reglamento europeo 2201/2003 vid. DEVERS A., "L'articulation du règlement "Bruxelles IIbis" et des autres règlements communitaires" en FULCHIRON, H., Y NOURISSAT, C.(dirs), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, París, 2005, pp.123-136.

¹¹⁶ Vid. JIMÉNEZ BLANCO, P., op. Cit. Pág. 140, que considera que la regulación que hace el Reglamento con respeto a la sustracción de menores "no es sino una suma del convenio de la Haya de 1980 en lo que a restitución de menores secuestrado se refiere y al convenio de la Haya de 1996, en lo relativo a la competencia judicial internacional en caso de sustracciones".

¹¹⁷ Vid. GONZÁLEZ BEILFUSS, c., "Regulación comunitaria de la sustracción internacional de menores" en zarraluqui, Sánchez-eznarriaga, I., *La sustracción interparental de menores*, Madrid, dykinson, 2005, pág. 103, donde considera la autora que no se está respetando el interés del menor. Estableciendo en este sentido que: "El interés superior del menor no ha sido la consideración primordial la que se ha atendido. Se ha pretendido limitar las excepciones al retorno previstas en el convenio, lo cual genera tensiones en relación con los derechos fundamentales del niño"..."el interés superior del niño requiere además otorgar un margen de maniobra importante a la autoridad judicial para que ésta pueda adaptar sus decisiones a las circunstancias".

¹¹⁸ En este punto hay que destacar que, tal como dice CARRASCOSA GONZÁLEZ, el Reglamento 2201/2003 no define qué debe entenderse por matrimonio. Dos tesis pugnan: ciertos expertos (P. LA-GARDE, H. GAUDEMET-TALLON) indican que el concepto matrimonio debe ser precisado de modo autónomo y propio en el Reglamento sin tener en cuenta la definición que se contenga en el Derecho de los Estados miembros. En tal sentido, se plantea si el Reglamento debe ser aplicable a la separación, divorcio, nulidad de matrimonio entre personas del mismo sexo si se trata de un verdadero matrimonio, como ocurre en Holanda, Bélgica y España. No aplicarlo dañaría el *favor divorcii* y multiplicaría el *Forum Shopping* y las situaciones claudicantes. Otros piensan que el Reglamento no quiso definir el concepto matrimonio, al ser un concepto muy polémico, por lo que los tribunales de cada Estado miembro aplicarán su propio Derecho interno para valorar si es o no un matrimonio. Esta es la tesis que debe prevalecer. En determinados Estados miembros, como Reino Unido o Alemania, ciertas parejas de hecho surten los

traslado ilícito de menores intracomunitario, es decir, para los supuestos en los que se traslade al menor de un Estado miembro a otro Estado miembro¹¹⁹. Al estudio de este Reglamento dedicamos la segunda parte de la Tesis por lo que no nos extendemos ahora en su estudio.

C) CARACTERÍSTICAS DE LA ACTUACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA EN DERECHO DE FAMILIA

La actuación de la UE en el sector del derecho de familia puede esquematizarse en torno a tres características fundamentales:

1ª: Se ha realizado una unificación parcial a través de instrumentos sectoriales;

2ª: Esa unificación se ha realizado permitiendo cierta diversidad entre los Estados miembros; y

3ª: Se ha recurrido en este proceso unificador a técnicas novedosas, que después la UE ha ido extendiendo a otros ámbitos materiales. Pasamos a continuación a su análisis.

La intensa actuación de la Unión Europea, casi siempre bajo la forma de Reglamento, ha tenido como consecuencia que hoy día sus normas reguladoras sean uniformes, iguales para los Estados miembros, en amplios sectores jurídicos, incluyendo el derecho de familia. Más concretamente, la vinculación que se ha establecido entre el derecho de familia y la libre circulación de personas, ha permitido que se adoptaran los Reglamentos 2201/2003, 4/2009 y 1259/2010, con los que se da respuesta a todas o algunas de las cuestiones que se plantean en relación con un divorcio, separación judicial o nulidad del matrimonio, responsabilidad parental y alimentos.

mismos efectos legales que los matrimonios. Por tanto, para este autor puede sostenerse que la disolución de estas parejas de hecho con efectos equivalentes a un matrimonio debe quedar regulada por el Reglamento 2201/2003. CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier; CAS-TELLANOS RUIZ, Esperanza, *Derecho de Familia Internacional*, 4.ª edición, Ed. Colex, Majadahonda, 2008, p. 188.

¹¹⁹ Vid. CALVO CARAVACA, A.L. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional privado*, vol. II, Granada, Comares 2011-2012, pág. 185.

Como puede observarse, tres Reglamentos en los que se reparte la regulación de las cuestiones mencionadas, a los que hay que añadir dos instrumentos complementarios en materia de ley aplicable, gestados fuera de la UE y en los que esta organización ha decidido participar, como son el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, y el Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias. Nos encontramos por tanto con una pluralidad de instrumentos sectoriales en derecho de familia, que estarán llamados a aplicarse conjuntamente en numerosas ocasiones dada la estrecha vinculación de las materias a las que se refieren, lo cual causará seguramente dificultades al operador jurídico.

Esa unificación realizada a través de instrumentos sectoriales es, por otra parte, parcial. Ciertamente se está trabajando para aprobar dos instrumentos adicionales en materia de regímenes económico-matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas, pero con ello no quedarán cubiertas todas las cuestiones. En un reciente informe encargado por el Parlamento Europeo se señala que todavía existe una amplia lista de carencias en materia de familia y persona, como son la regulación del matrimonio, de las parejas registradas o instituciones similares, el nombre de las personas físicas, la filiación y adopción, la protección de adultos, así como el estado y capacidad de las personas físicas. Las dificultades que conllevaría regular todas estas materias, teniendo en cuenta además la unanimidad que se requiere en el sector del derecho de familia –art. 81.3 TFUE–, no permiten vislumbrar una actuación europea en el corto plazo, con la salvedad de la «*eurodepuración*» de las normas internas a la que ya nos hemos referido.

La segunda característica fundamental del Derecho internacional privado europeo en materia de familia es que, paradójicamente, se está permitiendo la diversidad en el marco de la uniformidad. En relación con esta idea hay que referirse a la posición particular de Dinamarca, Reino Unido e Irlanda, en virtud de los Protocolos anejos al Tratado de Ámsterdam, que se mantienen en el Tratado de Lisboa.

Como es bien sabido, todas las normas que se adopten en virtud de lo dispuesto en el Título V de la Tercera Parte del TFUE, anteriormente Título IV TCE, no vinculan a Dinamarca, *opting out*; y Reino Unido e Irlanda tienen la facultad de decidir, caso por caso, si participan en ellas, *opting in*. Estos Protocolos no se proyectan únicamente en el sector del derecho de familia, pero sí podemos decir que ha sido en este ámbito donde más patente se ha hecho la diversidad que permiten. Conviene recordar, en este sentido, que con Dinamarca se han suscrito sendos Convenios para extenderles la aplicación de algunos de los Reglamentos adoptados, que no se han referido a las materias propias del derecho de familia; y que el Reino Unido, que ha ejercido habitualmente su facultad de *opting-in*, no lo ha hecho precisamente con algún instrumento vinculado al derecho de familia.

La diversidad también aparece en relación con la unanimidad que se requiere, como ya sabemos, para la adopción de medidas en materia de derecho de familia, art. 81.3 TFUE. Se trata de un requisito que podría obviarse en favor del procedimiento legislativo ordinario, si el Consejo a propuesta de la Comisión así lo decide, con el control de los parlamentos nacionales -la denominada cláusula pasarela-. Pero esta posibilidad, que ya se planteó durante la negociación del Reglamento 4/2009, con el argumento de que la institución de los alimentos tiene su origen en una relación familiar, pero se traduce en una obligación de carácter económico, no ha tenido hasta ahora éxito. El requisito de la unanimidad parece por tanto imponerse, lo cual no fue obstáculo para que saliera adelante este Reglamento, pero sí lo ha sido en otros casos.

Concretamente, el Reglamento 1259/2010 en materia de ley aplicable al divorcio y la separación judicial tuvo que aprobarse a través del sistema de cooperación reforzada, al no conseguirse la unanimidad requerida. Con arreglo a este sistema, que se regula en los arts. 20 TUE y 326 a 334 TFUE, cuando el Consejo haya establecido que unos determinados objetivos de cooperación no pueden conseguirse entre todos los Estados miembros, y siempre que haya al menos nueve Estados miembros que sí estén interesados en alcanzar dichos objetivos, puede adoptarse una medida que vincule únicamente a estos Estados si la Comisión así lo propone, y el Consejo lo aprueba contando con el visto

bueno del Parlamento Europeo. Pues bien, en relación con el Reglamento 1259/2010 se fueron cumpliendo todos estos requisitos, de modo que en la actualidad se aplica únicamente en los Estados miembros que han querido participar en la cooperación reforzada.

La interacción con los trabajos de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado también ha sido motivo de diversidad. El nuevo sistema de eficacia extraterritorial de resoluciones que se está adoptando en desarrollo del principio de reconocimiento mutuo, al que nos referiremos seguidamente, presenta como peculiaridad en el Reglamento 4/2009 que se hace depender de que en el país de origen de la resolución se hayan aplicado las normas de conflicto uniformes contenidas en el Protocolo de La Haya de 2007 (arts. 17 a 22). Y como algunos Estados miembros no participan en este Protocolo, el Reglamento tiene que ofrecer un sistema alternativo de eficacia extraterritorial de resoluciones para las relaciones con estos países (arts. 23 a 39).

Por otra parte, una situación particular se ha planteado con el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños. Como determinados artículos de este Convenio afectaban al Reglamento 2201/2003, la UE asumió la competencia externa necesaria para proceder a su firma y ratificación. No obstante, como se daba la circunstancia de que en el texto de este Convenio sólo se reconoce la condición de parte a los Estados soberanos, la UE tuvo que limitarse a aprobar sendas decisiones autorizando a los Estados miembros a firmar y ratificar el Convenio en interés de la Unión. Se pretendía que esta actuación individual de los Estados miembros se realizara de forma coordinada, y a ser posible simultánea, pero no se ha conseguido. Basta observar el estado de adhesiones y ratificaciones del mencionado Convenio para constatar la diversidad de fechas y que hay Estados miembros donde todavía no está vigente.

Como tercera característica fundamental de las normas europeas de Derecho internacional privado en materia de familia nos referíamos a la novedad, en el sentido de que ha sido en este sector jurídico donde primero se han puesto

de manifiesto ciertos criterios de actuación que después se han ido extendiendo a otras materias.

Hasta ahora estábamos habituados al carácter *erga omnes* de las normas de unificación conflictual, que en su ámbito material desplazan por completo al derecho interno, pero no a que esto mismo sucediera con las normas de competencia judicial internacional. Hemos de señalar que en la UE, el hecho de que con arreglo a lo dispuesto en el Tratado de Ámsterdam las medidas tuvieran que adoptarse pensando en el correcto funcionamiento del mercado interior, art. 65 TCE, no fue obstáculo para otorgarles este tipo de efectos. A pesar de la polémica que se suscitó en torno a esta cuestión, no faltaron opiniones que avalaron la actuación de las instituciones europeas aludiendo a que dicho mercado interior se veía favorecido con la seguridad jurídica que aportan normas uniformes para regir los diferentes tipos de relaciones internacionales, así como a que los convenios originarios -Convenios de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 y Convenio de Roma de 1980- ya se aplicaban a relaciones internacionales que podían estar conectadas con terceros Estados².

Hoy día, el Tratado de Lisboa ha venido a consolidar esta línea de actuación, al requerir únicamente que las medidas de la Unión Europea estén orientadas *en particular* al buen funcionamiento del mercado interior, art. 81.2 TFUE, lo cual se interpreta como una flexibilización de la normativa anterior.

En este sentido debemos señalar que ha sido en el ámbito del derecho de familia, con algunas excepciones puntuales que ya se establecían en el Convenio de Bruselas del 68, donde se dieron los primeros pasos hacia la aplicación general de las normas de competencia judicial internacional. Hay que comenzar refiriéndose al Reglamento 2201/2003, que aunque no llegó a desplazar por completo a las normas internas en la materia, sí las limitó a un papel muy residual por ser operativas únicamente en el caso de que no resultase competente ningún tribunal de un Estado miembro con arreglo al Reglamento (arts. 7 y 14).

Posteriormente, el Reglamento 4/2009 en materia de alimentos sí incorporaría una regulación completa de la competencia judicial internacional, al establecer en su Capítulo II unos foros basados en la sumisión expresa o tácita de

las partes (arts. 4 y 5), junto con una serie de foros alternativos aplicables en su defecto (art. 3), acompañados de una norma de competencia judicial internacional subsidiaria para los supuestos en que ningún tribunal de un Estado miembro resultase competente con arreglo a dichos foros (art. 6) y de un *forum necessitatis* (art. 7). Y esta tendencia parecía llamada a consolidarse en los instrumentos adoptados con posterioridad, hasta que sorprendentemente y a pesar de los trabajos preparatorios en este sentido, la reforma de Bruselas I nos ha devuelto a criterios tradicionales de aplicación.

Será necesario analizar los motivos por los que en relación con Bruselas I se incorpora un cambio de tendencia. Por el momento lo que podemos decir es que el nuevo modelo presenta una serie de indudables ventajas: introduce una uniformidad completa de soluciones entre los Estados miembros, tanto en relación con los supuestos vinculadas con la UE como con terceros Estados; los sistemas de Derecho internacional privado de los Estados miembros ganan en claridad y sencillez, pues no tendrán que disponer de un doble cuerpo de normas aplicables en función de los factores de internacionalidad presentes en la relación jurídica; y para los particulares de terceros países también resulta beneficioso, pues en sus relaciones con la UE no tendrán que entrar a valorar las peculiaridades en materia de Derecho internacional privado de cada uno de los Estados miembros, sino que se encontrarán con una normativa común.

Es más, antes de la reforma de Bruselas I parecía que la aplicación generalizada de las normas de competencia judicial internacional estaba tan consolidada, que ya los estudios y propuestas doctrinales avanzaban hacia la unificación de las normas sobre reconocimiento y exequátur en las relaciones con terceros Estados.

Este último sector nos proporciona otra de las características novedosas. Como sabemos, en materia de eficacia extraterritorial de resoluciones se está avanzando y mucho hacia la supresión del exequátur- hasta tal punto que el Reglamento 1215/2012 ha acabado por eliminarlo¹²⁰-, en desarrollo del principio

¹²⁰ Como señala IGLESIAS BUHIGUES, J.L. en "La quinta libertad en marcha. La libre circulación de títulos ejecutivos en la UE": (...) el principio no está libre de las reticencias y críticas por parte de la doctrina, tanto por entender que el repetido principio de la confianza mutua es, por ahora, muy relativo y no justifica la ausencia de todo control de la

de reconocimiento mutuo. Pues bien, en el ámbito del derecho de familia fue también donde se dieron los primeros pasos en esta dirección. El Reglamento 2201/2003 estableció una solución alternativa al tradicional procedimiento de *exequátur* para las resoluciones en materia de derecho de visita y restitución de menores, consistente en el establecimiento de una serie de requisitos cuyo cumplimiento debía certificarse por el juez del Estado de origen (arts. 41 y 42). La expedición de este certificado tiene como efecto que la resolución pueda ser ejecutada en los demás Estados miembros, prescindiendo del mencionado procedimiento de *exequátur*. Posteriormente, este sistema novedoso de eficacia extraterritorial de resoluciones se ha ido extendiendo a otras materias en virtud de los Reglamentos 805/2004 por el que se establece un título ejecutivo para créditos no impugnados; el 1896/2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo; el 861/2007 por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía; el 1215/2012, al que ya nos hemos referido, sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil, así como a los alimentos en virtud del Reglamento 4/2009.

Todos estos instrumentos responden a un objetivo similar, como hemos dicho, la supresión del procedimiento *exequátur*, aunque presentando características propias, que son especialmente observables en el ámbito del derecho de familia. Así, el Reglamento 2201/2003 requiere que se controlen en origen ciertas garantías procesales relacionadas con el derecho de defensa, tal como se hace en el resto de instrumentos, además del derecho del niño y de todas las partes afectadas a ser oídos en el procedimiento de origen. Por su parte, el Reglamento 4/2009 presenta la peculiaridad de vincular la supresión del *exequátur* a que en origen se hayan aplicado las normas de conflicto uniformes recogidas en el Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007.

Esta última peculiaridad, que no ha sido suficientemente explicada por el legislador europeo, ha dado lugar a que la doctrina señale que la unificación de las normas de conflicto resulta especialmente importante en un sector tan sensible como el derecho de familia, dado que si no estaríamos combinando una

resolución en el Estado miembro requerido”, en *Competencia, requerimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en la Unión Europea*, PARDO IRANZO, V. (directora), Ed. Tirant, 2015, pp.78-79.

aceptación incondicional de la sentencia dictada en otro Estado miembro con la posibilidad de *forum shopping*, lo cual podría acabar dañando el principio de confianza mutua entre los Estados miembros. Aunque esta afirmación quedó cuestionada durante el proceso de revisión de Bruselas I, donde la unificación de las normas de conflicto también iba a ser un criterio a tener en cuenta en otros sectores materiales.

Señalaremos, a modo de conclusión de este epígrafe, que estas tres características fundamentales en torno a las que hemos presentado el Derecho internacional privado europeo en materia de familia, dejan una sensación un tanto agri dulce. Ciertamente es que se ha avanzado mucho en un sector que hasta hace bien poco era ajeno al proceso de integración europea, pero se ha hecho de una manera parcial, sectorial y permitiendo la diversidad, lo que seguramente dificultará la tarea del operador jurídico. En las líneas que siguen vamos a analizar la interacción de los instrumentos europeos con los trabajos de la Conferencia de La Haya y ofrecer así un panorama más completo de la situación actual del derecho de familia.

III. LA RELACIÓN ENTRE LOS REGLAMENTOS Y LOS CONVENIOS DE LA HAYA EN MATERIA DE FAMILIA

Una vez que hemos analizado la actuación de la UE en materia de derecho de familia, así como el protagonismo que ha adquirido en el ámbito internacional y el papel residual que queda a los Estados miembros, vamos a referirnos a continuación a la política legislativa que ha desarrollado la UE en relación con los Convenios de la Conferencia de La Haya.

Como sabemos, este organismo es un foro de unificación con pretendido alcance universal, que ha centrado buena parte de sus trabajos en el derecho de familia. Trataremos con ello de determinar cómo conviven dos planos de unificación normativa, regional y universal, en un sector material caracterizado por referirse a relaciones de carácter personal, que no se ven condicionadas en su desarrollo por la existencia de un espacio regional de integración. En este análisis vamos a distinguir dos situaciones: relaciones *ad intra*, donde nos referiremos a

cómo funciona la interacción entre Reglamentos y Convenios para en el interior de la UE; y relaciones *ad extra*, donde nos referiremos a cómo se complementan los Reglamentos y Convenios en el ámbito externo a la Unión.

A) *DIVERSIDAD DE SOLUCIONES AD INTRA*

Los Reglamentos de la Unión Europea en materia de derecho de familia se han referido a cuestiones que ya estaban reguladas, en algunas ocasiones con varios Convenios, por la Conferencia de La Haya. En este marco de concurrencia normativa, que supone un factor de complejidad para la regulación de las relaciones jurídico-privadas internacionales, hemos de señalar que las relaciones que se han establecido entre los Convenios de La Haya y los Reglamentos en el interior de la UE no han respondido a un modelo uniforme, lo cual ha supuesto un factor de complejidad adicional.

a) El esquema básico de relación: primacía del Reglamento o del Convenio dependiendo de la materia

El esquema básico de relación que se establece entre los Reglamentos de la UE y los Convenios de la Conferencia de La Haya consiste en afirmar la primacía del Reglamento sobre el Convenio en las relaciones entre los Estados miembros, o en declarar el respeto a los Convenios que los Estados miembros tuvieran suscritos antes de la adopción del Reglamento. La opción por una fórmula u otra va a depender del sector material de Derecho internacional privado que se vea afectado.

En el sector de la eficacia extraterritorial de resoluciones y cooperación de autoridades se parte de la primacía de la normativa europea, aunque introduciéndose una originalidad en materia de secuestro internacional de menores. En materia de derecho aplicable, donde el carácter *erga omnes* de esta normativa impide distinguir eficazmente entre situaciones *ad intra* y *ad extra*, nos encontramos con una gran variedad de soluciones que muestran las dificultades que ha tenido el legislador europeo en este terreno. Y en el sector de la

competencia judicial internacional o de autoridades se parte de la primacía de la normativa europea, aunque introduciendo ciertas cautelas para no interferir con los Convenios que se proyectan en las relaciones *ad extra*. Esta última cuestión la analizaremos en un epígrafe posterior.

El Reglamento 2201/2003 dispone con carácter general, en su art. 59.1, que sustituirá a los convenios celebrados entre dos o más Estados miembros en las materias a las que este instrumento se refiere. En el art. 60 se refiere a determinados convenios multilaterales, entre los que figuran varios acuerdos promovidos por la Conferencia de La Haya, reiterando que en las relaciones entre los Estados miembros primará el Reglamento. Se trata, concretamente, del Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre competencia de las autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores, del Convenio de La Haya de 1 de junio de 1970 relativo al reconocimiento de divorcios y separaciones legales; y del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores que, como veremos en el siguiente epígrafe, no se ve completamente desplazado sino mejorado en sus mecanismos de funcionamiento. Se añade el art. 61 dedicado específicamente a las relaciones con el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, sobre el que también se declara la primacía al tiempo que se trata de establecer una cierta complementariedad.

Por su parte, el Reglamento 4/2009 contiene una cláusula de carácter más genérico. Su art. 69 señala, en un primer apartado, que el presente Reglamento no afectará a la aplicación de los convenios y acuerdos bilaterales o multilaterales de los que sean parte uno o más Estados miembros, para añadir a continuación, en su segundo apartado, que sí prevalecerá en las relaciones entre los Estados miembros. Esta precisión afecta al Convenio de La Haya de 15 de abril de 1958 sobre el reconocimiento y ejecución de decisiones alimenticias respecto a niños y al Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973 sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones relativas a las obligaciones alimenticias. En el futuro afectará al Convenio de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre cobro internacional de alimentos para niños y otros miembros de la familia.

Las relaciones entre instrumentos internacionales siempre nos ponen ante una difícil cuestión de derecho de los tratados, pero que en estos casos no plantea mayores dificultades. Todos los Convenios de la Conferencia de La Haya mencionados, con la excepción del Convenio de 1961, permiten expresamente que los Estados parte puedan llegar a acuerdos entre ellos de aplicación preferente. Debemos tener presente que estamos ante convenios referidos a cuestiones de cooperación de autoridades o de reconocimiento y ejecución de sentencias, esto es, a convenios cuyas normas reguladoras han funcionado tradicionalmente sobre la base de su aplicación *inter partes*, sin que su funcionamiento pueda verse afectado por el hecho de que dos o más Estados decidan aplicar un régimen particular en sus relaciones mutuas. En este marco se puede entender que la UE quiera establecer un sistema mejorado para las relaciones entre los Estados miembros.

La solución cambia sin embargo en materia de ley aplicable. El carácter *erga omnes* que tienen los instrumentos de unificación conflictual impide su coordinación en el sentido que acabamos de señalar. No cabe establecer la distinción entre relaciones *ad intra* y *ad extra* que permiten otros sectores materiales de Derecho internacional privado, como acabamos de comprobar. Y ante esta dificultad se observa que ha existido una falta de claridad de criterios por parte de la UE, pues se ha recurrido a fórmulas de coordinación muy diferentes, que han afectado a la efectividad y comprensión del sistema europeo.

Para presentar un panorama completo de la diversidad de soluciones existentes, debemos comenzar refiriéndonos a las relaciones entre el Reglamento 2201/2003 y el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996. En este caso no se producía realmente una concurrencia normativa, dado que el Reglamento no contiene normas en materia de ley aplicable. Como se ha visto, el art. 61 afirma la primacía del Reglamento sobre el Convenio, conservando este último sus efectos en las materias no reguladas por el Reglamento, tal como éste afirma en su art. 62. Pues bien, hay que entender que ello se refiere implícitamente a las normas de conflicto contenidas en este Convenio, a pesar de que en éste se vincule la determinación del derecho aplicable con sus normas de competencia (art. 15), que se ven desplazadas por las del Reglamento.

El primer caso de concurrencia normativa se produjo durante la negociación del Reglamento 864/2007 sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, que afectaba a los Convenios de La Haya de 4 de mayo de 1971 sobre la ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera y 2 de octubre de 1973 sobre la ley aplicable a la responsabilidad por productos. Como ha puesto de manifiesto la doctrina, para solucionar este problema se plantearon varias posibilidades:

1. Que los Estados miembros que fueran parte de estos Convenios los denunciaran en favor de la aplicación del Reglamento;

2. Que el Reglamento limitase su aplicación a los supuestos que se localizasen en la UE, lo cual podría plantear el problema de su correcta delimitación;

3. O que el Reglamento no afectase a la aplicación de los Convenios en aquellos Estados miembros que ya fueran parte de los mismos. Esta última opción fue la que finalmente prevaleció en el art. 28.1 del Reglamento Roma II, y posteriormente también en el art. 25.1 del Reglamento Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales.

Como se puede observar, se trata de una solución respetuosa con las obligaciones asumidas por los Estados miembros en la Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado, suponemos que influida por el hecho de que la UE ya era miembro de pleno derecho de esta organización cuando se adoptaron los Reglamentos, pero que conduce a la introducción de una diversidad negativa en el ámbito europeo. Se sacrifica la unificación conflictual en Europa, pues no todos los Estados miembros son parte de los Convenios de La Haya, con la circunstancia agravante de que son convenios que han tenido muy escaso éxito.

Posteriormente, el Reglamento 4/2009 vino a establecer una solución original, consistente en abstenerse de regular la ley aplicable, tal como inicialmente estaba previsto, para incorporar por referencia el Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007. La UE no interviene, y a diferencia de lo que sucedió con el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, el art. 15 del Reglamento 4/2009 sí se refiere expresamente a que la ley aplicable se

determinará con arreglo al Protocolo. A los motivos que pudieron llevar a este peculiar modelo de relación, no aceptado como sabemos por todos los Estados miembros, nos referiremos en un epígrafe posterior. Pero sí nos interesa ahora señalar que la aplicación en la UE del Protocolo supone que éste arrastra consigo los problemas derivados de la pluralidad de convenios promovidos por la Conferencia de La Haya sobre esta materia.

En concreto, el Protocolo concurre con el Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias y con el Convenio de La Haya de 24 de octubre de 1956 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias respecto a menores, a los que declara sustituir en las relaciones entre Estados contratantes (art. 18). Solución ésta que planteará interrogantes y dificultades, dado el carácter universal o *erga omnes* del Protocolo y del Convenio del 73.

Estas dificultades entendemos que habría que ponerlas en relación con el art. 69 del Reglamento 4/2009, donde se recuerda a los Estados miembros las obligaciones que asumen en virtud del art. 307 TCE, actualmente art. 351 TFUE. Como ha puesto de manifiesto la doctrina, en virtud de este precepto los Estados miembros deben velar porque los convenios que tengan suscritos no afecten a la coherencia del derecho europeo, debiendo proceder, si fuera necesario, a su denuncia.

Tal fórmula, respeto a los convenios con recordatorio de las obligaciones que derivan del art. 351 TFUE, es la que posteriormente se ha recogido también en el Reglamento 1259/2010 sobre ley aplicable al divorcio y la separación judicial (art. 19). Aunque la situación en este caso resultaba menos problemática, dado que la Conferencia de La Haya no ha entrado a regular esta materia por las dificultades que conlleva, existiendo únicamente un convenio de los denominados antiguos.

Finalmente, si parecía que con esta repetición comenzaba a consolidarse una determinada línea de actuación, hemos de señalar que el recientemente en vigor Reglamento 650/2012 en materia sucesoria nos ofrece otro modelo de solución. Su art. 75 comienza con la fórmula habitual de que no afectará a los

convenios internacionales de los que sean parte los Estados miembros en el momento de la adopción del Reglamento, para mencionar a continuación expresamente al Convenio de La Haya, de 5 de octubre de 1961, sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, y señalar que los Estados miembros que fueran parte seguirán aplicándolo. Se trataría de una incorporación de las soluciones del Convenio, en cierta forma similar a la que se ha hecho en materia de alimentos, aunque con una importante diferencia: la UE no participa en el Convenio, pero respeta su aplicación en los Estados parte y copia sus soluciones para que también se apliquen en los Estados no parte (art. 27), logrando así la unificación conflictual en Europa.

En definitiva, diversidad de soluciones en el sector del derecho aplicable por el carácter *erga omnes* de esta normativa, donde no cabe establecer una distinción eficaz entre relaciones *ad intra* y *ad extra*, que afectan a la comprensión del sistema de la Unión de Derecho internacional privado al hacerlo más complejo.

b) Aplicación complementaria del Reglamento 2201/2003 y del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre el secuestro internacional de menores

Entre el Reglamento 2201/2003 y el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre secuestro internacional de menores se ha establecido una relación particular, ya que este Convenio no se ha visto completamente desplazado en las relaciones entre los Estados miembros, sino modificado en algunos de sus aspectos. En el Preámbulo del Reglamento se afirma que en los supuestos de traslado o retención ilícita de un menor seguirá aplicándose el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, tal y como queda completado por las disposiciones de este Reglamento y, en particular, de su art. 11 (Considerando 17). Esta afirmación tiene posteriormente su reflejo en los arts. 60 y 62 del Reglamento, ya mencionado en el epígrafe anterior.

Cabría considerar que esta relación de coexistencia obedeció a una actitud prudente de la UE, que en una materia sobre la que la Conferencia de La Haya había cosechado un cierto éxito, pretendió adoptar únicamente las disposiciones

necesarias para su consolidación en Europa. Pero la realidad parece que fue otra y que esta forma de proceder se debió a un compromiso de carácter político: la confrontación entre los Estados partidarios del respeto al Convenio de La Haya y los Estados partidarios del establecimiento de un sistema propio a nivel europeo, derivó en este original sistema consistente en la modificación de aspectos puntuales del Convenio.

El sistema resultante es complejo, ya que el operador jurídico tendrá que aplicar dos instrumentos internacionales para resolver un secuestro internacional de menores en la UE. Así, un primer aspecto que deberá tener en cuenta es que el Reglamento incorpora su propia definición de traslado o retención ilícitos de un menor (art. 2.11), que está basada en el art. 3 del Convenio de La Haya aunque con un matiz diferenciador. En concreto, el Reglamento señala que la custodia se ejerce de manera conjunta cuando uno de los titulares no puede decidir, sin el consentimiento del otro, el lugar de residencia del menor. Durante la elaboración del Convenio de La Haya, la hipótesis que tuvo en cuenta el legislador fue la sustracción del menor por parte del padre que ejerce el derecho de visita, cuando hoy día se da también con frecuencia, y de ahí que el Reglamento quiera recogerlo, que es el progenitor que tiene el derecho de custodia quien se marcha con el menor a otro país.

En segundo término, el Reglamento también va a cambiar la regla de competencia para decidir sobre la custodia del menor, una vez que se ha decidido la no restitución. Con arreglo al Convenio de La Haya puede pasar a los tribunales de la nueva residencia habitual del menor (art. 16), lo cual algunos Estados miembros consideraban inapropiado por estimar que facilitaba el secuestro internacional de menores. El Reglamento 2201/2003 vino a establecer en su art. 10 que la competencia seguiría correspondiendo a los tribunales de la anterior residencia habitual, con los requisitos que en este precepto se establece.

En tercer lugar, el operador jurídico deberá ser consciente de que el procedimiento de restitución se rige por el Convenio de la Haya, con las modificaciones que introduce el art. 11 del Reglamento. Se pone mayor énfasis en el respeto al derecho de audiencia al menor, que es un aspecto sobre el que el Convenio de La Haya parece otorgar mayor grado de discrecionalidad al juez, así

como de la persona que solicita la restitución, sobre lo que nada se dice en el Convenio. Se tratan de ajustar los plazos del procedimiento de restitución, fijando que el órgano jurisdiccional deberá resolver en un máximo de seis semanas, salvo que circunstancias excepcionales lo hagan imposible. Este plazo también se contempla en el art. 11.2 del Convenio de La Haya, aunque sin carácter obligatorio. Se limitan las posibilidades de invocar el art. 13.b) del Convenio de La Haya para denegar la restitución, que venía siendo el motivo más utilizado a estos efectos. Y se prevé, en caso de que se dicte una resolución de no restitución, que habrá de transmitirse al órgano jurisdiccional competente o a la autoridad central del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención, copia de la resolución judicial y de los documentos pertinentes en que se ha basado, para que éste adopte la decisión final. Esta decisión, que se basaría en la competencia que otorga el art. 10, podrá ejecutarse directamente en el Estado donde se encuentra el menor, con arreglo a lo dispuesto en el art. 42.

La complejidad del modelo resultante quedará justificada si el Reglamento 2201/2003 contribuye efectivamente a una rápida y mejor solución del secuestro internacional de menores en la UE. Por el momento se constata que están planteándose problemas en relación con el cumplimiento de los estrictos plazos fijados y con la ejecutividad directa de las resoluciones. Se añade críticamente que el Reglamento, en su empeño de mejorar la solución del secuestro internacional de menores en la UE, ha podido afectar negativamente a dos principios básicos que guiaron su elaboración, la confianza mutua y el interés del menor. Como se ha visto, la última decisión va a corresponder a los tribunales del Estado de origen del menor, que primará sobre la decisión de no restitución dictada por los tribunales de otro Estado miembro, y si ésta última decisión se demora en el tiempo podría resultar extemporánea y afectar al interés superior del menor.

B) BÚSQUEDA DE LA COMPLEMENTARIEDAD AD EXTRA

La UE ha decidido vincularse por el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación en materia de responsabilidad parental y protección de menores, y por el Convenio de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre cobro internacional de alimentos para niños y otros miembros de la familia. En el primer caso a través de sus Estados miembros, pues el texto del Convenio sólo reconocía la condición de partes a los Estados soberanos, y compartiendo la competencia externa con éstos para las materias no reguladas a nivel europeo; y en el segundo, ejerciendo directamente su competencia externa en relación con todo el texto del Convenio.

Esa referencia a la competencia externa de la UE lleva implícito que ambos Convenios se refieren a materias ya reguladas a nivel europeo. En efecto, el Convenio de La Haya de 1996 se ocupa de cuestiones reguladas por el Reglamento 2201/2003, recogiendo además reglas en materia de derecho aplicable, sobre las que el Reglamento nada dispone, como ya sabemos; y el Convenio de La Haya de 2007 se refiere a las materias cubiertas por el Reglamento 4/2009, aunque sin incluir reglas de competencia judicial internacional directas. En ambos casos, las Decisiones del Consejo de la UE por las que se autoriza la firma y la ratificación, adhesión o aprobación de estos convenios, comienzan aludiendo a que la UE se ha propuesto desarrollar un espacio de justicia basado en el principio de reconocimiento mutuo, para añadir a continuación que estos instrumentos ofrecen una solución a nivel mundial en relación con las materias a las que se refieren. Como vemos por tanto, la preocupación por la unificación regional se acompaña también del interés por la unificación internacional, siendo en el ámbito del derecho de familia donde se han producido los avances más significativos.

En cuanto a cuál ha sido la política legislativa para compatibilizar los Reglamentos con estos Convenios, hemos de señalar que se parte de afirmar la primacía de los Reglamentos en el ámbito europeo, contándose para ello con la colaboración de la Conferencia de La Haya. El Reglamento 2201/2003 se ocupa específicamente de las relaciones con el Convenio de La Haya de 1996 en su art.

61, como ya tuvimos ocasión de señalar con anterioridad. Este artículo dispone, en su apartado 1º, que el Reglamento se aplicará cuando el menor afectado tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro; para añadir a continuación, en su apartado 2º, que en lo que respecta al reconocimiento y ejecución en el territorio de un Estado miembro de una resolución dictada por los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro, se aplicará también el Reglamento aun cuando el menor tenga residencia habitual en un Estado miembro que sea parte contratante del citado convenio.

El Convenio de La Haya del 96, que es anterior en el tiempo, también incorporó una cláusula para permitir que en el ámbito europeo los Estados miembros pudieran establecer una regulación específica. Su artículo 52 dispone, en el apartado 2º, que el Convenio no afectará a la posibilidad para uno o varios Estados contratantes de concluir acuerdos que contengan disposiciones sobre las materias reguladas por el presente Convenio, respecto a niños que tengan su residencia habitual en uno de los Estados parte en tales acuerdos. Se trataría en este caso de una cláusula de desconexión negociada, en el sentido de que se elaboró contemplando la futura actuación de la UE, y que cumple funciones similares a las ya vistas en otros Convenios de La Haya, pero adaptándose a las circunstancias concretas de los instrumentos normativos concurrentes.

No obstante, a pesar de la intención de establecer una adecuada coordinación, hemos de señalar que se ha producido un cierto desajuste entre el tenor del Reglamento y el Convenio, que ha tenido que solventarse mediante una declaración por parte de los Estados miembros de la UE en el momento de vincularse por el Convenio. Entre los Estados miembros se aplicarán las normas de reconocimiento y ejecución del Reglamento, aun cuando los niños residan en un Estado parte del Convenio.

Las relaciones entre el Reglamento 4/2009 y el Convenio de La Haya de 2007 han resultado más fáciles de establecer, debido a que este Convenio sólo se ocupa del reconocimiento y ejecución de sentencias, así como de la cooperación de autoridades. En este caso nos encontramos con las cláusulas habituales para este tipo de normativa. Como ya tuvimos ocasión de señalar anteriormente, el art. 69.2 del Reglamento dispone genéricamente que prevalecerá entre los Estados

miembros en las materias reguladas por este instrumento; y el art. 51 del Convenio dispone que los Estados parte podrán concluir acuerdos entre sí, contemplando expresamente los instrumentos que puedan adoptarse en el marco de una organización regional de integración económica.

Una vez determinada la primacía de los Reglamentos, hemos de señalar que la UE parece buscar la complementariedad en base a la similitud de soluciones. Atendiendo a la fecha de elaboración de los diversos instrumentos en presencia, hemos de considerar que la UE se ha podido inspirar en gran medida en los trabajos de la Conferencia de La Haya, con el objetivo de introducir ciertas mejoras a nivel regional que justificasen su intervención. En ocasiones puede hablarse simplemente de copia de la normativa convencional¹²¹, que habría que entender no obstante desde la perspectiva de un objetivo de política legislativa como es la consolidación del espacio europeo de libertad, seguridad y justicia. En definitiva, se nos ofrecen dos cuerpos normativos muy similares para que resulten complementarios, que serán aplicables en ámbitos geográficos distintos, pero cuya articulación planteará sin duda ciertas dificultades.

La primera dificultad va a venir determinada por la asimetría de soluciones. El Convenio de La Haya de 1996 sólo regula las cuestiones de responsabilidad parental, sin ocuparse de la materia matrimonial, como hace el Reglamento 2201/2003. El operador jurídico, acostumbrado a manejar en la UE el Reglamento Bruselas II, se encontrará sin embargo que cuando tenga que actuar en relación con un tercer Estado, parte del Convenio del 96, sólo dispondrá de un marco

¹²¹

En relación con el Reglamento 2201/2003 se señala por ejemplo que copia las normas de competencia judicial internacional del Convenio de La Haya del 96. Vid. J. Pirrung, «Improvements to international child protection as a result of the 1996 Hague Child Protection Convention», *International family law*, 2012, pág. 73; K. Siehr, «The 1996 Hague Convention on the Protection of Children and its application in the EU and the world», *International Family Law*, 2012, pág. 74. En relación con el Reglamento 4/2009 se apunta que copia las normas de asistencia jurídica gratuita del Convenio de La Haya, P. Beaumont, «International family law in Europe – the maintenance project, The Hague Conference and the EC: a triumph of reverse subsidiarity», *op. cit.*, pág. 526. También se señala que las normas de cooperación de autoridades de este Reglamento son prácticamente iguales que las del Convenio, aunque con diferencias terminológicas que pueden causar problemas interpretativos, I. Curry-Sumner, «Administrative co-operation and free legal aid in international child maintenance recovery. What is the added value of the European maintenance regulation?, *Nederlands internationaal privaatrecht*, 2010, págs. 615 y ss.; S. Alvarez González, «El Reglamento 4/2009/CE sobre obligaciones alimenticias: cuestiones escogidas», *Diario La Ley*, Nº. 7230, 31 de julio de 2009, págs. 6-7.

normativo uniforme en materia de responsabilidad parental. Por otra parte, en la complejidad de este esquema asimétrico tendrá que asumir también que las normas de conflicto del Convenio del 96 se aplican en todo caso, al no regularse esta materia en el Reglamento.

La situación con el Reglamento 4/2009 no es mejor. En este caso se complementa con el Convenio de La Haya de 2007, que presenta un carácter diferente, al limitarse únicamente a la cooperación de autoridades y reconocimiento y ejecución de resoluciones. En este caso, el operador jurídico se encontrará por tanto con que la uniformidad de soluciones con terceros Estados no se extenderá a las cuestiones de competencia judicial internacional, a diferencia de lo que sucede con el Convenio de La Haya 1996, con el que guarda una estrecha relación material. Se da además la circunstancia de que el Convenio de La Haya de 2007 se ha dotado de un contenido flexible a través de la posibilidad de realizar reservas o declaraciones, que aunque puede favorecer su mayor aceptación lo hace en detrimento de la uniformidad de soluciones¹²². A este marco complejo se añade que las cuestiones de ley aplicable se regulan en un Protocolo separado, como ya sabemos, que puede diferir en cuanto a qué Estados parte del Convenio serán parte.

En segundo término, las dificultades de articulación complementaria pueden suscitarse también en relación con ciertos desajustes en cuanto al ámbito de aplicación de los instrumentos en presencia. El Reglamento 2201/2003 y Convenio de La Haya del 96 cubren ámbitos materiales coincidentes, aunque usando una terminología diferente.

Como señala CALVO CARAVACA, A.L.¹²³: “el Convenio utiliza los conceptos de responsabilidad parental, para referirse a instituciones de protección de menores que surgen de la ley o de un acuerdo con efectos jurídicos por disposición legal, y medidas de protección que surgen de decisiones dictadas por

¹²² Al respecto vid. BORRÁS, A., «The necessary flexibility in the application of the new instruments on maintenance», *Convergence and divergence in Private International Law. Liber amicorum*, K. Siehr, K. Boele-Woelki, T. Einhorn, D. Girsberger, S. Symeonides (eds.), Zürich, Schulthess, 2010, págs. 180 y ss.

¹²³ CALVO CARAVACA, A.L., «El Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 y la ley aplicable a la protección de los niños. Algunas cuestiones de método», op. cit., págs. 455 y ss.

autoridades públicas, mientras que el Reglamento Bruselas II amplía el concepto de responsabilidad parental para cubrir todo tipo de medida de protección del menor.

Por otra parte, aunque la referencia que se hace en el Reglamento a materias civiles hizo suscitar ciertas dudas sobre su aplicación a medidas de carácter público, el TJUE ha señalado que se encuentran efectivamente cubiertas¹²⁴. Si se observan diferencias no obstante en cuanto al concepto de menor, dado que el Convenio limita expresamente su aplicación a los menores de 18 años (art. 2), mientras que el Reglamento guarda silencio y deja la cuestión al derecho nacional¹²⁵.

Las relaciones entre el Reglamento 4/2009 y el Convenio son algo más complicadas. El primero señala, en su art. 1.1, que se aplica a las obligaciones de alimentos derivadas de una relación familiar, de parentesco, matrimonio o afinidad. El Convenio de La Haya de 2007 refleja sin embargo en su complejo art. 2 que la delimitación del ámbito de aplicación personal fue una cuestión controvertida, y que se plantearon numerosas dificultades para llegar a un acuerdo. Se aplica a las obligaciones alimenticias a favor de una persona menor de 21 años derivadas de una relación paterno-filial, con la posibilidad de formular una reserva para limitar la aplicación a las personas que no hayan alcanzado los 18 años; al reconocimiento y ejecución de las decisiones sobre obligaciones alimenticias entre cónyuges y ex cónyuges, cuando la solicitud se presente conjuntamente con una demanda comprendida en el ámbito anteriormente referido de las relaciones paterno-filiales; y a las obligaciones alimenticias entre cónyuges y ex cónyuges con excepción de las disposiciones contenidas en los

¹²⁴ Sentencia del TJUE de 27 de noviembre de 2007, asunto C-435/06, Rec. 2007 I-10141; y Sentencia del TJUE de 2 de abril de 2009, asunto C-523/07, A., Rec. 2009 I-02805. Al respecto, K. Boele-Woelki y M. Jäntera Järeborg, «Protecting children against detrimental family environments under the 1996 Hague Convention and the Brussels II bis Regulation», *Convergence and divergence in private international law. Liber amicorum K. Siehr, K. Boele-Woelki, T. Einhorn, D. Girsberger, S. Symeonides (eds)*, Zürich, Schulthess, 2010, pág. 140.

¹²⁵ AMSTRONG, S., «L'articulation des règlements communautaires et des conventions de La Haye», *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, H. Fulchiron, C. Nourissat (dirs.), París, Dalloz, 2005, pág. 118. Sobre los problemas que ello podría plantear, vid. F. Garau Sobrino, «Notas sobre la colisión de fuentes de Derecho internacional privado español sobre responsabilidad parental y protección del niño», CDT, 2011, nº 1, pág. 285.

Capítulos II y III sobre cooperación administrativa y solicitud por intermediación de autoridades centrales.

Se añade que cualquier Estado contratante podrá declarar que extenderá la aplicación de todo o parte del Convenio a otras obligaciones alimenticias derivadas de una relación de familia, filiación, matrimonio o afinidad, incluyendo en particular las obligaciones a favor de personas vulnerables¹²⁶. El Protocolo de La Haya de 2007 en materia de ley aplicable presenta sin embargo una delimitación de su ámbito de aplicación similar al Reglamento, por lo que curiosamente puede interactuar mejor con la normativa europea que con el Convenio.

En tercer lugar, pueden surgir dificultades o problemas a la hora de articular el contenido de los diferentes instrumentos presentes. En el caso del Reglamento 2201/2003 y del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, las dificultades entendemos que podrían surgir fundamentalmente en relación con las normas de competencia judicial internacional. Ciertamente es que esta cuestión se encuentra cuidadosamente tratada, y que la idea de base a la que antes nos referíamos es que si el niño tiene su residencia habitual en un Estado miembro se aplican las normas de competencia judicial internacional del Reglamento, y que si la tiene en un tercer Estado parte del Convenio se aplican las reglas de competencia judicial internacional de este instrumento, siendo ambos cuerpos normativos sustancialmente coincidentes. Pero a partir de ahí pueden darse situaciones difíciles que causen errores en el operador jurídico, de las que señalaremos algunos ejemplos.

El art. 5.2 del Convenio prevé que en caso de cambio de residencia habitual del menor la competencia pase a las autoridades del lugar de nueva

¹²⁶

Estas diferencias en la forma de delimitar el ámbito de aplicación personal, junto con los efectos que producirán en las relaciones entre los Estados parte del Convenio la reserva y declaración permitida, crearán una gran diversidad de obligaciones entre los Estados, S. Bariatti, I. Viarengo, L. Sandrini, Maintenance obligations and what training for judges to deal with cross border issues (especialmente focused on the relationship between the Community draft instruments and the works done in the framework of The Hague Conference on Private International law), European Parliament, Directorate-General Internal Policies, Policy Department C, Citizens Rights and Constitutional Affairs, 2007, págs. 4-5.

residencia¹²⁷, lo cual difiere de la regla especial prevista en el art. 9 del Reglamento en materia de derecho de visita, que consecuentemente sólo podrá aplicarse en las relaciones entre Estados miembros. Si la cuestión del menor se plantea asociada a una causa de divorcio, separación judicial o nulidad del matrimonio, tanto el Convenio como el Reglamento prevén, arts. 10 y 12 respectivamente, que pueda plantearse ante los tribunales que están conociendo de la causa matrimonial, aunque no sean los del lugar de residencia habitual del menor, siempre que se den los requisitos que ambos enumeran¹²⁸.

En este caso habría que entender que el juez español debería declararse competente en base al Reglamento si el menor reside en otro Estado miembro y en base al Convenio si reside en un tercer Estado parte del Convenio. Ahora bien, el art. 12 del Reglamento también prevé que pueda plantearse una cuestión de responsabilidad parental en un Estado distinto del de la residencia habitual del menor en una materia distinta de la anteriormente mencionada, lo cual habría que asumir que no sería posible cuando el menor residiese en un Estado parte del Convenio de La Haya, dado que no se contempla este otro supuesto. Por otra parte, el Convenio prevé en su art. 55 que los Estados puedan reservarse la competencia para tomar medidas de protección de los bienes del niño situados en su territorio, que no podría invocarse cuando el menor residiese en un Estado miembro dado que no tiene paralelismo en el Reglamento.

En el caso del Reglamento 4/2009 y del Convenio de La Haya de 2007, las relaciones parecen *a priori* más simples dado que estos instrumentos sólo coinciden en la regulación de la cooperación de autoridades y reconocimiento y ejecución de decisiones, que son normas de aplicación *inter partes*. Sin embargo,

¹²⁷ Esta norma se aplica cuando el cambio de residencia se produce dentro de la legalidad, ya que el Convenio de La Haya de 1996, al igual que el Reglamento, también refuerza la competencia judicial internacional del juez de la anterior residencia habitual del menor en caso de secuestro internacional de menores, art. 7. Este Convenio no introduce sin embargo modificaciones en el procedimiento de restitución del menor regulado por el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, sobre el que declara que no se verá afectado (art. 50).

¹²⁸ Uno de los requisitos se refiere a que esta asunción de competencia responda al interés superior del niño. Sobre cómo habrá de interpretarse este requisito, el Reglamento precisa en su art. 12 que cuando el niño tenga su residencia habitual en un tercer Estado que no sea parte del Convenio de La Haya del 96, la competencia responde efectivamente al interés superior del menor, especialmente cuando el procedimiento resulte imposible en el tercer Estado de que se trate. Como vemos, se trata de una norma favorable a la asunción de competencia en detrimento de terceros Estados, siempre que no sean parte del mencionado Convenio de La Haya.

incluso en este caso pueden surgir ciertas dificultades o problemas, como pondremos de manifiesto con un par ejemplos.

El Convenio de La Haya de 2007 no recoge reglas de competencia judicial internacional directas, pero sí establece un límite a los procedimientos. Su art. 18 dispone que cuando se haya adoptado una decisión en un Estado contratante en el que el acreedor tenga su residencia habitual, el deudor no podrá iniciar en ningún otro Estado contratante un procedimiento para que se modifique la decisión u obtener una nueva, mientras el acreedor continúe residiendo habitualmente en el Estado en que se adoptó la decisión¹²⁹. Las normas de competencia judicial internacional del Reglamento podían interferir con esta disposición, de ahí que se tuviese que copiar dicho precepto en el art. 8 del Reglamento, asumiendo esta limitación en relación con los Estados parte del Reglamento y del Convenio¹³⁰.

Por otra parte, el Convenio de 2007 recoge reglas indirectas de competencia judicial internacional a efectos del reconocimiento y ejecución de las resoluciones en materia de alimentos, que al no coincidir plenamente con los foros de competencia judicial internacional del Reglamento podrían dificultar la eficacia extraterritorial de las resoluciones dictadas en los Estados miembros más allá del ámbito europeo. Se alude en este sentido al foro subsidiario del art. 6 del Reglamento y al foro de necesidad del art. 71. Añadiremos que el Convenio se

¹²⁹ El art. 18 añade en su apartado. 2º que el apartado 1º no será de aplicación: a) cuando en un litigio sobre obligaciones alimenticias a favor de una persona distinta de un niño, las partes hayan acordado por escrito la competencia de ese otro Estado contratante; b) cuando el acreedor se someta a la competencia de ese otro Estado contratante, ya sea de manera expresa u oponiéndose en cuanto al fondo del asunto sin impugnar dicha competencia en la primera oportunidad disponible; c) cuando la autoridad competente del Estado de origen no pueda o se niegue a ejercer su competencia para modificar la decisión o dictar una nueva; o d) cuando la decisión dictada en el Estado de origen no pueda reconocerse o declararse ejecutoria en el Estado contratante en el que se esté considerando un procedimiento para modificar la decisión o dictar una nueva.

¹³⁰ Al respecto vid. BORRÁS, A., «The limit on proceedings in maintenance claims: an example of the compatibility between the European instruments and the 2007 Hague Convention», *International family law*, 2012, págs. 110 y ss.; I. Viarengo, «La disciplina comunitaria delle obbligazioni alimentari e il rapporto con la nuova normativa convenzionale», *Diritto di famiglia e Unione Europea*, S.M. Carbone e I. Queirolo (a cura di), Turín, G. Giappichelli editore, 2008, pág. 368. S. Bariatti, I. Viarengo, L. Sandrini ya se habían referido a la necesidad de incorporar este precepto en el Reglamento durante su fase de elaboración, *Maintenance obligations and what training for judges to deal with cross border issues (especially focused on the relationship between the Community draft instruments and the works done in the framework of The Hague Conference on Private International law*, op. cit., págs. 6-7.

permite formular reservas a algunas de las reglas indirectas del Convenio, entre las que figura la residencia habitual del acreedor de alimentos, plenamente consolidada en el ámbito europeo.

En definitiva, la política legislativa de la UE de buscar la complementariedad de soluciones con los Convenios y extender así las ventajas de la unificación normativa más allá del ámbito europeo, siendo buena en el fondo, nos aboca a situaciones complejas. Hay que reconocer que quien tenga que trabajar con todo este conjunto de normas y articularlas para encontrar una respuesta global, no lo va a tener fácil.

C) CONCLUSIÓN

Tras esta valoración de conjunto de la política legislativa de la UE en materia de Derecho internacional privado de familia, pueden extraerse, generalizando y de modo muy inicial, dos conclusiones: una de carácter positivo y otra de carácter negativo.

Comenzando por lo positivo, hemos de reconocer que estamos ante un sector normativo muy vivo, caracterizado por la actuación de diversas organizaciones internacionales. Por una parte, la UE se ha consolidado en un sector material que hasta hace bien poco le era ajeno, actuando con una perspectiva regional y universal. Se han adoptado numerosos Reglamentos, ejerciéndose al mismo tiempo la competencia exclusiva en el ámbito externo, para vincularse por los Convenios promovidos por la Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado. Por otra parte nos hemos referido a la Conferencia de La Haya, dado que también ha sido bastante activa en los últimos años en el sector del derecho de familia, al haber emprendido una política de modernización de antiguos instrumentos, que han interesado a la UE.

Ahora bien, el resultado alcanzado por el momento hay que reconocer que se caracteriza por una elevada complejidad. La UE ha adoptado una pluralidad de Reglamentos sectoriales, a los que está previsto añadir otros en un futuro. Estos Reglamentos presentan una articulación con los Convenios de la Conferencia de

La Haya, que varía en cuanto a su proyección en el ámbito interno y externo. En el interior de la UE se declara la primacía de la normativa europea con carácter general, aunque observándose soluciones múltiples en materia de ley aplicable, que dificultan la comprensión del sistema. En el ámbito externo se ha tratado de lograr una cierta complementariedad de soluciones con los Convenios de La Haya, que no resultará sin embargo fácil de aplicar debido a las dificultades que conlleva la articulación de dos cuerpos normativos gestados en ámbitos distintos.

La tarea de quien tenga que trabajar con estas normas y aplicarlas distará por tanto de ser fácil. Tengamos al menos presente que siempre se han valorado positivamente los procesos de unificación en Derecho internacional privado por las ventajas que conllevan, y tratemos de que ello nos sirva para no echar de menos las soluciones tradicionales de nuestro derecho interno.

IV. EL TJUE COMO GARANTE DE LA UNIFORMIDAD EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA EN LA UNIÓN EUROPEA

El legislador europeo fue consciente desde muy temprano de que para llevar a cabo un proceso de integración hacía falta un Tribunal que interpretase vinculantemente lo dispuesto por las normas de la Unión. Sólo así podría garantizarse una interpretación uniforme a lo dispuesto en los distintos textos normativos de la Unión Europea y podría afianzarse el éxito del proceso de unificación normativa emprendido.

El TJUE, por tanto, desempeña una labor de la máxima importancia en el proceso de integración europea. Este Tribunal ha interpretado ampliamente el CBr.¹³¹, de manera que hoy resulta imposible hablar de cualquier precepto del Convenio sin referirse a las sentencias interpretativas del entonces TJCE. El Convenio de Roma, el otro gran texto precomunitario (europeo) de Dipr., también pudo ser interpretado por el Tribunal de Luxemburgo tras la ratificación de los dos

¹³¹ Protocolo relativo a la interpretación por el Tribunal de Justicia del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Luxemburgo el 3 de junio de 1971 [DO nº C 27, de 26 de enero de 1998].

Protocolos por todos los Estados miembros¹³², aunque la aprobación del Reglamento Roma I hizo la existencia de estos Protocolos innecesaria.

La jurisprudencia dictada sobre el CBr. es aplicable a su sucesor, el Reglamento (CE) 44/2001 y a su vez al Reglamento (UE) 2015/2012, que sustituye al Reglamento a aquel. En virtud de lo dispuesto en el art. 267 TFUE, todos los Reglamentos de la Unión Europea podrán ser objeto de interpretación vinculante por el TJUE, sin necesidad, además, de que se haga declaración expresa, como sucede en los Convenios europeos a los que se acompaña un Protocolo por el que el TJUE asume la interpretación y control de aquéllos.

El art. 267 Tratado de Lisboa¹³³ ha dado nueva redacción al antiguo art. 234 TCE, al otorgar competencia para pronunciarse, con carácter prejudicial sobre la interpretación de los Tratados y sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión; de manera que si una cuestión de esta naturaleza se plantea ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo, mientras que si dicha cuestión se plantea en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal. De esta manera, desaparece la limitación que estaba implícita en el antiguo art. 68 TCE, según la cual sólo podían interponer cuestión prejudicial los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros cuyas decisiones agotaran la vía judicial.

El 1 de marzo de 2008, el Tribunal de Justicia adoptó un nuevo procedimiento para resolver con mayor rapidez las cuestiones prejudiciales que

¹³² Primer Protocolo relativo a la interpretación por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas del Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980 y Segundo Protocolo por el que se atribuyen al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas determinadas competencias en materia de interpretación del Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980. Aunque se publicaron en el BOE nº 243, el 8 de octubre de 2004, habían entrado en vigor el 1 de agosto de 2004.

¹³³ En realidad, el artículo citado corresponde a las versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (15 de abril de 2008) que son el resultado de las modificaciones introducidas por el Tratado de Lisboa firmado el 13 de diciembre de 2007 en Lisboa.

se presenten con carácter muy urgente¹³⁴. Esta innovación, cuya necesidad se puso de manifiesto en los debates del Programa de La Haya, tiene como objetivo reducir el tiempo dedicado a examinar los asuntos relativos a la interpretación del antiguo Título IV de la Tercera Parte del TCE y del antiguo Título IV del TUE. A raíz de la decisión del consejo de 20 de diciembre de 2007 se ha modificado el Protocolo del Estatuto del Tribunal de Justicia, añadiéndosele un nuevo art. 23 bis¹³⁵, en el que se prevé la creación del citado procedimiento prejudicial de urgencia para resolver las cuestiones prejudiciales relativas al espacio de libertad, seguridad y justicia.

A raíz de ello, el TJUE procedió a modificar su Reglamento de procedimiento, introduciendo un art. 104 ter¹³⁶, para regular el citado procedimiento. En estos casos se prevé no sólo un acortamiento de los plazos, pudiéndose llegar incluso a la supresión de la fase escrita, sino también a que las cuestiones planteadas sean resueltas por una Sala en composición especial y una vez «oído el Abogado General», suprimiéndose de este modo las Conclusiones del Abogado General.

Recientemente se ha aprobado un nuevo Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, en cuyos arts. 107 a 114 se regula el procedimiento prejudicial de urgencia¹³⁷.

¹³⁴ En su Sentencia de 11 de julio de 2008, el TJCE resolvió su primer caso de procedimiento prejudicial de urgencia. Se trata del asunto C-195/08 PPU (*Rinau*), en el que se plantearon diversas cuestiones relacionadas con el Reglamento (CE) 2201/2003 y que se resolvió en menos de dos meses, ya que se admitió a trámite el 14 de mayo de 2008.

¹³⁵ Artículo 23 bis: El Reglamento de Procedimiento podrá establecer un procedimiento acelerado y, para las peticiones de decisión prejudicial relativas al espacio de libertad, seguridad y justicia, un procedimiento de urgencia. En dichos procedimientos podrá fijarse un plazo para la presentación de las alegaciones u observaciones escritas más breve que el fijado en el artículo 23 y, no obstante lo dispuesto en el párrafo cuarto del artículo 20, podrá prescindirse de las conclusiones del abogado general. En el procedimiento de urgencia, además, la autorización para presentar alegaciones u observaciones escritas otorgada a las partes y a los demás interesados mencionados en el artículo 23 podrá ser restringida y, en casos de extrema urgencia, la fase escrita del procedimiento podrá omitirse.

¹³⁶ Modificación de 15 de enero de 2008 (DOUE de 29 de enero de 2008, nº L24, pp.39-41, disponible también en [HTTP://CURIA.EUROPA.EU/ES/INSTIT/TXTDOCFR/INDEX.HTM](http://CURIA.EUROPA.EU/ES/INSTIT/TXTDOCFR/INDEX.HTM)).

¹³⁷ MARÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «Viejos y nuevos problemas en el espacio europeo de los derechos humanos. Reflexiones a propósito de la necesaria cooperación judicial efectiva entre el TJUE y el TEDH», en AZNAR GÓMEZ, M. J. (coord.), *Estudios de derecho internacional y de derecho europeo en homenaje al profesor Manuel Pérez González*, vol. 1, Tirant lo Blanch, 2012, págs. 791-820. DO nº L 265, de 29 de septiembre de 2012.

Un aspecto del máximo interés para la europeización del Dopr. es la calidad y necesidad del diálogo que debe establecerse entre el TJUE y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Desde que se formulara en el apartado segundo del art. 6 TUE que la Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante, CEDH), muchos han sido los movimientos, pero pocos los resultados hasta el momento. La renuencia de algunos Estados, fundamentalmente de Reino Unido, a dar este paso, está dificultando el proceso.

Se trata de dos instancias judiciales de la máxima relevancia, puesto que cada una en su ámbito tiene atribuida las más altas competencias: el TJUE como garante de una interpretación uniforme de las normas de la Unión Europea; el TEDH como última instancia para garantizar la correcta interpretación y aplicación de los preceptos del Convenio Europeo de Derechos Humanos en lo relativo a los derechos humanos y libertades fundamentales¹³⁸.

En el apartado 1 in fine de la Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de mayo de 2010, sobre los aspectos institucionales de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales se indica que “[l]a adhesión no cuestionará en modo alguno el principio de autonomía del Derecho de la Unión, puesto que el TJUE seguirá siendo el juez supremo único para todo lo relativo al Derecho de la Unión y a la validez de sus actos, no pudiéndose considerar el TEDH más que como una instancia que ejerce un control externo sobre el respeto de las obligaciones de Derecho internacional de la Unión derivadas de su adhesión al CEDH; la relación entre los dos tribunales europeos no será jerárquica, sino que estará basada en la especialización; la posición del TJUE será de este modo análoga a la actual posición de los tribunales supremos de los Estados miembros respecto del TEDH”.

La importancia, como apuntábamos, de un diálogo fructífero entre las dos instancias judiciales para la europeización del Dopr. se plasma en la necesidad de que exista un correcto equilibrio entre el espacio de libertad, seguridad y justicia

¹³⁸ SANZ CABALLERO, S., «Crónica de una adhesión anunciada; algunas notas sobre la negociación de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 38, 2011, págs. 99-128.

en que son vitales la libre circulación de personas y la libre circulación de resoluciones judiciales y el respecto más estricto a los derechos fundamentales, sin que la prevalencia de uno pueda empañar la importancia del otro.

**CAPÍTULO III: LA FAMILIA EN EL CEDH Y EN LA JURISPRUDENCIA
INTERPRETATIVA DEL TRIBUNAL DE Estrasburgo**

I. PRINCIPIOS PROTECTORES DE LA FAMILIA

A) EL RESPETO A LA VIDA FAMILIAR DEL ARTÍCULO 8 DEL CEDH

El art. 8 CEDH es el precepto que concede asiento convencional al derecho al respeto de la vida privada y familiar y tiene como objetivo esencial impedir la injerencia arbitraria de las autoridades públicas en la esfera personal y familiar del individuo. Sobre la interpretación de este artículo, considerando el Convenio un instrumento vivo que debe ser interpretado y aplicado a la luz de las concepciones actualmente existentes en el espacio europeo y acompañando las acentuadas mutaciones socioculturales verificadas, con diferentes intensidades, en los cuadrantes familiares de las diversas sociedades occidentales, la instancia estrasburguesa inició un movimiento de ampliación del concepto de “vida familiar”, para así comprender no únicamente las relaciones familiares *de iure*, tradicionalmente fundadas en el matrimonio, sino también las relaciones familiares *de facto*, donde sus miembros conviven fuera del matrimonio¹³⁹.

El Juez de Estrasburgo además ha demostrado que la mera existencia de lazo biológico podrá no ser suficiente para merecer la protección del art. 8 CEDH; por otro lado, que la ausencia de lazo biológico no excluye la existencia de vida familiar, siempre que se cumplan los criterios por los que la efectividad de los lazos interpersonales o la apariencia de una familia se verifiquen. Es decir, la protección de la vida familiar (en el sentido del artículo 8 CEDH) depende de la existencia de lazos familiares *de facto* y, en consecuencia, la noción de familia no se debe limitar a las relaciones basadas en el matrimonio¹⁴⁰.

Por lo tanto, se consideran como familia: la madre soltera y su hijo¹⁴¹; una pareja estable¹⁴² una unión de hecho con o sin hijos¹⁴³; una pareja con hijos

¹³⁹ Cfr, inter alia, Sentencias Marckx c. Bélgica, de 13 de junio de 1979, A 31; Johnston y Otros c. Irlanda, de 18 de diciembre de 1986, A 112; Kroon y Otros c. Países Bajos, de 27 de octubre de 1994, A 297-C; McMichael c. Reino Unido, de 24 de febrero de 1995, A 307-B. Las sentencias del TEDH y demás decisiones citadas supra y a continuación podrán ser consultadas en su dirección electrónica oficial en [HTTP://WWW.ECHR.COE.INT/](http://www.echr.coe.int/).

¹⁴⁰ TEDH, 27 de abril 2010, Moretti e Benedetti c. Italia, Ricorso n. 16318/07, § 44; v., entre los demás, Johnston e altri c. Irlanda, 18 de diciembre 1986, serie A n. 112, p. 25, § 55; Keegan c. Irlanda, 26 de mayo de 1994, serie A n. 290, p. 17, § 44; Kroon y otros c. Países Bajos, 27 de octubre de 1994, serie A n. 297 C, pp. 55 sigs., § 30, e X, Y e Z c. Regno Unito, 22 aprile 1997, Recueil des arrêts et décisions 1997 II, p. 629, §36

¹⁴¹ TEDH, Marckx / Bélgica , en E. Ct. H. R. , 13 de junio de 1979

concebidos de forma no natural y, obviamente, con hijos adoptados¹⁴⁴. Además, el Tribunal de Estrasburgo opina que para contraer matrimonio no constituye una condición esencial ni la capacidad física para procrear, ni tampoco la posibilidad de mantener relaciones sexuales.

De otro lado, el Juez Europeo inició un movimiento evolutivo del concepto de “vida familiar”, en la medida en que la indefinición y la cohabitación de los conceptos de “vida privada” y de “vida familiar” condujeron al Tribunal a atenuar la frontera entre ambos, haciendo surgir, en muchos casos, un único derecho: el derecho al respeto de la vida privada y familiar. Sin embargo, este dinamismo interpretativo, manifestación del designado “activismo jurisprudencial”, es refrenado por la doctrina del margen de apreciación, en la medida en que la existencia o ausencia de “consenso europeo” reduce o amplía, respectivamente, la amplitud reconocida a las soberanías nacionales.

El Tribunal Europeo enfatiza a menudo que el disfrute por padres e hijos de su mutua compañía constituye un elemento fundamental de la vida familiar¹⁴⁵. Además, este órgano pone de manifiesto que el derecho al respeto de la vida familiar a la luz del art. 8 CEDH hace pesar sobre los Estados miembros la obligación positiva de actuar para permitir el normal desarrollo de los lazos familiares. De esta manera, las medidas de restricción o exclusión del régimen de visitas, o asimismo la no garantía efectiva del régimen de visitas establecido y, de otro lado, el acogimiento público de menores, constituyen ingerencias en el

¹⁴² LEVINET , La Revendication Transsexuelle et la Convention Européenne des Droits de l'Homme , en Revue Trimestrielle Des Droits De L'homme , 1999, pp. 637-672 y p. 648.

¹⁴³ TEDH, Saucedo Gómez/ España , en E. Ct. H. R ., n.37784/97, 8 de julio de 1998

¹⁴⁴ TEDH, Rieme / Suecia , en E. Ct. H. R ., 22 de abril de 1992, Serie A, n. 226-B.

¹⁴⁵ Vid. TEDH, *Caso Schalk y Kopf*, *supra* nota, párr. 91 (“the notion of family [...] is not confined to marriage-based relationships and may encompass other de facto “family” ties where the parties are living together out of wedlock. A child born out of such a relationship is ipso jure part of that “family” unit from the moment and by the very fact of his birth. Thus there exists between the child and his parents a bond amounting to family life. The Court further recalls that the mutual enjoyment by parent and child of each other's company constitutes a fundamental element of family life, even if the relationship between the parents has broken down, and domestic measures hindering such enjoyment amount to an interference with the right protected by Article 8 of the Convention”), citando al TEDH., *Caso Elsholz*, *supra* nota, párr. 43; *Caso Keegan*, *supra* nota párr. 44, y *Caso Johnston y otros Vs. Irlanda*, (No. 9697/82), Sentencia de 18 de diciembre de 1986, párr. 56; *ver también T.E.D.H., Caso Alim Vs. Rusia* (No. 39417/07), Sentencia de 27 de septiembre de 2011, párr. 70; *Caso Berrehab Vs. Países Bajos*, (No. 10730/84), Sentencia de 21 de junio de 1988, párr. 21, y *Caso L. Vs. Países Bajos*, (No. 45582/99), Sentencia de 1 de junio de 2004. Final, 1 de septiembre de 2004, párr. 36.

respeto de su vida familiar, que podrán sin embargo ser legítimas al amparo del apdo. 2 del art. 8¹⁴⁶.

En lo que concierne a las medidas referentes a la regulación del ejercicio de patria potestad, de restricción o exclusión del régimen de visitas, o la no garantía efectiva del régimen de visitas establecido, por ejemplo, en casos de sustracción, se reconoce un amplio margen de apreciación a los Estados demandados. El Tribunal ha considerado que estas se encuentran justificadas al amparo del segundo segmento del art. 8 si: 1. el principio de no discriminación entre los padres fundada en la religión o en la orientación sexual es respetado; 2. si el Estado demandado promovió todos los esfuerzos adecuados y efectivos para entregar el niño al progenitor custodio o para ejecutar el régimen de visitas del progenitor no custodio en consonancia con la regulación del ejercicio de la patria potestad.

Con respecto al acogimiento público de menores y a la restricción del contacto, el margen de apreciación de los Estados miembros parece más restrictivo y el mejor interés del niño es la consideración soberana. En la valoración sobre la conformidad de estas medidas con el precepto convencional protector de la vida familiar, el Tribunal siempre intenta dilucidar si dichas medidas se fundaron en razones pertinentes y suficientes, si las autoridades nacionales emplearon todos los esfuerzos hacia la reunión de la familia (ya que estas medidas deben ser contempladas como temporarias) si fue respetado un justo equilibrio entre los intereses conflictivos, así como, si los derechos procesales de los padres fueron garantizados en el transcurso del proceso decisorio.

Por otro lado, el contenido de las relaciones familiares, la afectividad, tiene que ser protegida por los Estados como se observa, por ejemplo, en la jurisprudencia del TEDH sobre la custodia de los menores y la adopción. Esas medidas, de un lado tienen que salvaguardar, en la medida de lo posible, las relaciones entre el niño y la familia de origen. De hecho, en la sentencia Scozzari y Giunta c. Italia de 13 de julio de 2000, se ha considerado ilegítima la falta de

¹⁴⁶

Vid. STEDH FRETTE v. Francia (36515/97) [2002] CEDH 156 (26 de febrero de 2002). <http://www.worldlii.org/eu/cases/ECHR/2002/156.html>.

vigilancia por parte de la corte competente y de los servicios sociales, después la atribución de la custodia a otra familia, que han impedido el acercamiento entre padres e hijos y la superación de las dificultades en el origen de la medida.

Análogamente, en el asunto Clemeno (Clemeno c. Italia de 21 de octubre de 2008) Italia ha sido condenada porque permitió perder el contacto entre la familia biológica y el niño dado en custodia extra familiar en forma urgente (y luego declarada adoptable) en base a un supuesto abuso sexual por parte del padre, que más tarde resultó una acusación infundada.

De otro lado, en las decisiones que se refieren al niño deben tomarse en consideración los lazos afectivos que se han establecidos con la familia que se ocupa de la custodia. En su sentencia en el asunto Moretti y Benedetti¹⁴⁷, el TEDH ha condenado a Italia por no haber considerado relevante, para el fin de la adopción, el hecho de la prolongada custodia de un niño por parte de una nueva familia.

Para finalizar con el contenido del derecho a la vida familiar y la extensión del mismo se considera que es inclusivo, no sólo de la relación de los padres con el hijo, sino también de las relaciones con los parientes, como por ejemplo entre abuelos y nietos¹⁴⁸. La relevancia de las relaciones de hecho lleva a algunos ordenamientos jurídicos a reconocer los efectos legales de la presencia de otras personas que tienen relaciones con el niño.

De hecho un papel muy importante en la vida del menor es llevado por diferentes personas, como los cónyuges o parejas de los padres. En ordenamientos jurídicos como el italiano, todavía basado en la concepción formal de las relaciones familiares, dicho papel de los terceros prácticamente no existe. Nada se dice acerca de la participación en el cuidado del niño por parte del cónyuge o pareja del padre. Sin embargo, poco a poco la cuestión comienza a surgir en la jurisprudencia italiana, que afirma que los padres divorciados pueden involucrar a su hijo en la convivencia con una pareja nueva¹⁴⁹.

¹⁴⁷ TEDH, 27 de abril 2010, Moretti e Benedetti c. Italia, cit.

¹⁴⁸ TEDH, 13 de junio de 1974, Marckx c. Belgio, cit.; Id. 9 de junio de 1998, Bronda c. Italia, n. 22430/93, Rec. 1998-IV, § 51.

¹⁴⁹ Trib. Milano, 23 marzo 2013, en ilcaso.it.

En otros ordenamientos europeos se toma en consideración el tema en términos de derecho del niño a mantener relaciones con personas que no sean miembros de la familia. En este sentido está el derecho del niño a asistir a «personas de referencia» (Bezugspersonen), utilizando la expresión del § 1685 del BGB. En el Reino Unido, la Children Act de 1989 dispone que el tribunal puede emitir una “contact order” para imponer a los padres que permitan la visita y la asistencia de su hijo a personas como (véase el artículo 10): el cónyuge u otra pareja del otro padre; cada persona que ha vivido con el niño por lo menos durante tres años; cada familiar que ha vivido al menos un año con el niño, y en general cualquier persona identificada por tribunal para satisfacer el interés del niño¹⁵⁰. En el derecho francés, el segundo apartado del artículo 371-4 del Code Civil establece que «Si tel est l'intérêt de l'enfant, le juge aux affaires familiales fixe les modalités des relations entre l'enfant et un tiers, parent ou non»¹⁵¹.

B) EL ARTÍCULO 12 Y EL DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO Y A FUNDAR UNA FAMILIA

El art. 12 del Convenio reconoce al hombre y a la mujer, a partir de la edad núbil, y autónomamente, el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia, defiriendo a las leyes nacionales correspondientes la regulación pormenorizada de su ejercicio.

Sobre el ámbito de protección del derecho a contraer matrimonio, podrá decirse que este dispositivo asegura a las personas divorciadas, en los casos en que el Estado reconoce la posibilidad de disolver el vínculo matrimonial a través del divorcio, el derecho a contraer nuevo matrimonio subsiguiente al divorcio sin restricciones poco razonables. Además, este precepto no garantiza el derecho a la disolubilidad del vínculo matrimonial y tampoco incluye el derecho a contraer matrimonio póstumamente una persona muerta.

¹⁵⁰ Según el artículo 8, párrafo 1, el “contact order” se define como « an order requiring the person with whom a child lives, or is to live, to allow the child to visit or stay with the person named in the order, or for that person and the child otherwise to have contact with each other ».

¹⁵¹ Sobre el papel del «padre tercero» en el Derecho francés, v. M.G. STANZIONE, *Rapporti di filiazione e «terzo genitore»: le esperienze francese e italiana*, en *Famiglia e Diritto*, 2012.

Referente a los titulares de este derecho, se estrenó un nuevo capítulo en materia de reconocimiento del derecho a contraer matrimonio de los transexuales en las Sentencias Christine Goodwin e I. c. Reino Unido, de 11 de julio de 2002, con el abandono del criterio del sexo biológico para definir el matrimonio, con la aceptación de que la inhabilidad para procrear no puede, *per se*, ser vista como un obstáculo al matrimonio y, en consecuencia, con el reconocimiento del derecho a contraer matrimonio al transexual.

En lo que atañe a las uniones homosexuales, la *volte face* realizada por las citadas sentencias parece denunciar la voluntad del Tribunal de Estrasburgo de abandonar la postura de guardián del matrimonio tradicional y de poner esta institución al alcance de las parejas del mismo sexo. No obstante, más recientemente, este órgano siguió proclamando categóricamente que el art. 12 acoge un concepto tradicional de matrimonio entre un hombre y una mujer y, de este modo, asumió de nuevo dicha postura.

El art. 12 CEDH remite a las leyes nacionales correspondientes la regulación relativa al derecho a contraer matrimonio, mayormente mediante la previsión de normas de fondo y de forma, concernientes a materias como la capacidad, el consentimiento, los impedimentos y la publicidad y solemnidad del matrimonio, así como la reglamentación de las consecuencias jurídicas del matrimonio o de los lazos familiares emergentes.

Referente a las limitaciones procedimentales, las instancias europeas consideran que el Estado podrá exigir el cumplimiento de requisitos formales previos al registro de la celebración matrimonial, por lo que el rechazo de las autoridades nacionales de registrar un matrimonio que no obedeció a las normas procedimentales prescritas por la ley interna no constituye una violación del art. 12. En lo que atañe a las limitaciones sustantivas, el entendimiento por las mismas instancias del Estado podrá imponer limitaciones cuanto, v.g., a la edad núbil, consanguinidad o afinidad y número de cónyuges.

Con referencia al derecho a fundar una familia concebido a la luz del art. 12, comporta el derecho que tiene el matrimonio a procrear y a tener hijos,

pero no incluye el derecho a tener nietos y tampoco abarca el derecho de un recluso casado a mantener relaciones conyugales en la prisión.

Sobre el derecho a adoptar a la luz de este precepto, resulta claro de la jurisprudencia de los órganos estrasburgueses que ni el art. 12 ni cualquier otra disposición del Tratado de Roma protegen el derecho a adoptar o de otro modo integrar en una familia un niño que no es hijo natural de la pareja en causa y lo mismo podrá decirse cuanto a la reproducción asistida.

C) OTRAS DISPOSICIONES PROTECTORAS DE LA FAMILIA EN EL MARCO CONVENCIONAL

En la tutela de la familia y de la vida familiar, los arts. 8 y 12 dividen esfuerzos ocasionalmente con otras normas del Convenio y de sus Protocolos adicionales¹⁵², que protegen derechos interrelacionados y a veces coincidentes.

Desde luego, la cláusula de no discriminación ínsita en el art. 14 en relación con el art. 8 surge como un verdadero catalizador de protección de los derechos de los nuevos lazos familiares. De otro lado, el art. 14 en combinación con el art. 1 del Protocolo nº 1¹⁵³, protector del derecho a la propiedad, reviste también especial importancia en la defensa de los derechos de las familias naturales y, en particular, de los hijos nacidos fuera del matrimonio.

El art. 5 del Protocolo nº 7¹⁵⁴ consagra el principio de la igualdad entre los esposos y respeto a los derechos y responsabilidades de carácter civil,

¹⁵² El Convenio ha sido desarrollado y modificado por diversos protocolos que han añadido el reconocimiento de otros derechos y libertades al listado inicial o han mejorado las garantías de control establecidas. Los protocolos más conocidos son los llamados *protocolos adicionales*, destinados a ampliar el listado de derechos inicial. Incorpora la garantía de derechos que no habían sido recogidos en el Convenio y que sólo obligan a los Estados que, habiendo ya ratificado el Convenio, ratifican a su vez el concreto protocolo. Entran en vigor cuando el protocolo en cuestión reúne un número mínimo de ratificaciones que él mismo establece.

¹⁵³ El Protocolo núm. 1 de 1952, incorpora los derechos a la propiedad, a la educación y a la celebración de elecciones libres.

¹⁵⁴ El protocolo núm. 7 de 1984, establece garantías de procedimiento en el caso de expulsión de extranjeros, reconoce el derecho a un doble grado de jurisdicción en materia penal, establece el derecho a indemnización en caso de error judicial, establece el derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo delito e instituye la igualdad entre cónyuges.

patrimoniales y personales entre ellos y en las relaciones con sus hijos, durante el matrimonio y en el momento de la disolución.

Como se desprende del Informe Explicativo del Protocolo nº 7, la obligación de trato igualitario no se aplica a otros dominios del Derecho, así como al Derecho Administrativo, Fiscal, Penal, Eclesiástico, Social o del Trabajo. Además, este principio de igualdad de trato en el seno del matrimonio no se aplica a las personas unidas por lazos no matrimoniales u otro tipo de relaciones personales.

En lo concerniente a la cuestión de la educación de los hijos, el art. 2 del Protocolo nº 1, hace pesar sobre los Estados contratantes la obligación de respetar las convicciones religiosas y filosóficas de los padres, salvaguardando, de esta forma, el “pluralismo educativo, esencial para la preservación de la «sociedad democrática», tal como la concibe el Convenio”.

Por último, hay que referir el art. 6, que consagra el derecho a un proceso equitativo, y que desempeña un rol fundamental en la protección de las garantías procesales de los padres en asuntos concernientes al ejercicio de la patria potestad, ejecución de régimen de visitas y de sustracción y restitución de menores, haciendo el escrutinio sobre el defectivo funcionamiento de los servicios de la administración de justicia y sus -a veces- irremediables y nefastas consecuencias en la vida familiar.

II. LOS NUEVOS MODELOS DE FAMILIA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

A) LAS FAMILIAS DE HECHO

El TEDH ha afirmado sin fisuras y al unísono que el art. 8 no distingue la familia de *iure* de la familia de *facto*, por lo que de aquel precepto, en combinación con el art. 14, debe transcurrir igual protección para los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio. En este sentido, el Tribunal desprende del art. 8 las obligaciones positivas de colocar a los hijos “ilegítimos” “legal y socialmente en

una situación cercana a la de un hijo legítimo” y elimina las diferencias de trato fundadas en el nacimiento insitas en las leyes nacionales.

Y, además, aquella instancia condujo este principio también hacia los derechos patrimoniales. De hecho, la “vida familiar no comprende sólo las relaciones de carácter social, moral o cultural”, sino también engloba “los intereses materiales”. Así, la igualdad de los derechos patrimoniales de los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio implica que se les reconozcan derechos sucesorios, no solamente a los padres, como sucedió en el caso *Marckx*¹⁵⁵, sino también respecto a otros familiares, como ocurrió en el caso *Vermeire*¹⁵⁶. La igualdad también exige que no se reduzca la cuota sucesoria, como se verificó en el caso *Mazurek*¹⁵⁷, o se establezca alguna preferencia, como se constató en el caso *Inze*¹⁵⁸, en función del nacimiento.

Por otro lado, por aplicación de los mismos preceptos, aquella instancia anunció un conjunto de principios atinentes a la determinación de filiación, presididos por la primordialidad del interés del niño y por un equilibrio entre la “verdad biológica” y la “verdad sociológica”. Así, es en el interés del niño que la filiación se debe determinar “desde el momento del nacimiento” o “así que sea posible”. En el caso de la determinación de la maternidad, la ligación jurídica de filiación entre la madre y el hijo matrimonial o no matrimonial debe ocurrir en el momento del nacimiento y por ese mismo hecho, como dictaminó el Tribunal en el caso *Marckx*. En lo que se refiere a la filiación paterna, debe garantizarse la posibilidad de determinar la paternidad por presunción, reconocimiento voluntario o sentencia firme. Efectivamente, si en el seno del matrimonio se puede establecer la paternidad por presunciones fundadas en el deber de la fidelidad, en la filiación paterna de facto o natural no se podrá asentar en los mismos

¹⁵⁵ Cfr, inter alia, Sentencia *Marckx* c. Bélgica, de 13 de junio de 1979, A 31; *Johnston* y Otros c. Irlanda, de 18 de diciembre de 1986, A 112; *Kroon* y Otros c. Países Bajos, de 27 de octubre de 1994, A 297-C; *McMichael* c. Reino Unido, de 24 de febrero de 1995, A 307-B. Las sentencias del TEDH y demás decisiones citadas supra y a continuación podrán ser consultadas en su dirección electrónica oficial en <http://www.echr.coe.int/>.

¹⁵⁶ Cfr. Sentencia *Vermeire* c. Bélgica, de 29 de noviembre de 1991, A 214-C.

¹⁵⁷ Cfr. Sentencia *Mazurek* c. Francia, de 1 de febrero de 2000, R00-II.

¹⁵⁸ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró que una ley austriaca que favorecía a los hijos/as “legítimos” sobre los “ilegítimos” en los derechos de herencia no testamentaria, era discriminatoria en violación del artículo 14 (prohibición de la discriminación) en relación del artículo 1 del Protocolo N° 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. STEDH de 28 de octubre de 1987, *Inze* v Austria, Serie A, núm. 126.

presupuestos. No obstante, el Tribunal subrayó, en los casos Johnston, Keegan y Kroon¹⁵⁹, que sobre los Estados contratantes recae la obligación de crear garantías jurídicas que permitan integrar al niño en la familia desde el momento del nacimiento o lo más rápidamente posible, lo que puede suceder por reconocimiento voluntario o por sentencia firme.

Al respecto de las presunciones legales de paternidad, el Tribunal sostuvo en la sentencia Kroon que el derecho interno debe presentar un amplio abanico de mecanismos que permitan impugnar las presunciones legales de paternidad, mayormente la *presunción pater is est quem nuptiae demonstrant*, en razón de que el respeto de la vida familiar exige que la verdad biológica debe prevalecer sobre una presunción legal¹⁶⁰. A pesar de lo expuesto, como puede constatarse en el caso Nylund, el interés del niño y de la familia en la cual se integra, pueda sobrepasar el interés del demandante de restaurar la verdad biológica y, en esta medida, impedir la impugnación de una presunción legal.

En lo que se refiere al reconocimiento voluntario, la instancia de Estrasburgo preconizó que el respeto por la vida familiar, de un lado, no impide que se establezcan ciertas condiciones para el reconocimiento, como notamos en la sentencia Yousef, y, de otro, exige que se asegure el acceso directo al procedimiento legal tendente a la determinación da paternidad, como resulta de la sentencia Rózański¹⁶¹. Se puede deducir también de la jurisprudencia de este órgano, máxime de la sentencia Mikulić¹⁶², que en el caso de que el derecho interno no esté dotado de medios procesales conducentes a la realización compulsoria de los tests de ADN, debe proveerse de “medios alternativos que permitan a una autoridad independiente decidir, con celeridad, la cuestión de la paternidad”.

¹⁵⁹ Cfr. Sentencias Johnston y Otros c. Irlanda, de 18 de diciembre de 1986, A 112, § 72; Keegan c. Irlanda, de 26 de mayo de 1994, A 290, § 50; Kroon y Otros c. Países Bajos, de 27 de octubre de 1994, A 297-C, § 32.

¹⁶⁰ Cfr. Decisión de 29 de junio de 1999, sobre la demanda nº 27110/95 de Nylund c. Finlandia, R99-VI.

¹⁶¹ Cfr. Sentencia Rózański c. Polonia, de 18 de mayo de 2006, § 73.

¹⁶² TEDH Mikulic c. Croacia (Sentencia de 7 /2/2002, Sala, por unanimidad, violación art. 8 del Convenio).

B) LAS FAMILIAS MONOPARENTALES Y RECOMPUESTAS

Con respecto a las familias monoparentales, de acuerdo con lo preconizado por los órganos de Estrasburgo, el derecho de constituir una familia de este tipo no está reconocido por el Convenio, una vez que una sola persona no beneficia de la tutela concedida, sea por el art. 8, o por el art. 12, para invocar el derecho a adoptar.

En lo que atañe a la tutela de las familias recompuestas, es necesario precisar, por un lado que, una relación existente entre un niño, hijo apenas de uno de los miembros de la pareja, y el otro miembro de la pareja puede calificarse como vida familiar, por recurso al criterio de la efectividad de los lazos interpersonales, y, por otro lado, que el interés superior del niño puede determinar la prevalencia de la paternidad “socio-afectiva” sobre la paternidad biológica¹⁶³.

El Parlamento Europeo, desde 1994, y luego con otras intervenciones (entre otras vid. las Resoluciones 8 de febrero 1994, la de 16 de marzo de 2000, la de 14 julio de 2001 y la 4 de septiembre de 2003 y ss.), va pidiendo a los Países miembros reconocer y proteger a las familias monoparentales, las extendidas y recompuestas, y las uniones con personas de mismo sexo.

La Recomendación CM /Rec (2010) del Comité de Ministros de los Estados miembros de la CEDH, aprobadas el 31 de marzo de 2010, establece en el párrafo 27 «Taking into account that the child’s best interests should be the primary consideration in decisions regarding adoption of a child, member states whose national legislation permits single individuals to adopt children should ensure that the law is applied without discrimination based on sexual orientation or gender identity».

¹⁶³ Véase Sentencias Söderbäck c. Suecia, de 28 de octubre de 1998, R98-VII; K. y T. c. Finlandia, de 12 de julio de 2001, R01-VII; Decisión de 3 de diciembre de 2005, sobre la demanda nº 64848/01 de Kuijper c. Países Bajos, pp. 14-15; Sentencia Eski c. Austria, de 25 de enero de 2007.

C) LAS FAMILIAS TRANSEXUALES Y HOMOSEXUALES

Sobre el tema de la homosexualidad, nos encontramos con una jurisprudencia que, a pesar de que se muestre comprensiva con la causa homosexual, en la medida en que intentó erradicar de los sistemas jurídicos de los Estados contratantes la persecución penal de los actos homosexuales libres entre adultos, así como las discriminaciones fundadas en la orientación sexual, en materia de fijación legal de la edad para el consentimiento de actos homosexuales, en materia laboral, de ejercicio de la patria potestad, de derechos de alquiler, o de adopción, se revela, sin embargo, reservada cuanto a la calificación de las relaciones homosexuales estables como constitutivas de “vida familiar”.

De hecho, a pesar que la denegación estrasburguesa del estatuto matrimonial a los homosexuales al abrigo del Convenio pareció vacilar con los argumentos alegados en las Sentencias *Christine Goodwin c. Reino Unido*, de 11 de julio de 2002, R02-VIc. Reino Unido, de 11 de julio de 2002, sonó categórica en las Decisiones de inadmisibilidad de 28 de noviembre de 2006, sobre la demanda nº 42.971/05 de *Parry c. Reino Unido*, y sobre la demanda nº 35.748/05 de *R. y F. c. Reino Unido*, ya que este órgano siguió proclamando que el art. 12 acoge un concepto tradicional de matrimonio entre un hombre y una mujer. En lo referente a la regulación del ejercicio de la patria potestad, una pareja homosexual no puede, a juicio de la Comisión, ser equiparada a una pareja heterosexual¹⁶⁴.

Esta visión jurisprudencial nos ha permitido comprobar que las líneas básicas que extraemos de ella no son más que el reflejo de las coordenadas de los Derechos de familia vigentes en el espacio europeo. El derecho jurisprudencial de Estrasburgo es, efectivamente, un derecho igualitario y no discriminatorio, centrado enteramente en el mejor interés del niño. En ciertos dominios, sin embargo, el juez de Estrasburgo suspende la fidelidad al principio de la igualdad bajo el argumento de la protección del matrimonio y de la familia tradicional, lo que deja entrever la inspiración cristiana de esta organización. De todas maneras,

¹⁶⁴

Decisión de 19 de mayo de 1992, sobre la demanda nº 15666/89 de *Kerkhoven e Hinke c. Países Bajos*.

teniendo en cuenta en definitiva la sensibilidad a los nuevos modelos de familia testimoniada –con alguna salvedad–, creemos que el Derecho de Familia estrasburgués se puede tildar actualmente de poco conservador.

En todo caso, hay que tener en cuenta que por el momento las fuentes de la Unión Europea y del sistema CEDH, así como la jurisprudencia de los Tribunales regionales no obligan los Estados miembros a aprobar legislaciones que prevean la adopción por parejas del mismo sexo. Pero los Tribunales europeos, por un lado consideran las parejas del mismo sexo y los niños adoptados o nacidos por reproducción totalmente incluidos en el concepto de familia¹⁶⁵. Por otro lado, en el derecho supranacional se prohíbe la discriminación entre las parejas heterosexuales y las del mismo sexo¹⁶⁶. De hecho, incluso en este ámbito, el TEDH no admite la discriminación basada en la orientación sexual, lo que va más allá del margen de apreciación reconocido normalmente al Estado¹⁶⁷.

En otras áreas, también el Tribunal de Justicia considera ilegítima la discriminación contra parejas del mismo sexo si la legislación nacional equipara esas a ciertos efectos con las parejas heterosexuales (como en el caso de las uniones registradas)¹⁶⁸.

El enfoque comunitario sobre el tema de la discriminación por orientación sexual ha conocido una importante evolución en los últimos años¹⁶⁹. De la época en la cual se consideraba esta como una cuestión relativa a los derechos humanos, pero fuera de la competencia comunitaria, se ha llegado hasta la situación actual en donde la prohibición de la discriminación se considera como

¹⁶⁵ V. TEDH, 31 de agosto de 2010, Gas and Dubois c. Francia, no. 25.951/07.

¹⁶⁶ V. la sentencia de la Gran Sala, X e al. c. Austria, Ricorso n. 19010/07, 19 de febrero de 2013; el mismo principio, pero utilizado para excluir que haya una discriminación: Gas y Dubois c. Francia (n. 25.951/07, 15 de marzo de 2012).

¹⁶⁷ Véase las sentencias del TEDH, E.B. c. Francia ([GC], n. 43546/02, 22 de enero de 2008; Kozak c. Polonia, n. 13102/02, 2 de marzo de 2010; Karner c. Austria (n. 40016/98, CEDU 2003-IX).

¹⁶⁸ Tribunal de Justicia, 1 de abril de 2008, C-267/06, Maruko, Rec. 2008, p. I-1757.

¹⁶⁹ Véase el amplio análisis llevada a cabo por el Abogado general Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer en sus conclusiones presentas el 6 de septiembre de 2007 en el precitada asunto Maruko. Véase por lo que se refiera a la situación italiana, M. SEGNI , La disciplina dell'omosessualità: Italia ed Europa a confronto , en Fam. Pers. Succ ., 2012, 4, 252.

un principio de Derecho de la Unión Europea, como ha establecido el Tratado de Ámsterdam y el derecho derivado¹⁷⁰.

En la jurisprudencia comunitaria, se piensa que una norma nacional en tema de status no puede ser invocada por cualquier discriminación directa o indirecta. Esto a pesar de que la norma interna está dirigida a la protección constitucional de la familia fundada en el matrimonio¹⁷¹. Lo que, por ejemplo, permite plantear algunas dudas sobre la legitimidad en el marco europeo de la jurisprudencia de la Corte Costituzionale italiana (véase la Sentencia 138/2010 de 14 de abril de 2010¹⁷²) que incluso recientemente considera legítimo regular de manera diferente las uniones homosexuales y el matrimonio heterosexual.

El Tribunal Constitucional italiano, en esta sentencia, al tiempo que confirma que el matrimonio queda constitucionalmente anclado al modelo heterosexual, y no hay espacio para la interpretación de la disposición constitucional sobre la familia que vincule al legislador de admitir el matrimonio entre personas del mismo sexo, reconoce que las uniones entre las personas del mismo sexo son formaciones sociales en modo similar a las otras formaciones sociales, en cuanto contribuyen al libre desarrollo de la personalidad, y esta identificación también señala una consecuencia importante. En el razonamiento del Juez, que transcribimos íntegramente "por formación social tiene que entenderse cada forma de comunidad, simple o compleja, idónea a permitir y fomentar el libre desarrollo de la persona en la vida social, en el contexto de valorización del modelo pluralista. En este concepto hay que referir también la unión homosexual, entendida como una estable convivencia entre dos personas del mismo sexo que tiene el derecho fundamental de vivir libremente una condición de pareja, obteniendo -en los tiempos, en los modos y en los límites

¹⁷⁰ Véase Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación; la Directiva 2000/43/CE del Consejo de 29 de junio de 2000 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico; la Directiva del Consejo 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro.

¹⁷¹ Véase las argumentaciones del Avogado general Niilo Jääskinen presentadas el 15 de julio de 2010, en el asunto C- 147/08, Jürgen Römer/Freie und Hansestadt Hamburg, apartado 170 ss., que se refiere al artículo 6 de la Ley fundamental alemana.

¹⁷² <http://www.rivistaaic.it/la-sentenza-138-2010-della-corte-costituzionale-sul-matrimonio-tra-omosessuali-e-lesueinterpretazioni.html>;
<http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2010&numero=138>.

establecidos por la ley- el reconocimiento jurídico con los conexos derechos y deberes" (párrafo 8).

Además, la relevancia substancial de las relaciones familiares hace que las reglas supranacionales no distingan entre la familia «legítima» e «ilegítima». La Corte Europea de Derechos Humanos (en muchas decisiones: v. X y otros c. Austria, del 19 febrero 2013, e Vallianatos y otros c. Grecia, del 7 noviembre 2013, sobre cuyo v. V. Valenti, 2013) extiende pacíficamente el concepto de "vida familiar" también a las uniones homosexuales, reconociéndole así el valor de comunión de los afectos, de lugar adecuado para el pleno desarrollo de la persona

Eso, en primer lugar, porque no se puede discriminar a una persona con respecto a las condiciones de su nacimiento, según el artículo 14 CEDH, con tal propósito véase la la sentencia Marckx c. Bélgica (véase en particular el párrafo 31)¹⁷³, que había considerado ilegítima una ley belga que no reconocía como sucesores de los familiares de los padres, el niño nacido fuera del matrimonio ¹⁷⁴.

En segundo lugar, porque, independientemente de la calificación formal de las relaciones, vale el principio por el cual se deben tomar en consideración los lazos familiares, la protección de la persona y especialmente del menor, incluso las relaciones de facto (véase también la definición de «lazo familiar» del artículo 2, literal d) del Convenio del Consejo de Europa relativo al derecho de visita a menores, firmado en Estrasburgo el 15 de mayo de 2003).

¹⁷³ Cfr. TEDH, 13 de junio de 1979, Markx c. Belgio; Id. 29 de noviembre de 1991, Vermeire c. Belgio, serie A, n. 214-C; Id. 18 de diciembre de 1986, Johnston et. al.. Irlanda, serie A, n. 112; Id. 28 de octubre de 1987, Inze c. Austria, serie A, n. 126.

¹⁷⁴ En Italia, sólo recientemente la ley 219/2012, realiza el cambio radical que la ley 151/1975 había empezado, en aplicación de la Constitución, eliminando la categoría de «hijos ilegítimos», pero introduciendo la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos y las que mantienen la prohibición de reconocer niños «incestuosa».

SEGUNDA PARTE:

**UNA APROXIMACIÓN AL REGLAMENTO 2201/2003:
DEBILIDADES, FORTALEZAS Y PROPUESTAS DE MEJORA**

CAPÍTULO I: CONSIDERACIONES PREVIAS

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN

El Tratado de Ámsterdam supuso un hito decisivo al “comunitarizar” la cooperación judicial en materia civil. A partir de este momento la Unión Europea multiplicó sus actuaciones en este sector normativo, superando la situación inmediatamente anterior en la que habían promovido, como ya hemos visto en la primera parte del trabajo, algunos Convenios con un alcance limitado en el ámbito del Derecho internacional privado de los Estados miembros:

En este sentido, el Reglamento 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental regula la competencia judicial internacional en la respectiva materia y desplaza en casi todos los supuestos a las normas internas españolas contenidas en los artículos 22.2 y 3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. La intervención comunitaria operada en virtud del Reglamento garantiza una uniformidad de las normas de conflicto en todo el territorio de la Unión. Pero esa uniformidad tendría que abarcar también el tema de la ley aplicable. La seguridad jurídica y el nuevo contexto, junto a la necesidad de evitar situaciones de elección del derecho a conveniencia o “forum shopping” no por poco frecuentes menos indeseables, requería la necesidad de una norma de origen comunitario también en este sector. El Reglamento 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010 también denominado Roma III viene a ocuparse de esta cuestión mediante el establecimiento de las normas de conflicto determinantes del derecho aplicable a la separación y al divorcio judicial. Queda al derecho internacional privado interno, la determinación del derecho aplicable a la nulidad del matrimonio y sus efectos, que por lo que se refiere al derecho español, y en virtud de los artículos 9.2 y 107 del código civil, queda a lo dispuesto por la *lex loci celebrationis*.

La creciente movilidad de los ciudadanos dentro de la Unión¹⁷⁵ ha aumentado el número de familias con una dimensión internacional, en particular familias

¹⁷⁵

Un total de 3,8 millones de personas emigraron a alguno de los Estados miembros de la EU-28 durante 2014, mientras que al menos 2,8 millones de emigrantes dejaron, según los informes, algún Estado miembro de la UE. Estas cifras totales no representan los flujos de migración a o desde la UE en general, ya que también se incluyen los flujos entre diferentes Estados miembros de la UE. Entre estos 3,8 millones de inmigrantes durante 2014, se estima que 1,6 millones eran ciudadanos de terceros países, 1,3 millones de

cuyos miembros tienen diferentes nacionalidades, viven en diferentes Estados miembros o viven en un Estado miembro del que al menos uno de ellos es nacional. La Unión adopta medidas en el ámbito de la cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, en virtud del artículo 81 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Esta cooperación resulta especialmente necesaria cuando los lazos familiares se rompen, con el fin de proporcionar a los menores un entorno jurídico seguro que les permita mantener su relación con las personas que tienen su responsabilidad parental y que puedan vivir en otro Estado miembro.

El primer instrumento de la Unión que se adoptó en el ámbito de la cooperación judicial en los asuntos relacionados con el derecho de familia fue el Reglamento nº 1347/2000 por el que se establecían normas referentes a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales relacionadas con el divorcio, la separación y la nulidad matrimonial y con la responsabilidad parental sobre los hijos de ambos cónyuges¹⁷⁶. Este Reglamento fue derogado por el Reglamento nº 2201/2003¹⁷⁷ (que se conoce como el Reglamento Bruselas II *bis*, en adelante, «el Reglamento»). El Reglamento constituye la piedra angular de la cooperación judicial de la Unión en materia matrimonial y de responsabilidad parental y entró en vigor el 1 de marzo de 2005 en todos los Estados miembros, excepto en Dinamarca¹⁷⁸.

personas tenían la nacionalidad de un Estado miembro de la UE diferente de aquel al que emigraron, alrededor de 870 000 personas migraron a un Estado miembro de la UE del que tenían la nacionalidad (por ejemplo, nacionales retornados o nacionales nacidos en el extranjero), y unas 12 400 personas eran apátridas. A 1 de enero de 2015, había 34,3 millones de personas nacidas fuera de la EU-28 viviendo en un Estado miembro de la UE, pero también había 18,5 millones de personas que habían nacido en un Estado miembro de la UE distinto de aquel del que eran residentes.

¹⁷⁶ Reglamento (CE) nº 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes [DO L 160 de 30.6.2000, modificado por el Reglamento (CE) nº 2116/2004 del Consejo, de 2 de diciembre de 2004, DO L 367 de 14.12.2004].

¹⁷⁷ Reglamento (CE) nº 2201/2003 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) nº 1347/2000 (DO L 338 de 23.12.2003, p. 1).

¹⁷⁸ Dinamarca, en virtud de los artículos 1 y 2 del Protocolo sobre la posición de Dinamarca, anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, no participa en el Reglamento y por tanto no está vinculada por el mismo ni obligada a aplicarlo. A efectos del presente trabajo, el término «Estados miembros» no incluye a Dinamarca.

El Reglamento prevé normas uniformes para resolver conflictos de jurisdicciones entre los Estados miembros y facilita la libre circulación de resoluciones judiciales, documentos públicos y acuerdos en la Unión mediante el establecimiento de disposiciones que regulan su reconocimiento y ejecución en otros Estados miembros. El Reglamento complementa el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores¹⁷⁹ (en adelante, el «Convenio de La Haya de 1980») y establece normas específicas en lo referente a su relación con algunas disposiciones previstas en el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección a los niños¹⁸⁰ (en adelante, el «Convenio de La Haya de 1996»)¹⁸¹.

El Reglamento no contiene normas para determinar qué derecho debe aplicarse en los conflictos transfronterizos que surjan en sus ámbitos de aplicación. En relación con el derecho aplicable, el Consejo Europeo instó a la Comisión ya en noviembre de 2004 a presentar un Libro Verde sobre las normas de conflicto de leyes en asuntos relacionados con el divorcio¹⁸². En 2006, la Comisión propuso enmiendas al Reglamento por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial (en adelante, «la propuesta de la Comisión de 2006 para modificar el Reglamento»)¹⁸³. No obstante, la Comisión tuvo que retirar esta propuesta de

¹⁷⁹ El Convenio se aplica en todos los Estados miembros.

¹⁸⁰ Decisión del Consejo de 19 de diciembre de 2002 por la que se autoriza a los Estados miembros a firmar, en interés de la Comunidad, el Convenio de La Haya de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, DOCE L 48 de 21.2.2003, p. 1. El Convenio se aplica en todos los Estados miembros excepto Bélgica e Italia, que aunque lo han firmado aún no lo han ratificado.

¹⁸¹ El Reglamento se aplica: i) cuando el menor afectado tiene su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro y ii) en lo que respecta al reconocimiento y ejecución de una resolución judicial dictada en un Estado miembro, aun cuando el menor afectado tenga su residencia habitual en un tercer país que es parte contratante del Convenio (artículo 61).

¹⁸² Programa de La Haya: Consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea, adoptado por el Consejo Europeo el 4-5 de noviembre de 2004.

¹⁸³ Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial (COM(2006) 399 final).

2006 para modificar el Reglamento porque no se consiguió la unanimidad del Consejo en lo referente a las normas sobre la ley aplicable¹⁸⁴.

En vista del creciente aumento de parejas internacionales y del alto índice de divorcios que se observan en la Unión, la cuestión de la competencia en los asuntos matrimoniales afecta cada año a un número importante de ciudadanos¹⁸⁵. Las normas que establece el Reglamento sobre la competencia han contribuido a simplificar el marco jurídico en una situación que ya supone problemas considerables para los ciudadanos afectados. No obstante, se han suscitado algunas dificultades en cuanto a estas normas¹⁸⁶.

En primer lugar, establecer competencias alternativas, en lugar de jerárquicas, como hace el Reglamento, junto con la ausencia de unas normas uniformes de conflicto de leyes en toda la Unión, puede inducir a un cónyuge a «correr a los tribunales», es decir, a solicitar el divorcio antes de que lo haga el otro cónyuge para garantizar que la ley que se aplique en los procedimientos de divorcio salvaguarde sus intereses¹⁸⁷. El Reglamento Roma III, al establecer normas uniformes para determinar la legislación aplicable a los conflictos matrimoniales,

¹⁸⁴ DOUE 109 de 16.4.2013, p. 7.

¹⁸⁵ De los cerca de 122 millones de matrimonios existentes en la Unión, alrededor de 16 millones (el 13 %) tienen una dimensión transfronteriza. De los 2,4 millones de matrimonios celebrados en la Unión en 2007, aproximadamente 300 000 se incluían en esta categoría, al igual que 140 000 (13 %) de los 1 040 000 divorcios que tuvieron lugar en la Unión en el mismo año (véase la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, titulada «Disipación de las incertidumbres en torno a los derechos patrimoniales de las parejas internacionales», COM(2011) 125 final. Según los datos de Eurostat de 2010, en la Unión se contraen más de 2,2 millones de matrimonios y se producen aproximadamente 1 millón de divorcios.

¹⁸⁶ Por ejemplo, han surgido problemas relacionados con la interpretación de la regulación de la competencia, que se basa en «la nacionalidad de ambos cónyuges» [artículo 3, apartado 1, letra b)], cuando ambos ostentan la nacionalidad de los mismos dos Estados miembros. El TJUE, recordando la elección del tribunal competente por parte de las personas afectadas, especialmente en los casos en los que se ha ejercido el derecho a la libre circulación, dictaminó que esta disposición no puede interpretarse de forma que solo se considere una nacionalidad «efectiva». Tienen competencia los tribunales de los Estados miembros de los que los cónyuges ostentan la nacionalidad y estos pueden recurrir al tribunal del Estado miembro de su elección [Asunto C-168/08 *Hadadi* (2009) ECR I-06871, apartados 52, 53 y 58.

¹⁸⁷ Uno de los objetivos de la propuesta de la Comisión de 2006 para modificar el Reglamento era prevenir tales «carreras al tribunal» mediante el establecimiento de normas uniformes de conflicto de leyes en todos los Estados miembros. La introducción de normas uniformes de conflicto de leyes habría disminuido el riesgo de «carrera a los tribunales», ya que cualquier tribunal al que se apele en la UE habría tenido que aplicar la ley establecida por las normas comunes. Dado que el Reglamento Roma III sobre la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial no se aplica en todos los Estados miembros, sigue existiendo el problema de la «carrera a los tribunales».

ha reducido la posibilidad de que los cónyuges se precipiten a los tribunales en aquellos Estados miembros que participan en él. Sin embargo, como el Reglamento no se aplica aún en todos los Estados miembros, la ley aplicable a los conflictos matrimoniales puede variar dependiendo de las normas de conflicto de leyes (el Reglamento Roma III o las normativas nacionales) que se apliquen en los Estados miembros donde se celebran los procedimientos.

El problema de la «carrera a los tribunales» puede resultar en la aplicación de una legislación con la que el acusado no se sienta estrechamente vinculado o que no tenga en cuenta sus intereses. Por tanto, puede complicar aun más los esfuerzos encaminados a una reconciliación y no dejar suficiente tiempo, entre otros aspectos, a la mediación.

En segundo lugar, el Reglamento no considera la posibilidad de que los cónyuges puedan designar al órgano jurisdiccional competente de común acuerdo. Los nuevos instrumentos existentes en la Unión para los asuntos civiles tienden a permitir cierta autonomía de la voluntad de las partes (véase, por ejemplo, el Reglamento de Alimentos de 2008¹⁸⁸ o el Reglamento de Sucesiones de 2012¹⁸⁹). La introducción de una limitada autonomía de la voluntad de las partes en el Reglamento, que permitiera a los cónyuges ponerse de acuerdo con respecto al órgano jurisdiccional competente, sería conveniente, especialmente en los casos de divorcio por consentimiento mutuo, y sobre todo teniendo en cuenta que los cónyuges tienen la posibilidad, en virtud del Reglamento Roma III, de ponerse de acuerdo con respecto a la ley aplicable a su conflicto matrimonial.

El Reglamento se aplica a toda decisión relacionada con la responsabilidad parental, independientemente de su relación con los procesos matrimoniales, con el fin de garantizar la igualdad para todos los menores. Esto es un reflejo del considerable aumento de la tasa de hijos nacidos fuera del matrimonio durante las

¹⁸⁸ Reglamento (CE) nº 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, DO L 7 de 10.1.2009, p. 1 (en adelante, el «Reglamento de Alimentos»).

¹⁸⁹ Reglamento (UE) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo, DOUE L 201 de 27.7.2012, p. 107 (en adelante, el «Reglamento de Sucesiones»).

dos últimas décadas en casi todos los Estados miembros, lo cual indica que existen cambios en los patrones tradicionales de formación de la familia¹⁹⁰. La responsabilidad parental incluye el derecho de custodia y el derecho de visita de los hijos.

El Reglamento establece una norma de competencia general basada en la residencia habitual de los menores (artículo 8), con el fin de garantizar un vínculo real entre el menor y el Estado miembro que ejerce la competencia¹⁹¹. Este principio queda reforzado por las disposiciones relativas a la competencia aplicables en los casos de sustracción transfronteriza de menores (artículo 10). En tales casos, el órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su sustracción (en adelante, el «órgano jurisdiccional de origen») mantiene su competencia hasta que el menor haya establecido su residencia habitual en otro Estado miembro y se hayan cumplido determinadas condiciones, concretamente hasta que el órgano jurisdiccional de origen haya emitido una resolución judicial relativa a su custodia que no implique la restitución del menor¹⁹².

A pesar de que los expertos las consideran convenientes, las normas sobre la prórroga de competencia, que favorecen una solución de consenso e impiden que los procesos de divorcio y de responsabilidad parental sean dirimidos por tribunales de distintos Estados miembros (artículo 12), plantean dudas sobre la

¹⁹⁰ Cada año nacen más de 5 millones de niños en la Unión de los Veintiocho (Estadísticas de Eurostat 2004-2011). En 2010, cerca del 38,3 % de los niños nacieron fuera del matrimonio, mientras que la cifra correspondiente a 1990 fue del 17,4 % (Eurostat).

¹⁹¹ El TJUE estableció directrices para la interpretación del concepto de residencia habitual en el Asunto C-523/07 A., (2009) ECR I-02805 y en el Asunto C-497/10 PPU *Mercredi*, (2010) ECR I-14309. En relación con los artículos 8 y 10, el TJUE sostuvo que la residencia habitual del menor corresponde al lugar que refleja cierto grado de integración por parte del menor en un entorno social y familiar, y que es el órgano jurisdiccional nacional el que debe determinar cuál es la residencia habitual del menor, considerando todas las circunstancias de hecho específicas en cada asunto.

¹⁹² El TJUE aclaró la interpretación de esta última condición en el Asunto C-211/10 PPU *Povse* [2010] ECR I-06673. El Tribunal dictaminó que una medida provisional emitida por el órgano jurisdiccional de origen no constituye una «resolución judicial sobre la custodia que no implica la restitución del menor» y, por tanto, no puede constituir la base de una transferencia de competencia a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro del que el menor fue sustraído de forma ilegal. Por supuesto, si el efecto de una medida provisional conllevara la pérdida de competencia sobre la custodia del menor, el órgano jurisdiccional competente del Estado miembro en el que el menor residía habitualmente puede ser disuadido de adoptar una medida provisional, incluso si ello fuera en interés del menor (apartados 47 y 50).

interpretación de las condiciones que deben cumplirse¹⁹³. Por su parte, las disposiciones sobre la transferencia de competencias a un órgano jurisdiccional mejor situado para estudiar el caso, si ello responde al interés superior del menor (artículo 15), plantea dificultades en algunos casos en lo que respecta a su funcionamiento, sobre todo porque muchas veces el órgano jurisdiccional solicitado no informa a su debido tiempo de que acepta la competencia al órgano jurisdiccional solicitante.

En caso de urgencia puede ser necesario que los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro adopten medidas provisionales con respecto a un menor presente en su territorio, incluso si no son competentes para conocer sobre el fondo (artículo 20). El TJUE ha proporcionado directrices sobre cómo aplicar las medidas provisionales en los casos de sustracción de menores. En este sentido, ha aclarado que el órgano jurisdiccional al que se ha llevado el menor tras su sustracción no está autorizado para tomar medidas provisionales que garanticen la custodia a uno de los padres que está en su territorio en el caso de que un tribunal competente haya otorgado provisionalmente la custodia a uno de los padres antes de la sustracción del menor y tal resolución ha sido declarada ejecutoria en ese Estado miembro¹⁹⁴.

Esta norma en materia de litispendencia, por medio de la cual el órgano jurisdiccional en el que se interpone la segunda demanda debe suspender el procedimiento hasta que se establezca la competencia del órgano jurisdiccional en el que se interpone la primera demanda, con el fin de evitar procesos paralelos en distintos Estados miembros y fallos contradictorios, ha planteado dudas de interpretación¹⁹⁵. El TJUE ha aclarado que esta norma no puede aplicarse cuando el órgano jurisdiccional en el que se interpone la primera demanda en materia de responsabilidad parental es requerido solo para que adopte medidas provisionales

¹⁹³ En particular en lo que respecta al artículo 12, apartado 3.

¹⁹⁴ Asunto C-403/09 PPU *Detiček*, (2009) ECR I-12193.

¹⁹⁵ Con respecto a esta norma, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declaró, en el Asunto C-497/10 PPU *Mercredi* (2010) ECR I-14309, que las sentencias de un tribunal de un Estado miembro que declina ordenar el regreso inmediato de un menor en virtud del Convenio de La Haya de 1980 a la competencia de un tribunal de otro Estado miembro y que afectan a la responsabilidad parental hacia el menor no tienen efecto en las sentencias que se dicten en ese otro Estado miembro en lo que respecta a los procedimientos relacionados con la responsabilidad parental que tuvieron lugar con anterioridad y que están todavía pendientes de resolución en ese otro Estado miembro.

y el órgano jurisdiccional en el que se interpone la segunda demanda con respecto a una intervención destinada a esas mismas medidas es el órgano jurisdiccional de otro Estado miembro que tiene competencia en cuanto al fondo¹⁹⁶.

Como hemos indicado previamente, tomando como base las nuevas propuestas de la Comisión¹⁹⁷, catorce Estados miembros acordaron establecer una cooperación reforzada¹⁹⁸ y adoptaron el Reglamento (UE) nº 1259/2010 por el que se establecen normas para determinar la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial¹⁹⁹ (en adelante, « el Reglamento Roma III»). Esta fue la primera ocasión en que se recurrió a la cooperación reforzada en la Unión. Por su naturaleza, la cooperación reforzada está abierta a la participación de todos los Estados miembros y su objetivo principal es que todos ellos adopten el Reglamento Roma III. Desde la adopción de este Reglamento, dos nuevos Estados miembros han decidido sumarse a la cooperación reforzada²⁰⁰.

En 2006, la Comisión propuso enmiendas al Reglamento por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial (en adelante, «la propuesta de la Comisión de 2006 para modificar el Reglamento»)²⁰¹. No obstante, la Comisión tuvo que retirar esta propuesta de

¹⁹⁶ Asunto C-296/10 *Purrucker II*, [2010] ECR I-11163.

¹⁹⁷ Propuesta de Decisión del Consejo (2010) UE por la que se autoriza una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación legal [COM(2010) 104 final – 2010/0066 (APP), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0105:FIN:EN:PDF#page=2>]; Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial [COM(2010) 105 final – 2010/0067 (CNS)].

¹⁹⁸ Decisión del Consejo de 12 de julio de 2010 por la que se autoriza una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación legal (2010/405/UE), DOUE L 189 de 22.7.2010, p. 12. Los catorce Estados miembros que establecieron una cooperación reforzada entre ellos fueron: Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Eslovenia, España, Francia, Hungría, Italia, Letonia, Luxemburgo, Malta, Portugal y Rumanía.

¹⁹⁹ Reglamento del Consejo (UE) nº 1259/2010, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, DOUE L 343 de 29.12.2010, p. 10. El Reglamento Roma III se aplica en los catorce Estados miembros desde el 21 de junio de 2012.

²⁰⁰ El Reglamento Roma III se aplicará a partir del 22 de mayo de 2014 en Lituania (DOUE L 32 de 22.11.2012, p. 18) y en Grecia a partir del 29 de julio de 2015 (DO L 23 de 28.1.2014, p. 41).

²⁰¹ Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial (COM(2006) 399 final).

2006 para modificar el Reglamento porque no se consiguió la unanimidad del Consejo en lo referente a las normas sobre la ley aplicable²⁰².

Entre diciembre de 2015 y febrero de 2016 diecisiete Estados miembros de la UE (Suecia, Bélgica, Grecia, Croacia, Eslovenia, España, Francia, Portugal, Italia, Malta, Luxemburgo, Alemania, República Checa, Holanda, Austria, Bulgaria y Finlandia) se dirigieron a la comisión comunicando su deseo de establecer entre si una cooperación reforzada en el ámbito de los regímenes económicos de las parejas internacionales y, concretamente, de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas, solicitando a la Comisión que presentase una propuesta para ello.

Las respuestas recibidas en relación con la propuesta de la Comisión de 2006 para modificar el Reglamento sugerían la necesidad de mejorar la seguridad y la previsibilidad jurídicas con la introducción de una limitada autonomía de la voluntad de las partes y con la prevención de la «carrera a los tribunales»²⁰³. Asimismo, pusieron de relieve que el artículo 6, que confirma el carácter exclusivo de la competencia definida en los artículos 3, 4 y 5 del Reglamento, podría dar lugar a cierta confusión y es innecesario, ya que los artículos 3, 4 y 5 especifican en qué circunstancias tiene un órgano jurisdiccional competencia exclusiva²⁰⁴.

Las normas de competencia planteadas en la propuesta de la Comisión de 2006 para modificar el Reglamento y la propuesta de la Comisión de 2011 relativa al régimen económico matrimonial y a las normas de competencia contenidas en Reglamentos recientes relativos a asuntos civiles²⁰⁵, pueden considerarse como un posible modelo para mejorar las normas de competencia que existen actualmente en relación con los asuntos matrimoniales.

²⁰² DOUE C 109 de 16.4.2013, p. 7.

²⁰³ Propuesta de la Comisión de 2006 para modificar el Reglamento, p.5.

²⁰⁴ Propuesta de la Comisión de 2006 para modificar el Reglamento, p. 8. Véase también el Asunto C-68/7 *Sundelind López*, (2007) ECR I-10403.

²⁰⁵ Propuesta de la Comisión relativa a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución en regímenes económicos matrimoniales, COM(2011) 126 final (en adelante, la «propuesta de la Comisión en materia de regímenes económicos matrimoniales»); Reglamento de Alimentos; Reglamento de Sucesiones.

Esta propuesta de Reglamento del Consejo, que llegó al Parlamento en marzo²⁰⁶ de 2016, la cual fue aprobada en junio de 2016²⁰⁷, planteaba las siguientes cuestiones:

a) Aclarar cuál es el órgano jurisdiccional competente para ayudar a las parejas a gestionar su propiedad o la división de la misma en caso de divorcio, separación o fallecimiento (normas de competencia);

b) Aclarar qué legislación se aplica cuando podrían aplicarse varias de diferentes países (normas sobre legislación aplicable); y

c) Facilitar el reconocimiento y la ejecución en otro Estado miembro de una resolución sobre asuntos de propiedad dictada en otro Estado miembro.

Finalmente la propuesta ha dado lugar a dos nuevos Reglamentos, Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104 del Consejo de 24 de junio de 2016²⁰⁸, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas, que constituyen una nueva regulación sobre regímenes económicos matrimoniales y de uniones registradas, que afectan únicamente a los Estados que acordaron el mecanismo de cooperación reforzada²⁰⁹ sobre esta materia, autorizada por la Decisión UE 2016/954, es decir: España, Suecia, Bélgica, Bulgaria, Gecia, Croacia, Chipre, Eslovenia, Francia, Portugal, Italia, Malta, Luxemburgo, Alemania, República Checa, Países Bajos, Austria, y Finlandia. El resto de países de la UE podrán adherirse a la normativa en

²⁰⁶ <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/10940-la-comision-europea-avanza-en-la-fijacion-de-la-normativa-aplicable-a-los-regimenes-economicos-de-las-parejas-de-nacionales-de-diferentes-estados/>

²⁰⁷ <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/11129-la-ue-acuerda-la-normativa-aplicable-al-regimen-economico-de-las-parejas-de-nacionales-de-diferentes-estados/>

²⁰⁸ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=OJ:L:2016:183:TOC>

²⁰⁹ El mecanismo de cooperación reforzada permite a un grupo de nueve Estados miembros como mínimo aplicar disposiciones si los 28 Estados miembros no consiguen alcanzar un acuerdo. Otros países conservan el derecho a sumarse a este régimen cuando lo deseen (artículo 331 del TFUE).

Los Estados miembros no participantes seguirán aplicando su legislación nacional, incluidas sus normas en materia de Derecho internacional privado, en las situaciones transfronterizas relacionadas con los regímenes económicos matrimoniales y las consecuencias patrimoniales de las uniones de hecho registradas.

cualquier momento una vez se adopte (artículo 331 TFUE). Así, por ejemplo, Estonia ya ha anunciado su intención de hacerlo.

La entrada en vigor está prevista para el 28 de julio de 2016, aunque sólo será aplicable a partir del 29 de enero de 2019, salvo algunas disposiciones, que serán aplicables a partir del 29 de abril de 2018 y otras se aplican desde el 29 de julio de 2016.

II. ANTECEDENTES

Estos vienen determinados fundamentalmente por la evolución en el tratamiento de la materia que se ha producido en los Tratados comunitarios. Inicialmente la regulación comunitaria de la cooperación judicial civil estaba limitada al artículo 220 del TCEE, actual artículo 293 TCE en el que se dispuso que los Estados miembros entablasen, cuando fuera necesario, negociaciones entre sí a fin de asegurar para sus nacionales la simplificación de las formalidades a que están sometidos el reconocimiento y la ejecución recíprocas de las decisiones judiciales y de los laudos arbitrales. Este precepto sirvió de base para la elaboración del Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil firmado en Bruselas el 27 de septiembre de 1968. En aquel momento, se trataba de una cooperación entre Estados con fundamento en instrumentos comunitarios, pero no propiamente comunitaria.

El paso siguiente en el proceso se inicia con el Tratado de Maastrich de 7 de febrero de 1992, que incluyó en el Tratado de la UE el Título VI dedicado a la cooperación judicial o «tercer pilar», en cuyo artículo K.3 se preveía la conclusión, en este ámbito, de Convenios internacionales entre los Estados Miembros. Por lo tanto, no se introdujo todavía la materia en el primer pilar o pilar comunitario, pero al amparo del Título VI se elaboraron iniciativas que terminaron en el proyecto de Convenio celebrado con arreglo al citado artículo, sobre la competencia, reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial, conocido como Bruselas II. Este Convenio no llegó a entrar en vigor porque antes de finalizar el proceso de ratificaciones se modificó el régimen normativo, lo que

permitió que se adoptara bajo la forma de Reglamento. Su elaboración tuvo, como consecuencia positiva, el que se desarrollase un Informe Explicativo publicado en el DOCE C221 de 26 de julio de 1998²¹⁰, conocido como Informe Borrás, de gran utilidad para la interpretación y análisis del Reglamento en los aspectos en los que su texto coincide con el del Proyecto de Convenio.

La comunitarización se alcanza finalmente con el Tratado de Ámsterdam, al incluirse dentro del TCE un nuevo Título III bis. Esto supone la aplicación del sistema de fuentes del primer pilar, con el consiguiente avance en claridad y eficacia que ello comporta. Suprimida la internacionalización implícita en la regulación de la materia mediante la vía convencional, se han podido aplicar los instrumentos legislativos propios del ámbito comunitario, produciéndose con ello un cambio positivo hacia la agilidad en la adopción y modificación de medidas y hacia la armonización jurídica en todos los Estados miembros.

Posteriormente, el Consejo Europeo de Tampere se caracterizó por el interés en la creación de un espacio judicial común eficaz, para el que resultaba esencial la regulación del reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales como principio del derecho comunitario. El 30 de noviembre de 2000 fue adoptado por el Consejo, el Programa conjunto de la Comisión y del Consejo de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil encaminado a la consecución de aquel objetivo, con la supresión del exequátur en las materias a que hacía referencia. En la primera etapa de este programa, la Comisión presentó, concretamente en marzo de 2001, un documento de trabajo sobre el reconocimiento mutuo de resoluciones referentes al ámbito familiar y posteriormente una propuesta legislativa, que completaba el Reglamento 1347/2000. Esta propuesta fue sustituida en mayo de 2002 por una nueva propuesta de Reglamento anunciada por la Comisión que pretendía la derogación del Reglamento Bruselas II y su ampliación.

Con esta base se fraguó el nuevo Reglamento cuya propuesta definitiva se publicó en el DOUE, el 23 de diciembre de 2003, respetando básicamente la de 2002, pero acogiendo alteraciones introducidas por los diversos Consejos

²¹⁰ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A51998XG0716>

Europeos. El Tratado de Niza implicó un avance sustancial, consistente en la aplicación del mecanismo de la codecisión del artículo 251 del TCE para la adopción de las medidas de cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza, en virtud de la adición al artículo 67 de un nuevo apartado quinto. El Consejo Europeo celebrado en Bruselas en noviembre de 2004, en el que se aprobó el Programa de La Haya, constituyó otro paso significativo pues en sus trabajos se puso un especial énfasis en destacar la influencia que tiene, en la vida diaria de los ciudadanos, el derecho civil y concretamente el derecho de familia, por lo que se atribuyó gran importancia al desarrollo de la cooperación judicial en materia civil y a la culminación total del programa de reconocimiento mutuo adoptado en 2000. El Plan de Acción para la aplicación del Programa de La Haya fue aprobado en la reunión del Consejo de Ministros de Justicia e Interior de 3 de junio de 2005, en el que se concretó el modo de consecución de estos objetivos.

No puede dejar de mencionarse el frustrado Tratado que establecía una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004, ratificado por España tras el referéndum de 20 de febrero de 2005 y la aprobación por las Cortes Generales de la LO 1/2005 de 20 de mayo. Esta, guiada por el principio del reconocimiento mutuo de las decisiones judiciales y extrajudiciales, implantaba una serie de ámbitos en los que debía desarrollarse la colaboración entre los Estados miembros. Además del reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y su ejecución, se trataban aspectos procesales tendentes a la agilización de los trámites, como los referentes a la notificación y el traslado transfronterizos de documentos judiciales y extrajudiciales, o la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros en materia de conflictos de leyes, de jurisdicción y de procedimiento, pasando por el desarrollo de métodos alternativos de resolución de litigios y el apoyo a la formación de magistrados y personal al servicio de la Administración de justicia.

III. DEFICIENCIAS DEL REGLAMENTO 1347/2000 Y SOLUCIONES QUE APORTA EL REGLAMENTO 2201/2003

A) PLANTEAMIENTO GENERAL

El Reglamento 1347/2000 constituyó un hito importante en la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia²¹¹; supuso un primer paso hacia el reconocimiento mutuo en el ámbito de la legislación sobre familia, puesto que ya establecía normas armonizadas sobre jurisdicción y sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

No obstante, su período de vigencia fue muy corto, puesto que el 1 de agosto de 2004 entró en vigor el Reglamento 2201/2003 que comenzó a aplicarse el 1 de marzo de 2005²¹², fecha a partir de la cual el Reglamento 1347/2000 quedó, por tanto, derogado.

La necesidad de modificar el Reglamento 1347/2000, se manifestó prácticamente desde el momento de su entrada en vigor, ya que rápidamente se levantaron voces críticas que pusieron de relieve las dificultades que planteaba su reducido ámbito de aplicación, así como algunas de las técnicas empleadas que impedían la consecución de las finalidades perseguidas²¹³. El Reglamento 2201/2003²¹⁴ pretende resolver las dificultades planteadas por su antecesor y, por lo que se refiere a las cuestiones relacionadas con la protección de menores, entre sus objetivos figura la extensión del sistema de reconocimiento mutuo a todas las decisiones sobre responsabilidad parental, asegurar el derecho del hijo a mantener contacto con ambos padres, y frenar el secuestro de niños por parte de sus progenitores en el territorio de la Unión Europea.

²¹¹ Vid. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, M., "Procesos civiles...", *cit.*, p. 290

²¹² A excepción de los arts. 67, 68, 69 y 70, preceptos que preparan el sistema de información y cooperación de autoridades previsto en el Reglamento, y que son de aplicación desde el momento de su entrada en vigor

²¹³ RODRÍGUEZ PINEAU, E., "El nuevo Reglamento Comunitario sobre litigios matrimoniales y responsabilidad parental", *Diario La Ley*, nº 5944, año XXV, 30 enero 2004, Ref.º D- 25, pp. 1 – 18, p. 1; <http://www.laley.net>:

²¹⁴ GONZALO QUIROGA, M., "La reforma de Bruselas II: aspectos prácticos sobre su aplicación en el marco del reconocimiento y la ejecución", en AA.VV. *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, dirig. por A. L. Calvo Caravaca y E. Castellanos Ruiz, Madrid, Colex, 2004, p. 470.

Centrándonos en la protección de menores y dejando a un lado las cuestiones relativas a las crisis matrimoniales, intentaremos poner de relieve las deficiencias más importantes que presentaba el Reglamento 1347/2000 así como las soluciones que aporta al respecto el Reglamento 2201/2003, partiendo de tres aspectos que, en nuestra opinión, resultaron bastante significativos por lo novedosos que resultan:

- La nueva determinación del ámbito de aplicación de las disposiciones reglamentarias.

- La regulación de las cuestiones relativas al secuestro internacional de niños y al ejercicio del derecho de visita.

- Y el establecimiento de un sistema de cooperación de autoridades en el marco comunitario.

B) CONCRECIÓN DE LAS DEFICIENCIAS

a) Ámbito de aplicación: complejidad de su delimitación

Una de las principales críticas que recibió el Reglamento 1347/2000 es la referente a que su ámbito de aplicación resultó ser mucho más limitado de lo que, en principio, se pretendía; tal reducción de las cuestiones reguladas se debió a las importantes diferencias existentes entre los distintos Estados comunitarios en materia de Derecho de Familia²¹⁵.

En cualquier caso, quizá una de las cuestiones más debatidas fue la inclusión de la responsabilidad parental, problema que se planteó ya durante los trabajos preparatorios del antecedente inmediato del Reglamento 1347/2000, es decir, el Convenio de Bruselas de 1998. No fue fácil que todos los Estados participantes en la elaboración de dicho texto aceptasen la inclusión en el mismo de la responsabilidad parental, dada la importante disparidad existente entre sus

²¹⁵ RODRÍGUEZ PINEAU, M., hace referencia a que el Reglamento no se ocupa de cuestiones que, en algunos Estados miembros, reciben un tratamiento conjunto con el de las crisis matrimoniales, como es el caso de las disolución del régimen económico matrimonial (“El nuevo Reglamento...”, *cit.*, p. 1).

respectivos ordenamientos jurídicos, pues, mientras en algunos Estados la resolución relativa a la crisis matrimonial ha de incluir obligatoriamente las cuestiones de responsabilidad parental, en otros Estados ambas cuestiones son completamente independientes.

No obstante, aunque finalmente se optó por la inclusión de la responsabilidad parental en el ámbito de aplicación, primero del Convenio de Bruselas de 1998 y después del Reglamento 1347/2000, la regulación era bastante incompleta puesto que solo contemplaba las cuestiones de responsabilidad parental sobre los hijos comunes de los cónyuges en el marco de un procedimiento de nulidad, separación o divorcio de tales cónyuges.

Consecuencia de esta limitación era la necesidad de mantener la vigencia de otros instrumentos internacionales celebrados entre los Estados miembros, lo que conllevaba dos dificultades añadidas a la hora de determinar la competencia judicial internacional de un juez o tribunal:

1ª) Que la tarea de identificar la norma aplicable resultaba compleja e incluso algunas veces imposible.

2ª) Que el órgano jurisdiccional ante el que se planteaba el litigio se veía obligado a aplicar una pluralidad de instrumentos internacionales para determinar su competencia respecto de las diversas cuestiones sobre las que tenía que resolver en el marco del procedimiento de nulidad, separación o divorcio.

Y las mismas dificultades surgían a la hora de determinar el régimen de reconocimiento y ejecución aplicable respecto de una resolución en materia matrimonial en la que también se decidían otras muchas cuestiones al margen de la disolución o relajación del vínculo²¹⁶.

²¹⁶ Vid. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Cuestiones polémicas...", *cit.*, p. 236.

b) La definición del término “responsabilidad parental”

Aunque finalmente la responsabilidad parental quedó incluida en el ámbito de aplicación del Reglamento 1347/2000, en su texto no se contemplaba una definición de dicho término²¹⁷; tal ausencia se ha justificado por el hecho de que, por vía convencional, aparece claramente determinado qué ha de entenderse por responsabilidad parental. Concretamente, hallamos una definición del término en la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989, en el Convenio de la Conferencia La Haya de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción (en adelante, CLH1993), y en el Convenio de la Conferencia de La Haya de 19 de octubre de 1996 concerniente a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños (en adelante, CLH 1996)²¹⁸.

Sin embargo, hubiera sido necesario que el legislador comunitario incluyese en el texto del Reglamento al menos una remisión a la definición ofrecida por los citados Convenios. Hemos de recordar el ámbito limitado del Reglamento 2201/2003 que, al ceñirse a la competencia judicial y la validez extraterritorial de decisiones, no se ocupa de la determinación del Derecho aplicable. Tal cuestión será precisada a través del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 y, en su caso, por el Derecho interno (art. 9.6 Cc. español).

Por ello, en primer lugar, la responsabilidad parental (art. 2.1 r. 2201/2003), como institución jurídica, resulta más extensa que la tradicional de “patria potestad” del Código Civil español (así como la *potestà genitoriale* del Derecho italiano o la *autorité parentale* del Derecho francés) al no incluir sólo los derechos de custodia y visita, sino también materias tales como la tutela familiar e institucional o el acogimiento en casos de desamparo. Y, en segundo lugar, se incluyen no sólo las decisiones judiciales sino también otras actuaciones realizadas incluso por una autoridad administrativa cuyo objetivo sea la protección

²¹⁷ Vid. GARAU SOBRINO, F., indica que será el ordenamiento jurídico del Estado miembro ante cuyos tribunales se interpone la demanda el que determinará el concepto de responsabilidad parental (“El ámbito de aplicación...”, *cit.*, p. 400).

²¹⁸ Texto del Convenio en la página web de la Conferencia de La Haya: [HTTP://WWW.HCCH.NET](http://www.hcch.net)

del menor, tratándose así de amparar las diversas instituciones de carácter tuitivo existentes en los distintos Estados miembros.

Luego, para acabar con la inseguridad jurídica que se derivaba de la ausencia de definición en el Reglamento 1347/2000, el Reglamento 2201/2003 establece en su art. 2.7 que la responsabilidad parental es el conjunto de derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o bienes de un menor. El término incluye, en particular, los derechos de custodia y visita.

Es de particular relevancia la mención a los derechos de custodia y visita que realiza este texto, dado que una de las novedades introducidas por el mismo es la regulación de los supuestos de sustracción internacional de menores; además los conceptos de “derecho de custodia” y de “derecho de visita” también aparecen claramente definidos en el mismo art. 2 Reglamento del 2201/2003²¹⁹.

El TJUE a través de su jurisprudencia ha venido a concretar y caracterizar esta noción de “responsabilidad parental”. En primer lugar, se circunscribe a las “materias civiles” que deben definirse en tanto que concepto autónomo propio del Reglamento y, por tanto, ser interpretado a la luz de los derechos nacionales (STJUE 27 noviembre 2007²²⁰). En segundo lugar, el Reglamento 2201/2003 lleva a cabo una relación de materias enunciativa y no exhaustiva²²¹. Así, el TJUE ha incluido resoluciones adoptadas en el marco de normas de Derecho público relativas a la protección de menores por la que se decide asumir la guarda inmediata de un menor y ordenar su acogimiento tanto en una familia de acogida como en un centro público en casos de abandono de menores (STJUE 2 abril

²¹⁹ Se define el “derecho de custodia” como 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 (art. 2.9 R 2201/2003), y el “derecho de visita” como el derecho de trasladar a un menor a un lugar distinto al de su residencia habitual durante un período de tiempo limitado (art. 2.10 Reglamento 2201/2003).

²²⁰ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:62006CJ0435>

²²¹ Vid. PUIG BLANES, F., “Competencia judicial y foros de competencia en el Reglamento (ce) nº. 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) nº. 1347/2000”, en *Cooperación judicial en materia de familia y relaciones parentales en la UE*, Madrid, CGPJ (Ed.), p. 31.

2009, Asunto C-523/07²²²). Es más, hay autores que consideran que podrían incluirse en el ámbito material del Reglamento 2201/2003 aquellas medidas con consecuencias patrimoniales que posean un carácter protector, dado que las que carecen de esta función tuitiva serían reguladas por el Reglamento 44/2001.

Por otro lado, el Reglamento 2201/2003 excluye expresamente una serie de materias de su ámbito de aplicación, así no resulta de aplicación a la determinación y a la impugnación de la filiación, a las resoluciones sobre adopción y medidas que la preparan, al nombre y apellidos del menor, a la emancipación, a las obligaciones de alimentos, a los fideicomisos y las sucesiones ni a las medidas adoptadas a consecuencia de infracciones penales cometidas por los menores (art. 1.3).

Finalmente, hemos de indicar que la mencionada responsabilidad parental en el marco del Reglamento 2201/2003 queda circunscrita a los menores. Dado que el Reglamento no especifica qué se entiende por “menor”, se ha de estar a lo que determine cada estado miembro de acuerdo con sus normas, según el derecho español se está a su ley nacional (art. 9.1 Cc.). De este modo, no sería de aplicación el Reglamento 2201/2003 a aquellos incapaces que hayan alcanzado la mayoría de edad, aunque sobre ellos se ejerza la responsabilidad parental a través de la tutela u otras figuras análogas, ni tampoco cuando el menor está “emancipado”. Sin duda, esta falta de definición por parte del legislador incrementa la “relatividad de soluciones” en la UE, dada la diversidad de derechos conflictuales y materiales existentes.

c) La determinación de las medidas de protección incluidas y excluidas

La aplicación del Reglamento 1347/2000 a las cuestiones sobre responsabilidad parental se restringió en exceso, ya que quedó limitada a aquellas cuestiones de responsabilidad parental planteadas en el marco de un procedimiento de nulidad, separación o divorcio de los progenitores, lo que significa que, si una vez finalizado el procedimiento de divorcio de los padres -con la correspondiente atribución de los derechos y deberes que integran la

²²² <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A62007CA0523>

responsabilidad parental-, las circunstancias cambiaban, siendo necesario entablar un nuevo procedimiento relativo a la modificación del ejercicio de dicha responsabilidad parental, a ese nuevo procedimiento no podía serle aplicado el Reglamento 1347/2000, porque quedaba fuera de su ámbito material de aplicación.

La situación puede resultar aún más grave si tenemos en cuenta que en el texto del Reglamento 1347/2000 no se establecía claramente cuáles eran las cuestiones comprendidas en la institución de la responsabilidad parental que, al estar estrechamente vinculadas con un procedimiento de nulidad, separación o divorcio, les era aplicable el Reglamento; por ejemplo, podía plantearse la duda de si la administración de los bienes del hijo, cuestión que en la mayoría de los ordenamientos jurídicos constituye un derecho/deber derivado del ejercicio de la responsabilidad parental, tenía cabida o no en el ámbito de aplicación del Reglamento 1347/2000.

Con la pretensión de solucionar estos problemas el Reglamento 2201/2003 concreta su ámbito material de aplicación mediante dos listas: una en la que establece algunos de los supuestos en los que resultan aplicables sus disposiciones, con independencia de que el litigio se plantee o no con ocasión de la crisis matrimonial de los progenitores y otra en la que determina las materias excluidas de su ámbito de aplicación²²³.

d) Hijos matrimoniales e hijos extramatrimoniales

Otra de las críticas recibidas por el Reglamento 1347/2000 se refería a su exclusiva aplicación a la responsabilidad parental respecto de los hijos comunes

²²³

El art. 1.2 Reglamento 2201/2003 hace referencia al derecho de custodia y al derecho de visita; a la tutela, la curatela y otras instituciones análogas; a la designación y las funciones de toda persona u organismo encargado de ocuparse de la persona o de los bienes del menor, de representarlo o de prestarle asistencia; al acogimiento del menor en una familia o en un establecimiento; y a las medidas de protección del menor ligadas a la administración, conservación o disposición de sus bienes. Por su parte el art. 1.3 pone de relieve que quedarán excluidas: la determinación y la impugnación de las resoluciones sobre adopción y medidas que la preparan; la anulación y la revocación de la adopción; el nombre y los apellidos del menor; la emancipación; las obligaciones de alimentos; los fideicomisos y las sucesiones; y las medidas adoptadas a consecuencia de infracciones penales cometidas por los menores.

de los cónyuges, lo que significaba que sus disposiciones no eran de aplicación cuando la responsabilidad parental se refería a hijos habidos fuera del matrimonio cuya crisis se intentaba solventar o bien se refería a hijos de parejas de hecho, en cuyo caso, evidentemente, no es necesaria una disolución del vínculo, ya que éste no existe, pero si es necesario adoptar medidas de protección respecto a los hijos²²⁴. Tal restricción del ámbito de aplicación del Reglamento 1347/2000, propiciaba la desigualdad entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, lo que es contrario al orden público de todos los Estados miembros, como es el caso del nuestro, ya que fácilmente podría plantearse la inconstitucionalidad de esta discriminación que resultaba claramente incompatible con el art. 14 de nuestra Constitución²²⁵.

El Reglamento 2201/2003, con el fin de enmendar el error cometido en su antecesor, extiende su aplicabilidad a la responsabilidad parental de los hijos habidos tanto dentro como fuera del matrimonio; de esta manera se pretende garantizar el respeto al principio de igualdad de todos los hijos ante la ley, contemplado en los ordenamientos jurídicos de todos los Estados de la Unión y también en la normativa convencional internacional en materia de protección de menores.

e) Las cuestiones patrimoniales relativas a los menores

Igualmente se criticó la exclusión del ámbito de aplicación del Reglamento 1347/2000 de ciertos aspectos relativos a la responsabilidad parental que tienen un marcado carácter patrimonial, como es el caso de las medidas tendentes a la protección de los bienes del hijo menor de edad.

²²⁴ GAUDEMET – TALLON, H., “Le règlement 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000: Compétence, reconnaissance et exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs”, *JDI*, 2001, p. 387.

²²⁵ En este sentido se manifestó el Tribunal Constitucional al poner de relieve que “cualquier opción legislativa de protección de los hijos” que quebrante el principio de igualdad de éstos ante la ley con independencia de su filiación, “incurre en una discriminación por razón de nacimiento expresamente prohibida por el art. 14 de la Constitución”. (STC 18 marzo 1998).

El Reglamento 2201/2003 deja bien clara su aplicabilidad respecto a la designación y funciones de la persona u organismo encargado de administrar los bienes del menor, de representarlo y de prestarle asistencia, así como a las medidas relativas a la administración, conservación o disposición de los bienes del menor (art. 1.2, apartados c) y e)²²⁶.

f) Las obligaciones de alimentos

Otra cuestión, también de carácter patrimonial, excluida del ámbito de aplicación del R 1347/2000 es la referente a las obligaciones de alimentos. Esta exclusión fue criticada desde el primer momento puesto que, en la mayor parte de los Estados miembros, sino en todos, así como en la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989, se estima que las obligaciones de alimentos constituyen parte del contenido esencial de las relaciones de responsabilidad parental.

El legislador comunitario argumentó su decisión en el hecho de que tales obligaciones eran objeto de regulación por parte de otros instrumentos institucionales, como es el caso del Convenio de la Conferencia de La Haya de 2 de octubre de 1973, sobre reconocimiento de resoluciones en materia de obligaciones de alimentos, y además, en el espacio comunitario, dicha materia queda incluida en el ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas de 1968 y del Reglamento 44/2001 que lo sustituye.

Esta argumentación fue la mantenida a la hora de elaborar el Reglamento 2201/2003, puesto que, aunque en un primer momento se pretendió “sacar” la regulación de los alimentos del entonces recientemente aprobado Reglamento 44/2001, e incluirla en este nuevo Reglamento, sin embargo, finalmente se optó

²²⁶

Vid. RUBIO TORRANO, E., hace referencia a que el Reglamento realiza una diferenciación entre, por un lado, medidas de protección de bienes afectos a la protección del menor, como por ejemplo, si se plantea un litigio entre los progenitores a propósito de la administración de los bienes del menor, en cuyo caso sí serían aplicables las disposiciones del Reglamento, y, por otro lado medidas referidas a los bienes del menor que no atañen a su protección, que quedan fuera del ámbito de aplicación de este Reglamento, siendo necesario acudir, para su regulación, al Reglamento 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (“Conflictos matrimoniales...”, *cit.*, p. 1).

por no modificar el citado Reglamento 44/2001. Posteriormente se dictó un Reglamento propio para la materia: el Reglamento 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativa a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos. En definitiva, si se plantea un litigio relativo a los derechos de custodia y visita sobre un menor y, conjuntamente, se solicita una pensión alimenticia para éste, para determinar si el juez que conoce del asunto es competente para resolver acerca de los derechos de custodia y visita, tendremos que aplicar el Reglamento 2201/2003, mientras que para saber si es competente para resolver en lo relativo a la pensión de alimentos, tendremos que aplicar el Reglamento 4/2009. Tal duplicidad de normas puede conducir, en muchos casos, a la confusión del intérprete y aplicador del Derecho.

g) La sustracción de menores y el ejercicio de los derechos de custodia y de visita

Otra de las soluciones que introduce el Reglamento 2201/2003 es la regulación de las cuestiones relativas a la sustracción internacional de menores y al ejercicio del derecho de visita.

No es en absoluto extraña la situación en que, una vez divorciados o separados los cónyuges, o bien disuelta la pareja de hecho, los hijos residen junto con el progenitor al que se otorga el derecho de custodia en un Estado miembro mientras que el otro, al que corresponde el derecho de visita, reside en el territorio de un Estado miembro distinto. En tales casos, el miedo a que se produzca una retención ilícita de los menores si estos se desplazan a otro Estado, suele llevar a que surjan ciertas reticencias, por parte del progenitor que ostenta la custodia, que impiden el ejercicio efectivo del derecho de visita y acceso del otro padre a los menores.

El problema de la sustracción de menores ya fue objeto de atención en el Reglamento 1347/2000, pero dicho texto únicamente se limitó a realizar una

remisión²²⁷ a lo dispuesto en el Convenio de la Conferencia de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 de octubre de 1980 (en adelante CLH1980).

El Reglamento 2201/2003, por el contrario, aunque mantiene ciertas previsiones del CLH1980²²⁸, establece una regulación específica, dentro del espacio comunitario, del problema del desplazamiento y retención ilícita de menores.

Uno de los objetivos perseguidos por el legislador comunitario en el Reglamento 2201/2003, es frustrar los secuestros de menores dentro de la Unión Europea y para ello, intenta crear un efecto disuasorio, en el sentido de que deja la decisión final en manos de los tribunales del Estado miembro en que residía el niño antes de ser secuestrado; de esta forma, el progenitor al que únicamente le ha sido otorgado un derecho de visita en el Estado miembro en que reside el menor, no se verá tentado a recurrir al secuestro para plantear su caso ante un juez de otro Estado miembro con la esperanza de obtener la custodia ante esa nueva jurisdicción.

En este mismo sentido, el Reglamento 2201/2003 también pretende que el progenitor que ostenta la custodia del menor supere sus reticencias a permitirle viajar al Estado miembro en que reside el progenitor al que corresponde el derecho de visita, puesto que, en caso de que se produzca la retención ilícita de dicho menor, el progenitor que se ve privado de sus derechos puede pedir que la resolución dictada en su Estado de residencia despliegue sus efectos en cualquier otro Estado miembro; de igual manera, el progenitor al que se impide el ejercicio efectivo del derecho de visita puede pedir que la resolución que le otorgó tal derecho, dictada en un Estado miembro, se haga efectiva en cualquier otro Estado miembro.

²²⁷ Vid. SABIDO RODRÍGUEZ, M., “Algunas cuestiones sobre el régimen legal de la sustracción internacional de menores a partir de su práctica judicial”, en AA.VV., *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, dirg. por A. L. Calvo Caravaca y E. Castellanos Ruiz, Madrid, Colex, 2004, pp. 735 – 736. 48 B.O.E. núm. 202, de 24 de agosto de 1987; corr. de errores, B.O.E. núm. 155, de 30 de junio de 1989 y B.O.E. núm. 21, de 24 de enero de 1996.

²²⁸ El art. 2, apartado 11 del Reglamento 2201/2003 reproduce la definición de “traslado o retención ilícitos” establecida por el CLH1980, evitando así que puedan producirse discordancias entre ambos textos.

Siendo quizá uno de los aspectos más importantes y novedosos del Reglamento 2201/2003 la incorporación de normas de competencia en materia de traslado o retención ilícita de un menor: la norma general de competencia del Reglamento, que es la misma que en el CLH1980, establece que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro dónde el menor tenía su residencia habitual antes del traslado o la retención ilícitos, siguen siendo competentes después del secuestro, hasta que el niño disponga de una residencia habitual en otro Estado miembro.

No obstante, el Reglamento 2201/2003 presenta una diferencia fundamental respecto del CLH1980, ya que en el caso de que se produzca el traslado o la retención ilícitos a otro Estado miembro y el órgano jurisdiccional de dicho Estado no acceda a la restitución del menor a su país de origen (es decir, al Estado de la residencia habitual del menor inmediatamente anterior al secuestro), tal decisión carecerá de efectos si el órgano jurisdiccional de la residencia habitual del menor determina que éste debe volver (art. 11.8 R 2201/2003). En definitiva, la última palabra para decidir si el menor debe o no ser restituido corresponde a las autoridades de la residencia habitual inmediatamente anterior al traslado o a la retención ilícitos.

El problema en estos casos es el relativo a determinar cuándo adquiere el menor una nueva residencia habitual. El Reglamento 2201/2003 establece la diferencia entre el secuestro y el cambio legal de residencia del menor, y en este último supuesto, otorga la competencia a las autoridades del Estado de la nueva residencia habitual.

Para diferenciar el traslado lícito del ilícito, el Reglamento 2201/2003 determina cuando se considera adquirida una nueva residencia (art. 10); y ello tendrá lugar:

- Bien porque la persona que ejerce la custodia de su consentimiento al traslado,

- O bien porque haya transcurrido un período mínimo de un año de residencia en el nuevo Estado, siempre y cuando concurren las siguientes circunstancias: a) que el menor se haya integrado social y familiarmente en el

nuevo Estado de residencia, y b) que no exista ninguna resolución en la que se exija la restitución del menor a su anterior Estado de residencia²²⁹.

Por lo que se refiere al procedimiento para obtener la inmediata restitución del menor, el Reglamento 2201/2003 pretende que sea lo más rápido y ágil posible; así, la solicitud ha de realizarse ante las autoridades del Estado miembro al que ha sido trasladado o retenido ilícitamente el menor; el proceso se tramitará con urgencia, utilizando los procedimientos más expeditivos que prevea la legislación nacional y, en cualquier caso, habrá de dictarse resolución en un plazo máximo de seis semanas, salvo que existan circunstancias excepcionales que lo hagan imposible (art. 11.3).

Se mantienen los motivos de denegación de la restitución previstos en el CLH1980 aunque de forma matizada, ya que el Reglamento 2201/2003 establece que no se puede fundamentar la denegación en la circunstancia de que la restitución ponga en peligro al menor (motivo de denegación de la restitución previsto en el art. 13 b) CLH1980) si en el Estado del que fue sustraído el menor se adoptan las medidas necesarias para garantizar su protección (art. 11.4 Reglamento 2201/2003)²³⁰.

Donde mayor innovación ofrece el Reglamento 2001/2003, respecto a la materia de sustracción de menores, es en el sector del reconocimiento y ejecución de decisiones, ya que otorga fuerza ejecutiva directa, en todos los Estados miembros, a las decisiones dictadas en alguno de ellos que ordenan la restitución inmediata del menor o bien establecen el derecho de visita; es decir, tales decisiones son ejecutables en cualquiera de los Estados miembros sin necesidad de un procedimiento previo de declaración de ejecutabilidad, siempre y cuando se trate de decisiones ejecutivas en el Estado en que fueron dictadas y

²²⁹ Es importante que el Reglamento establezca un concepto claro de lo que debe entenderse por "residencia habitual del niño", pues la ausencia de una norma específica al respecto en el CLH1980 ha dado lugar a problemas de interpretación a la hora de su aplicación por las jurisdicciones de los distintos Estados partes; en este sentido, CARRILLO CARRILLO, B.L., "Doble secuestro internacional de menores y Convenio de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 de octubre de 1980", en AA.VV., *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, dirig. por A. L. Calvo Caravaca y E. Castellanos Ruiz, Madrid, Colex, 2004, pp. 233 – 235.

²³⁰ Vid. RODRÍGUEZ PINEAU, E., pone de relieve que de esta manera "la decisión de no restitución deja de ser una negativa absoluta para quedar convertida en una aceptación condicionada" ("El nuevo Reglamento...", *cit.*, p. 8).

consten en un documento que certifique que tales decisiones fueron adoptadas de conformidad con lo previsto en el Reglamento.

El certificado de conformidad al Reglamento 2201/2003 deberá de ser expedido, por la autoridad que dictó la decisión, en el modelo que aparece en el Anexo IV del propio Reglamento, en el cual se controla el cumplimiento de una serie de requisitos que son distintos dependiendo de que se trate de una decisión relativa al derecho de visita (art. 41)²³¹ o de una decisión relativa a la restitución del menor (art. 42)²³².

Únicamente podrá denegarse la ejecución de estas decisiones si son incompatibles con otra resolución dictada con posterioridad (art. 47.2 últ. inc. Reglamento 2201/2003).

IV. LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS DEL MENOR COMO PRINCIPIO RECTOR

La protección del interés superior del menor constituye uno de los principales objetivos de la Unión en el contexto de las disposiciones relativas al reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales, que concretan el derecho fundamental del menor a mantener el contacto con ambos progenitores, tal como dispone el artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, «la Carta»). Además, el Reglamento pretende conseguir la libre circulación de las resoluciones judiciales en todos los asuntos matrimoniales y de responsabilidad parental²³³. El Programa de Estocolmo²³⁴ y el

²³¹ Según el art. 41 R 2201/2003, son requisitos imprescindibles la audiencia a todas las partes afectadas, incluido el menor si tuviere la suficiente edad o madurez, y la prueba de la correcta notificación al demandado rebelde o, en su defecto, la inequívoca aceptación de la resolución por parte de éste.

²³² El art. 42 R 2201/2003 exige igualmente la audiencia de las partes implicadas y del menor, y además también requiere, si la resolución se dictó en virtud de lo previsto en el art. 12 CLH1980 (es decir, en el caso de que haya transcurrido menos de un año desde que se produjo el traslado o la retención ilícita o, incluso aunque hubiera transcurrido ya un año, no se demuestre que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio), que el órgano jurisdiccional tuviese en cuenta las razones y pruebas en las que se fundamenta tal resolución.

²³³ El Reglamento dispone que los acuerdos y los documentos públicos con fuerza ejecutiva se declaren ejecutorios en las mismas condiciones que las resoluciones judiciales, si son ejecutables en el Estado miembro de origen. No obstante, han surgido problemas por el

Plan de Acción de Estocolmo²³⁵ consideraron fundamentales para el futuro trabajo de la Comisión en materia civil la supresión del exequátur en el ámbito del Derecho civil y la posible introducción de unas normas mínimas comunes en lo que respecta al reconocimiento y a la ejecución de las sentencias sobre responsabilidad parental.

La concepción substancial de las relaciones familiares nos lleva a poner en el centro del ordenamiento jurídico a la persona que más necesita de la protección y de la relación afectiva. Según el juez comunitario²³⁶, la obligación del Estado de respetar la vida personal y familiar debe ser construida en torno a la protección del interés del niño, que se convierte en el centro del sistema jurídico (de conformidad con el artículo 24, párr. 2, de la Carta de los Derechos fundamentales).

La normativa comunitaria y nacional debe ser interpretada a la luz de este interés (véase el duodécimo y trigésimo tercer «considerando» del Reglamento 2201/2003). El interés superior del niño es el concepto clave de los instrumentos internacionales que se refieren a los niños (véase la Convención sobre los Derechos de los Niños de las Naciones Unidas del 20 de noviembre de 1989, el Convenio Europeo sobre el ejercicio de los derechos de los niños (Estrasburgo, 25 de enero de 1996)²³⁷.

El interés de los niños es siempre prevalente sobre otros intereses, tales como, por ejemplo, los relativos a las políticas públicas en materia de migración. La legislación europea supranacional no se limita a establecer una protección paternalista del niño, en cuanto persona vulnerable. De hecho, se establece el derecho de los niños a «la protección y a los cuidados necesarios para su

hecho de que los certificados que se utilizan en el procedimiento de exequátur hagan referencia únicamente a las «resoluciones judiciales».

²³⁴ Programa de Estocolmo (Documento del Consejo nº 17024/09 JAI 896), apartados 3.1.2 y 3.3.2.

²³⁵ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 20 de abril de 2010, titulada Garantizar el espacio de libertad, seguridad y justicia para los ciudadanos europeos – Plan de acción por el que se aplica el Programa de Estocolmo, COM(2010) 171 final, pp. 10, 12, 23.

²³⁶ Tribunal de Justicia, 27 de junio de 2006, C- 540/03, Parlamento/Consejo, Rec. 2006, p. I-5769, apartado 58.

²³⁷ Sobre el interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, STEDH, Neulinger e Shuruk c. Suiza de 6 de julio de 2010, párrafos 49- 64.

bienestar» (artículo 24, párrafo 1, Carta de los Derechos Fundamentales), así como los derechos (tales como los establecidos por el Convenio sobre los Derechos de los Niños), al nombre, a la nacionalidad, a la familia, a la comida, a la salud, el hogar, el juego, la educación, la comprensión, la tolerancia, la paz, la solidaridad, la protección contra el abandono, la crueldad, la explotación y la discriminación, el derecho a una «vida plena» del niño con discapacidades.

Además se establece solemnemente que «En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial.» (artículo 24, párrafo 2, Carta de los Derechos Fundamentales). Sin embargo, las fuentes jurídicas europeas reconocen nuevos derechos a los niños, que no están tan evidentes en las constituciones nacionales.

Para resumir esta actitud del ordenamiento jurídico, en especial el supranacional europeo, a tener un enfoque privilegiado en el niño, Palazzo, usando una expresión de Carbonnier, habla de «Derecho paidocentrico»²³⁸. El mismo autor define una «revolución copernicana», el cambio de eje del ordenamiento jurídico hasta el hijo.

En los últimos años se ha producido, además, un auténtico «giro relativista», en palabras de Palazzo, debido a la diferente situación del niño en la relación jurídica de la filiación, de destinatario de la atención paternalista hacia el actor principal, titular de situaciones constitucionales y legales supranacionales, como la libertad de expresar su propia opinión y el derecho a ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte²³⁹. Incluso este cambio ha sido propiciado por las normas del derecho internacional o supranacional.

²³⁸ A. PALAZZO, «La filiazione», en *Trattato Cicu Messineo*, Milano, 2013, p. 533, en *Famiglia e paidocentrismo tra carta dei diritti fondamentali e ordinamenti civili*, en A. PALAZZO, A. PIERETTI (coord.), *Incontri assisani nell'attesa di Benedetto XVI*, Roma-Perugia, 2011, p. 71 ss.

²³⁹ El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño señala: 1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional. (Añadido fuera del texto).

Especialmente se reconoce la libertad de pensamiento (artículo 24, párrafo 1, Carta de los Derechos Fundamentales), el derecho a la movilidad (véase, por ejemplo el artículo 165 TFUE), el derecho «a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si son contrarios a sus intereses» (artículo 24, párrafo 3, Carta de los Derechos Fundamentales)²⁴⁰. Un derecho que hace hincapié en la protección individual del niño, pero dentro de la familia.

Especialmente importante ejemplo de esta nueva concepción es el derecho del menor a ser escuchado²⁴¹, que está formalizado en la Carta de los Derechos Fundamentales (artículo 24, párr. 1) y en el derecho derivado, como es el caso del artículo 23 del Reglamento 2201/2003 (véase, en particular , de los artículos 11, párr. 2 , art. 23 , letra. b), art . 41 par. 2) .

Este derecho a ser escuchado es un poco el prototipo de los derechos inviolables del niño y, como tal, siempre debe ser cumplido, en cualquier momento y procedimiento²⁴². Con la consecuencia de la declaración de nulidad de dicho

²⁴⁰ Véase, en el mismo sentido, Tribunal de Justicia, 23 de diciembre de 2009, C- 403/09 PPU, Detič ek, Rec. pag. I- 12193, puntos 58-59.

²⁴¹ En este sentido, el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 no sólo establece el derecho de cada niño de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, sino el artículo abarca también el subsiguiente derecho de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de la edad y madurez del niño. No basta con escuchar al niño, las opiniones del niño tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que el niño sea capaz de formarse un juicio propio, lo que requiere que las opiniones del niño sean evaluadas mediante un examen caso por caso. Si el niño está en condiciones de formarse un juicio propio de manera razonable e independiente, el encargado de adoptar decisiones debe tener en cuenta las opiniones del niño como factor destacado en la resolución de la cuestión. Por tanto, en el contexto de decisiones judiciales sobre la custodia, toda la legislación sobre separación y divorcio debe incluir el derecho del niño a ser escuchado por los encargados de adoptar las decisiones.

²⁴² *Cfr.* Opinión Consultiva OC-17/02, *supra* nota, párr. 99. Por otra parte, el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas ha definido que el derecho a "ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño", implica que "esta disposición es aplicable a todos los procedimientos judiciales pertinentes que afecten al niño, sin limitaciones". Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 12 (2009). El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párr. 32. En particular, UNICEF ha indicado que "todo procedimiento [...] judicial que afecte al niño cubre un espectro muy amplio de audiencias en cortes, incluyendo todos los procedimientos civiles, tales como los procedimientos de divorcio, custodia, cuidado y adopción, cambio del nombre, solicitudes judiciales respecto al lugar de residencia, religión, educación, disposición de dinero, etc., decisiones judiciales sobre nacionalidad, inmigración y estado de refugiado, y procedimientos penales; también incluye la participación de Estados ante tribunales internacionales". Traducción al castellano de la Secretaría de la Corte Interamericana. Unicef, Manual de Aplicación de la

proceso²⁴³, en caso de incumplimiento, como afirma por ejemplo la reciente jurisprudencia italiana²⁴⁴.

Resulta difícil, por no decir imposible, definir un concepto de lo que es el interés del menor que, tanto el legislador como la jurisprudencia, han querido dejar, deliberadamente, como indeterminado y que habrá de llenarse, en cada caso, con las circunstancias del supuesto concreto.

Por eso empezaremos por indicar su encuadre normativo en derecho español, comenzando por el artículo 39.4 de la CE en cuanto consagra que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos, desarrollado, posteriormente, en la Ley orgánica de protección jurídica del menor en cuyo artículo 2 se dice expresamente que en la aplicación de la presente ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, y en el artículo 3 se dispone que los menores gozaran de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas y los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico.

Además, el Código Civil recoge en numerosos artículos esta expresión, interés del menor, para darle relevancia y preferencia en cualquier ocasión en que viene a regular derechos de los menores. Así en el artículo 103.1 en cuanto establece las medidas provisionales a adoptar, en caso de falta de acuerdo, por demanda de nulidad, separación o divorcio, primando el interés de los hijos para acordar lo necesario en cuanto a la guarda y custodia; artículo 137 para permitir a la madre, en interés del hijo menor o incapacitado, el ejercicio de la acción de filiación; el artículo 149 para limitar la elección del que tiene obligación de prestar alimentos, cuando se perjudique el interés del alimentista menor de edad; el artículo 156 regulando el ejercicio de la patria potestad; el artículo 161 que trata del derecho de visita de parientes al menor acogido y la posibilidad de que sea

Convención sobre los Derechos del Niño (Tercera edición enteramente revisada) 2007, pág. 156.

²⁴³ A. GRAZIOSI, en "Una buona novella di fine legislatura: tutti i «figli» hanno eguali diritti, dinanzi al tribunale ordinario", en *Famiglia e Diritto*, 2013, 3, pág. 263.

²⁴⁴ Tribunal de Varese, 24 de enero de 2013, en *Corriere del Merito*, 2013, 6, pág. 619.

regulado o suspendido en interés del menor; artículo 172.4 en caso de guarda y acogimiento de menores en situación de desamparo, estableciendo que se buscará siempre el interés del menor y se procurara, cuando no sea contrario a ese interés, su reinserción en la propia familia; artículo 173.3 y 4 en caso de acogimiento; artículos 216 y 224 estableciendo y regulando la tutela, entre otros.

Y son muchos los textos legales internacionales que forman parte hoy del acervo común, entre ellos la Convención de Derechos del Niño, ratificada por España que dispone que en todas las medidas concernientes a niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, tendrán una consideración especial a que a lo que se atenderá será el interés superior del niño (art. 3.1) , añadiendo que los Estados partes velaran porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, no obstante esta norma tiene su excepción cuando, a reserva de la decisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria para el interés del niño. En el mismo sentido se expresa la Carta europea de los derechos del niño aprobada por el Parlamento Europeo.

Podemos afirmar, por tanto, que el interés del menor está configurado como principio rector de la actuación de los poderes públicos; que se trata de un concepto jurídico indeterminado que habrá de integrarse en cada supuesto concreto, lo que dificultará enormemente su aplicación.

Como principio rector podemos señalar las siguientes características:

- Es una garantía, ya que toda decisión que concierna al niño, debe considerar primordialmente sus derechos;
- Es de una gran amplitud ya que no solo obliga al legislador sino también a todas las autoridades e instituciones públicas y privadas y a los padres;
- También es una norma de interpretación y/o de resolución de conflictos jurídicos;
- Finalmente es una orientación o directriz política para la formulación de políticas públicas para la infancia, permitiendo orientar las actuaciones públicas

hacia el desarrollo armónico de los derechos de todas las personas, niños y adultos, contribuyendo, sin dudas, al perfeccionamiento de la vida democrática.

Ante la dificultad de concreción del concepto, la doctrina científica y las resoluciones judiciales de nuestro Tribunal Supremo, tratan de elaborar criterios, medios o procedimientos para averiguar racionalmente, en qué consiste el interés del menor en los términos indicados, para luego aplicarlo al supuesto concreto y al caso correspondiente y así podemos encontrar los siguientes criterios:

- Los deseos y sentimientos del niño, considerados a la luz de su edad y discernimiento, siempre que no se halle mediatizado o presionado, oyendo directamente a este u obtenido por medio de expertos.

- Sus necesidades físicas (alojamiento, alimentación y vestido), educativas y emocionales.

- El efecto probable de cualquier cambio de situación del menor (cambio de residencia, estudios, amigos y personas con las que se relaciona).

- Su edad, sexo, ambiente y cualquier otra característica relevante.

- Daños sufridos o riesgo de sufrirlo (maltrato, abusos sexuales, peligro para la salud o el desarrollo).

- Capacidad de los progenitores o cuidadores para satisfacer sus necesidades.

Estos criterios deben ser valorados en un adecuado juicio de ponderación como señala el TC, en su sentencia 176/2008 de 22 de diciembre de 2008 en cuanto afirma que, en materia de relaciones paterno filiales, el criterio que ha de presidir la decisión que en cada caso corresponda adoptar al juez, a la vista de las circunstancias concretas, debe ser necesariamente el del interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aun siendo de menor rango, no por ello resulta desdeñable.

En definitiva, cuando se trata de ponderar el interés del menor con el de sus progenitores, se deberá valorar por el juez cuando el asunto le sea sometido, lo siguiente:

- Si las circunstancias actuales de los progenitores pueden asegurar a este un desarrollo armónico integral, tanto desde el punto de vista físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético, así como la plena evolución de la personalidad.

- Cuando el ejercicio de alguno de los derechos inherentes a los progenitores afecta al desenvolvimiento de sus relaciones filiales y puede repercutir de un modo negativo en el desarrollo de la personalidad del hijo menor, el interés de los progenitores deberá ceder frente al interés de este.

En el derecho supranacional europeo, la concepción substancial y paidocéntrica²⁴⁵ de las relaciones familiares requiere una visión diferente especialmente de la filiación. De acuerdo con la teoría tradicional, esta relación se caracteriza por ser la base de una posición jurídica en beneficio de los padres, la potestad, concebidas como un «complejo de poderes»²⁴⁶, que el derecho reconoce como un oficio privado en el interés de los niños. Ellos representan los sujetos pasivos de la relación y son titulares no de derechos, sino de una situación de sujeción a los padres²⁴⁷.

Esta concepción es incompatible con el sistema actual paidocéntrico que protege siempre los derechos de los niños y que, sobre todo, establece obligaciones de los padres, el incumplimiento de los cuales surgen consecuencias incluso de tipo penal. Tanto el Reglamento de la UE 2201/2003, como en el Convenio de 1996 de La Haya (competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños), en referencia al conjunto de situaciones jurídicas subjetivas entre padres e hijos, abandonan el término tradicional «potestad», también muy difundida en todos los ordenamientos europeos, y lo reemplazan con «responsabilidad parental».

²⁴⁵ Concepto que deriva del prefijo "paido-", que significa niño.

²⁴⁶ F. SANTORO-PASSARELLI, Poteri e responsabilità patrimoniali dei coniugi per i bisogni della famiglia, en Riv. trim. dir. proc. civ., 1982, p. 8 s.

²⁴⁷ Cfr. F. SANTORO-PASSARELLI, Dottrine generali del diritto civile, Napoli, 1987, p. 73.

Además, la definición misma de «responsabilidad parental» en realidad es tan amplia como para incluir a todos los que puedan asistir al cuidado del niño²⁴⁸.

La noción utilizada en el Reglamento 2201/2003 de «responsabilidad parental» incluye «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» (artículo 2, nº. 7).

En este conjunto de obligaciones de los padres y, en todo caso, los que son responsables de la protección, se oponen derechos del menor de nivel constitucional supranacional, como se ha visto en el párrafo anterior.

En base a la idea substancial de la filiación, se establece que la legislación nacional debería prever los instrumentos legislativos y administrativos para la protección de los niños no sólo a través de la responsabilidad de los padres o de tutores, sino toda personas que tienen una relación privilegiada con el niño (cfr. artículo 3, párr. 2, de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989). Algunas legislaciones nacionales han desarrollado esta idea de responsabilidad extendida a las personas de referencia.

La Children Act inglesa de 1989 define el concepto de «step-parent», que es el cónyuge o pareja de hecho de los padres. A favor de dichas personas se establece una *Acquisition of parental responsibility by step-parent*, en base al acuerdo de los padres o por orden del juez (véase el artículo 4²⁴⁹).

²⁴⁸ Lo que es evidente en las elaboraciones de los estudiosos en la materia como en los «Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities», elaborati dalla Commission on European Family Law (in ceflonline.net), que, en el artículo 3.9 establecen que: «Parental responsibilities may in whole or in part also be attributed to a person other than a parent ». En estos principios son un conjunto de reglas, dentro del campo de la responsabilidad parental, basdas en el respeto a los derechos del niño, la no discriminación y a facilitar su desarrollo como persona. Vid. <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-PR-Spanish.pdf>.

²⁴⁹ “Acquisition of parental responsibility by father. (1)Where a child’s father and mother were not married to each other at the time of his birth [F1, the father shall acquire parental responsibility for the child if— (a)he becomes registered as the child’s father under any of the enactments specified in subsection (1A);(b)he and the child’s mother make an agreement (a “parental responsibility agreement”) providing for him to have parental responsibility for the child; or (c)the court, on his application, orders that he shall have

En Francia, en 2009 se presentó un *Avant projet de loi sur l'autorité parentale et le droits de tiers*. La propuesta de ley, entre otras cosas, tenía el objetivo de reconocer a una persona distinta de los padres la posibilidad de realizar «actes usuales», tales como los relacionados con la salud del niño (por ejemplo el cuidado ordinario como las vacunas, el cuidado dental y lesiones menores); la solicitud de documentos administrativos; la relación con las escuelas.

De todos modos, más allá de este proyecto, que por ahora no ha tenido mucha suerte sobre todo por razones ideológicas, hay que tener en cuenta que en el derecho francés existen otras herramientas para involucrar formalmente a terceros en el cuidado del niño, como *delegation de l'autorité parentale* (véase el artículo 377 CodeCivil), según el cual «Les père et mère, ensemble ou séparément, peuvent, lorsque les circonstances l'exigent, saisir le juge en vue de voir déléguer tout ou partie de l'exercice de leur autorité parentale à un tiers, membre de la famille, proche digne de confiance, établissement agréé pour le recueil des enfants ou service départemental de l'aide sociale à l'enfance ».

En virtud del interés del menor se redibuja la dicotomía clásica entre *favor legitimitatis* y *favor veritatis* en la constitución de la relación padre-hijo. En la legislación europea supranacional se destaca el papel de la relación biológica entre padres e hijos. El artículo 2 del Convenio de Estrasburgo de 1975 (Convenio Europeo sobre la situación jurídica de los niños nacidos fuera del matrimonio), establece que el descanso de la madre de cada niño nacido fuera del matrimonio se establece por el solo hecho del nacimiento del niño.

Además, la pluricitada jurisprudencia Merckx ha establecido que las leyes nacionales, que hacen depender de un acto de reconocimiento la creación del vínculo jurídico de filiación entre la madre y el hijo, violan el artículo 8 n. 1 de la CEDH y el artículo 14 del mismo Convenio, que prohíbe la discriminación por razón de nacimiento.

parental responsibility for the child.]; (...) (2A) A person who has acquired parental responsibility under subsection (1) shall cease to have that responsibility only if the court so orders. (3) The court may make an order under subsection (2A) on the application— (a) of any person who has parental responsibility for the child; or (b) with the leave of the court, of the child himself, subject, in the case of parental responsibility acquired under subsection (1)(c), to section 12(4).] (4) The court may only grant leave under subsection (3)(b) if it is satisfied that the child has sufficient understanding to make the proposed application.”

Para los padres no conyuges no se considera que la responsabilidad parental opera de forma automática, sino que depende del reconocimiento o por decisión judicial. Sin embargo, el derecho al reconocimiento no debe ser restringido por el Estado²⁵⁰.

El TEDH afirma que el respeto de la vida familiar, en su concepción substancial, comporta en todo caso, la prevalencia de la filiación en un sentido biológico o social, sobre cualquier forma de presunción²⁵¹.

En base a la obligación positiva del Estado de garantizar la protección de la vida familiar en el sentido afectivo, en el asunto Chavdarov c. Bulgaria, decidido el 21 de diciembre de 2010, el Tribunal reconoce el derecho de los padres biológicos para formar una familia con niños, aunque sea posible impugnar la supuesta paternidad de otro hombre. Esto siempre que la familia se constituye, de manera substancial, con el establecimiento de relaciones afectivas y la cohabitación.

Este principio también puede verse desde el punto de vista negativo. La separación entre los padres biológicos y el niño, en el caso de custodia por ejemplo, conduce a la debilitación de la estrecha unión que es la base de la concepción substancial de familia²⁵².

En todos los casos en que la relación biológica no se convirtió en una relación padre-hijo, la jurisprudencia europea pide que se reconozca por lo menos el derecho a conocer sus orígenes, que debe ser bien equilibrado con el derecho al anonimato de quien procrea.

En base a dicho principio, por ejemplo, el juez de Estrasburgo condenó a Italia (véase el caso Godelli c. Italia, sentencia de 25 de septiembre de 2012²⁵³)

²⁵⁰ Vid. TEDH, Guichard c. Francia, 2 de septiembre 2003, Recueil des arrêts et décisions 2003-X; v. también la sentencia en el asunto Balbontin c. Regno Unito del 14 de septiembre 1999, n. 39067/97); con respecto al Tribunal de Justicia, véase la sentencia 5 de octubre de 2010, C-400/10 PPU, MCB, Rec. 2010, p. I-8965.

²⁵¹ Vid. TEDH, 27 de octubre de 1994, Kroon et al. c. Paesi Bassi, § 31, serie A n 297- C.

²⁵² Cfr. TEDH, Ignaccolo-Zenide c. Romania, n. 31679/96, § 102, CEDU 2000 I; Id. Maire c. Portugallo, n. 48206/99, § 74, CEDU 2003-VI; Id. Pini et al. c. Romania, nn. 78028/01 e 78030/01, párrafo 148, CEDU 2004-V.

²⁵³

[HTTPS://WWW.GIUSTIZIA.IT/GIUSTIZIA/IT/MG_1_20_1.WP?FACETNODE_1=1_2\(2012\)&FACETNODE_3=0_8_1_4&FACETNODE_2=1_2\(201209\)&PREVIOUSPAGE=MG_1_20&CONTENTID=SDU792405](https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.wp?FACETNODE_1=1_2(2012)&FACETNODE_3=0_8_1_4&FACETNODE_2=1_2(201209)&PREVIOUSPAGE=MG_1_20&CONTENTID=SDU792405)

por la violación del artículo 8 CEDH en relación a la disciplina de «parto anónimo» (véase la Ley 184/1993). De hecho la normativa italiana establece el derecho de la madre para que no se mencione en el acta de nacimiento, sin posibilidad alguna para el hijo de acceder a la información, su identidad, así como la de cambiar posteriormente la elección del anonimato.

El TEDH en la sentencia *Odièvre c. Francia* de 2003²⁵⁴ recuerda que el artículo 8 protege el derecho a la identidad y al desarrollo personal, para establecer y profundizar las relaciones con los demás seres humanos y el mundo exterior. En el asunto *Godelli* se precisa que, para al ejercicio del derecho al desarrollo personal del menor contribuye al mismo el conocimiento de detalles relativos a su identidad como ser humano y el de sus padres²⁵⁵.

Para el TEDH, Italia no ha llevado a cabo una ponderación de los intereses en juego, sobre todo los del niño a conocer sus orígenes, ni siquiera para proteger su salud, y el derecho al anonimato de la madre. En cambio, en el asunto *Odièvre* se considera conforme con el artículo 8 CEDH la análoga disciplina francesa del parto anónimo, pero prevé la conservación las informaciones genéticas no identificativas de la madre biológica, así como establece la posibilidad de eliminar el anonimato con el acuerdo de la madre²⁵⁶. El derecho supranacional está a la vanguardia en el reconocimiento de los efectos jurídicos de las tecnologías de reproducción, debido principalmente a la determinación de la filiación. En estos casos, debido al principio de la responsabilidad parental, la relación biológica está siendo superada por la dimensión social y emocional de la filiación.

Sobre este punto relativo al interés del menor comentamos a continuación, a modo de ejemplo de lo reseñado, la siguiente sentencia:

Sentencia nº 565/2009 de la Sala Primera del Tribunal Supremo, dictada en el recurso 247/2007 de 31 de julio de 2009 resuelve un recurso de casación

²⁵⁴ Cfr. TEDH, 13 de febrero de 2003, recurso n. 42326/1998, affaire *Odièvre c. France*. Per un commento alla sentenza della Corte di Strasburgo v. J. LONG, *La Corte europea dei diritti dell'uomo, il parto anonimo e l'accesso alle informazioni sulle proprie origini: il caso Odièvre c. Francia*, en *Nuova giur. civ. comm.* 2004, II, pp. 283-311.

²⁵⁵ Vid. TEDH, *Mikulic c. Croacia*, n. 53176/99, § 53, CEDU 2002 I, párrafo 54 y 64.

²⁵⁶ Cfr. también TEDH, 10 de enero de 2008, *Kearns c. Francia*, n. 35991/04.

interpuesto por la Administración de Castilla La Mancha contra una sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo que ordenaba la devolución inmediata de una niña a la familia biológica cuando se encontraba bajo un acogimiento pre adoptivo. La sentencia de la Audiencia decide a favor de la reintegración familiar después de considerar que no existían motivos tan graves como para constituir el acogimiento pre adoptivo y entiende que en la madre, que tiene otra niña nacida con posterioridad sobre la que no existe actuación administrativa alguna, convive con una nueva pareja y tiene medios económicos suficientes, han desaparecido las razones que dieron lugar a la declaración de desamparo, por lo que está capacitada para recuperar a su hija.

Sin embargo, en la sentencia en ningún momento se razonó sobre el interés de la menor y su derecho a ser escuchada, la cual, en el momento en que se dictó sentencia por la Sala, contaba con ocho años de edad y no había tenido con su madre ni con su familia biológica contacto alguno desde los dos meses de vida, encontrándose perfectamente integrada con su familia de acogida pre adoptiva, suponiendo, por tanto, un peligro emocional para ella la reintegración con su familia de origen, según los informes psicosociales que constan en las actuaciones.

V. LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL DE AUTORIDADES EN EL ÁMBITO COMUNITARIO

Otra de las novedades que presenta el Reglamento 2001/2003 es el establecimiento de un sistema de cooperación de autoridades en el ámbito comunitario, puesto que dedica todo un capítulo (el IV) a la regulación de la cooperación de autoridades en materia de responsabilidad parental²⁵⁷.

²⁵⁷ RODRÍGUEZ PINEAU, E., considera que la inclusión en el texto comunitario de un régimen de cooperación internacional basado en la designación y actuación de unas autoridades centrales, constituye una verdadera revolución ("El nuevo Reglamento...", *cit.*, p. 13). FONT I SEGURA, A., indica que debe valorarse positivamente la introducción de el Capítulo IV en el R 2201/2003, pero también pone de relieve que no hubiera estado de más que, igualmente, fuese aplicable en materia de crisis matrimoniales, por ejemplo, facilitando la colaboración entre las autoridades encargadas de los correspondientes Registros Civiles en los distintos Estados miembros. ("La competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad

El origen y fundamento de estas disposiciones se halla en el sistema de cooperación internacional de autoridades implantado por la Conferencia de La Haya en muchos de sus convenios desde hace ya algunas décadas.

Cada Estado miembro tiene la obligación de designar una o varias autoridades centrales que deberán prestarle asistencia en la aplicación del Reglamento (art. 53 Reglamento 2201/2003). Las autoridades centrales deberán proporcionar información sobre las legislaciones y procedimientos nacionales, y además, adoptarán las medidas que sean necesarias para mejorar la aplicación del mismo y reforzar el sistema de cooperación (art. 54 Reglamento 2201/2003).

El método de trabajo o funcionamiento de las autoridades centrales aparece perfectamente detallado en el propio Reglamento (art. 57); asimismo, también prevé la necesidad de que las autoridades centrales se reúnan periódicamente para facilitar la aplicación de las disposiciones contenidas en el mismo (art. 58).

El art. 55 del Reglamento 2201/2003 delimita las funciones de las autoridades centrales en casos específicamente relacionados con la responsabilidad parental. Las autoridades centrales deberán: recabar e intercambiar información sobre la situación del menor, los procedimientos relativos al mismo que se hallen pendientes o las resoluciones adoptadas que le conciernan. Deberán igualmente proporcionar información y ayuda a los titulares de la responsabilidad parental que soliciten el reconocimiento y la ejecución de resoluciones, en especial en material de derecho de visita y de restitución del menor; facilitar la comunicación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, en especial en material de restitución de menores (art. 11 apartados 6 y 7) y cuando se haga uso del mecanismo del *forum non conveniens* (art. 15); proporcionar toda la información y asistencia que puedan ser de utilidad respecto del acogimiento del menor en otro Estado miembro (art. 56) y facilitar la celebración de acuerdos entre los titulares de la responsabilidad parental a través de la mediación o por otros medios y facilitar a este fin la cooperación transfronteriza.

parental: breve presentación del Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003", *Revista General de Derecho de la Unión Europea*, vol. 4, 2004.

También se contempla, en su art. 56, una disposición específica de cooperación en materia de acogimiento de menores en otro Estado miembro²⁵⁸, en virtud de la cual la autoridad que va a dictar la medida de acogimiento en un Estado miembro ha de exigir la cooperación y el consentimiento de la autoridad del otro Estado miembro en el que se pretende llevar a cabo dicho acogimiento; en defecto de tal consentimiento, la medida de acogimiento dictada en un Estado miembro carecería de eficacia en el Estado miembro donde el acogimiento ha de tener lugar.

Tras lo expuesto podemos llegar a la conclusión de que el objetivo que se pretendía conseguir, con la elaboración del Reglamento 2201/2003 era reunir en un único texto las disposiciones sobre crisis matrimoniales y responsabilidad parental, regulando, asimismo, los derechos de visita transfronterizos, lo que supone un paso importante en la lucha contra los secuestros de menores en el ámbito de la Unión Europea.

El Reglamento 2201/2003 intenta apaciguar algunas de las críticas que surgieron nada más entrar en vigor el Reglamento 1347/2000, y que, especialmente, se referían al ámbito de aplicación de dicho instrumento en materia de responsabilidad parental, no obstante, en la nueva regulación aún se aprecian ciertas lagunas que es necesario poner de relieve.

El Reglamento 2201/2003 trata de zanjar la cuestión relativa a cuales son las medidas de protección que tienen cabida en el concepto de responsabilidad parental, a las que resulta aplicable su regulación, mediante el establecimiento de dos listas, una para las materias incluidas en el ámbito de aplicación del Reglamento y otra para las materias excluidas del mismo; pero ello no impide que puedan surgir dudas en relación a la aplicabilidad del Reglamento respecto de alguna medida de protección no contemplada en dichos listados, como es el caso, por ejemplo, del acogimiento preadoptivo, ya que nos encontramos con que la adopción es una materia excluida pero el acogimiento es una medida incluida. Y aunque el texto no lo indique expresamente, de su redacción se infiere la posibilidad de aplicar el Reglamento respecto de medidas de protección no mencionadas en la lista de materias incluidas (art. 1.2), siempre que no se

²⁵⁸

El antecedente inmediato de esta disposición es el art. 33 CLH1996.

mencionen en la lista de materias excluidas (art. 1.3); en cualquier caso, el legislador debería haber sido un poco más explícito.

El Reglamento 2201/2003 delimita su ámbito de actuación concretando su aplicabilidad respecto de “las materias civiles relativas a la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental”, es decir, en principio, sólo es aplicable a las medidas de protección de carácter privado; pues bien, pese a lo que en un primer momento pudiera parecer, tal delimitación en absoluto resulta sencilla, ya que en algunos casos no es tarea fácil deslindar lo público de lo privado respecto de una medida protectora de menores, como ocurre, por ejemplo, con el acogimiento de menores en una institución pública. Tanto por lo que se refiere a la inclusión o exclusión de ciertas medidas de protección no mencionadas en el texto, como por lo que se refiere a la delimitación de la “materia civil”, será necesario esperar a la interpretación que realice al respecto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea²⁵⁹.

La ampliación del ámbito de aplicación del Reglamento 2201/2003 obedece a una importante modificación del punto de vista del legislador, ya que la nueva regulación deja de estar centrada en los padres para pasar a centrarse en los hijos; es decir, con el Reglamento 2201/2003 se opta, de manera decidida, por el interés del menor, en cuanto que criterio que debe presidir toda su regulación²⁶⁰. Hallamos manifestaciones del principio de primacía del “interés del menor”²⁶¹ a lo largo de todas las disposiciones, relativas a la responsabilidad parental, previstas en el Reglamento 2201/2003, por ejemplo, la determinación de la competencia judicial internacional se fundamenta en el principio de proximidad entre el órgano jurisdiccional y el menor; en el mismo orden de ideas, la audiencia al menor

²⁵⁹ RODRÍGUEZ PINEAU, E., pone de relieve que “la interpretación del Reglamento que pueda realizar el TJCE conforme al art. 68 TCE será básica para terminar de perfilar su ámbito de aplicación”, aunque, sin perjuicio de tal interpretación, es necesario entender que “las medidas de protección del menor van más allá de la distinción civil/ no civil”. (“El nuevo Reglamento...”, *cit.*, p. 3).

²⁶⁰ En el propio Preámbulo del Reglamento, se incide sobre la relevancia del interés del menor como criterio de inspiración de las soluciones adoptadas (Punto 12).

²⁶¹ Al respecto ver la reciente Propuesta de Resolución del Parlamento Europeo, presentada de conformidad con el artículo 216, apartado 2, del Reglamento, sobre la protección del interés superior del menor en toda la Unión sobre la base de las peticiones dirigidas al Parlamento Europeo sobre la base de las peticiones dirigidas al Parlamento Europeo (2016/2575(RSP)).

desempeña un papel muy importante en toda cuestión relativa a la responsabilidad parental que le concierne²⁶².

No podemos obviar que la aplicación del Reglamento 2001/2003 va a conllevar problemas de ajuste entre las soluciones en él previstas y las existentes en la normativa interna de los Estados miembros; así ocurre, por ejemplo, con la figura del *forum non conveniens*, prevista en el art. 15 Reglamento 2201/2003 y en virtud de la cual el órgano jurisdiccional competente que está conociendo de un litigio sobre responsabilidad parental, puede declinar su competencia en otro tribunal de un Estado miembro mejor situado para conocer del asunto, siempre y cuando concurren determinadas circunstancias excepcionales, fijadas por el propio precepto, y ello redunde en el interés superior del niño. La articulación concreta de este mecanismo de atribución de competencia en los Estados miembros se remite al Derecho interno de éstos, lo que no va a dejar de plantear problemas en algunos de ellos, como es el caso del nuestro²⁶³, dónde no se conoce la figura del *forum non conveniens*.

Hay que tener en cuenta que la coexistencia del Reglamento 2201/2003 con el CLH1980 sobre sustracción de menores, que también establece un sistema de cooperación internacional de autoridades, puede dar lugar a dos problemas:

- Bien a un problema de multiplicación de los organismos encargados de poner en funcionamiento el sistema de cooperación, que tendrá lugar en el caso de que las autoridades centrales designadas para llevar a cabo tal cooperación no sean las mismas en el Reglamento y en el Convenio de la Conferencia de La Haya;

- O bien a un problema de multiplicidad de funciones, en el caso de que la misma autoridad central deba encargarse de la cooperación prevista en el Reglamento y de la cooperación prevista en el Convenio de La Haya.

²⁶² RODRÍGUEZ PINEAU, E., considera que algunas de las medidas previstas en el Reglamento son fruto de la disyuntiva que se plantea entre alcanzar soluciones que respondan al interés del menor o la consecución de determinados fines comunitarios, y, aunque ambos fines no son contrapuestos, lo cierto es que, en algunos casos, la consecución de los segundos se realiza a costa de sacrificar los primeros. ("El nuevo Reglamento...", *cit.*, p. 3

²⁶³ Por ejemplo, a la hora de determinar el momento procesal en el que hacer efectivo tal mecanismo de atribución de competencia

Tal multiplicidad de autoridades centrales o de funciones por ellas a desempeñar puede traducirse en situaciones no libres de cierta confusión: por ejemplo, si se produce el traslado ilícito a España (Estado miembro en el R2201/2003 y Estado parte en el CLH1980) de un menor residente en Noruega (Estado no miembro en el R2201/2003, pero parte en el CLH1980), las autoridades centrales noruegas solicitarán la cooperación de las autoridades centrales españolas, cooperación que, por tratarse de un supuesto extracomunitario, se llevará a cabo en virtud del CLH1980. Pero, después de haber sido trasladado a España, vuelve a producirse el desplazamiento ilícito de ese menor a Francia (Estado miembro en el R 2201/2003 y también Estado parte en el CLH1980), por lo que la autoridad central española deberá remitir la solicitud de colaboración a la autoridad central francesa; en tal caso, la comunicación entre la autoridad central española y la autoridad central francesa constituye un supuesto intracomunitario, por lo que, en principio, deberá realizarse conforme al Reglamento. Sin embargo, no hay que olvidar que la situación tiene su origen en un Estado no comunitario (Noruega), por lo que cabe plantearse si esa última comunicación entre la autoridad central española y la autoridad central francesa debe realizarse conforme a lo dispuesto en el Reglamento 2201/2003 o por el contrario, teniendo en cuenta el origen extracomunitario de la situación, debe realizarse conforme a lo previsto en el CLH1980.

En cualquier caso, es necesario reconocer la importancia de las innovaciones introducidas por el Reglamento 2201/2003 desde el momento en que constituyen una mejora indiscutible respecto de la regulación prevista en el Reglamento 1347/2000; no obstante, la valoración positiva de las mismas ha de ser matizada, dadas las lagunas o deficiencias que aún perviven pese al esfuerzo realizado por el legislador comunitario.

Como hemos indicado ya la labor interpretativa realizada el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, será un elemento esencial a la hora de definir y concretar el alcance de las disposiciones contenidas en el Reglamento 2201/2003.

VI. LA COOPERACIÓN ENTRE LAS AUTORIDADES CENTRALES

El Reglamento contiene también disposiciones sobre la cooperación entre las autoridades centrales en materia de responsabilidad parental. Estass son organismos designados por cada Estado contratante para dar cumplimiento a las obligaciones que han asumido en los Convenios.

Tal cooperación es fundamental para la aplicación efectiva del Reglamento. Así, las autoridades centrales deben recabar e intercambiar información sobre la situación del menor (por ejemplo, en lo referente a la custodia o a los procedimientos de restitución del menor) y ayudar a los titulares de la responsabilidad parental a que se reconozcan y se ejecuten las resoluciones judiciales que les atañen (sobre todo en lo referente al derecho de visita y a la restitución del menor). Asimismo, deben reunirse con regularidad en el marco de la Red Judicial Europea para intercambiar opiniones sobre su trabajo y también de forma bilateral para discutir los asuntos en curso. Desde 2010 se han debatido más de 155 asuntos en reuniones bilaterales.

La cooperación entre las autoridades centrales, especialmente en las conversaciones bilaterales, ha demostrado ser muy conveniente en relación con los asuntos transfronterizos de sustracción de menores²⁶⁴. Con respecto a estos casos, el Programa de Estocolmo menciona expresamente que, además de aplicar de forma efectiva los instrumentos jurídicos existentes en esta esfera, debe estudiarse la posibilidad de utilizar la mediación familiar a escala internacional, teniendo en cuenta las mejores prácticas de los distintos Estados miembros. En consecuencia, se ha encomendado a un grupo de trabajo creado en el marco de la Red Judicial Europea la propuesta de medios eficaces que

²⁶⁴

Tienen como función cooperar entre sí, con la finalidad primordial de garantizar la restitución inmediata de los niños víctimas de traslado o retención ilícita. Las Autoridades Centrales actúan como autoridad requirente o requerida. Su actuación como autoridad requirente tiene lugar cuando ésta remite la solicitud de restitución o visitas a la Autoridad Central del país al cual ha sido trasladado o retenido el menor. Actúa como autoridad requerida cuando recibe la petición de restitución o visitas de un menor que se encuentra en su territorio. En este caso, deberá localizar al menor, adoptar medidas provisionales, promover la restitución voluntaria o iniciar un procedimiento judicial o administrativo con el objeto de conseguir la restitución del menor, ya sea directamente o a través de un abogado designado por el solicitante.

sirvan para mejorar el uso de la mediación familiar en los casos internacionales de sustracción de menores por parte de los padres²⁶⁵.

A pesar de un funcionamiento en general positivo, se considera que las disposiciones sobre la cooperación no son suficientemente precisas. Concretamente, según los expertos, existen dificultades en relación con la obligación de recabar e intercambiar información sobre la situación del menor²⁶⁶. Los principales problemas están relacionados con la interpretación de esta disposición, con el hecho de que las solicitudes de información no siempre se tramitan sin demoras y con la traducción de la información que se intercambia. Además, existen diferencias considerables en los distintos Estados miembros con respecto a la asistencia que las autoridades centrales proporcionan a los titulares de la responsabilidad parental que procuran la ejecución de las resoluciones relativas al derecho de visita.

Podría mejorarse la efectividad de las disposiciones sobre la cooperación tomando como referencia otros instrumentos jurídicos relacionados con la familia (especialmente el Reglamento de Alimentación) o elaborando guías de buenas prácticas de conformidad con la guía de la Red Judicial Europea para los casos de sustracción de menores²⁶⁷. Además, la Comisión continuará trabajando para generar confianza entre los Estados miembros y entre sus organismos de protección de menores, con el fin de mejorar su comprensión del contexto transfronterizo y la aceptación de las decisiones que se toman en otros Estados miembros.

Cuando los padres de un menor viven juntos, normalmente ejercen de forma conjunta la responsabilidad parental hacia el menor. En caso de separación o divorcio, deben decidir de mutuo acuerdo o acudiendo a los tribunales cómo ejercerán su responsabilidad en el futuro. Sin embargo, uno de los mayores riesgos a que se exponen los menores en los casos de separación o de divorcio

²⁶⁵ Véase el documento del Consejo 16121/10, JUSTCIV 194, de 12 de noviembre de 2010, «Conclusiones del seminario ministerial relativo a la mediación familiar internacional en los casos de sustracción internacional de menores», organizado por la Presidencia belga, disponible en: <http://register.consilium.europa.eu>.

²⁶⁶ Artículo 55, letra a).

²⁶⁷ Guía de la Red Judicial Europea sobre las mejores prácticas y las normas mínimas comunes: [HTTPS://E-JUSTICE.EUROPA.EU/CONTENT PARENTAL RESPONSIBILITY-46-ES.DO](https://e-justice.europa.eu/content_parental_responsibility-46-es.do).

es que su padre o su madre lo saquen del país en el que residen habitualmente. La gravedad de los efectos de tal sustracción sobre el menor y el progenitor del que es separado ha obligado a tomar medidas tanto a escala internacional como a escala de la Unión.

Uno de los principales objetivos del Reglamento es prevenir la sustracción de menores entre los Estados miembros y proteger al menor de sus efectos adversos, estableciendo procedimientos para garantizar la restitución inmediata del menor al Estado miembro en el que residía habitualmente justo antes de su sustracción²⁶⁸. En este sentido, el Reglamento complementa el Convenio de La Haya de 1980 al aclarar algunos de sus aspectos, especialmente la audiencia del menor, el período de tiempo máximo para emitir una decisión tras la presentación de una solicitud de restitución y los motivos para no ordenar la restitución del menor. Asimismo, incorpora disposiciones que orientan sobre cómo proceder en caso de existir órdenes contrapuestas de restitución y de no restitución emitidas en diferentes Estados miembros.

Tanto el TJUE como el TEDH han sentado una serie de principios en su jurisprudencia sobre la sustracción internacional de menores, teniendo siempre el interés superior del menor –al que nos hemos referido previamente- como consideración fundamental. El TJUE ha respaldado el principio de que el Reglamento pretende prevenir la sustracción de menores entre Estados miembros y conseguir la restitución del menor sin dilación una vez que ha tenido lugar la sustracción²⁶⁹. Por su parte, el TEDH ha dictaminado²⁷⁰ que, una vez detectado que un menor ha sido sustraído ilegalmente, los Estados miembros tienen el deber de tomar medidas adecuadas y efectivas para garantizar la restitución del menor, y que la falta de tales medidas constituye una vulneración del derecho a la

²⁶⁸ En 2008 hubo 706 solicitudes de restitución entre los Estados miembros. Las estadísticas revelan que la tasa de restitución entre los Estados miembros fue del 52 % en 2008, mientras que esta tasa era del 39 % cuando el Estado solicitante era un tercer país. Análisis estadístico de las solicitudes realizadas en 2008 en virtud del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, Parte II – Informe regional, Prel. Doc. N° 8 B – actualizado en noviembre de 2011 a la atención de la Comisión Especial de junio de 2011, disponible en: <http://www.hcch.net>.

²⁶⁹ Asunto C-195/08 PPU *Rinau*, (2008) ECR I-05271, apartado 52.

²⁷⁰ Véanse, por ejemplo, los Asuntos: *Sneersonne y Kampanella v Italia* (solicitud n° 14737/09), apartado 85 (iv); *Iglesias Gil y A.U.I. v España* (solicitud n° 56673/00); *Ignaccolo-Zenide v Rumanía* (solicitud n° 31679/96), *Maire v Portugal* (solicitud n° 48206/99); *PP v Polonia* (solicitud n° 8677/03) y *Raw v Francia* (solicitud n° 10131/11).

vida familiar que establece el artículo 8 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales²⁷¹.

El Reglamento dispone que el tribunal al que se solicita la restitución de un menor debe dictar su resolución antes de que finalice el plazo de seis semanas desde el momento en que se presenta la solicitud. No obstante, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros no siempre han cumplido este plazo²⁷². Sin embargo, está claro, como han confirmado los expertos, que este plazo de seis semanas en que debe tomarse la decisión es fundamental para transmitir la importancia de que se garantice la restitución inmediata del menor. En los casos en que existe una contradicción entre una orden de no restitución emitida por el órgano jurisdiccional del Estado miembro al que es llevado el menor y una orden posterior de restitución adoptada por el órgano jurisdiccional del país de origen, el Reglamento resuelve a favor de este último, a fin de garantizar la restitución del menor²⁷³: cuando está certificada por el órgano jurisdiccional de origen, la orden de restitución se beneficia de la supresión del exequátur, es decir, se reconoce y ejecuta de forma inmediata en el Estado miembro al que es trasladado el menor tras la sustracción, sin que sea necesario el otorgamiento de la ejecución y sin que exista la posibilidad de oponerse a su reconocimiento²⁷⁴. No es necesario que tal orden de restitución esté precedida por una sentencia definitiva sobre la

²⁷¹ El TEDH ha sentenciado también en algunos asuntos que puede haber un incumplimiento del artículo 8 del CEDH al hacer retornar a un menor, especialmente cuando apreció que el tribunal demandado no había considerado suficientemente la gravedad de las dificultades que el menor podía encontrar al retornar a su país de origen, que el tribunal demandado podría no haberse documentado suficientemente al determinar si existía un riesgo en el sentido del artículo 13, letra b) del Convenio de La Haya de 1980 o que el tribunal demandado no había estudiado a fondo las alegaciones del demandante de conformidad con el artículo 13, letra b) del Convenio de La Haya de 1980. Véanse, por ejemplo, los Asuntos *Šneerson y Campanella v Italia* (solicitud n° 14737/09), apartado 95; *B v Bélgica* (solicitud n° 4320/11), apartado 76; *X v Letonia* (solicitud n° 27853/09), apartado 119.

²⁷² En 2008, solo el 15 % de las solicitudes entre Estados miembros se resolvieron dentro del plazo de seis semanas: véase el análisis estadístico al que hace referencia la nota al pie de página n° 56.

²⁷³ Artículo 11, apartado 8, y artículo 42.

²⁷⁴ Teniendo en cuenta que el Reglamento pretende garantizar la restitución inmediata del menor, no es posible recurrir la emisión de un certificado por parte del órgano jurisdiccional de origen en relación con su orden de restitución, y los únicos motivos invocados fiables en relación con el certificado son los que procuran su rectificación o los que plantean dudas sobre su autenticidad de acuerdo con la ley del Estado miembro de origen; artículo 43, apartado 2, y Asunto C- 211/10 PPU *Povse*, (2010) ECR I-06673, apartado 73.

custodia del menor, ya que el propósito de la orden es también contribuir a resolver el asunto de la custodia del menor²⁷⁵.

El órgano jurisdiccional de origen solo emitirá el certificado que acompaña a la orden de restitución si se aplican ciertas garantías procesales durante el procedimiento antes de ello, especialmente si se da a las partes en litigio y al menor la oportunidad de ser escuchados²⁷⁶. Como consecuencia de las diferencias entre los Estados miembros sobre la aplicación de tales garantías, especialmente en lo que respecta a la audiencia del menor, pueden plantearse dificultades en la fase de ejecución. Considerando lo anteriormente expuesto, podría estudiarse si la incorporación de la jurisprudencia pertinente del TJUE podría facilitar la aplicación de las disposiciones relativas a la emisión de las órdenes de restitución. Asimismo, debería considerarse la adopción de normas mínimas comunes en relación con la audiencia del menor, con el fin de hacer más efectivas las órdenes de restitución.

Hay varios asuntos relacionados con la ejecución que afectan a la responsabilidad parental de manera transversal y a las órdenes de restitución en los casos de sustracción de menores.

Y es que el Reglamento dispone que una sentencia emitida por un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro y declarada ejecutoria en Estado miembro en que debe ejecutarse debe cumplirse en las mismas condiciones que si hubiera sido emitida en ese mismo Estado miembro²⁷⁷.

Considerando que el procedimiento de ejecución se rige por la ley del Estado miembro en el que se lleva a cabo la ejecución y que existen diferencias

²⁷⁵ Asunto C-211/10 PPU *Povse*, (2010) ECR I-06673, apartado 53. De acuerdo con el Asunto C-195/08 PPU *Rinau*, (2008) ECR I-05271, una vez que se ha emitido una orden de no restitución y esta se ha presentado al órgano jurisdiccional de origen, es improcedente, para el propósito del órgano jurisdiccional de origen que emite una orden de restitución certificada, que la orden de no restitución no sea definitiva o que haya sido revocada, en la medida en que de hecho la restitución del menor no tuvo lugar.

²⁷⁶ Se aplican garantías similares a las decisiones certificadas relacionadas con el derecho de visita de los hijos.

²⁷⁷ Artículo 47.2: "Cualquier resolución dictada por el órgano jurisdiccional de otro Estado miembro y declarada ejecutiva de conformidad con la sección 2, o certificada con arreglo al apartado 1 del artículo 41 o al apartado 1 del artículo 42, deberá ejecutarse en el Estado miembro de ejecución en las mismas condiciones que si hubiese sido dictada en dicho Estado miembro."

entre las distintas legislaciones nacionales, se plantean dificultades en lo que respecta a la ejecución de las decisiones relacionadas con la responsabilidad parental. Algunos sistemas nacionales carecen de normas especiales para la ejecución de las decisiones relacionadas con el derecho de familia, y las partes en litigio deben recurrir a los procedimientos disponibles para las decisiones ordinarias en materia civil o mercantil, que no tienen en cuenta el hecho de que, en el ámbito de la responsabilidad parental, el paso del tiempo es irreversible²⁷⁸. La aplicación de diferentes procedimientos en los distintos Estados miembros (por ejemplo, en lo que respecta al derecho de apelación, que suspende los efectos de las resoluciones judiciales), por tanto, podría no garantizar la ejecución rápida y efectiva de las resoluciones judiciales.

En lo que respecta, especialmente, a la ejecución de las órdenes de restitución en los casos de sustracción de menores, el Reglamento dispone que una orden de restitución certificada emitida por el órgano jurisdiccional de origen debe ejecutarse en el Estado miembro en cuestión en las mismas condiciones que si se hubiera emitido en ese mismo Estado y que la orden no puede ser ejecutada si es incompatible con una sentencia ejecutoria posterior²⁷⁹.

El TJUE ha reforzado en su jurisprudencia la posición de los órganos jurisdiccionales de origen. De conformidad con el mismo, no puede invocarse motivo alguno para impugnar una orden de restitución certificada ante los tribunales del Estado miembro al que corresponde la ejecución, y la sentencia ejecutoria posterior solo puede aludir a una resolución judicial impuesta por el órgano jurisdiccional de origen. Además, los órganos jurisdiccionales de origen son los únicos que están legitimados para estudiar las impugnaciones de su competencia, las solicitudes para detener la ejecución de una orden de restitución certificada y los cambios de circunstancias posteriores a dicha orden, que pueden perjudicar gravemente el interés superior del menor²⁸⁰. De igual modo, el órgano jurisdiccional del Estado miembro al que corresponde la ejecución no puede oponerse a una orden de restitución certificada basándose en que el órgano

²⁷⁸ Véase el estudio comparativo de 2007 sobre los procedimientos de ejecución de los derechos familiares elaborado por T.M.C. ASSER Institut, disponible en: http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/civil/studies/doc_civil_studies_en.htm.

²⁷⁹ Las mismas disposiciones sobre la ejecución se aplican con respecto a las resoluciones judiciales certificadas relacionadas con el derecho de visita de los hijos (artículo 47).

²⁸⁰ Asunto C- 211/10 PPU *Povse*, (2010) ECR I-06673, apartados 74-83.

jurisdiccional de origen haya podido incumplir las disposiciones que rigen el certificado en virtud del artículo 24 de la Carta sobre los derechos del menor, ya que la valoración sobre la existencia de tal incumplimiento es competencia exclusiva de órgano jurisdiccional de origen²⁸¹. El TEDH ha utilizado un razonamiento similar en su jurisprudencia²⁸².

En la práctica, sigue habiendo impedimentos para la ejecución de las órdenes de restitución²⁸³, ya se trate de una ejecución en el territorio del Estado miembro al que es llevado el menor tras la sustracción, de una orden de restitución emitida por un tribunal de este Estado miembro²⁸⁴ o de la ejecución en ese Estado miembro de una orden de restitución certificada emitida por el órgano jurisdiccional de origen. Teniendo en cuenta que los procedimientos de ejecución están sujetos a la ley del Estado miembro de que se trate, los medios de ejecución difieren en los distintos Estados miembros. En algunos de ellos, los procedimientos de ejecución pueden prolongarse durante más de un año, ya que los tribunales responsables de la ejecución reexaminan el fondo del asunto²⁸⁵, a pesar de que las órdenes de restitución deben ejecutarse de forma inmediata. En este sentido, el TJUE ha indicado que, aunque el objetivo del Reglamento no sea unificar las normas sustantivas y procesales de los Estados miembros, es muy importante que la aplicación de las normas nacionales no perjudiquen la utilidad práctica del Reglamento²⁸⁶.

Del mismo modo, el TEDH ha puesto de relieve que es necesario tramitar con carácter de urgencia los procedimientos relativos a la restitución del menor y a la ejecución de las decisiones definitivas que implican la restitución del menor, ya que el paso del tiempo puede tener consecuencias irreparables para la relación entre el menor y el progenitor con el que no convive. Por lo tanto, la conveniencia

²⁸¹ Asunto C-491/10 *Zarraga*, (2010) ECR I-14247.

²⁸² Asunto *Povse v Austria* (solicitud nº 3890/11), apartados 81-82.

²⁸³ Las denuncias de los ciudadanos tienen que ver sobre todo con los procedimientos de ejecución onerosos y excesivamente prolongados, y con las diferentes normativas de las autoridades nacionales.

²⁸⁴ Véase, por ejemplo, los siguientes asuntos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: *PP v Polonia* (solicitud nº 8677/03); *Shaw v. Hungría* (solicitud nº 6457/09); *Raw y Otros v. Francia* (solicitud nº 10131/11).

²⁸⁵ Por ejemplo, en algunos Estados miembros las disposiciones sobre la ejecución permiten archivar los recursos interpuestos ante las órdenes de restitución.

²⁸⁶ Asunto C-195/08 PPU *Rinau*, (2008) ECR I-05271, apartado 82.

de las medidas que deban tomarse debe valorarse teniendo en cuenta la celeridad de su aplicación²⁸⁷.

El objetivo fundamental de la política de la Unión en el ámbito del derecho procesal en materia civil es que las fronteras entre los Estados miembros no constituyan obstáculos para la ejecución de las decisiones en materia civil. A fin de mejorar la eficacia de la aplicación del Reglamento, especialmente en el aspecto crucial de la devolución del menor, la Comisión revisará la ejecución de las decisiones en este ámbito, incluyendo la conveniencia de establecer normas mínimas comunes sobre la ejecución de las resoluciones judiciales.

Finalmente el Reglamento contiene, en su artículo 56, disposiciones específicas para el acogimiento del menor en un establecimiento o en una familia de acogida en otro Estado miembro. Cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro contempla el acogimiento del menor en otro Estado miembro, y en el Estado de acogida es necesaria la intervención de una autoridad pública en los casos internos de acogimiento de menores, dicho órgano jurisdiccional debe consultar a la autoridad central o a otra autoridad competente del Estado de acogida y obtener su aprobación antes de adoptar la decisión de acogimiento. Actualmente, los procedimientos de consulta y aprobación se rigen por la legislación nacional del Estado miembro de acogida, lo cual quiere decir que en los Estados miembros se aplican distintos procedimientos internos. Las autoridades centrales deben cooperar, cuando así se solicite, proporcionando información y ayuda²⁸⁸.

El TJUE ha confirmado que antes de la ejecución de una resolución judicial de acogimiento en un Estado miembro debe declararse ejecutoria en ese Estado. Uno de los motivos que pueden alegarse para oponerse a un otorgamiento de la ejecución de una decisión de acogimiento de un menor en otro Estado miembro es que no respete el procedimiento que establece el artículo 56 del Reglamento²⁸⁹, que pretende evitar que se impongan las medidas de acogimiento en el Estado de acogida. Con el fin de no privar al Reglamento de su aplicación

²⁸⁷ Véase, por ejemplo, *Shaw v Hungría* (solicitud nº 6457/09) y *Raw v Francia* (solicitud nº 10131/11).

²⁸⁸ Artículo 55, letra d).

²⁸⁹ Artículo 31, apartado 2, y artículo 23, letra g).

efectiva, el TJUE añade que la decisión sobre la aplicación de un otorgamiento de la ejecución debe tomarse con especial diligencia y que los recursos que se interpongan contra tal decisión no tendrán efecto suspensivo²⁹⁰. Sin perjuicio de estas observaciones, los expertos han puesto de manifiesto que la aplicación del procedimiento de exequátur a las decisiones de acogimiento es excesivamente engorrosa teniendo en cuenta las necesidades del menor. Por tanto, debe estudiarse la aplicación de un procedimiento común y uniforme que permita que las disposiciones sobre el acogimiento del menor en otro Estado miembro se apliquen de forma más rápida y eficaz, como medio para superar los problemas mencionados, y para proteger así el interés del menor²⁹¹.

²⁹⁰ Asunto C-92/12 PPU Servicio Nacional de Salud. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A62012CA0092>

²⁹¹ El hecho de que los Estados miembros no interpreten el término «ejecución» de igual forma tiene como consecuencia la adopción de políticas discordantes en cuanto a qué sentencias sobre responsabilidad parental requieren un otorgamiento de la ejecución. Esto tiene consecuencias importantes cuando, por ejemplo, una persona es designada como tutor de un menor por un tribunal de un Estado miembro, y este tutor solicita un pasaporte en otro Estado miembro. En tales casos, algunos Estados miembros solo requieren el reconocimiento de la resolución judicial que atribuye la tutela, mientras que otros, considerando que la emisión de un pasaporte es un acto de ejecución, requieren un otorgamiento de ejecución de la resolución que atribuye la tutela antes de que pueda expedirse el pasaporte.

**CAPÍTULO II: ÁMBITO DE APLICACIÓN Y COMPETENCIA EN EL
REGLAMENTO 2201/2003 Y LA NECESARIA REFERENCIA A LA CUESTIÓN
DE LA LEY APLICABLE**

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

En este apartado vamos a analizar el campo de actuación que abarca el Reglamento 2201/2003, las materias sobre las que se va aplicar y la repercusión que ello tiene en las normativas internas de cada Estado miembro. Lo analizaremos de un modo general y, posteriormente, de modo particular, desde los ámbitos de aplicación material, temporal, funcional y territorial. Posteriormente, en los capítulos siguientes, veremos la competencia judicial internacional o jurisdicción, por un lado, y por otro la norma aplicable. Se debe conocer si los tribunales de un Estado miembro tienen jurisdicción para conocer de un asunto transfronterizo y, una vez averiguado y contestado en sentido positivo, deberemos saber cuál es la norma sustantiva aplicable para resolver el conflicto que las partes plantean en este caso.

Para entender la posición que ocupa el Reglamento 2201 en la regulación de las relaciones parentales y el ámbito material de aplicación, será necesario reparar en la regulación reglamentaria que le sirve de precedente. Así, doctrinalmente, se ha señalado el Reglamento 44/2001 (Bruselas I) como «el causahabiente» de la norma convencional verdaderamente constitutiva de la cooperación judicial en materia civil entre países miembros de la Unión Europea, concretada en el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968. Sin embargo, y para los menores, este Reglamento Bruselas I, ahora Reglamento 1215/2012, se aplica al reconocimiento y ejecución de las medidas que conciernen al patrimonio de los niños pero no directamente a su protección. Se trata de una regulación eficaz y necesaria en su ámbito de aplicación, pero que no emana del principio de protección integral del menor, cosa que si sucede en el Reglamento 2201/2003.

El antecedente directo del Reglamento 2201/2003 fue, como ya hemos visto, el Reglamento 1347/2000 o Reglamento Bruselas II relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes. El mismo fue aplicado tras su entrada en vigor el 1 de marzo de 2001 hasta la entrada en vigor del Reglamento 2201 o Bruselas II bis. Este Reglamento, a diferencia de su precedente, se centra en regular el mayor tipo posible de

relaciones paterno filiales, incluyendo tanto a las matrimoniales como a las no matrimoniales, así como cualquier tipo de vinculación con los menores, las personas jurídicas o las existentes con otros parientes que no sean los progenitores. Es decir, extiende la Regulación del Reglamento a un ámbito más extenso de relaciones que supera el círculo paterno filial e incluso la relación de consanguinidad para llegar, incluso, a las relaciones de afinidad.

La razón de esto es que éste centra su atención en los menores y en su protección, mientras que el anterior tenía a los padres como el eje de su regulación. Por ello podemos considerar que no nos encontramos ante una simple mejora legislativa, sino ante un nuevo instrumento jurídico que surge con la consolidación cada vez mayor del principio del interés superior del menor, convirtiendo su beneficio, su protección, en el valor fundamental.

Así pues, el principio esencial que rige toda la regulación comunitaria es el del beneficio del menor como interés superior, que ha de prevalecer sobre cualquier otro aunque sea legítimo. Dejando así de centrar la atención en los cónyuges y en los padres para ponerla en la protección de los menores que se ven afectados por resoluciones judiciales que les vinculan. Ejemplo de ello será el principio de audiencia al menor que afecta a la actuación procesal del mismo en concordancia con la importancia que se da a los intereses que le serán propios, sin que con ello se pretendan modificar los procedimientos.

Otro sería el criterio de la proximidad a la residencia habitual del menor y que hay que atender para fijar los foros competenciales, significando esto que serán los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el cual tiene su residencia habitual los que deben, en primer lugar, ostentar la competencia, excepto, en ciertos casos de cambio de residencia del menor o como en el supuesto de que exista un acuerdo contrario entre los titulares de la responsabilidad parental y otros que veremos más adelante. Un último ejemplo del principio lo podemos encontrar en la búsqueda de la igualdad de todos los hijos, por lo que el Reglamento, su aplicación, se extenderá a todas las resoluciones en materia de responsabilidad parental, independientemente de que estén o no vinculados a un procedimiento matrimonial.

En virtud del principio de supremacía comunitario, dentro del panorama jurídico, en cuestiones procesales relativas a crisis familiares y responsabilidad parental, regirá el Reglamento 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia para el reconocimiento y ejecución de las resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental que deroga el Reglamento 1347/2000. Es importante destacar que se refiere sólo a competencia, reconocimiento y ejecución, y no a ley aplicable. En materia de competencia o jurisdicción, el Reglamento distingue entre el tratamiento de la acción de nulidad, separación o divorcio, por un lado, y por otro las cuestiones de responsabilidad parental.

Tal como nos dice DÍAZ-AMBRONA²⁹², el Reglamento 2201/2003 se aplica:

- A los procedimientos relativos al *divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial*. En este caso se contempla cualquier clase de matrimonio que haya producido efectos civiles, por lo que puede ser civil o religioso, siempre que este último produzca efectos civiles, como en el caso de España. Quedan, por tanto, excluidos de su aplicación los matrimonios religiosos que no tienen efectos civiles y las uniones de hecho, estén o no reguladas en los Estados miembros, por cuanto el art. 1 de la norma comunitaria utiliza la palabra matrimonio. Como recoge el considerando 6: “Dado que la aplicación de las disposiciones en materia de responsabilidad parental se produce a menudo en el marco de acciones judiciales en materia matrimonial, resulta más apropiado tener un único instrumento en materia de divorcio y de responsabilidad parental”.

- A los procedimientos civiles relativos a la responsabilidad parental sobre los hijos. Se amplía el ámbito a todas las resoluciones en materia de responsabilidad parental, es decir, a la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental, con independencia de que estén vinculados o no a un procedimiento en materia matrimonial. Se refieren, en particular, al derecho de custodia y el derecho de visita, tutela, curatela y otras instituciones análogas, a la designación y las funciones de toda persona u

²⁹² Vid. DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M.^a D. y otros (Hernández Díaz-Ambrona, M.^a Dolores; Tejedor Muñoz, Lourdes; y Pous de la Flor, M.^a Paz), *Derecho Civil de la Unión Europea (adaptado al Tratado de Lisboa)*, Ed. Colex, Majadahonda, 2010, págs. 574-575.

organismo encargado de ocuparse de la persona o bienes del menor, de representarlo o de prestarle asistencia, del acogimiento del menor en una familia o en un establecimiento y a las medidas de protección del menor ligadas a la administración, conservación o disposición de sus bienes.

- A los procedimientos que sin ser judiciales se reconozcan oficialmente en cualquiera de los Estados miembros, con excepción de Dinamarca, a la que no se aplica el Reglamento.

En sentido negativo, hay que mencionar que el Reglamento no se aplica (art. 1.3):

- A la determinación e impugnación de la filiación, por ser un estado civil.
- A las resoluciones sobre adopción y medidas que la preparan, ni a la anulación y revocación de la adopción.
- Al nombre y apellidos del menor.
- A la emancipación.
- A las obligaciones de alimentos.
- A los fideicomisos y las sucesiones.
- A las medidas adoptadas a consecuencia de infracciones penales cometidas por los menores.

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN

A) ÁMBITO DE APLICACIÓN MATERIAL

De acuerdo con PALOMO HERRERO, hay que señalar que, según el art. 1.1 y 2 del Reglamento, éste se aplica a las resoluciones judiciales (también incluye documentos públicos y acuerdos entre partes que gocen de fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen) dictadas por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, independientemente de la naturaleza de este órgano

jurisdiccional y de cómo se denomine la resolución, incluyendo los términos sentencia y auto²⁹³. En principio, y salvo lo previsto en el art. 21.2 del Reglamento respecto de las resoluciones matrimoniales cuyo reconocimiento permite la actualización de los datos del Registro Civil del Estado requerido, no se exige la firmeza de la resolución.

El Reglamento se extiende a las materias civiles relativas al divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial, así como a la atribución, ejercicio, delegación, restricción o finalización de la responsabilidad parental (art. 1.1). El Reglamento no tiene incidencia alguna sobre el Derecho material de los Estados miembros. Así, mientras que hay algunos Estados que, como España, conocen las instituciones de la nulidad, la separación judicial y el divorcio, otros sólo establecen el divorcio y la nulidad, y algunos únicamente el divorcio. Que se pueda o no solicitar la separación judicial en un Estado cuyo Derecho material no conoce dicha institución depende de cuál sea la ley aplicable a la demanda. En virtud de las normas de Derecho internacional privado un juez alemán puede tener que aplicar Derecho italiano. En ese caso podría perfectamente pronunciar una sentencia de separación judicial, pese a que dicha institución es desconocida en el Derecho alemán. Si en cambio fuera aplicable el Derecho alemán o el de algún otro Estado que no conozca la institución de la separación matrimonial, no cabría tal pronunciamiento, por mucho que el Reglamento otorgue competencia a los tribunales de dicho Estado.

Por otra parte, la aplicación de un instrumento relativo a la disolución del vínculo conyugal presupone la existencia de un matrimonio. Sin embargo, el Reglamento no contiene ninguna definición de matrimonio por lo que surge, en particular, la duda respecto a su aplicabilidad a los matrimonios de personas del mismo sexo. En la doctrina mayoritaria se ha defendido que la disolución de tales uniones no ha de incluirse en el ámbito material de aplicación del Reglamento, lo que tendría como consecuencia la vigencia en relación a las mismas de las normas de competencia judicial internacional internas de cada Estado. Existen, sin embargo, argumentos sólidos para defender que el concepto de matrimonio ha

²⁹³ Vid. PALOMO HERRERO, M.^a. Y., en JIMENO BULNES, M. (coord.). *La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea: instrumentos procesales*, Bosch Editor, Barcelona, 2007.

de definirse en cada Estado conforme a las categorías internas, pues el Reglamento Roma III sobre la ley aplicable al divorcio y la separación judicial conduce, como veremos, a dicha conclusión y existe una evidente relación entre ambos instrumentos, que se refieren a la misma materia²⁹⁴.

De seguirse esta última interpretación, desde la perspectiva española, la competencia judicial internacional de los jueces y tribunales españoles en materia de separación, nulidad y divorcio se determinaría conforme a las disposiciones del Reglamento 2201/2003 pues para el Derecho español tal matrimonio es el matrimonio de personas de distinto como de diferente sexo. No obstante, los matrimonios homosexuales y sus asesores legales habrán de tener siempre presente que las decisiones adoptadas no necesariamente serán reconocidas y ejecutadas en los demás Estados conforme a las disposiciones reglamentarias, pues si el concepto de matrimonio se define conforme a las categorías del Derecho interno cabe que la unión no se equipare a matrimonio en el Estado miembro en el que se solicite dicho reconocimiento. Aunque en la doctrina tiene sus defensores, no parece hoy por hoy factible que el legislador de la Unión o el Tribunal de Justicia acuñe un concepto comunitario de matrimonio que incluya a las uniones homosexuales.

En cuanto al concepto de responsabilidad parental como nos indica PALOMO HERRERO²⁹⁵ el mismo es definido en el art. 2.7, señalando que se trata de «... los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por 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.

En concreto, se consideran resoluciones judiciales en materia de responsabilidad parental aquellas que versen sobre el derecho de custodia y el derecho de visitas, la tutela, curatela e instituciones análogas, la designación y funciones de toda persona que deba ocuparse de su persona o bienes, representarlo o prestarle asistencia, acogimiento de un menor en una familia o

²⁹⁴ Vid. apartado 10 del Preámbulo del Reglamento Roma III.

²⁹⁵ Vid. PALOMO HERRERO, M.^a Y., en JIMENO BULNES, M. (coord.). *La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea: instrumentos procesales*, Bosch Editor, Barcelona, 2007.

establecimiento, medidas de protección del menor ligadas a la administración, conservación o disposición de sus bienes (art. 1.2). Resulta indiferente que tales resoluciones estén vinculadas o no a un procedimiento matrimonial.

Sin embargo, como ya se ha dicho *supra*, el Reglamento no se aplica a determinadas materias, según el art. 3, como determinación e impugnación de la filiación, adopción y medidas que la preparan, así como su anulación y revocación, el nombre y apellidos del menor, emancipación, alimentos, fideicomisos y sucesiones y medidas adoptadas a consecuencia de infracciones penales cometidas por los menores.

El Reglamento 2201/2003, no es una norma de derecho material sobre la responsabilidad parental, sino un instrumento de derecho procesal civil internacional en materia de competencia y reconocimiento de resoluciones, que busca allanar la solución de conflictos de competencia en el reconocimiento y ejecución de decisiones y la cooperación de las autoridades nacionales de los Estados miembros.

Es decir, lo que persigue el Reglamento es la armonización y la cooperación entre los Estados miembros en la aplicación de sus respectivas leyes sobre responsabilidad parental y crisis matrimoniales, cuya idiosincrasia se respeta y se mantiene, y ello, como dice ORTUÑO MUÑOZ²⁹⁶ «en virtud de una especie de compromiso pragmático basado en la confianza mutua, del que son expresión:

a) La ausencia de reglas de conflictos de leyes (diferencia notable con el Convenio de la Haya de 1996 que, en esta materia, permanecerá en vigor),

b) La regla respecto al reconocimiento de las resoluciones recogida en el artículo 26, en virtud del cual las resoluciones no podrán en ningún caso ser objeto de una revisión en cuanto al fondo y

c) Las tasadas causas de denegación del reconocimiento que recoge el artículo 23, prácticamente todas referidas a cuestiones procesales, con

²⁹⁶

Vid. ORTUÑO MUÑOZ, P., «Competencia judicial internacional y reconocimiento de decisiones en materia de protección de menores. Aplicación conjunta de distintos instrumentos internacionales. Reglamento (CE) 2201/2003», *Cooperación judicial en materia de familia y relaciones parentales en la UE*, Madrid, CGPJ, 2006, página 161 y siguientes.

excepción de la cláusula de orden público del Estado requerido, matizado con los términos 'manifiestamente contrario' y la apelación al interés superior del menor.

Si bien esta aproximación de las normas procesales es el objetivo fundamental del Reglamento, puesto que se enmarca en el ámbito de la cooperación, ello no significa que no exista el objetivo comunitario de alcanzar el establecimiento de unas instituciones jurídicas uniformes, en el ámbito material o de fondo, con fundamento en una tradición jurídica compartida.

En este sentido, en el aspecto propiamente material de la responsabilidad parental, se está configurando esta institución como un conjunto de derechos, deberes y valores, regidos por el principio del interés superior del menor, que tiene trascendencia público-internacional, puesto que deriva de diversas fuentes de este carácter, como los Tratados europeos incluido el Tratado constitucional, la Declaración Universal de los Derechos del niño, la Carta Europea de Derechos Humanos y los demás Convenios internacionales que inciden en la materia. De estas fuentes emana igualmente un principio común de orden público internacional consistente en que el Estado debe garantizar a todos los menores que se encuentren en su territorio, un elenco de derechos básicos relativos a la salud, a la integridad física y moral, a la educación, a mantener relación con sus progenitores y en general, los derechos fundamentales de la persona. Los menores se hallan obligados por su parte al aprendizaje y aceptación de las normas esenciales de la comunidad donde se hallen, que vendrán determinadas por la legislación de cada Estado.

Por todo ello, como paso previo a precisar el ámbito competencial del Reglamento 2201/2003, ha de determinarse cuál es el contenido y campo propio del derecho civil y mercantil en el marco del derecho comunitario. Así: son materias incluidas desde esta perspectiva general, en el ámbito del derecho civil comunitario, las obligaciones alimenticias vinculadas a la responsabilidad parental, los efectos patrimoniales del matrimonio y sus crisis, los deberes resarcitorios imputables a la responsabilidad extracontractual de las Administraciones públicas y las resoluciones en materia de responsabilidad civil dictadas por órganos de la jurisdicción penal. Por otra

parte, son materias excluidas: el estado y la capacidad de las personas físicas, los regímenes matrimoniales, los testamentos y las sucesiones.

Centrándonos en el Reglamento 2201/2003, a pesar de la casuística regulación de inclusiones y exclusiones que realiza, respecto a su ámbito material de aplicación pueden suscitarse dudas interpretativas, para las que resultará de utilidad el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996. Así ORTUÑO MUÑOZ²⁹⁷ señala como ejemplos de estas posibles interrogantes interpretativas las referentes a determinadas materias administrativas tendentes a la protección del menor o a las medidas adoptadas en causas penales, tanto cuando los infractores sean los menores como cuando lo sean los que ejerzan la responsabilidad parental, por ejemplo, en los casos de violencia doméstica.

Según CARO GÁNDARA²⁹⁸, el que algunas de las medidas de protección de los menores presenten perfiles públicos y privados, puede dar lugar también a problemas interpretativos, teniendo en cuenta los casos concretos excluidos en el considerando 10 del Reglamento, es decir, seguridad social, medidas de derecho público en materia de educación y salud y resoluciones relativas a derecho de asilo e inmigración, así como la cuestión de definir el acogimiento preadoptivo, puesto que el acogimiento familiar aparece incluido en el ámbito de aplicación del Reglamento y sin embargo, están excluidas las medidas que preparan la adopción, según el artículo 1.3.b. Si bien se trata de cuestiones que se regulan en el marco del derecho civil o privado en la generalidad de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, es también comúnmente reconocido que el Estado ha de intervenir en la vigilancia de la responsabilidad parental, aunque ello represente una injerencia en el ámbito privado de las familias.

Los aspectos que han de respetarse en esta intromisión de las

²⁹⁷ Vid. ORTUÑO MUÑOZ, P., «Competencia judicial internacional y reconocimiento de decisiones en materia de protección de menores. Aplicación conjunta de distintos instrumentos internacionales. Reglamento (CE) 2201/2003», *Cooperación judicial en materia de familia y relaciones parentales en la UE*, Madrid: CGPJ, 2006, página 161 y siguientes.

²⁹⁸ Vid. CARO GÁNDARA, R., en “Nuevos desafíos comunitarios en materia matrimonial y de responsabilidad parental en las relaciones jurídicas transfronterizas: (competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de familia y sustracción internacional de menores a la luz del Reglamento 2201/2003)”, en *Estudios jurídicos*, N.º. 2004, 2004, págs. 4707-4708.

instituciones públicas en aras de la inspección del ejercicio de la responsabilidad parental son las contenidas en la STEDH de 24 de marzo de 1988 dictada en el caso Olson vs. Suecia (nº. 10465/83)²⁹⁹, que se concretan en que: 1. toda actuación pública en esta materia ha de estar sujeta al principio de legalidad, 2. ha de resultar necesaria, 3. su finalidad ha de ser legítima, 4. las medidas que se adopten han de ser proporcionales al riesgo que puedan causar, 5. ha de garantizarse la imparcialidad, que se dará cuando se hayan conocido todos los puntos de vista.

Desde el punto de vista subjetivo, habrá que determinar que se entiende por menor a los efectos del Reglamento 2201/2003. No se especifica, cual es el límite de edad del niño sujeto a la responsabilidad parental, por lo que acudiremos al Convenio de La Haya de 1996 que señala el límite de la minoría de edad en 18 años. Quedan, por tanto, también fuera del Reglamento los incapaces³⁰⁰ que hayan alcanzado la mayoría de edad, pero sobre los que se ejerza la responsabilidad parental para su tutela. No se hace excepción alguna con respecto a los menores susceptibles de emancipación según la legislación nacional, en lo que se refiere a su capacidad parcial para determinados actos.

En lo que aquí interesa, es decir, en materia de responsabilidad parental, el Reglamento 2201/2003 se aplica a todas las resoluciones respecto de los hijos menores de edad, con independencia, como se decía anteriormente, de que entre sus padres exista o no vínculo matrimonial, —con lo que se trata de

²⁹⁹ Según la sentencia del Tribunal Europeo, el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental de la vida de familiar, así el artículo 8 del Convenio Europeo tiene como objetivo “preservar al individuo contra las injerencias arbitrarias de las autoridades públicas y establecer obligaciones positivas a cargo del Estado a favor del respeto efectivo de la vida familiar”, párrafo 81.

³⁰⁰ Ello significa simplemente que las reglas convencionales de competencia, de conflicto de leyes, etc., se aplicarán a los niños hasta esa edad, aún en el caso en que, antes de esta edad, fuesen capaces según su ley personal. El Convenio, y el Reglamento, dejan de aplicarse cuando el niño alcance la edad de 18 años. Puede, por tanto, ocurrir que necesite protección después de esa edad, sea porque no haya alcanzado la mayoría de edad según la ley reguladora de su capacidad, sea porque su estado de salud requiera una medida de protección. En estos casos corresponderá a cada Estado garantizar esta protección según su Derecho nacional. Esto, en nuestra opinión, contradice el principio de protección del interés del menor, interés que debería gozar de mayor protección en el caso de un incapaz. El que esto no sea así quizás debería considerarse una deficiencia a resolver y que, lamentablemente, no ha sido así contemplada en la propuesta de refundición del Reglamento 1347 y Reglamento 2201, ver: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/ES/1-2016-411-ES-F1-1.PDF>

garantizar la igualdad de todos los hijos—, cuando residan habitualmente en un Estado miembro en el momento en que se presente el asunto ante el órgano jurisdiccional. Con ello se pone remedio a una de las «deficiencias» observadas en el Reglamento 1347/2000, que había recibido bastantes críticas respecto al ámbito de aplicación personal sobre el que recaía, fundamentalmente por no contemplar la situación de los hijos no comunes del matrimonio o de los hijos comunes habidos fuera del vínculo matrimonial, así como por la carencia de soluciones que daba a los conflictos sobre el derecho de visita.

Igualmente el Reglamento se aplica tanto a los menores nacionales del país donde tienen su residencia, como a aquellos otros menores que tienen vínculos suficientemente profundos con el territorio de uno de los Estados miembros. Se incluyen por tanto, todas las decisiones referentes al ámbito familiar y de filiación excluidas del Reglamento 1215/2012 que es el que trata de la materia civil y mercantil en general.

Uno de los aspectos positivos del Reglamento y que pone de manifiesto también el propósito de constituir una regulación lo más extensa posible en la materia, es que el término decisión no se refiere sólo a las decisiones judiciales, sino también, como se expuso más arriba, a las que hayan adoptado autoridades administrativas, tratando con ello de coordinar las distintas variedades que puedan ofrecer los ordenamientos jurídicos nacionales. Sólo se excluyen de su ámbito de aplicación los procedimientos de naturaleza religiosa.

Por otra parte, esta profundidad de la regulación se manifiesta también en la forma en que el artículo 2.4 independiza el concepto de resolución judicial de su denominación, incluyendo, no obstante, los términos sentencia y auto.

Concretando más las materias reguladas por el Reglamento y específicamente en materia de responsabilidad parental, éstas son las siguientes: la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental que incluyen el derecho de custodia y de visita, la tutela, curatela y otras instituciones análogas, la designación y

las funciones de toda persona u organismo encargado de ocuparse de la persona o de los bienes de menor, de representarlo o de prestarle asistencia, el acogimiento del menor en una familia o en un establecimiento y las medidas de protección del menor ligadas a la administración, conservación o disposición de sus bienes.

El Reglamento se aplica a las materias expuestas, con independencia de que éstas, en el ámbito del derecho interno, sean consideradas de naturaleza civil o, por ejemplo, se considere que el acogimiento de un menor desamparado pertenece al ámbito del «Derecho público». Ha de tenerse en cuenta que esta enumeración de contenidos es enunciativa y no exhaustiva. Por ello, autores como PUIG BLANES³⁰¹ consideran que “podrían incluirse dentro del ámbito del Reglamento, las medidas que posean consecuencias patrimoniales de carácter protector, como por ejemplo, las autorizaciones judiciales de enajenación de bienes de menores dictadas en procesos de jurisdicción voluntaria”.

Para terminar de delimitar el ámbito de aplicación material de han de exponerse también los supuestos excluidos que son: la determinación e impugnación de la filiación, las resoluciones sobre adopción y medidas que la preparan, así como su anulación y revocación, la determinación del nombre y de los apellidos, la emancipación, los alimentos, los fideicomisos y sucesiones y las medidas adoptadas como consecuencia de infracciones de carácter penal cometidas por los menores.

La exclusión de la determinación e impugnación de la filiación se basa en que se considera una materia distinta de la atribución de la responsabilidad parental, regulándose por el derecho nacional de cada Estado, al igual que cualquier otro derecho relativo a la persona, sin perjuicio de que en materia probatoria pueda ser utilizado el Reglamento 1206/2001, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o

³⁰¹ Vid. PUIG BLANES, F.P. en “Competencia judicial y foros de competencia en 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”, *Cooperación judicial en materia de familia y relaciones parentales en la UE*, Madrid: CGPJ, 2006.

mercantil.

Con respecto a las medidas sobre adopción y actos que la preparan como acogimientos preadoptivos o régimen de obtención de consentimientos y asentimientos, así como las medidas de anulación o revocación, deberán regularse en su vertiente transnacional fuera del ámbito comunitario, por el Convenio de La Haya de 1993 entre los Estados que lo hayan ratificado. La exclusión de la emancipación resulta comprensible puesto que su presupuesto esencial es la autonomía del menor y, por consiguiente, la innecesaridad de su protección.

Por lo que respecta a la esfera patrimonial de los menores, el Reglamento 2201/2003 sólo se aplica a las medidas de protección del menor, o lo que es lo mismo, a la designación y funciones de la persona u organismo encargado de administrar los bienes del menor, de representarlo y de prestarle asistencia y a las medidas relativas a la administración, conservación o disposición de sus bienes. Cuando se trate de medidas referidas al patrimonio del menor pero que no contengan este elemento de guarda y protección del mismo, quedan fuera de su ámbito, rigiéndose por el Reglamento 1215/2012.

La determinación de cuando una específica medida está vinculada o no con su protección, es una decisión judicial a adoptar en cada caso concreto. Los alimentos quedan excluidos por entenderse que su objeto pertenece al ámbito del Reglamento 4/2009, si bien lo que va a producirse con frecuencia es una concurrencia en la tramitación de ambas pretensiones, es decir, una acumulación del reconocimiento de las resoluciones relativas a la responsabilidad parental y de las relativas a los alimentos ante los mismos órganos jurisdiccionales, aunque las normas que haya que aplicar para resolver ambos aspectos serán diferentes.

También se excluyen los asuntos relativos a la seguridad social, medidas generales sobre salud o educación cuando no se trate de medidas concretas o individualizadas y derecho de asilo e inmigración, sin perjuicio de la protección que haya de prestarse a los niños. No obstante, recuerda

ORTUÑO MUÑOZ³⁰² que las exclusiones, en la aplicación del Reglamento deberán interpretarse de forma flexible en aras de la eficacia y pone el ejemplo de que de nada serviría el reconocimiento de una resolución sobre el régimen de visitas o administración de bienes de un progenitor no residente comunitario, al que no se le facilitara, al mismo tiempo, la circulación y estancia en el Estado de residencia del menor, en alguna de sus modalidades.

El ámbito de aplicación del Reglamento se extiende también a las costas generadas y a la ejecución de cualquier resolución relativa a las mismas, exceptuándose el supuesto del reconocimiento y ejecución de resoluciones sobre cumplimiento del derecho de visitas y restitución del menor que se entiende ha de ser gratuito (artículo 49).

Habida cuenta de que se viene desarrollando como alternativa a la solución judicial de las crisis matrimoniales y de sus efectos, la mediación familiar, tanto a nivel interno como en el ámbito internacional, cabe plantearse si el Reglamento 2201/2003 habría de tenerse en cuenta en estos casos. No parece que pueda mantenerse su aplicación, puesto que claramente se refiere el Reglamento a los supuestos de resoluciones adoptadas por órganos jurisdiccionales, aunque se entiendan los mismos en sentido amplio.

Como indica CORDERO ÁLVAREZ³⁰³, faltando una normativa expresa, en materia familiar, en el sistema de derecho internacional privado, su funcionamiento en supuestos transfronterizos parte de la autonomía de la voluntad de las partes, si bien distinguiéndose entre el régimen del contrato de mediación familiar internacional y el acuerdo de mediación familiar internacional. Mediante el primero se vinculan las partes y el mediador y se regula el funcionamiento de la mediación. Tratándose de un contrato, está comprendido dentro del ámbito de las obligaciones convencionales, pudiendo aplicarse por ello el régimen general del Convenio de Roma de 1980 sobre ley

³⁰² Vid. ORTUÑO MUÑOZ, P., «Competencia judicial internacional y reconocimiento de decisiones en materia de protección de menores. Aplicación conjunta de distintos instrumentos internacionales. Reglamento (CE) 2201/2003», Cooperación judicial en materia de familia y relaciones parentales en la UE, Madrid: CGPJ, 2006, página 161 y siguientes.

³⁰³ Vid. CORDERO ÁLVAREZ, C.I., en "Crisis matrimoniales y responsabilidad parental dentro y fuera de la Unión Europea: El Código de familia comunitario", en *Anuario Jurídico Escorialense*, XXXIX, 2006, págs. 215-258.

aplicable a las obligaciones contractuales, vigente para España desde el año 1993.

Por su parte, el acuerdo de mediación familiar internacional incluiría los pactos entre las partes sobre las distintas cuestiones relacionadas con la disolución de la relación matrimonial, obtenidos tras la mediación. Tratándose de un negocio jurídico de derecho de familia quedaría excluido de las normas del Convenio de Roma (artículo 1.2.b), defendiéndose por CORDERO ÁLVAREZ³⁰⁴ tanto la aplicación del artículo 9.2, por analogía con el régimen de pactos de la separación de hecho y su adscripción al régimen de relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges, como del artículo 107 del CC, buscando una identidad con las soluciones judiciales de las crisis matrimoniales.

B) ÁMBITOS DE APLICACIÓN TEMPORAL Y FUNCIONAL

Con relación al ámbito de aplicación temporal, con carácter general el Reglamento se aplica a las resoluciones judiciales dictadas tras su entrada en vigor y como consecuencia de acciones judiciales ejercitadas también con posterioridad a esta fecha, es decir, tras el 1 de marzo de 2005 (arts. 72 y 64.1 Reglamento). Sin embargo, también se establece que se aplicará al reconocimiento y exequátur de resoluciones judiciales dictadas con anterioridad al 1 de marzo de 2005 en tres casos concretos (apartados 2, 3 y 4 del art. 64 del Reglamento). Según el artículo 64, lo dispuesto en el Reglamento solamente se aplicará “a las acciones judiciales ejercitadas, a los documentos públicos con fuerza ejecutiva formalizados o registrados y a los acuerdos entre partes celebrados con posterioridad a la fecha de su entrada en vigor”. Por tanto el Reglamento se aplicaría, en principio, a todos los procedimientos iniciados tras el 1 de marzo de 2004, sin embargo, esta referencia debe considerarse como un error de la versión en castellano del Reglamento e interpretarse que el Reglamento 2201/2003 solamente se aplicará a los procedimientos iniciados con posterioridad a la fecha de

³⁰⁴

Vid. CORDERO ÁLVAREZ, C.I., en “Crisis matrimoniales y responsabilidad parental dentro y fuera de la Unión Europea: El Código de familia comunitario”, en Anuario Jurídico Escorialense, XXXIX, 2006, págs. 215-258.

aplicación del Reglamento, es decir, 1 de marzo de 2005, tal y como se establece en otras versiones del artículo 64 del Reglamento.

Precisión importante ya que afectará a los supuestos de vulneración de un derecho de visita sobre hijos comunes acordada por sentencia, y dicha sentencia deberá ser ejecutada directamente tal y como se establece en el Reglamento 2201/2003. Las sentencias dictadas después del 1 de marzo de 2005 como consecuencia de demandas presentadas estando vigente el Reglamento 1347/2000 deberán ser reconocidas y declaradas ejecutables, o ejecutadas, de acuerdo con el Reglamento Bruselas II bis (art. 64.2).

Por lo que al ámbito de aplicación funcional se refiere a que la competencia está atribuida a los órganos jurisdiccionales y autoridades competentes de los Estados miembros, por lo que también podría haber procedimientos arbitrales y administrativos³⁰⁵.

El órgano jurisdiccional de un Estado miembro, en el supuesto de que carezca de toda competencia, deberá declararse de oficio incompetente sin estar obligado a remitir el asunto a otro órgano jurisdiccional. Estos fueros de atribución de la competencia internacional son *numerus clausus* y normas imperativas de *ius cogens*, que no admitirán derogación por sumisión. Sin embargo en asuntos de responsabilidad parental, siempre que la protección del interés superior del menor lo exija, el órgano jurisdiccional nacional que se haya declarado de oficio incompetente deberá informar de ello al órgano jurisdiccional competente directamente por conducto de la Autoridad central designada, de conformidad con el artículo 53 del Reglamento, o a través de la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil (art. 54) por el deber de cooperación entre los Estados miembros que establece el art. 55 (Sentencia de 2/4/09 C-523/07).

³⁰⁵

El Considerando (7) del Reglamento señala que “se aplica a las materias civiles, con independencia de cuál sea la naturaleza del órgano jurisdiccional”. Luego, no únicamente es aplicable a los procedimientos judiciales, sino también a los administrativos admitidos por el derecho interno de los Estados miembros. A este respecto Vid. NOURISSAT, C., “Le Règlement Bruxelles II bis: conditions générales d’application”, en FULCHIRON, H. / NOURISSAT, C. (Dir), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Dalloz, Paris, 2005, pp. 1 ss (en esp. p. 4); HAMMJE, P., “Article 2. Définitions“(Commentaire des dispositions du Règlement 2201/2003 Bruxelles II bis relatives au divorce) en CORNELOUP, S. (Dir), *Droit Européen du divorce. European divorce law*, Université du Bourgogne, travaux du Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, Vol. 39, 2013, pp. 213 ss.

Frente a la imperatividad de lo dispuesto en el art. 24 del Reglamento sobre la prohibición de control de la competencia del órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen, considera el Tribunal que resulta inherente al principio de confianza mutua que el órgano jurisdiccional de un Estado miembro ante el que se ha planteado una demanda en materia de responsabilidad parental compruebe su competencia a la luz de los artículos 8 a 14 del Reglamento nº 2201/2003 y que se desprenda claramente de la resolución dictada por este órgano jurisdiccional que éste ha aceptado someterse a las reglas de competencia directamente aplicables, previstas en este Reglamento, o que ha resuelto conforme a ellas (Sentencia de 15/7/2010 C-256/09).

B) *ÁMBITO DE APLICACIÓN TERRITORIAL*

Finalmente y respecto del ámbito de aplicación territorial el Reglamento rige para todos los Estados miembros a excepción de Dinamarca. Como es sabido de conformidad con los artículos 1 y 2 del Protocolo sobre la posición de Dinamarca anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, Dinamarca no participa en ninguna de las medidas adoptadas en el ámbito de la cooperación civil. Respecto a algunas materias se han negociado Tratados paralelos entre el Reino de Dinamarca y la Comunidad Europea. No es éste el caso de la materia que nos ocupa.

En el caso del Reino Unido e Irlanda el Protocolo sobre la posición de estos países en relación al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea les permite decidir caso por caso si desean o no participar en los instrumentos adoptados en el ámbito de la cooperación civil (mecanismo del *opting-in*). Su decisión respecto al Reglamento 2201/2003 fue favorable y, por tanto, las normas contenidas en dicho instrumento son de aplicación en ambos Estados. La aplicación del Reglamento al Reino Unido e Irlanda impone algunas reglas especiales sobre todo en relación al criterio de la nacionalidad que se sustituye por el concepto de *domicile*.

Por otro lado, es necesario precisar que la competencia se determina principalmente por el art. 3 del Reglamento y se basa en el criterio de residencia

habitual. Así, de este modo, se da cobertura judicial a residentes extranjeros en la UE aunque no sean comunitarios. Los criterios de atribución de competencia judicial internacional son tan amplios que prácticamente han eliminado la aplicación del art. 22 LOPJ, que tiene una aplicación residual, derivada del art. 7 del Reglamento, según el cual cuando de sus arts. 3, 4 y 5 no se deduzca la competencia de los tribunales de un Estado miembro, ésta se determinará, en cada Estado miembro, con arreglo a las leyes de dicho estado. En nuestro caso, el art. 22 LOPJ.

Siguiendo lo dispuesto en el artículo 3 del Reglamento hay que señalar que serán competentes los órganos del Estado miembro:

- En cuyo territorio se encuentre: 1. la residencia habitual de los cónyuges; 2. la última residencia habitual de los cónyuges, cuando uno de ellos todavía resida allí; 3. la residencia habitual del demandado; 4. en caso de demanda conjunta, la residencia habitual de uno de los cónyuges; 5. la residencia habitual del demandante si ha residido allí durante al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda; 6. la residencia habitual del demandante, si ha residido allí al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda y es nacional del Estado miembro en cuestión o, en caso de Reino Unido e Irlanda, tiene allí su «domicile»³⁰⁶.

³⁰⁶

A título meramente ejemplificativo, conscientes de la limitación de la fuente, pero para ilustrar algo el concepto de «domicile», traigo la definición que la Wikipedia en inglés contiene de tal concepto: «In law, *domicile* is the status or attribution of being a permanent resident in a particular jurisdiction. A person can remain domiciled in a jurisdiction even after they have left it, if they have maintained sufficient links with that jurisdiction or have not displayed an intention to leave permanently (i.e., if that person has moved to a different state, but has not yet formed an intention to remain there indefinitely). A corporation's place of domicile is equivalent to its place of incorporation. Traditionally many common law jurisdictions considered a person's domicile to be a determinative factor in the conflict of laws and would, for example, only recognize a divorce conducted in another jurisdiction if at least one of the parties were domiciled there at the time it was conducted (...). United Kingdom. The rules are in short as set out above. The Domicile and Matrimonial Proceedings Act 1973 abolished the rule that a married woman had the domicile of her husband (with transitional rules for those married before 1 January 1974). The rules dealing with the domicile of minors differ slightly between England and Wales (governed by the Domicile and Matrimonial Proceedings Act 1973) and Scotland (governed by Section 22 Family Law (Scotland) Act 2006)». En definitiva, como se observa, se puede mantener el «domicile» a efectos de ley aplicable aunque se haya abandonado la residencia efectiva en ese lugar, si se tienen vínculos suficientes con él y no se tiene la intención de abandonarlo para siempre. En materia matrimonial, se dice que desde el año 1973 no se deduce irremediamente que el domicilio de la mujer casada sea el del marido.

- O donde ostenten la nacionalidad ambos cónyuges o, en el caso de Reino Unido e Irlanda, si tienen el «domicile» ambos cónyuges.

También hay que puntualizar que, como la responsabilidad parental en el Reglamento no está vinculada a cuestiones matrimoniales, serán competentes en materia de responsabilidad parental los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro respecto de un menor que resida habitualmente en dicho Estado en el momento en que se presente el asunto ante el órgano jurisdiccional (art. 8), para el derecho de visita (art. 9) y para sustracción de menores (art. 10); el art. 11 regula la restitución del menor, y el art. 12 establece la prórroga de competencia.

Finalmente si las normas no determinan la competencia de ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro, la competencia se determinará, en cada Estado miembro, con arreglo a las leyes de dicho Estado.

Por último, señalar que la competencia regulada en el Reglamento tiene primacía sobre la legislación interna de un Estado miembro, por lo que, en caso de que pudiendo conocer de un procedimiento y teniendo éste atribuida la competencia a otro Estado miembro, el primero debe declararse incompetente.

Además de lo ya dicho hay que tener presente con VIDAL FERNÁNDEZ, B., que en su regulación “se han tenido en cuenta los entes territoriales inferiores a los Estados, adaptando, a través de lo dispuesto en el art. 66, los criterios establecidos a las entidades territoriales dotadas de cierta autonomía. Criterios tomados directamente del Convenio de la Haya de 1996 sobre protección de los niños. Así, tal y como indica la autora: “se adaptan los conceptos de “residencia habitual”, “nacionalidad”, “domicile”, “autoridad del Estado”, y “normas del Estado miembro requerido” a estas entidades territoriales referidas a la residencia, unidad territorial, autoridad o normas de la entidad territorial en cuestión”³⁰⁷.

³⁰⁷ Vid. VIDAL FERNÁNDEZ, B., “Ámbito de aplicación del Reglamento 2201/2003”, en *Derecho Procesal Civil Europeo Volúmen I: Competencia judicial Internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en la Unión Europea*, DE LA OLIVA SANTOS, A., GASCON INCHAUSTI, F. (Coord.), Aranzadi, 2011, Capítulo XIII, pp. 451-467.

III. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL O “*FORUM*”

El ámbito material de aplicación del Reglamento 2201/2003 hace que el Capítulo II del mismo esté dividido en tres secciones, una relativa a la competencia en materia de separación, divorcio y nulidad matrimonial -sección primera-, otra -la segunda- relativa a la competencia en materia de responsabilidad parental y una última -sección tercera- que contiene las disposiciones comunes a las dos anteriores.

A) ASPECTOS GENERALES

El Reglamento 2201/2003 recoge principalmente en su art. 3 los foros por los que determina el Estado miembro cuyos órganos jurisdiccionales conocerán de los procesos en materia de nulidad, separación y divorcio, introduciendo los artículos 4 y 5 posteriormente ciertos foros con un carácter más concreto (el primero para el caso de que haya demanda reconvenzional y el 5 para el supuesto de conversión de separación en divorcio).

Los foros que introduce el art. 3 se configuran con un carácter alternativo, de tal modo que cualquiera de ellos podrá ser empleado para justificar la competencia. Estos se fundamentan en el criterio de la proximidad sobre la base del criterio de la residencia habitual, criterio no definido, sin embargo, por el Reglamento³⁰⁸.

Tanto si se trata de interponer una demanda de nulidad, separación o divorcio como si, una vez interpuesta ésta, ha de iniciarse el análisis de la misma en sede judicial, la primera cuestión que se plantea es la determinación del juez internacionalmente competente (competencia judicial internacional o jurisdicción). La incidencia de un elemento de extranjería significa, en efecto, que no necesariamente esté justificada la intervención de jueces y tribunales españoles y

³⁰⁸ Y ello a pesar de la importancia que hubiera supuesto el concepto de residencia habitual que el Reglamento hubiera propuesto, como ha sido destacado por diferentes autores como, por ejemplo, HAUSSMANN, “Article 3. General jurisdiction” (Commentarie des dispositions du Règlement 2201/2003 Bruxelles II bis relatives au divorce) en CORNELOUP, S. (Dir.) *Droit Européen du divorce. European divorce law*, Université de Bourgogne, Travaux du Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, Vol 39, 2013, pp. 237 ss.

que la misma se haga depender de la existencia de un vínculo entre la jurisdicción española y el asunto respecto al cual se reclama su intervención. En caso de no darse dicho vínculo no sería, en principio, razonable un pronunciamiento de nuestros tribunales, puesto que los costes del servicio público de la justicia se sufragan a cargo del contribuyente español³⁰⁹. Adicionalmente un fallo de nuestros órganos judiciales tendría escasas posibilidades de producir efectos en aquellos Estados con los que la relación jurídica tuviera vínculos relevantes, pues el reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras suele hacerse depender de que las mismas hayan sido dictadas en un Estado con vínculos con el asunto. A fin de evitar una intervención injustificada e inútil se impone en estos casos una limitación en el ejercicio de la jurisdicción.

Corresponde a las normas de competencia judicial internacional determinar si un juez o tribunal español puede entrar a resolver un asunto en el que concurre un elemento de extranjería. En la materia que nos ocupa como vemos existen normas de Derecho de la Unión. Respecto a la disolución del vínculo y a la responsabilidad parental dichas normas están contenidas en el Reglamento 2201/2003, referido a ambas materias, si bien, como veremos, con normas distintas respecto a una y otra.

Conviene, en primer lugar, recordar el principio de primacía del Derecho de la Unión, que tiene como consecuencia el desplazamiento de las normas de competencia judicial internacional contenidas en la LOPJ. Estas disposiciones únicamente pueden seguir aplicándose en la medida en que las normas de la Unión remitan a las mismas. No es, por consiguiente, ajustada a Derecho la práctica frecuente de fundamentar la competencia judicial internacional cumulativamente en el Derecho de la Unión y el Derecho interno. Existe en este sentido un pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea³¹⁰, que, precisamente refiriéndose a una decisión española, pone de relieve que dicha práctica hace surgir la duda respecto a si se está efectivamente respetando el principio de primacía. Ha de señalarse, adicionalmente, que existen importantes

³⁰⁹ El derecho a la tutela judicial efectiva podría pensarse que obliga, no obstante, a la introducción de un foro de necesidad en supuestos que no presentan vínculos con la jurisdicción española si fuera imposible obtener la tutela de jueces y tribunales extranjeros o no fuera razonable dicho acceso. Tal foro de necesidad podría fundamentarse directamente en el artículo 24 CE.

³¹⁰ STJUE de 15 de julio de 2010, asunto C-256/09, *Purrucker*, FJ 66.

diferencias entre las normas de la Unión de competencia judicial internacional y las de origen interno. Una referencia indistinta a unas y otras puede inducir fácilmente a error.

En segundo lugar ha de clarificarse ya de entrada que no tiene base legal alguna la afirmación, que puede hallarse en la jurisprudencia española³¹¹, de que la normativa de la Unión únicamente se aplica en relación a los procesos matrimoniales que afectan a ciudadanos comunitarios. Las normas de competencia judicial de la Unión Europea se aplican, como veremos, a todos los procesos matrimoniales que se sustancien en el territorio de uno de los Estados miembros, siempre y cuando, claro está, se trate de procesos con elemento de extranjería. En otras palabras, las normas de competencia judicial internacional comunitarias se aplican tanto al divorcio de dos ciudadanos ecuatorianos como al de dos ciudadanos franceses si dicho divorcio se solicita frente a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro. Cosa distinta es que aplicadas dichas normas al caso concreto los tribunales españoles resulten o no competentes, cuestión que, como veremos, no depende esencialmente de la nacionalidad de los cónyuges.

Con carácter general puede afirmarse que no cabe recurrir a las normas internas cuando la competencia judicial internacional de las autoridades nacionales no se deduzca de las normas de la Unión, es decir, las normas internas no actuarán como normativa subsidiaria³¹².

Las normas de competencia judicial internacional no deben, por otra parte, confundirse con las normas de competencia territorial interna, pues estas últimas sólo son de aplicación si con carácter previo es internacionalmente competente la jurisdicción española en su conjunto. En la línea de lo dicho, no es, por tanto correcto fundamentar la competencia judicial internacional directamente en las normas de competencia territorial. Ha de señalarse, no obstante, que en ocasiones el legislador europeo regula tanto la competencia judicial internacional

³¹¹ *Vid.*, por ejemplo, Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 1 de junio de 2011. Ponente. Ilma. Sra. Dña. Rosario Hernández Hernández, JUR\2011\247156.

³¹² Cuando se aplica el Reglamento 2201/2003 cabe aplicar las normas de la LOPJ únicamente si los criterios de competencia del Reglamento no atribuyen el conocimiento del asunto a los tribunales de ningún Estado miembro.

como la competencia interna, en cuyo caso las normas europeas sobre la competencia territorial desplazan, en virtud del principio de primacía, a las contenidas en la LEC. En algunos supuestos puede además producirse una falta de correlación entre las normas referidas a una y otra cuestión; en dichos casos ha de primar el cumplimiento al mandato contenido en las normas de competencia internacional, lo que significa que la laguna que presentan las normas de competencia territorial debe colmarse permitiendo al actor interponer la acción frente al órgano jurisdiccional de su elección³¹³.

Por último, ha de señalarse la existencia de un cierto desajuste entre el Derecho material español y el Derecho de la Unión, que ha de resolverse a favor del segundo. Mientras que, conforme al artículo 91 del Código civil, las sentencias de separación, nulidad o divorcio han de contener un pronunciamiento tanto respecto al vínculo conyugal como en relación a los hijos comunes, los alimentos y el régimen económico matrimonial, el planteamiento del legislador comunitario es diametralmente opuesto, pues cada una de las cuestiones se analiza por separado. Puede perfectamente ocurrir que un juez con competencia judicial internacional para disolver el vínculo conyugal no pueda pronunciarse, por ejemplo, respecto a la guarda y custodia de los hijos comunes. En tal supuesto ha de estarse a las disposiciones del Derecho de la Unión, pues la competencia judicial internacional es un *prius* lógico a las cuestiones de Derecho aplicable y a las disposiciones que establezca el Derecho material que rija la controversia.

Esto es, si el juez no es competente respecto a la guarda y custodia, no puede pronunciarse respecto a la misma, correspondiendo tal decisión a la autoridad extranjera competente. Por consiguiente, de ser aplicable el Derecho español no puede darse cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 91. La doctrina española es muy crítica respecto a esta cuestión, al entender que la regulación de la Unión Europea es contraria al principio de economía procesal.

Sin embargo, habida cuenta de la concurrencia del elemento de extranjería, ha de ponderarse la importancia del principio de economía procesal, que, en definitiva, es un principio de buena Administración de Justicia, frente a otros

³¹³ En relación a esta cuestión *vid.* GONZÁLEZ BEILFUSS, C., «La adaptación de normas de competencia territorial: artículos 50, 52 y 54 de la nueva LEC», *Anuario Español de Derecho internacional privado*, 2001, pp. 339-363.

principios, como el de proximidad, mucho más relevantes desde un punto de vista de Justicia material. Haremos hincapié en dicha cuestión más adelante. Adicionalmente, ha de señalarse que el principio de economía procesal es tenido en cuenta por los instrumentos comunitarios, pues éstos favorecen que un mismo tribunal pueda pronunciarse tanto respecto a la disolución del vínculo conyugal como respecto a todas las cuestiones derivadas de la misma, si bien en última instancia que así sea depende de la voluntad de las partes. Son éstas y sus representantes legales quienes han de valorar si les conviene más un único proceso o si por el contrario asumen los costes de una pluralidad de litigios. Por otra parte hay que señalar que no en todos los Estados miembros se entiende conveniente que la disolución del vínculo y todas sus consecuencias se diluciden en un mismo proceso³¹⁴.

B) COMPETENCIA EN MATERIA DE NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO.

Como venimos diciendo, las normas de competencia judicial internacional relativas a la nulidad, separación y divorcio se hallan contenidas en el Reglamento 2201/2003, denominado Reglamento Bruselas II bis. Dicho Reglamento, que es aplicable desde el 1 de marzo de 2005, sucede al anterior Reglamento 1347/2000 que quedó derogado a partir de la citada fecha de aplicación. A su vez el Reglamento 1347/2000 sustituyó al anterior Convenio de 28 de mayo de 2000, que nunca llegó a entrar en vigor³¹⁵.

La sucesión de Reglamentos se explica por la modificación de las normas relativas a la responsabilidad parental³¹⁶. En la materia que nos ocupa no se han

³¹⁴ Sobre la concentración del proceso desde diferentes perspectivas *vid.* PATAUT, E., «Artículo 12», en MAGNUS-MANKOWSKI, *Brussels II bis Regulation. European Commentaries on Private international law*, Sellier, Múnich, pp. 146-148.

³¹⁵ Este instrumento fue negociado entre los Estados miembros, ya que la Unión como tal, en ese momento, no tenía competencia en asuntos de cooperación civil. Nunca entró en vigor. Sin embargo, como las normas pertinentes en materia matrimonial prácticamente no se han modificado, el informe explicativo redactado por la Catedrática Alegría Borrás y publicado en el Diario Oficial (DO n° C 221, 16.7.1998, pág. 27-64) sigue siendo relevante para la interpretación del presente Reglamento.

³¹⁶ Las normas contenidas en el Reglamento 1347/2000 y en el Convenio sólo se referían a la responsabilidad parental respecto a los hijos comunes en el marco del proceso de

producido cambios, esto es, las reglas de competencia judicial internacional relativas a la separación, nulidad y divorcio actualmente vigentes son las mismas que contenía el anterior Reglamento 1347/2000, que a su vez las adoptó del Convenio. De ahí que en su interpretación siga siendo relevante el Informe explicativo elaborado por la profesora española ALEGRÍA BORRÁS, que se publicó en el Diario Oficial³¹⁷.

a) Los foros del artículo 3 del Reglamento: residencia y nacionalidad

El artículo 3 del Reglamento Bruselas II Bis establece siete foros que otorgan competencia a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. Estos motivos no se enumeran por orden jerárquico, sino que se aplican alternativamente. Por ello el órgano jurisdiccional debe, por iniciativa propia, declarar que no tiene competencia si se ocupa de un caso por el que no tiene competencia en virtud del Reglamento si un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro sí tiene la competencia de conformidad con el Reglamento (artículo 17). Estos son (art. 3):

“1. En los asuntos relativos al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial, la competencia recaerá en los órganos jurisdiccionales del Estado miembro:

- a) en cuyo territorio se encuentre:
 - la residencia habitual de los cónyuges, o
 - el último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí, o
 - la residencia habitual del demandado, o

³¹⁷ divorcio, separación y nulidad, mientras que las contenidas en el nuevo Reglamento 2201/2003 se refieren a la responsabilidad parental en general.
DOCE nº C 221, de 16 de julio de 1998, p. 27-64.
[HTTP://EURLEX.EUROPA.EU/LEXURISERV/LEXURISERV.DO?URI=CELEX:51998XG0716:ES:HT
ML](http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:51998XG0716:ES:HTML)

- en caso de demanda conjunta, la residencia habitual de uno de los cónyuges, o

- la residencia habitual del demandante si ha residido allí durante al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda, o

- la residencia habitual del demandante en caso de que haya residido allí al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda y de que sea nacional del Estado miembro en cuestión o, en el caso del Reino Unido e Irlanda, tenga allí su "domicile";

b) de la nacionalidad de ambos cónyuges o, en el caso del Reino Unido y de Irlanda, del "domicile" común.

2. A efectos del presente Reglamento, el término "domicile" se entenderá en el mismo sentido que tiene dicho término con arreglo a los ordenamientos jurídicos del Reino Unido y de Irlanda.”

Todos los criterios objetivos enunciados en el artículo 3, apartado 1, son alternativos, identificándose esta alternatividad con la posibilidad de que pueda operar cualquiera de ellos sin orden jerárquico.

Este carácter responde al “favor divortii”, principio que está presente en la articulación, de ahí el amplio número de foros recogidos que responden a las diferentes circunstancias en las que podrán encontrarse los cónyuges en el momento de la demanda. Y si no hay ningún órgano jurisdiccional con competencia en virtud del Reglamento en ningún Estado miembro, el órgano jurisdiccional podrá invocar la competencia de conformidad con sus propias normas nacionales de procedimiento civil (competencia residual artículo 7³¹⁸). Por ello, los motivos de competencia del artículo 3 podrán clasificarse de acuerdo con el factor principal que se use como motivo de competencia: la residencia habitual o la nacionalidad. El artículo 3.1 (b) concede competencia también a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la nacionalidad de ambos cónyuges o, en el caso del Reino Unido e Irlanda, del “domicilio” de ambos cónyuges.

³¹⁸ Art. 7.1. “Si de los artículos 3, 4 y 5 no se deduce la competencia de ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro, la competencia se determinará, en cada Estado miembro, con arreglo a las leyes de dicho Estado.”

Los casos de pluralidad de nacionalidades fueron objeto de resolución del TJUE en el caso Hadadi (caso C-168/08)³¹⁹ y, de conformidad con la parte dispositiva de dicha resolución judicial, cuando ambos cónyuges tengan la nacionalidad de dos mismos Estados miembros, los órganos jurisdiccionales de dichos Estados miembros cuya nacionalidad tengan los cónyuges tendrán competencia en virtud de dicha disposición, pudiendo dirigirse los cónyuges al órgano jurisdiccional del Estado miembro que prefieran³²⁰. La sentencia referenciada prevé varios criterios para determinar la competencia entre los cuales no establece ninguna jerarquía.

Se ha previsto expresamente la coexistencia de varios tribunales competentes, sin que entre ellos se haya establecido una jerarquía. El conflicto de competencia entre ellos podrá resolverse aplicando la norma recogida en el artículo 19, apartado 1, del Reglamento. Art. 3.1.b). En los casos en los que los cónyuges poseen doble nacionalidad pueden a su elección ejercitar la acción ante los tribunales de uno y otro estado cuya nacionalidad ambos posean.

A los efectos del artículo 3.1.b) del Reglamento ninguna nacionalidad prevalece sobre la otra, aunque la parte demandante carezca de otros puntos de conexión con el estado ante el cual ha elegido interponer la demanda.

El hecho de que haya tantos motivos disponibles en relación con la competencia puede dar lugar a que haya más de un Estado miembro con

³¹⁹ En el ámbito de la UE cabe destacar esta Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 16 de julio de 2009, asunto C-168/08, Hadadi, sobre competencia en materia de divorcio relativa a cónyuges que residen en Francia y que ostentan la nacionalidad francesa y húngara, respectivamente. En esta sentencia se plantea una cuestión prejudicial sobre la interpretación del art. 3.1º del Reglamento Bruselas II bis en orden al reconocimiento por los tribunales franceses de la sentencia de divorcio pronunciada por el Tribunal de Pest (Hungría). Véase el comentario de ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., "La doble nacionalidad comunitaria en materia matrimonial (Comentario a la STJCE de 16 de julio de 2009)", Noticias de la Unión Europea, nº 321, octubre 2011, pp. 89-96.

³²⁰ <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62008CJ0168:ES:HTML>
Punto 1 del fallo: "Cuando cada uno de los cónyuges posea la nacionalidad de dos mismos Estados miembros, el artículo 3, apartado 1, letra b), del Reglamento nº 2201/2003, 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 nº 1347/2000, se opone a que se excluya la competencia de los tribunales de uno de dichos Estados miembros por el mero hecho de que el demandante carezca de otros puntos de conexión con dicho Estado. Antes al contrario, los tribunales de los Estados miembros cuya nacionalidad posean los cónyuges son competentes en virtud de la citada disposición, pudiendo estos últimos elegir libremente el tribunal del Estado miembro ante el que se sustanciará el litigio."

competencia en un mismo caso. Una vez que distintos procedimientos relativos al mismo matrimonio se hayan instituido en distintos Estados miembros, se aplicará la norma de litispendencia establecida en el artículo 19.1³²¹.

La norma de litispendencia se aplica también si las acciones en el primer y en el segundo procedimiento son distintas en el sentido siguiente: si uno de los procedimientos tiene que ver con la separación judicial y el otro con el divorcio o la nulidad la disposición de litispendencia aplica la norma *prior tempore*. El órgano jurisdiccional que conoce del caso en segundo lugar deberá suspender el procedimiento hasta que el primer órgano jurisdiccional decida si tiene competencia o no. Si tal es el caso, el primer órgano jurisdiccional se ocupará del asunto y el segundo órgano jurisdiccional se inhibirá en favor del primero. En ese caso, la parte actora que hubiera presentado la acción ante el segundo órgano jurisdiccional podrá presentar la acción ante el primero. Es el artículo 16 del Reglamento el que determina cuándo se considera iniciado un procedimiento ante un órgano jurisdiccional.

Por otro lado, el concepto de residencia habitual es de uso frecuente en los instrumentos de Derecho internacional privado. No se suele definir, como hemos indicado antes, en los textos normativos³²², básicamente para preservar su carácter flexible, esto es, para que el aplicador del Derecho disponga de un margen de maniobra que le permita tener en cuenta y valorar las circunstancias del caso concreto. En el caso del Derecho de la Unión tenemos varios pronunciamientos en relación a la residencia habitual en el contexto del artículo 8 del Reglamento 2201/2003³²³, esto es, en materia de responsabilidad parental. Dichos pronunciamientos no se apartan de la doctrina mayoritaria pues, en

³²¹ Artículo 19. Litispendencia y acciones dependientes: “1. Cuando se presentaren demandas de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial entre las mismas partes ante órganos jurisdiccionales de distintos Estados miembros, el órgano jurisdiccional ante el que se hubiere presentado la segunda demanda suspenderá de oficio el procedimiento en tanto no se establezca la competencia del órgano jurisdiccional ante el que se interpuso la primera.”

³²² Vid. RICHEZ-PONS, A., «Habitual residence considered as a European Harmonization factor in family law (regarding the Brussels II bis Regulation)», en BOELE-WOELKI, K., (ed.), *Common Core and Better Law in European Family law*, Intersentia, Antwerp, 2005, pp. 355- 360.

³²³ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera), de 2 de abril de 2009, asunto C-523/07, «A» y Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera), de 22 de diciembre de 2010, asunto C-497/10 PPU, *Mercredi*

definitiva, disponen que es competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales determinar si un sujeto tiene su residencia habitual en un determinado Estado, teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias de hecho particulares de cada caso.

El Tribunal de Justicia dispone que el concepto de residencia habitual debe interpretarse en el sentido de que dicha residencia ha de corresponderse con un lugar en el que la persona tenga una cierta integración en un entorno social y familiar.

A estos efectos, se enumeran una serie de factores que deben ser objeto de consideración. Aunque los elementos citados por el Tribunal se refieren al objeto de los litigios, la determinación de la residencia habitual de un menor, pueden fácilmente adaptarse a las circunstancias de un litigio matrimonial. Se dice que ha de examinarse, en particular, la duración, la regularidad, las condiciones y razones de la permanencia en el territorio de un Estado miembro y del traslado de la familia a dicho Estado, así como la nacionalidad, los conocimientos lingüísticos y las relaciones familiares y sociales que mantiene en el referido Estado la persona cuya residencia habitual se quiere determinar; considera asimismo factor relevante el lugar y las condiciones de escolarización del menor; en el contexto de un litigio matrimonial tal referencia puede fácilmente sustituirse por el lugar y condiciones laborales del sujeto en cuestión, pues el desempeño de una actividad laboral en un determinado Estado parece un elemento relevante análogo, de cara a determinar la residencia habitual de un adulto.

Por lo que respecta al concepto de nacionalidad no plantea dificultades en sí mismo, pues no existe duda de que equivale al vínculo jurídico entre un individuo y un Estado, correspondiendo a cada Estado determinar los criterios de atribución de su nacionalidad. Sin embargo, en la actualidad, son frecuentes los casos en los que una misma persona tiene una pluralidad de nacionalidades. Se plantea en estos casos la duda de si cabe exigir que concurra algún elemento adicional para que la nacionalidad fundamente la competencia judicial internacional (criterio de la nacionalidad efectiva) o si el mero vínculo de la

nacionalidad es criterio suficiente. La aplicación del artículo 9.9 CC debe en cualquier caso descartarse por referirse al ámbito del conflicto de leyes³²⁴.

La mayor parte de los foros establecidos por el Reglamento en materia de separación, nulidad o divorcio utilizan como criterio de conexión la residencia habitual. Así se dispone, en primer lugar, que son competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro correspondiente a la residencia habitual de los cónyuges. Como ya se señalaba anteriormente la nacionalidad de los cónyuges es irrelevante en este primer supuesto. Si dos ciudadanos ecuatorianos o marroquíes con residencia habitual en España desean disolver su vínculo matrimonial, acudiendo a la jurisdicción española, la competencia de jueces y tribunales deriva del artículo 3.a), primer inciso del Reglamento. Que se trate o no de ciudadanos de la Unión Europea es indiferente.

La intervención de los jueces y tribunales españoles en este primer supuesto resulta, a todas luces, justificada. Es más, de no preverse, se vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva, pues se impediría o dificultaría en exceso el acceso a los tribunales. De ahí que la introducción de dicho criterio no resultara controvertida cuando se negociaron las normas de competencia.

Sin embargo, dicho criterio resulta insuficiente y ha de complementarse y ello porque, con frecuencia, la crisis matrimonial provoca o tiene como consecuencia el desplazamiento de uno o ambos cónyuges fuera del Estado de residencia habitual común. También en estos supuestos hay que establecer normas de competencia judicial internacional que posibiliten el acceso a los tribunales a fin de disolver el vínculo matrimonial.

De ahí la necesidad de incluir criterios adicionales, que en el caso del Reglamento se configuran como foros alternativos. Cualquiera de los mismos puede fundamentar la intervención de los tribunales españoles, no existiendo

³²⁴

En este supuesto resulta relevante un pronunciamiento del Tribunal de Justicia en un caso en el que ambos cónyuges tenían dos nacionalidades comunitarias, la húngara y la francesa, el Tribunal de Justicia concluyó que el Reglamento 2201/2003 se opone a que se excluya la competencia de los tribunales de uno de dichos Estados miembros por el mero hecho de que el demandante carezca de otros puntos de conexión con dicho Estado. Por tanto, todo parece indicar que a los efectos de aplicación de las normas de competencia judicial internacionales no cabe exigir que la nacionalidad que se hace valer sea la nacionalidad efectiva.

ninguna relación de jerarquía entre ellos. Corresponde, por tanto, al demandante, o, en el caso de demanda conjunta, a los demandantes, elegir cualquiera de las jurisdicciones competentes. Desde la perspectiva del juzgador basta con que concorra uno de los criterios de competencia judicial internacional establecidos en el Reglamento.

Se dispone en el artículo 3.a), 2.º inciso del Reglamento que cabe interponer la demanda frente a los tribunales correspondientes a la última residencia habitual común, siempre y cuando uno de los cónyuges continúe residiendo en dicho Estado. Tal posibilidad no depende de que la demanda sea de mutuo acuerdo, ni de que en el caso de demandas unilaterales sea el demandante quien ha permanecido en el lugar de residencia habitual. El mero hecho de que los tribunales frente a los cuales se insta la separación judicial, la nulidad o el divorcio se correspondan con la última residencia habitual común y adicionalmente uno de los cónyuges haya permanecido en dicho lugar es vínculo suficiente a los efectos de la competencia judicial internacional.

Cabe también interponer la demanda frente a los tribunales correspondientes a la residencia habitual del demandado o, en el caso de demanda conjunta, frente a los tribunales correspondientes a la residencia habitual de cualquiera de ellos [art. 3.a), tercer y cuarto incisos]. Ninguno de dichos criterios es controvertido. El primero no es más que una variación del tradicional foro del domicilio del demandado, un criterio universalmente admitido en el Derecho procesal civil internacional, y en el caso del segundo la concesión de una limitada autonomía de la voluntad se justifica por el acuerdo entre las partes, que se presupone en el caso de las demandas conjuntas o de mutuo acuerdo.

Más polémicos son los foros basados en la residencia habitual del demandante previstos en el quinto y sexto inciso del artículo 3.a) del Reglamento. Con carácter general, el *forum actoris* se considera un foro excesivo, exorbitante, pues su admisión implica una carga excesiva para el demandado, obligándole a desplazarse, lo que en la práctica puede dificultar en exceso el ejercicio del derecho de defensa.

Un ejemplo puede ayudar a ilustrar dicha dificultad. Un matrimonio cuyo domicilio conyugal se ubicaba en España se rompe. Tras la ruptura la esposa establece su residencia en Alemania. Desde el punto de vista del cónyuge que ha permanecido en España es indudable que la interposición de la demanda por parte de la esposa en España, en virtud de las reglas del segundo o tercer inciso del artículo 3.a) del Reglamento (último domicilio conyugal o domicilio del demandado) resulta una solución favorable. También cabe que la demanda se interponga en Alemania, si se trata de una demanda conjunta, pues en dicho supuesto se habrá recabado el consentimiento del cónyuge que ha permanecido en España.

En cambio, plantea muchas mayores dificultades la admisión de la posibilidad de que la demanda pueda interponerse unilateralmente por la esposa en Finlandia, en su nuevo lugar de residencia habitual, pues ello obliga al otro cónyuge a asumir la carga de litigar en el extranjero, en un idioma y en un contexto jurídico y social que le resultan desconocidos. Ha de tenerse en cuenta, además que la admisión del *forum actoris* abre las puertas al *forum shopping*³²⁵, consistente en que el demandante acuda a una jurisdicción favorable a sus pretensiones.

Cuando se negociaron las normas de competencia con ocasión de la elaboración del Reglamento del año 2000 fueron, sin embargo, muchos los Estados miembros que preconizaron la introducción de un foro basado en la residencia habitual del demandante. Argumentaron que la ausencia de dicho foro dificultaría la obtención del divorcio por el demandante, cuyos derechos de acceso a los tribunales también hay que salvaguardar. Se puso asimismo de relieve que son muy frecuentes los supuestos en los que tras la ruptura de una pareja mixta, el cónyuge extranjero vuelve a su lugar de origen. Asimismo se hizo hincapié en que el género incide sobre esta cuestión, pues son en muchos supuestos las mujeres las que trasladan su residencia habitual con ocasión del matrimonio, por

³²⁵

El «forum shopping» es un concepto propio del Derecho internacional privado. La persona que toma la iniciativa de una acción judicial puede verse tentada a elegir el tribunal en función de la ley que éste aplicará. La persona que inicia la acción puede verse tentada a elegir un foro no porque sea el más adecuado para conocer del litigio, sino porque las normas sobre conflictos de leyes que este tribunal utilizará llevarán a la aplicación de la ley que más le convenga.

lo que en caso de ruptura serían también mayoritariamente ellas las que volverían a sus lugares de origen. En atención a dichos argumentos se optó por la introducción del *forum actoris*, pero se decidió exigir la concurrencia de un período de residencia habitual a fin de evitar un excesivo *forum shopping*.

Finalmente, se introdujeron dos foros basados en la residencia habitual del demandante, exigiendo períodos de residencia distintos en función de la presencia de vínculos adicionales. Se puede interponer la demanda frente a los órganos jurisdiccionales del Estado de la residencia habitual del demandante siempre que el mismo haya residido allí durante al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda [art. 3.a), quinto inciso]. En caso de que el demandante sea además nacional del Estado en el que ha establecido su residencia habitual el período se acorta, bastando que el demandante haya residido allí los seis meses anteriores a la presentación de la demanda [art. 3.a), sexto inciso]. Con ello se busca garantizar que el cambio de residencia habitual por parte del demandante obedezca a motivos distintos que la mera búsqueda de un foro más favorable a sus intereses.

b) Demanda reconvenicional y conversión de la separación en divorcio

Los artículos 4 y 5 del Reglamento se ocupan de las demandas reconvenionales y de la conversión de la separación en divorcio.

El artículo 4 es el relativo a la Demanda reconvenicional:

“El órgano jurisdiccional ante el que se sustancien los procedimientos con arreglo al artículo 3 también será competente para examinar la demanda reconvenicional, en la medida en que ésta entre en el ámbito de aplicación del presente Reglamento.”

Por su parte, el artículo 5 recoge las reglas de competencia cuando hay una conversión de la separación judicial en divorcio:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3, el órgano jurisdiccional del Estado miembro que hubiere dictado una resolución sobre la separación judicial

será asimismo competente para la conversión de dicha resolución en divorcio, si la ley de dicho Estado miembro lo prevé.”

En ellos se establece que el juez competente en virtud de las reglas del artículo 3 respecto a la separación, la nulidad y el divorcio es asimismo competente respecto a las demandas reconventionales, siempre que las mismas, claro está, se refieran a materias contenidas en el Reglamento.

En el caso de la conversión de la separación judicial en divorcio, el artículo 5 garantiza que el juez que hubiere dictado la sentencia de separación pueda asimismo pronunciar el divorcio. Dicha regla se configura no obstante como un foro alternativo adicional a los establecidos en el artículo 3, lo que significa que cabe igualmente recurrir a cualquiera de las jurisdicciones designadas en dicho precepto, correspondiendo al demandante, o en el caso de demandas conjuntas de divorcio a los demandantes, elegir la jurisdicción a la que desean acudir.

c) Los artículos 6 y 7 del Reglamento: competencia residual.

Los últimos artículos relativos a la competencia en la materia que nos ocupa son el sexto y el séptimo. Según el artículo 6, titulado “Carácter exclusivo de las competencias definidas en los artículos 3, 4 y 5”:

“Un cónyuge que:

- a) tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro, o bien
- b) sea nacional de un Estado miembro o, en el caso del Reino Unido y de Irlanda, tenga su "domicile" en el territorio de uno de estos dos Estados miembros,

sólo podrá ser requerido ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro en virtud de los artículos 3, 4 y 5.”

Por su parte, el artículo 7 es el relativo a la competencia residual:

1. “Si de los artículos 3, 4 y 5 no se deduce la competencia de ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro, la competencia se determinará, en cada Estado miembro, con arreglo a las leyes de dicho Estado.

2. Todo nacional de un Estado miembro que tenga su residencia habitual en el territorio de otro Estado miembro podrá, al igual que los nacionales de este último, invocar en dicho Estado las normas sobre competencia que sean aplicables en el mismo contra una parte demandada que no tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro y que no tenga la nacionalidad de un Estado miembro o, en lo que respecta al Reino Unido e Irlanda, no tenga su "domicile" en el territorio de uno de estos dos Estados.”

El significado del artículo 7 del Reglamento relativo a la denominada competencia residual³²⁶, así como su relación con el artículo 6, que establece el carácter exclusivo de las competencias definidas en los artículos 3, 4 y 5 fue durante largo tiempo objeto de debate doctrinal³²⁷. Un pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación al asunto *Sundelind López*³²⁸ (asunto C68/07) clarificó con carácter definitivo la interpretación de esta disposición.

El artículo 7 del Reglamento establece, en su primer apartado, que si de los artículos 3, 4 y 5 no se deduce la competencia de ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro, la competencia se determina, en cada Estado miembro, con arreglo a las leyes de dicho Estado. Esta norma obliga por tanto a la autoridad judicial de un Estado miembro que no sea competente en virtud de las disposiciones del Reglamento a verificar que no exista ningún otro órgano jurisdiccional competente en virtud de las reglas de la Unión. Sólo si así fuere

³²⁶ Ver el estudio sobre esta cuestión dirigido por el profesor NUYTS, A.: *Study on Residual Jurisdiction*, Universidad de Bruselas, 2007, disponible en http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/civil/studies/doc_civil_studies_en.htm.

³²⁷ GONZÁLEZ BEILFUSS, C., «Jurisdiction rules in matrimonial matters under Regulation “Brussels II bis”», en FULCHIRON, H. y NOURISSAT, C., *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Dalloz, París, 2005, pp. 53- 67.

³²⁸ Con carácter excepcional, las normas nacionales en materia de competencia internacional entran en juego si no hay órganos jurisdiccionales en ningún Estado miembro con competencia en el asunto, en virtud de la norma de competencia residual. <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30db64ecd2cc4d954901830699870270650f.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuLc390?text=&docid=70334&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=407317>

cabe recurrir a la aplicación de las normas de competencia judicial internas a fin de fundamentar la competencia judicial internacional. Por tanto, las reglas internas de competencia, en el caso español las reglas contenidas en el artículo 22 de la LOPJ, tienen un contenido muy residual, pues sólo resultan de aplicación si concurre una doble circunstancia. En primer lugar, es necesario que el Reglamento no atribuya competencia a los tribunales españoles, y en segundo término, tampoco han de ser designados los tribunales de ningún otro Estado miembro.

Por tanto, los artículos 6 y 7 del Reglamento 2201/2003 deben interpretarse en el sentido de que, en el marco de un procedimiento de divorcio, cuando el demandado no tiene su residencia habitual en un Estado miembro pero no es nacional de ningún Estado miembro, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro no pueden fundar su competencia en su Derecho nacional para resolver dicha demanda si los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro son competentes con arreglo al artículo 3 de dicho Reglamento (Sentencia 68/07).

Esto ha provocado importantes problemas, pues la parte a la que le interesa la aplicación del derecho material de un determinado Estado intentará llevar el asunto ante los tribunales de dicho Estado, lo que se califica como de “carrera a los tribunales”. Así en 2006 se puso en marcha una modificación del Reglamento 2201/2003 para introducir la regulación sobre la ley material aplicable en supuestos de separación y divorcio, conocido como Reglamento Roma III (Propuesta de la Comisión de 17 de julio de 2006, COM (2006) 399 final). Esta propuesta, reconoció el Consejo de Ministros de justicia e interior (sesión núm 2887), no podía ser aprobada. Ello provocó que varios Estados manifestaran su interés en avanzar por esta línea a través del mecanismo de cooperación reforzada; vía, a través de la cual, se pretendió avanzar en el proceso de integración del derecho de familia intracomunitario para permitir un divorcio más sencillo ante los tribunales de los Estados miembros cuando sus ciudadanos residen en terceros países.

Este proceso ha culminado recientemente con la aprobación del Reglamento núm. 1259/2010 “Roma III”, de 20 de diciembre de 2010³²⁹, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, que se comenzó a aplicar el 21 de octubre de 2012. Reglamento que se ocupa de determinar la ley aplicable a la separación y al divorcio, que establece como novedad la posibilidad de que los cónyuges elijan ley aplicable a su crisis. Dicha elección no puede ser la de cualquier ley sino que, tal y como se prevé en su artículo 5, debe estar conectada con la residencia o nacionalidad de los cónyuges en el momento de la celebración del acuerdo. En cuanto a la validez formal del acuerdo, el art. 7 del mismo reglamento establece que, como requisitos mínimos, tendrá que realizarse por escrito y estará fechado y firmado por ambos cónyuges.

En la práctica los cónyuges pueden elegir la ley aplicable al divorcio cuando lo estimen conveniente, puesto que el Reglamento no pone un límite temporal a tal elección. De hecho, los cónyuges pueden escoger ante un notario español, no sólo la ley aplicable a sus capitulaciones matrimoniales (art. 9.3 Cc), sino en virtud del instrumento mencionado elegir igualmente la ley aplicable a un eventual futuro divorcio. Dicha elección, obviamente, tendrá solo efectividad en el caso de que el divorcio se tramite en España o en algún Estado de la Unión al que le afecte el Reglamento, pero puede no tener validez en caso de que el procedimiento finalmente se tramite en un país en el que no se permita a los cónyuges tal elección de ley. La elección expresa se puede realizar también, en un momento posterior, en el convenio regulador del divorcio incluyéndose una cláusula a tal efecto.

El caso de la elección tácita, es decir, en el caso de que las partes no indiquen la ley aplicable al divorcio pero fundamenten la demanda y la contestación en la ley española, por ejemplo, los juzgados españoles están siendo bastante permisivos al respecto, entendiendo que la contestación a una demanda contenciosa presentada ante los tribunales españoles sin impugnación de la competencia y sin alusión a otra norma aplicable, supone una elección de la

³²⁹

<http://www.boe.es/doue/2010/343/L00010-00016.pdf>

ley española al divorcio, lo cual no cumple realmente con la exigencia de elección por escrito por parte de ambos cónyuges.

A modo de ejemplo, tal elección tácita es la que parece admitir de una forma un tanto confusa el Juzgado de Primera Instancia de Pamplona en su Auto núm. 298/2014 de 6 de junio en el que indica con respecto al Reglamento europeo: “que en su art. 8 establece una escala de conexiones, habiendo optado, el actor por la legislación española y no oponiéndose a ello la parte demandada para el caso de que se considere competente este Juzgado”. El juzgado se refiere al art. 8 del instrumento comunitario que determina la ley aplicable en defecto de elección pero formula la determinación de la ley aplicable como si fuese una elección de la misma por el art. 5 de forma tácita, por el demandante por interponer la demanda ante juzgado español, fundamentándola en la ley española, y por el demandado por contestar a la demanda sin impugnar la aplicación de tal ley.

C) COMPETENCIA EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PARENTAL

a) Reglas generales

Uno de los efectos principales del divorcio o la separación es el relativo a la protección de los hijos menores. El Reglamento 2201/2203 recoge los foros para la determinación de la competencia en esta materia, si bien sus normas de compatibilidad permiten la aplicación de otros instrumentos internacionales. En concreto, entre estos, destaca el Convenio de la Haya relativo a la competencia, ley aplicable, reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños de 19 de octubre de 1996³³⁰ (CH 1996). A este respecto una de las cuestiones iniciales a resolver será la de determinar cual de estos instrumentos será el aplicable. Para ello deberemos acudir a lo contenido en los artículos 60 y 61 del Reglamento

³³⁰ BOE núm. 291, de 2 de diciembre de 2010.

2201/2003 en el cual se establece la prevalencia del Reglamento sobre el CH 1996³³¹.

De ahí que, en relación con las cuestiones relativas a la responsabilidad parental, los tribunales de los Estados miembros que además sean contratantes del CH 1996 aplicarán éste último cuando el menor tuviese su residencia habitual en un Estado contratante del CH 1996 que no fuese un Estado miembro.

Dentro de los artículos relativos a la competencia en materia de responsabilidad parental, es el artículo 8 el que se refiere a la competencia general, y lo hace en los siguientes términos:

1. “Los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro serán competentes en materia de responsabilidad parental respecto de un menores que resida habitualmente en dicho Estado miembro en el momento en que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional.

2. El apartado 1 estará sujeto a lo dispuesto en los artículos 9, 10 y 12.”

Por su parte, el artículo siguiente, el noveno, se refiere a un supuesto concreto, aquél en el que el menor cambia legalmente de residencia de un Estado miembro a otro. Tras la rúbrica “Mantenimiento de la competencia del Estado miembro de la anterior residencia habitual del menor”, recoge lo siguiente:

1. “Cuando un menor cambie legalmente de residencia de un Estado miembro a otro y adquiera una nueva residencia habitual en este último, los

³³¹

“Artículo 60. Relación con determinados convenios multilaterales. En las relaciones entre los Estados miembros, primará el presente Reglamento, en las materias reguladas por el mismo, frente a los Convenios siguientes: a) Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre competencia de las autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores; Artículo 61 Relaciones con el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños. En las relaciones con el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, el presente Reglamento se aplicará: a) cuando el menor afectado tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro; b) en lo que respecta al reconocimiento y ejecución en el territorio de un Estado miembro de una resolución dictada por el órgano jurisdiccional competente de otro Estado miembro, aun cuando el menor afectado tenga su residencia habitual en un Estado no miembro que sea parte contratante del citado Convenio.”

órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la anterior residencia habitual del menor seguirán siendo competentes, como excepción al artículo 8, durante los tres meses siguientes al cambio de residencia, para modificar una resolución judicial sobre el derecho de visita dictada en dicho Estado miembro antes de que el menor hubiera cambiado de residencia, si el titular del derecho de visita con arreglo a la resolución judicial sobre el derecho de visita continúa residiendo habitualmente en el Estado miembro de la anterior residencia habitual del menor.

2. El apartado 1 no se aplicará si el titular del derecho de visita considerado en el apartado 1 ha aceptado la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la nueva residencia habitual del menor al participar en un procedimiento ante dichos órganos sin impugnar su competencia.”

A continuación, y tras los artículos relativos a la competencia en caso de sustracción de menores y de restitución del menor –arts. 10 y 11-, a los que no nos referimos ahora pues son tratados en el capítulo correspondiente, el artículo 12 establece las reglas relativas a la prórroga de la competencia:

1. “Los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que se ejerza la competencia con arreglo al artículo 3 en una demanda de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial tendrán competencia en las cuestiones relativas a la responsabilidad parental vinculadas a dicha demanda:

a) cuando al menos uno de los cónyuges ejerza la responsabilidad parental sobre el menor, y

b) cuando la competencia de dichos órganos jurisdiccionales haya sido aceptada expresamente o de cualquier otra forma inequívoca por los cónyuges o por los titulares de la responsabilidad parental en el momento de someter el asunto ante el órgano jurisdiccional y responda al interés superior del menor.

2. La competencia ejercida en virtud del apartado 1 cesará:

a) en cuanto sea firme la resolución estimatoria o desestimatoria de la demanda de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial, o

b) en cuanto sea firme una resolución sobre responsabilidad parental, en aquellos casos en que en el momento indicado en la letra a) aún estén en curso procedimientos relativos a la responsabilidad parental, o

c) en los casos considerados en las letras a) y b), en cuanto hayan concluido los procedimientos por otras razones.

3. Los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro tendrán igualmente competencia en materia de responsabilidad parental en procedimientos distintos de los contemplados en el apartado 1:

a) cuando el menor esté estrechamente vinculado a ese Estado miembro, en especial por el hecho de que uno de los titulares de la responsabilidad parental tenga en él su residencia habitual o porque el menor es nacional de dicho Estado miembro, y

b) cuando su competencia haya sido aceptada expresamente o de cualquier otra forma inequívoca por todas las partes en el procedimiento en el momento de presentar el asunto ante el órgano jurisdiccional y la competencia responda al interés superior del menor.

4. Cuando el menor tenga su residencia habitual en el territorio de un tercer Estado que no sea parte contratante del Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, se presumirá que la competencia basada en el presente artículo es en beneficio del menor, en especial cuando un procedimiento resulte imposible en el tercer Estado de que se trate”.

Con carácter preliminar procede señalar que, según el considerando décimo segundo del Reglamento nº 2201/2003 y como vamos diciendo, las normas de competencia que éste establece en materia de responsabilidad parental están concebidas en función del interés superior del menor, y en particular en función del criterio de proximidad³³² (Sentencia de 23/12/09 C-403/09

³³²

Considerando décimo segundo: “Las normas de competencia que establece el presente Reglamento en materia de responsabilidad parental están concebidas en función del interés superior del menor, y en particular en función del criterio de proximidad. Esto

PPU) de ahí que la regla general de competencia, establecida en el artículo 8, sea que los los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro son competentes en materia de responsabilidad parental respecto de menores que residan habitualmente en dicho Estado miembro en el momento de presentar la demanda ante el órgano jurisdiccional.

Si el menor cambia de residencia habitual y adquiere una nueva, siguen siendo competentes los del país anterior de residencia habitual durante los tres meses siguientes al cambio de residencia cuando se trate de modificar una resolución judicial sobre el derecho de visita dictada en dicho Estado miembro antes del cambio de residencia del menor, siempre que el titular del derecho de visita continúe residiendo en dicho estado anterior (art. 9.1). Esto no se aplica si el titular del derecho de visita ha aceptado la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la nueva residencia habitual (art. 9.2).

El concepto de residencia habitual de los menores es específico y no puede identificarse con el concepto de residencia habitual en otros ámbitos del Derecho de la Unión Europea. La «residencia habitual» del menor en el sentido del artículo 8, apartado 1, del Reglamento, debe determinarse sobre la base de un conjunto de circunstancias de hecho que son particulares en cada caso³³³.

Así debe interpretarse en el sentido de que dicha residencia se corresponde con el lugar en el que el menor tenga una cierta integración en un entorno social y familiar. A estos efectos deben considerarse, en particular, la duración, la regularidad, las condiciones y razones de la permanencia en el territorio de un Estado miembro y del traslado de la familia a dicho Estado, la

significa por lo tanto que son los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el cual el menor tiene su residencia habitual los que deben ser competentes en primer lugar, excepto en ciertos casos de cambio de residencia del menor o en caso de acuerdo entre los titulares de la responsabilidad parental.”

³³³ Tal y como nos dice VIDAL FERNÁNDEZ, B. en “Sistema de atribución de competencia”, en *Derecho Procesal Civil Europeo Volumen I: Competencia judicial Internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en la Unión Europea*, DE LA OLIVA SANTOS, A., GASCON INCHAUSTI, F. (Coord.), Aranzadi, 2011, Capítulo XIV, pp. 451-467: “el concepto dado por la jurisprudencia del TJUE ha sido seguido por los tribunales españoles. Coherentemente, la Audiencia Provincial de Madrid, en su Asunto núm. 401/2009 de 29 de diciembre, expone que “el concepto de residencia habitual del artículo 8 del Reglamento no coincide necesariamente con el de residencia legal (...). Es un concepto más fáctico que jurídico. Se trata del país donde el menor tiene su centro social de vida y para determinar tal lugar habrá que acudir a datos de hecho como la estabilidad de la residencia y la voluntad del menor de permanecer en un país concreto”.

nacionalidad del menor, el lugar y las condiciones de escolarización, los conocimientos lingüísticos, así como las relaciones familiares y sociales que el menor mantiene en el referido Estado. Es competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales determinar la residencia habitual del menor teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias de hecho particulares en cada caso³³⁴. Para los casos en los que no sea posible determinar la residencia habitual del menor entrará en juego lo previsto en el artículo 13 del Reglamento³³⁵, que otorga competencia a los tribunales del Estado en el que se encuentra el menor. Hablamos de los menores refugiados y menores desplazados a causa de conflictos en su país de origen.

Como ha señalado el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia y hemos visto con anterioridad la residencia habitual ha de corresponderse con un lugar en el que el menor tenga cierta integración en un entorno social y familiar, siendo los órganos jurisdiccionales nacionales quienes determinarán tal extremo teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias de hecho particulares de cada caso. A este efecto serán objeto de consideración una serie de factores como la duración, la regularidad, las condiciones y razones de la permanencia en el territorio de un Estado miembro y del traslado de la familia a dicho Estado, así como la nacionalidad, el lugar y las condiciones de escolarización del menor, sus conocimientos lingüísticos y relaciones familiares y sociales.

Habitualmente la determinación del lugar de residencia habitual de un menor en el caso concreto no planteará especiales dificultades. Existen sin embargo supuestos controvertidos. En el asunto *Mercredi*³³⁶ se trataba de determinar la residencia habitual de una lactante, que dos meses después de

³³⁴ El TJUE estableció directrices para la interpretación del concepto de residencia habitual en el Asunto C- 523/07 A., (2009) ECR I-02805 y en el Asunto C-497/10 PPU Mercredi, (2010) ECR I-14309. En relación con los artículos 8 y 10, el TJUE sostuvo que la residencia habitual del menor corresponde al lugar que refleja cierto grado de integración por parte del menor en un entorno social y familiar, y que es el órgano jurisdiccional nacional el que debe determinar cuál es la residencia habitual del menor, considerando todas las circunstancias de hecho específicas en cada asunto.

³³⁵ Artículo 13. Competencia basada en la presencia del menor: 1. Cuando no pueda determinarse la residencia habitual del menor y no pueda determinarse la competencia sobre la base del artículo 12, serán competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que esté presente el menor. 2. El apartado 1 también se aplicará a los menores refugiados y a los menores desplazados internacionalmente a causa de disturbios en su país.

³³⁶ <http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=1044&lng=3&sl=2>.

haber nacido había sido trasladada lícitamente desde su lugar de nacimiento en Inglaterra a la isla de Reunión (Francia). La determinación del lugar de residencia habitual de la niña, y como consecuencia del órgano jurisdiccional competente para dictar decisiones respecto a su guarda y custodia y los derechos de visita, planteaba dudas que motivaron el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJUE.

El Tribunal de Luxemburgo tras reiterar los criterios establecidos en su jurisprudencia anterior, dispuso que los factores, que deben considerarse en el caso de un menor en edad escolar difieren de los que hay que valorar, si se trata de un menor que haya terminado sus estudios o de los pertinentes en relación con un lactante. Cuando se trata de la situación de un lactante que se encuentra con su madre, deben considerarse, en especial, la duración, la regularidad, las condiciones y las razones de la estancia en el territorio de ese Estado miembro y del traslado de la madre a este último Estado, por una parte, y por otra, a causa en particular de la edad del menor, los orígenes geográficos y familiares de la madre, así como las relaciones familiares y sociales que mantienen ésta y el menor en el mismo Estado miembro.

Esto significa, en definitiva, cierto reconocimiento de una relación de dependencia entre la residencia del niño respecto a la residencia de su cuidador principal. Esta relación de dependencia no es, no obstante, un principio absoluto sino únicamente un factor adicional que habrá de ser tenido en cuenta por el órgano jurisdiccional.

Puede ocurrir, que el órgano jurisdiccional nacional concluya que no puede identificarse la residencia habitual del menor. En dichos supuestos la determinación del órgano jurisdiccional competente debe realizarse conforme al criterio de la «presencia del menor» establecido en el artículo 13.1 del Reglamento –rubricado, precisamente, “Competencia basada en la presencia del menor”³³⁷-. Dicho precepto es asimismo de aplicación respecto de menores

³³⁷ Artículo 13 Competencia basada en la presencia del menor. 1. Cuando no pueda determinarse la residencia habitual del menor y no pueda determinarse la competencia sobre la base del artículo 12, serán competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que esté presente el menor. 2. El apartado 1 también se aplicará a los menores refugiados y a los menores desplazados internacionalmente a causa de disturbios en su país.

refugiados o desplazados internacionalmente a causa de disturbios en su país (art. 13.2)

Pero hay que tener en cuenta que la mera presencia física del menor en un Estado miembro, en cuanto norma subsidiaria respecto de la enunciada en el artículo 8 del Reglamento, no puede bastar para determinar la residencia habitual del menor (Sentencia de 2/4/09 C-523-07)³³⁸. La determinación de qué debe considerarse residencia habitual debe hacerse a la vista del contexto de las disposiciones y del objetivo del Reglamento, en particular, del que resulta de su décimo segundo considerando³³⁹.

Finalmente, y para estos casos, señalaremos lo dispuesto en el artículo 15, a la hora de determinar cual es el órgano judicial mejor situado para conocer del asunto. Así el artículo 15 del Reglamento (CE) número 2201/2003 prevé que de forma excepcional los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro competentes para conocer del fondo del asunto puedan remitirse a un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, si consideran que está mejor situado por la vinculación especial del menor, y cuando ello responda a su interés superior.

Lo anterior se aplicará a instancia de parte, de oficio, o a petición del órgano jurisdiccional de otro Estado miembro con el que el menor tenga una vinculación especial. No obstante, para que la remisión pueda efectuarse de oficio o a petición del órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, será preciso el consentimiento de, al menos, una de las partes.

Se considera que el menor tiene una vinculación especial con un Estado miembro a los efectos mencionados en los siguientes casos:

³³⁸ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A62007CA0523>.

³³⁹ “(12) Las normas de competencia que establece el presente Reglamento en materia de responsabilidad parental están concebidas en función del interés superior del menor, y en particular en función del criterio de proximidad. Esto significa por lo tanto que son los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el cual el menor tiene su residencia habitual los que deben ser competentes en primer lugar, excepto en ciertos casos de cambio de residencia del menor o en caso de acuerdo entre los titulares de la responsabilidad parental.”

a) si ese Estado miembro se ha convertido en el de residencia habitual del menor tras la presentación de la demanda ante el órgano jurisdiccional competente en principio;

b) si el menor ha residido de manera habitual en ese Estado miembro;

c) si el menor es nacional de ese Estado miembro;

d) si ese Estado miembro es el de residencia habitual de un titular de la responsabilidad parental;

e) si el asunto se refiere a las medidas de protección del menor ligadas a la administración, conservación o disposición de los bienes de éste que se encuentran en el territorio de dicho Estado miembro.

Un ejemplo de aplicación de este precepto lo recoge el Auto de la AP de Barcelona, Sección 18, de 20 de mayo de 2015, al considerar que a pesar de que atendiendo a los artículos 3.1, a) inciso primero y 8 del Reglamento (CE) número 2201/2003, así como al artículo 3 a y c del Reglamento (CE) 4/2009 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, la competencia correspondía inicialmente a los Tribunales españoles, resulta aplicable el mencionado artículo 15 al vivir el niño en Polonia desde el año 2012, donde había crecido y tenía su entorno en ese momento, con la aquiescencia del padre que en medidas provisionales aceptó esa situación y un régimen de visitas a su favor.

b) Competencia residual

En los asuntos matrimoniales un órgano jurisdiccional de un Estado miembro tiene competencia si: 1. al menos uno de los cónyuges ha sido residente habitual en ese Estado miembro durante un tiempo mínimo o 2. ambos cónyuges comparten la nacionalidad de ese Estado miembro, independientemente de si residen en la Unión o en un tercer país (artículo 3). De conformidad con las

disposiciones sobre competencia residual³⁴⁰ del Reglamento (artículo 7), el acceso de los cónyuges a un órgano jurisdiccional de un Estado miembro cuando tienen distintas nacionalidades dentro de la Unión y residen en un tercer país depende de la legislación de cada Estado miembro³⁴¹.

Los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro serán competentes en materia de responsabilidad parental respecto de un niño que resida habitualmente en dicho Estado miembro en el momento en que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional (artículo 8). Si el menor tiene su residencia habitual en un tercer país, la competencia puede establecerse en un Estado miembro siempre que los padres hayan aceptado expresamente tal competencia y que ello vaya en el interés mayor del menor (artículo 12). En el caso de que los padres no estén de acuerdo, la posibilidad de iniciar un procedimiento ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro con respecto a un menor que reside habitualmente fuera de la Unión depende, de conformidad con las disposiciones sobre competencia residual, de la legislación de cada Estado miembro (artículo 14³⁴²).

El Estudio sobre la competencia residual al que hace referencia el anexo a este informe revela que hay una divergencia considerable en las normas de competencia de los distintos Estados miembros. La diferencia más importante es que, en aproximadamente la mitad de los Estados miembros, la nacionalidad del menor (o la de alguno de sus padres, que con frecuencia coincide con la del menor) es suficiente para fijar la competencia en el Estado miembro de esa nacionalidad, mientras que esto no es así en la otra mitad. Aunque en alguno de estos Estados otros ámbitos de competencia residual pueden, en algunas circunstancias, permitir que la intervención se ejecute en la Unión, no existen garantías a tal efecto.

³⁴⁰ Véase el estudio sobre competencia residual del profesor NUYTS, A. http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/civil/studies/doc_civil_studies_en.htm.

³⁴¹ Véase la propuesta de la Comisión de 2006 para modificar el Reglamento, el documento de trabajo de los servicios de la Comisión SEC(2006) 949: Evaluación de impacto y el estudio sobre la competencia residual al que se hace referencia en el anexo a este informe.

³⁴² Artículo 14. Competencia residual: "Si de los artículos 8 a 13 no se deduce la competencia de ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro, la competencia se determinará, en cada Estado miembro, con arreglo a las leyes de dicho Estado."

Como consecuencia de la ausencia de normas específicas y precisas sobre la competencia residual en materia matrimonial y de responsabilidad parental, los ciudadanos de la Unión tienen un acceso desigual a la justicia³⁴³. Por supuesto, las normas de competencia de los Estados miembros se basan en criterios diferentes y no siempre garantizan el acceso efectivo a los tribunales, a pesar de la estrecha relación del demandante o del acusado con un Estado miembro. Esto puede originar situaciones en las que ni un Estado miembro ni un tercer país son competentes en la materia, que sería el caso en materia matrimonial cuando los cónyuges residen en un tercer país en el que las normas de competencia se basan exclusivamente en su nacionalidad o cuando los cónyuges viven en terceros países distintos, la residencia de solo uno de ellos no basta para determinar la competencia y el último Estado de residencia de ese cónyuge no es competente.

Véase como ejemplo de ello el caso mencionado de un ciudadano italiano y una ciudadana holandesa que contrajeron matrimonio en un país africano donde residieron durante varios años. La esposa, que era diplomática, se trasladó a un país asiático con su marido por motivos profesionales. En un momento determinado la pareja decidió divorciarse, pero esto resultó no ser posible en el país asiático en el que residían. Además, las normas residuales de Holanda e Italia sobre competencia en caso de divorcio tampoco clarificaban la competencia. En tales circunstancias, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro serían competentes en virtud del Reglamento sólo si ambos cónyuges tuvieran la nacionalidad del mismo Estado miembro.

Además, al contrario de lo que sucede con los últimos instrumentos legislativos, tales como el Reglamento de Alimentación o el Reglamento de Sucesiones, el Reglamento no contiene un *forum necessitatis*³⁴⁴. Tal regulación

³⁴³ Véase el estudio sobre competencia residual del profesor NUYTS, A. http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/civil/studies/doc_civil_studies_en.htm.

³⁴⁴ Regulación de competencia que permite a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro, en casos excepcionales, ser competentes en los casos relacionados con un tercer país, con el fin de solucionar sobre todo las situaciones de denegación de justicia, como ocurre cuando se demuestra la imposibilidad de llevar a cabo procesos judiciales en el tercer país en cuestión (por ejemplo, debido a una guerra civil); véase el considerando 16 del Reglamento de Alimentación. Tradicionalmente se considera, y así se ha puesto de manifiesto en los debates parlamentarios de algunos Estados miembros, que esta competencia «de necesidad» se basa en el derecho a un juicio justo (o incluso viene

de competencia fue reclamada por el Parlamento Europeo en su resolución legislativa de 15 de diciembre de 2010 sobre la propuesta del Reglamento Roma III³⁴⁵.

Por último, la falta de disposiciones para determinar en qué casos los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros pueden declinar su competencia en favor de un órgano jurisdiccional de un tercer país genera una considerable incertidumbre³⁴⁶. El Reglamento Bruselas I³⁴⁷ ha sido modificado en el Reglamento Bruselas I refundido³⁴⁸ con el fin de introducir, entre otras enmiendas, una disposición que aborda este problema.

Las propuestas de la Comisión y los últimos avances legislativos en materia civil³⁴⁹ podrían contribuir a revisar el Reglamento en lo referente a los problemas mencionados anteriormente, teniendo en cuenta que en materia de responsabilidad parental debe primar el principio del interés superior del menor.

IV. LA NECESARIA REFERENCIA A LA CUESTIÓN DE LA LEY APLICABLE O “IUS”

A) INTRODUCCIÓN

Una vez se ha establecido la competencia judicial de los tribunales españoles en materia de separación, nulidad y divorcio o en relación a los efectos

³⁴⁵ impuesta por el mismo) en virtud del artículo 6, apartado 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (Estudio sobre la competencia residual, p. 64).

³⁴⁶ Resolución P7_TA(2010)0477, apartado 3.

³⁴⁷ En concreto, en materia de responsabilidad parental en terceros países que no son partes contratantes del Convenio de La Haya de 1996. Véase el Estudio sobre competencia residual al que se hace referencia en el anexo a este informe.

³⁴⁸ Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DO L 12 de 16.1.2001, p.1.

³⁴⁹ Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundido), DO L 351 de 20.12.2012, p. 1 (en adelante, el «Reglamento Bruselas I refundido»).

³⁴⁹ Vid. Reglamento de Alimentación; Propuesta de la Comisión de 2006 para modificar el Reglamento; Propuesta de la Comisión en materia de regímenes económicos matrimoniales; Propuesta de la Comisión relativa a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas [COM(2010)127 final]; Reglamento de Sucesiones; Reglamento Bruselas I refundido.

derivados de la ruptura de pareja en los ámbitos de la responsabilidad parental (guarda y custodia) respecto a los hijos comunes, la siguiente cuestión que se plantea es la determinación de la ley rectora de cada una de estas cuestiones.

Nuestro sistema admite, en efecto, que el juez español competente aplique Derecho extranjero siempre que la norma de conflicto aplicable conduzca a dicho resultado. Como ya hemos visto ocurre en relación a la competencia judicial internacional, la primera dificultad que se suscita es la determinación del instrumento rector. En materia de separación y divorcio rige en España el denominado Reglamento Roma III que contiene normas de conflicto universales aplicables sin ninguna condición de reciprocidad aunque la ley designada sea la ley de un Estado no parte en dicho instrumento. Como consecuencia no es ya aplicable en la materia el artículo 107.2 CC. Sin embargo, la ley rectora de la nulidad sigue siendo determinada en virtud de la regla establecida en el artículo 107.1 CC, habida cuenta que el Reglamento Roma III no se refiere a la nulidad.

En materia de responsabilidad parental no existe normativa de la Unión en el sector de la ley aplicable. Es aplicable el Convenio de La Haya de 1996 en materia de protección de menores y en la medida en la que este instrumento no lo sustituya el Convenio de La Haya de 1961. Respecto a las obligaciones de alimentos el Reglamento 4/2009 remite al Protocolo de La Haya de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias de 23 de noviembre de 2007, que fue ratificado por la Unión Europea el 8 de abril de 2010. Tras su ratificación, la Unión Europea aplica dicho instrumento a partir del 18 de junio de 2011, fecha de la entrada en vigor del Reglamento. En las relaciones entre Estados contratantes sigue no obstante siendo de aplicación el Convenio de La Haya de 1973. Finalmente en el ámbito del régimen económico matrimonial tenemos en vigor el reciente Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales, ahora bien, este será aplicable a partir del 29 de enero de 2019, con excepción de sus artículos 63 y 64, que serán aplicables a partir del 29 de abril de 2018. Por su parte los artículos 65, 66 y 67, que son aplicables desde el 29 de julio de 2016. Para los Estados miembros que

participen en una cooperación reforzada en virtud de una decisión adoptada de conformidad con el artículo 331, apartado 1, párrafo segundo o tercero, del TFUE, el presente Reglamento será aplicable a partir de la fecha indicada en la decisión en cuestión³⁵⁰, por lo que el Derecho aplicable se determina a partir de las normas de conflicto contenidas en el artículo 9.2 y 3 CC. Ya que, aunque ya ha entrado en vigor, el Reglamento (UE) 1103/2016 sólo se aplicará a las acciones judiciales ejercitadas, a los documentos públicos formalizados o registrados y a las transacciones judiciales aprobadas o celebradas a partir del 29 de enero de 2019. Lo mismo sucede con las normas de conflicto que sólo se aplican a los matrimonios celebrados o acuerdos y capitulaciones alcanzados por los cónyuges después de esta fecha. En cambio, se aplicará al reconocimiento de resoluciones judiciales recaídas después de esa fecha en acciones judiciales ejercitadas anteriores si las normas de competencia judicial fueran conformes con las del Reglamento (artículos 69 y 70).

Las normas de conflicto contenidas en instrumentos comunitarios e internacionales son en el momento actual preponderantemente normas de conflicto universales o *erga omnes*. Esto significa que dichas normas se aplican siempre, aunque remitan al Derecho de un Estado no parte del Convenio en cuestión. Como consecuencia las normas de conflicto internas no tienen ocasión de ser aplicadas. A pesar de estar formalmente en vigor, materialmente han sido sustituidas por disposiciones contenidas en fuentes que se imponen en virtud de los principios de primacía o jerarquía normativa. Por consiguiente, no es conforme a Derecho la determinación de la ley aplicable en virtud de normas de Derecho internacional privado autónomo.

Las difíciles relaciones entre las normas europeas y las normas internacionales también se explican por la naturaleza de las normas de conflicto universales. Cuando está en vigor una norma de conflicto universal dicha norma por su propia naturaleza ocupa todo el espacio y sólo puede ser sustituida y quedar sin efecto si se promulga otra. Por consiguiente, salvo que se pretenda dicho efecto no queda otra opción que la abstención. Ello explica que el legislador comunitario haya optado por remitir al Protocolo de La Haya de 2007 al dictar el

³⁵⁰ Vid. Art. 70.

Reglamento 4/2009, pues de haber dictado normas de conflicto propias habría puesto en peligro la codificación internacional. Ello implica sin embargo que la norma comunitaria sea una norma compleja y de difícil lectura, caracterizada por un juego de remisiones que no resulta de fácil manejo³⁵¹.

Conviene asimismo hacer mención en esta introducción al hecho de que ni la codificación europea ni la codificación internacional altera en el momento actual el sistema de alegación y prueba del Derecho extranjero vigente en los distintos Estados. En el caso español la base de dicho sistema es la proposición a instancia de parte como regla general. Ello altera el juego de la norma de conflicto pues de resultar aplicable Derecho extranjero finalmente su efectiva aplicación acaba dependiendo de la voluntad de las partes. Conforme a la jurisprudencia mayoritaria del Tribunal Supremo si las partes no alegan la aplicación de Derecho extranjero procede la aplicación del Derecho del foro, siendo indiferente que el mandato de aplicación de la ley extranjera provenga de una norma interna, internacional o europea. Este resultado, que es hoy por hoy uno de los más importantes déficits de la codificación europea³⁵² e internacional, debe no obstante matizarse cuando el Derecho extranjero ha sido alegado por las partes pero resulta insuficiente la prueba aportada, pues en dicho supuesto el juez tiene conforme al artículo 281.2 de la LEC la posibilidad de valerse de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación. Pese a que esta disposición está formulada en términos que implican un grado de discrecionalidad por parte del juzgador entendemos que si el mandato de aplicación del Derecho extranjero tiene un origen internacional o europeo resulta exigible un plus de actividad pues en definitiva el propósito de la codificación europea o internacional es garantizar que se aplique un mismo Derecho material, independientemente de cuál sea la autoridad competente. El objetivo de la armonía internacional de soluciones obliga así a jueces y tribunales a agotar las posibilidades de dar cumplimiento al mandato de aplicación de Derecho extranjero derivado de la norma de conflicto contenida en un instrumento europeo o internacional.

³⁵¹ Cfr. GONZÁLEZ BEILFUSS, C., «The unification of Private international Law in Europe: a success story?», en BOELE- WOELKI, K., *The future of family property in Europe*, Intersentia, Antwerp, 2011, pp. 329- 340.

³⁵² Cfr. ESPLUGUES MOTA, C., «Harmonization of Private international law in Europe and application of foreign law: the “Madrid Principles” of 2010», *Yearbook of Private International Law*, vol. 13, 2011, pp. 273-297

B) LEY APLICABLE EN MATERIA DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO

a) Aspectos generales

El 29 de diciembre de 2010 se publicó en el DOUE el Reglamento (UE) número 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, también denominado Reglamento Roma III.

Concluye mediante su adopción un proyecto de gestación compleja, que ha tenido la particularidad de activar por primera vez el mecanismo de la cooperación reforzada previsto en los artículos 20 TUE y 326 a 334 TFUE. Se produce, por tanto, en esta materia una fragmentación adicional en el sistema de fuentes del Derecho internacional privado comunitario, puesto que el Reglamento además de no vincular a Dinamarca, al Reino Unido e Irlanda³⁵³, sólo rige en los catorce Estados miembros participantes, esto es, en Bélgica, Bulgaria, Alemania, España, Francia, Italia, Letonia, Luxemburgo, Hungría, Malta, Austria, Portugal, Rumanía y Eslovenia. En estos Estados el Reglamento se aplica desde el 21 de junio de 2012. Al contener normas de conflicto universales (art. 4) cesan de aplicarse las disposiciones contenidas en el Derecho internacional privado autónomo, en el caso español, en el artículo 107.2 CC. En cambio dichas normas autónomas siguen siendo de aplicación en los Estados miembros no participantes.

La cooperación reforzada es un mecanismo previsto en los Tratados para cualquiera de los ámbitos del Derecho comunitario, con excepción de los de competencia exclusiva y de la política exterior y de seguridad común. Como indica el artículo 20 del TUE, su finalidad es impulsar los objetivos de la Unión, proteger sus intereses y reforzar el proceso de integración (art. 20.2 TUE) en aquellos casos en que los objetivos perseguidos por dicha cooperación no pueden ser alcanzados en un plazo razonable por la Unión en su conjunto (art. 20.3 TUE),

³⁵³

De conformidad con los artículos 1 y 2 del Protocolo sobre la posición del Reino Unido e Irlanda anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, Irlanda y el Reino Unido tienen reconocido el derecho del denominado *opt-in*, que les permite en cada caso decidir si participan y quedan vinculados por las normas comunitarias en materia de cooperación civil.

permitiendo a un grupo de al menos nueve Estados miembros adoptar medidas legislativas que no vinculen a los demás Estados miembros. Se trata de un mecanismo ciertamente contradictorio puesto que permite avanzar en la senda de la integración al precio de generar una fragmentación entre los Estados miembros. Los instrumentos adoptados a través de dicho mecanismo no forman en puridad parte del acervo comunitario y, por consiguiente, no deben ser aceptados por los Estados candidatos a la adhesión que podrán, no obstante, como el resto de los Estados miembros, adoptarlos cumpliendo con determinadas condiciones.

La cooperación reforzada se desencadena como consecuencia de una situación de bloqueo. La Comisión había propuesto el 17 de junio de 2006, un Reglamento destinado a modificar el Reglamento 2201/2003, reformando los criterios de competencia judicial internacional contenidos en dicho instrumento para la separación judicial, la nulidad y el divorcio y añadiendo normas en materia de Derecho aplicable respecto a dos de estas materias, la separación y el divorcio. Tras dos años de negociaciones el Consejo celebrado en Luxemburgo los días 5 y 6 de junio de 2008 concluyó que existían dificultades insuperables que hacían imposible la consecución de la unanimidad necesaria para la adopción del texto. A partir de esta constatación un grupo de Estados miembros entre los que se encontraba España solicitó a finales de julio de 2008 la activación, por primera vez desde su introducción en el Derecho comunitario, de los mecanismos de cooperación reforzada.

Tras un período inicial en el que dicha petición no obtuvo respuesta, el proyecto se desatascaría en el primer semestre de 2010, durante la presidencia española, cuando se autorizó una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y la separación legal. Como consecuencia fue, sin embargo, necesario renunciar a la reforma de las normas de competencia judicial internacional, pues uno de los límites de la cooperación reforzada es que ésta no puede afectar al acervo comunitario³⁵⁴.

³⁵⁴ Esta expresión abarca los derechos y obligaciones compartidos por el conjunto de los países de la Unión Europea. El acervo comunitario incluye la legislación y los Tratados europeos, las declaraciones y resoluciones, los acuerdos internacionales en materias comunitarias y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

Las razones de esta situación de bloqueo, que por otra parte no se produce por primera vez en el sector del Derecho de familia aunque anteriormente fuera superada³⁵⁵, han influido, como veremos, en el texto final del Reglamento. Esencialmente los Estados miembros opuestos a la adopción del Reglamento Roma III pueden dividirse en tres grupos. Un primer grupo, liderado por Suecia y Finlandia, mostraba una preferencia acusada por la aplicación de la *lex fori* en materia de separación y divorcio. Otro se oponía a la adopción de normas en el sector de la ley aplicable al divorcio y la separación en virtud de consideraciones políticas internas. Un tercer grupo de Estados se opuso a la utilización del mecanismo de la cooperación reforzada por entender que se creaba un peligroso precedente. Examinaremos sucesivamente las tres posiciones.

Los Estados partidarios de la aplicación de la *lex fori* esgrimieron dos consideraciones. De una parte, la aplicación de la *lex fori* permite eludir las dificultades inherentes a la aplicación del Derecho extranjero. En un contexto en el que los divorcios y separaciones judiciales son numerosos y existe un número creciente de matrimonios con elemento de extranjería no se trata de una cuestión baladí, máxime cuando resulta fundamental de cara al derecho a la tutela judicial efectiva que las controversias en estas materias se resuelvan con cierta celeridad y los recursos de la Administración de justicia son escasos.

La preferencia por la aplicación de la *lex fori* no se fundamenta, no obstante, exclusivamente en consideraciones relacionadas con la buena Administración de Justicia, sino que guarda asimismo relación con consideraciones de tipo sustantivo³⁵⁶. La aplicación del Derecho del foro posibilita

³⁵⁵ La unanimidad fue de muy difícil consecución por lo que respecta a la sustracción internacional de menores, materia que finalmente se pudo incluir en el Reglamento 2201/2003, gracias a un compromiso político que explica el difícil régimen de la sustracción internacional de niños en el Derecho comunitario. Cfr. *inter alia* McELEVAY, P., «The new Child Abduction Regime in the European Community: Symbiotic Relationship and Forced Partnership?», *Journal of Private International Law*, 2005, pp. 5- 34

³⁵⁶ En este grupo se integraban también Chipre, el Reino Unido e Irlanda que como Estados de *common law* se oponen con carácter general a la aplicación de Derecho extranjero en materia de Derecho de familia [al respecto, *vid.* THORPE, M., «Financial consequences of divorce: England versus the rest of Europe», en BOELE-WOELKI, K., MILES, J., y SCHERPE, J. M., (eds.), *The Future of Family Property in Europe*, Intersentia, Amberes, 2011, pp. 3□14]. No fueron sin embargo el Reino Unido e Irlanda quienes asumieron la defensa de la aplicación de la *lex fori* pues poco después de la publicación de la primera propuesta de la Comisión del año 2006 comunicaron que no participarían en un instrumento sobre la ley aplicable al divorcio (FIORINI, A., «Harmonizing the law applicable to divorce and legal separation□enhanced coo□ peration

al Estado la defensa de su particular concepción del matrimonio y de la ruptura matrimonial en todos los supuestos que se plantean ante sus autoridades. Para un Estado miembro como Suecia en el que el acceso al divorcio se vincula directamente con el libre desarrollo de la personalidad y cabe, por tanto, predicar la existencia de un auténtico «derecho» al divorcio, es, por ese motivo, inadmisibles que el acceso al divorcio pueda verse condicionado o limitado por la aplicación de un Derecho extranjero menos liberal. A este respecto ha de tenerse en cuenta que el carácter universal de las normas de conflicto propuestas y finalmente adoptadas implica que pueda resultar aplicable no únicamente el Derecho de otro Estado de la Unión, sino también el Derecho de un Estado tercero. Preocupaba en especial la aplicación del Derecho islámico.

Ambos argumentos son en nuestra opinión argumentos de peso que han influido en la norma finalmente adoptada. Se ha favorecido, como veremos, el paralelismo entre el *ius* y el *fórum* lo que implica que la ley rectora sea en muchas ocasiones la ley del foro.

Por otro lado, el Reglamento permite en su artículo 10 aplicar la ley del foro cuando la ley extranjera determinada conforme a sus disposiciones no contemple el divorcio o no conceda a uno de los cónyuges, por motivos de sexo, igualdad de acceso al divorcio o a la separación judicial. Por tanto puede decirse que el texto finalmente adoptado busca una solución de compromiso y tiene en cuenta las preocupaciones de los Estados partidarios de la aplicación de la *lex fori*, que no obstante, han preferido permanecer al margen del texto adoptado.

Como se ha señalado con anterioridad un segundo grupo de Estados se opuso al Reglamento Roma III por consideraciones de política interna. La República Checa, por ejemplo, adoptó la decisión de no apoyar el Reglamento en virtud de posiciones anti europeístas que asimismo motivaron la posición contraria

as the way forward?», *ICLQ*, vol. 59, octubre de 2010, pp. 1143-1153, p. 1144). Los partidarios de la *lex fori* más combativos fueron Suecia y Finlandia. A los países escandinavos se unió Holanda que pese a que formalmente aplicaba al divorcio el Derecho de la nacionalidad de las partes había comprobado a través de un estudio empírico la acusada aplicación de la *lex fori* en la práctica. Esto condujo a una reforma de las normas de Derecho internacional privado autónomo que en la actualidad establecen que como regla se aplica la *lex fori* salvo que los cónyuges opten por la aplicación del Derecho de la nacionalidad común. Cfr. K. BOELE-WOELKI, «For better or for worse: The Europeanization of international divorce law», *Yearbook of Private International Law*, vol. 12, 2010, p. 27

de Lituania. En el caso de Grecia, que inicialmente suscribió la petición de activación del mecanismo de la cooperación reforzada y posteriormente se retiró, fue la crisis económica y la supresión de la comisión encargada del seguimiento de las negociaciones lo que fue decisivo. Finalmente en el caso de Polonia parece que fue relevante la cuestión de la aplicabilidad del Reglamento a los matrimonios de personas del mismo sexo. A pesar de que como veremos el texto finalmente adoptado no obliga a los Estados miembros que no han abierto el matrimonio a parejas del mismo sexo a reconocer a los matrimonios homosexuales celebrados en el extranjero, no se consiguieron vencer las resistencias polacas³⁵⁷.

Algunos Estados miembros se mostraron especialmente críticos respecto a la oportunidad de activar por primera vez en la historia del Derecho comunitario el mecanismo de la cooperación reforzada. Arguyeron que la materia no era de hecho lo suficientemente significativa como para justificar el abandono de la regla de la unanimidad. La utilización de la cooperación reforzada para la adopción del Reglamento Roma III ha sentado, en efecto, un peligroso precedente.

El Reglamento 1259/2010 contiene normas de conflicto que se aplicarán a las demandas interpuestas de separación y divorcio interpuestas después del 21 de junio de 2012. En el apartado 2.º del artículo 1 del Reglamento se excluye la aplicación del Reglamento a cuestiones como la capacidad jurídica de las personas físicas, la existencia, validez o reconocimiento de un matrimonio, la nulidad matrimonial, el nombre y apellido de los cónyuges, las consecuencias del matrimonio a efectos patrimoniales, la responsabilidad parental, las obligaciones de alimentos o los *trusts* o sucesiones, aun cuando tales materias se susciten en el contexto de un procedimiento de separación o divorcio. Por consiguiente, la ley aplicable a cada una de estas cuestiones se ha de determinar mediante la

³⁵⁷

Como consecuencia de esto podrían darse situaciones como la siguiente: si un hombre español contrae matrimonio con un hombre holandés en España y ambos residen habitualmente en cualquier estado miembro que no reconozca la validez de estos matrimonios (por ejemplo, en Malta), no podrán obtener la disolución del matrimonio, porque conforme al Reglamento Bruselas II bis los únicos tribunales competentes serían los del Estado en el que tengan su residencia habitual (tribunales malteses), y tales tribunales no están obligados a disolver una unión que consideran nula o inexistente. Para esos casos quizás sea posible defender la competencia de los tribunales españoles en virtud de un foro de necesidad, al menos cuando la situación presente alguna vinculación con nuestro país, como la nacionalidad de una de las partes.

aplicación de las normas de conflicto europeas, convencionales, o de Derecho internacional privado autónomo rectoras de las mismas.

Las principales dudas que suscita la delimitación del ámbito de aplicación del Reglamento Roma III se refieren a dos cuestiones. En primer lugar, resulta dudosa la aplicación del Reglamento al divorcio o separación de los «matrimonios» de personas del mismo sexo. Existen al respecto tres posturas. Cabe defender que tales uniones quedan fuera del ámbito de aplicación del Reglamento o que se incluyen en el Reglamento o que tal decisión depende del Derecho internacional privado del foro. Esta última interpretación es contraria a la uniformidad en la aplicación del Reglamento. Sin embargo, como hemos visto, la existencia, validez o reconocimiento del matrimonio como cuestión previa al divorcio o la separación se excluye expresamente del ámbito de aplicación del Reglamento (art. 1.2). Por consiguiente, la cuestión preliminar se somete a las normas de conflicto de la *lex fori* a las que corresponde determinar si la unión es o no un matrimonio.

En caso afirmativo cabe aplicar el Reglamento, mientras que si el Estado miembro en cuestión no considera matrimonial a la unión, no está obligado a pronunciar el divorcio o separación en virtud del Reglamento. Esta interpretación se ve reforzada por el artículo 13 del Reglamento, que lleva por título «diferencias en las legislaciones nacionales». Dicho precepto establece que «nada de lo dispuesto en el [...] Reglamento obligará a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros participantes cuyas legislaciones [...] no consideren válido el matrimonio en cuestión a efectos de un procedimiento de divorcio a pronunciar una sentencia de divorcio [...]». No existe, por tanto, un concepto comunitario de matrimonio, por lo que cada Estado sigue siendo libre de delimitar el concepto autónomamente conforme a su Derecho interno. Desde la perspectiva del aplicador del Derecho español ello significa que el Reglamento se aplica, por tanto, a todos los matrimonios, pues para nuestro ordenamiento es indiferente que los cónyuges sean de distinto o del mismo sexo.

No es tampoco pacífico si el ámbito material de aplicación del Reglamento alcanza a los efectos patrimoniales del matrimonio. Esta cuestión ha sido especialmente analizada por la doctrina alemana en relación al denominado

*Versorgungsausgleich*³⁵⁸. El Derecho alemán establece en la § 1587 y siguientes del BGB un régimen especial por lo que respecta a pensiones y seguros. A fin de compensar adecuadamente al cónyuge que ha abandonado o reducido su actividad laboral como consecuencia de la dedicación al hogar y a la familia, los derechos adquiridos como consecuencia de aportaciones realizadas durante el matrimonio se reparten si el matrimonio se disuelve mediante divorcio. Los derechos de participación en pensiones y seguros se califican en el Derecho internacional privado alemán como una consecuencia o efecto personal del divorcio, regida por el artículo 17 EGBGB³⁵⁹. En idéntico sentido se podría pensar que la pensión compensatoria del Derecho español o francés podría ser un efecto personal del matrimonio, aunque como hemos visto existe un precedente en la jurisprudencia comunitaria que la califica como una obligación de alimentos.

No parece que la intención del legislador comunitario haya sido incluir a los efectos personales del matrimonio en el ámbito de aplicación material del Reglamento. A este respecto es relevante el apartado 10.º del Preámbulo que subraya que el ámbito de aplicación material del Reglamento Roma III debe ser coherente con el del Reglamento Bruselas II bis. Se añade además que el Reglamento «sólo debe aplicarse a la disolución o la relajación del vínculo matrimonial» aludiéndose más específicamente a «los motivos para el divorcio y la separación judicial».

b) La autonomía de la voluntad

El Reglamento Roma III establece que los cónyuges pueden designar la ley aplicable al divorcio y la separación judicial, aunque restringe la autonomía de la voluntad conflictual a la ley del Estado en el que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del convenio, la ley del

³⁵⁸ Cfr. GRUBERRUBER, U. P., «Rom III Verordnung. Anhang zu Art. 17 EGBGB», *Nomoskommentar*, Bd.1, Nomos, Baden-Baden, 2.ª ed., 2012, margs. 6 y 7.

³⁵⁹ Por regla general, el divorcio está sujeto, conforme al artículo 17 de la EGBGB, a la ley aplicable a los efectos generales del matrimonio en la fecha de solicitud de divorcio, es decir, el estatuto familiar mientras está pendiente el procedimiento. En Alemania, sólo los tribunales pueden disolver un matrimonio. Según el artículo 17.3 de la EGBGB, la ley aplicable al reparto compensatorio es aquella por la que se haya regido el divorcio. Si la ley extranjera no reconoce el reparto compensatorio, en determinadas circunstancias éste puede ejecutarse, previa petición, sobre la base de la ley alemana.

Estado del último lugar de residencia habitual de los cónyuges siempre que uno de ellos aún resida allí en el momento en que se celebre el convenio, la ley del Estado cuya nacionalidad tenga uno de los cónyuges en el momento en el que se celebre el convenio o la ley del foro. Se trata por consiguiente de una autonomía de la voluntad conflictual limitada que permite únicamente elegir una ley estrechamente vinculada con el supuesto³⁶⁰.

La admisión de la autonomía de la voluntad en este ámbito material tiene a nuestro entender una difícil justificación. En el Preámbulo del Reglamento se señala que contribuye a aumentar la flexibilidad y la seguridad jurídica requeridas por el aumento de la movilidad de los ciudadanos en la Unión Europea (apartado 15). Supuestamente la elección de la ley aplicable por los cónyuges eliminaría las incertidumbres asociadas con la determinación de la ley aplicable por parte de la autoridad competente a partir de la conexión objetiva. Sin embargo, estos supuestos beneficios deben relativizarse pues no está garantizado que el acuerdo de elección de ley sea respetado en el Estado cuyos tribunales conozcan finalmente de la disolución del vínculo conyugal. Si finalmente la controversia se plantea en un Estado miembro no parte del Reglamento o en un Estado tercero probablemente la elección de ley será ineficaz. No puede además excluirse que sea la propia validez del acuerdo la que plantee controversias que hayan de ser dirimidas por la autoridad competente.

Adicionalmente se ha de tener en cuenta que el aspecto que probablemente sea más decisivo para los cónyuges a la hora de la elección de ley es el contenido del Derecho material elegido. Ha de señalarse en este contexto que existen importantes diferencias entre los ordenamientos jurídicos. Algunos Estados miembros no conocen la institución de la separación conyugal y aunque tras la introducción del divorcio en Malta todos conocen el divorcio existen

³⁶⁰ Por tanto, el Reglamento Roma III permite a los cónyuges elegir la ley aplicable (art. 5 RRIII) entre una de las que se indican –elegidas en atención al principio de proximidad, con la finalidad de contribuir a una mayor previsibilidad en torno a la legislación aplicable al divorcio o a la separación judicial, y también para evitar la “carrera hacia los tribunales”. Pero el Reglamento Bruselas II Bis, que sigue regulando la competencia de las autoridades competentes en la materia, no ampara la elección de tribunal, de manera que no cabe acompañar a la elección de ley de un acuerdo de sometimiento a unos determinados órganos jurisdiccionales, para asegurar que aquél es efectivo. Así pues, los cónyuges podrán elegir la ley aplicable de conformidad con el Reglamento, pero no podrán confiar en que esta elección sea efectiva.

ordenamientos sumamente liberales que admiten el divorcio consensual e incluso basado en la demanda unilateral de uno de los cónyuges mientras que otros mantienen un régimen restrictivo, que puede exigir la concurrencia de culpa o el transcurso de un período más o menos largo de cese de la vida en común. A ello se añade que la facultad de elección de ley no se limita al Derecho de los Estados miembros participantes, sino que alcanza a todos los ordenamientos siempre que presenten los vínculos con el supuesto exigidos. Por tanto, la elección de ley tiene en esta materia una enorme trascendencia.

En el apartado 18 del Preámbulo del Reglamento se señala que la elección informada de ambos cónyuges es un principio fundamental del Reglamento. Literalmente se dice que «es importante que cada cónyuge sepa exactamente cuáles son las consecuencias jurídicas y sociales de la elección de la ley aplicable» y que «la posibilidad de elegir de común acuerdo la ley aplicable no debe afectar a los derechos ni a la igualdad de oportunidades de los cónyuges». A este fin se conmina a los jueces de los Estados miembros participantes para que «sean conscientes de la importancia de que los cónyuges hagan una elección informada, con conocimiento de las consecuencias jurídicas del convenio que celebren para elegir la ley aplicable».

Sin embargo, las salvaguardas que se introducen para garantizar que el consentimiento sea informado son a todas luces insuficientes. Aunque se exige que el convenio se realice por escrito no es preceptiva la intervención de ningún profesional del Derecho que asesore a los cónyuges. Se confía en exceso en la información disponible en el sistema de información al público a través de internet, que no siempre está actualizado, y que en todo caso únicamente ofrece una información básica, cuyas implicaciones difícilmente pueden ser comprendidas por personas carentes de conocimientos especializados. Por otra parte ha de señalarse que dicho sistema no contiene información acerca de los ordenamientos jurídicos de Estados terceros que pueden asimismo ser elegidos por las partes.

El aspecto desde nuestro punto de vista más problemático es que el acuerdo de elección de ley puede celebrarse en cualquier momento, incluso cuando el divorcio o separación conyugal son meramente hipotéticos. En ese

momento no cabe esperar una conducta cautelosa por parte de los cónyuges. Si en ese momento se han decantado por elegir la ley nacional de uno de ellos y se trata por ejemplo de una ley muy restrictiva y con posterioridad, al cabo de años o incluso décadas desean liberarse de las ataduras que ello implica, será necesario un nuevo acuerdo sustitutivo del anterior. Ello implica que, de no mediar acuerdo, el cónyuge que desee el divorcio se verá atrapado en el matrimonio durante más tiempo que el que por ejemplo sería exigido si se aplicara la conexión objetiva. Desde la óptica de un Derecho que en esta materia atribuye tanto peso al derecho de libre desarrollo de la personalidad y a la libertad individual como el español, esta consecuencia podría resultar inasumible.

El Reglamento regula en los artículos 6 y 7 las condiciones de validez material y formal del acuerdo de elección de ley. Por lo que respecta a la primera y al consentimiento se establece que rige la ley por la que se regiría el convenio si el acuerdo o cláusula del mismo fueran válidos. Por tanto es la ley elegida la que finalmente se aplicará para enjuiciar la validez material del acuerdo. Se dispone, no obstante, que el cónyuge que desee establecer que no dio su consentimiento podrá acogerse a la ley del Estado en el que tenga su residencia habitual en el momento en el que se interponga la demanda, si de las circunstancias se desprende que no sería razonable determinar los efectos de su conducta a partir de la ley elegida.

En relación a la validez formal el Reglamento establece directamente ciertas condiciones materiales. Así se exige que el convenio se formule por escrito y vaya fechado y firmado por ambos cónyuges, estipulándose que toda transmisión efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero equivale al escrito. Adicionalmente se establece la aplicabilidad de los requisitos formales que establezca la ley del Estado participante en el que los cónyuges tengan su residencia habitual en la fecha de celebración del acuerdo. Si en ese momento los cónyuges residen en Estados participantes distintos y las legislaciones de dichos Estados establecen requisitos formales diferentes, basta con cumplir los requisitos de una de las legislaciones. Si en la fecha de conclusión del acuerdo sólo uno de los cónyuges reside en un Estado participante, rigen las formalidades adicionales que en su caso establezca la ley de dicho Estado. A

fortiori hay que concluir que si ninguno de los cónyuges reside en un Estado participante cuando se celebra el acuerdo de elección de ley no se imponen condiciones formales adicionales algunas.

Formalmente no se exige la escritura pública que implicaría la intervención de notario o profesional del Derecho equivalente salvo que ello venga impuesto por la legislación del Estado participante de la residencia habitual. No es probable que así sea salvo que el acuerdo se incluya en capitulaciones matrimoniales por la simple razón de que el acuerdo de elección de ley no es una institución conocida en los ordenamientos nacionales, habida cuenta que la materia no es de libre disposición. Tampoco está garantizado que pueda invalidarse el acuerdo por haber sido concluido sin haber dispuesto de la información pertinente, pues en definitiva ello va a depender de la regulación de los vicios del consentimiento contenida en la ley elegida³⁶¹.

Finalmente hay que señalar que si se hace uso de la cláusula de escape del artículo 6.2, que permite aplicar la ley de la residencia habitual del cónyuge que quiere invalidar el acuerdo, si de las circunstancias se determina que no es razonable aplicar la ley elegida, la supuesta seguridad jurídica desaparece. Nada garantiza, por otra parte, que el ordenamiento del Estado de residencia habitual vaya a permitir invalidar el acuerdo.

El Reglamento contiene varias normas de aplicación de las normas de conflicto en él contenidas. Junto a normas tradicionales en instrumentos europeos o internacionales como las que establecen la excepción de orden público (art. 12), excluyen el reenvío (art. 11), las denominadas cláusulas federales (arts. 14 y 15) y el precepto que establece la inaplicación del Reglamento a los conflictos internos de leyes (art. 16) existen dos disposiciones novedosas en los artículos 10 y 13. El artículo 10 dispone que, cuando la ley aplicable, conforme a los artículos 5 u 8, no contemple el divorcio, o no conceda a alguno de los cónyuges, por motivos de sexo, igualdad de acceso al divorcio o a la separación judicial, se aplicara la ley del foro.

³⁶¹

Cfr. HAMMJE, P., «Le nouveau Règlement UE n.º 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable du divorce et à la séparation de corps», *R. critique*, 2011□2, pp. 291 ss

Fácilmente se advierte que se trata de una regla estipulada para hacer frente a los ordenamientos de Estados terceros, en particular a aquellos inspirados por el Islam. Se trata en puridad de una disposición del todo superflua pues en los dos supuestos contemplados se aplicaría la excepción de orden público que conduciría a idéntico resultado, esto es, a la aplicación de la ley del foro. Su introducción se debe, por tanto, esencialmente a motivos políticos relacionados con la búsqueda de adhesiones al texto pactado. Se busca hacer frente a las objeciones planteadas por los Estados miembros partidarios de la aplicación de la ley del foro.

También ha de interpretarse políticamente el artículo 13. Este establece que el Reglamento no obliga a los Estados participantes, cuyos ordenamientos no contemplen el divorcio o no consideren válido el matrimonio en cuestión, a emitir sentencias de divorcio. La primera parte de la disposición fue el precio que se pagó para conseguir la participación de Malta. En el momento en el que se negoció el Reglamento la legislación maltesa no conocía el divorcio. Para conseguir el absurdo de que el único Estado miembro que no conocía el divorcio participara en un Reglamento sobre la ley aplicable al divorcio se hizo la concesión de permitirle no pronunciar sentencias de divorcio. En el momento actual, tras la introducción del divorcio en el Derecho de Malta³⁶², el precepto carece de virtualidad alguna.

³⁶²

El 25 de julio de 2011 el Parlamento de Malta aprobó una Ley por la que se modifica el Código civil y se introducía el divorcio en su ordenamiento jurídico. Mediante esta ley se modificó el capítulo 16 del Código civil, introduciendo una nueva sección IV, titulada "Del divorcio", que comprende los nuevos arts. 66A a 66M.

El nuevo art. 66L [Exercise of jurisdiction by the court in relation to divorce] del Código civil establece:

"66L. (1) The court may grant a decree of divorce if, but only if, at least one of the following requirements is satisfied -

(a) either of the spouses concerned was a citizen of Malta;

(b) either of the spouses concerned was domiciled in Malta on the date of the institution of the proceedings concerned,

(c) either of the spouses was ordinarily resident in Malta throughout the period of one year ending on that date.

(2) Where proceedings are pending in a court in respect of an application for the grant of a decree of legal personal separation or in respect of an appeal from the determination of such an application and the court has or had jurisdiction to determine the application, the court shall, notwithstanding sub article (1), have jurisdiction to determine an application for the grant of a decree of divorce in respect of the marriage concerned."

<http://www.marinacastellaneta.it/wp-content/uploads/2011/07/BILL-80.pdf#page=15>.

La segunda puntualización contenida en el artículo 13 se refiere esencialmente al matrimonio de personas del mismo sexo y busca garantizar que aquellos Estados que no reconocen a dichas uniones como matrimonios no estén obligados a disolverlas. Nuevamente se trata de una disposición del todo superflua pues el artículo 1.2.b) ya establece que la existencia, validez o reconocimiento del matrimonio no entra dentro del ámbito material de aplicación reglamentario. Por tanto, se trata de un precepto redundante cuya inclusión es testimonio del convulso proceso de gestación de esta norma comunitaria.

C) LEY APLICABLE EN MATERIA DE NULIDAD

A pesar del aparente paralelismo entre el ámbito de aplicación material del Reglamento 2201/2003 y el Reglamento 1259/2010 existe una importante diferencia por lo que respecta a la institución de la nulidad matrimonial, pues ésta se regula desde el punto de vista de la competencia judicial internacional y, en cambio, el Reglamento Roma III no contiene normas de conflicto de leyes respecto a la misma. No acaba de entenderse el por qué de esta divergencia máxime cuando existe en esta materia un amplio consenso respecto a cuál debe ser la ley rectora³⁶³. Puesto que la nulidad matrimonial es una sanción a un vicio en la celebración del matrimonio se impone, en efecto, la ley rectora de la celebración del matrimonio.

Ante la ausencia de norma comunitaria y habida cuenta que la ley aplicable a la nulidad matrimonial tampoco es objeto de ningún Convenio internacional, es de aplicación el artículo 107.1 CC que, en efecto, dispone que la nulidad del matrimonio y sus efectos se determinan de conformidad con la ley aplicable a su celebración. La norma remite, por consiguiente, a las leyes rectoras de capacidad, consentimiento y forma contenidas en los artículos 9.1, 49 y 50 CC. En materia de

³⁶³

Como revela la inquietud mostrada por la Comisión al respecto: "... el buen funcionamiento del espacio judicial europeo exige en ocasiones que una jurisdicción nacional aplique la ley de otro Estado miembro. La Unión deberá estudiar el modo de evitar la disparidad de las prácticas actuales en esta materia": vid.punto 3.3 de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, *Un espacio de libertad, seguridad y justicia al servicio de los ciudadanos*, Bruselas, 10.6.2009, COM(2009) 262 final, en p. 14, disponible en <http://eur-lex.europa.eu>.

capacidad y consentimientos se aplica la ley personal de cada contrayente, esto es la ley correspondiente a su nacionalidad en el momento de celebración del matrimonio.

La regulación respecto a la forma tiene una mayor complejidad. La regla de base es la regla *locus regit actum*, conforme a la cual han de respetarse las formalidades prescritas por el ordenamiento del lugar de celebración. Adicionalmente se admite la celebración en forma canónica si al menos uno de los cónyuges es español así como la celebración conforme a la ley personal de cualquiera de los cónyuges si ambos son extranjeros y el matrimonio se celebra en España o en el extranjero.

D) LEY APLICABLE EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PARENTAL

Con ocasión del divorcio, separación o nulidad es habitual el pronunciamiento sobre la guarda y custodia y los derechos de visita respecto a los hijos comunes. La ley aplicable respecto a estas cuestiones no está contenida en ningún instrumento normativo comunitario, sino en el “Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños” (en adelante, CLH 96). Este Convenio fue ratificado por España el 6 de septiembre de 2010. Puesto que este Convenio contiene también reglas de competencia judicial internacional, cooperación de autoridades y reconocimiento y ejecución de decisiones con carácter previo a su ratificación el Consejo de la UE autorizó a los Estados miembros a firmar dicho Convenio en interés de la Comunidad³⁶⁴.

Conforme al artículo 51 del CLH 96 éste sustituye en las relaciones entre los Estados contratantes al Convenio de 5 de octubre de 1961 sobre Competencia de Autoridades y Ley Aplicable en materia de Protección de Menores (en

³⁶⁴ Decisión del Consejo, de 19 de diciembre de 2002, por la que se autoriza a los Estados miembros a firmar, en interés de la Comunidad, el Convenio de La Haya de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños (DO L 48, de 21 de febrero de 2003).

adelante, CLH 61). *A sensu contrario* el Convenio de La Haya del 61 sigue siendo aplicable en las relaciones entre España y los Estados parte del Convenio del 61 que no han ratificado este Convenio del 96. En el momento actual se trata de China-Macao, Italia y Turquía.

Se podría pensar que los problemas que plantea la determinación de la guarda y custodia en el sector del Derecho aplicable son de escasa identidad, porque el criterio de decisión uniforme de los Derechos europeos es el interés del niño. Sería, sin embargo, excesivo concluir que la aplicación de una u otra ley es una cuestión irrelevante y que, en definitiva, bastan los criterios materiales del juez del foro para fundamentar la decisión.

Aunque probablemente sean de menor entidad que en otros ámbitos, el Derecho material europeo no deja de presentar diferencias. Mientras que el Derecho francés establece que el régimen de ejercicio de la responsabilidad parental más adecuado al interés superior del niño es la custodia compartida, en el Derecho danés se interpreta que la residencia alterna del niño en los distintos domicilios de sus padres es contraria al interés superior del niño y se invalida todo acuerdo. Las diferencias son también notables por lo que respecta al derecho de otros miembros de la familia a relacionarse con el niño tras la ruptura. En los ordenamientos jurídicos nórdicos se niega la existencia de tal derecho puesto que se estima que el conflicto entre los miembros de la familia y el progenitor que detenta la custodia causa perjuicios al niño, mientras que ordenamientos como el español establecen que no podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo con sus abuelos y otros parientes y allegados y facultan al juez para dictar medidas que faciliten dichas relaciones en caso de oposición. Puesto que se prevé que tal cuestión pueda ser decidida en el procedimiento de divorcio, la aplicación de una u otra ley adquiere relevancia.

a) El Convenio de La Haya de 1996

En este contexto nos interesan exclusivamente las disposiciones contenidas en el Convenio de La Haya de 1996 en materia de ley aplicable. La regla de base es el artículo 15 que prevé que en el ejercicio de la competencia

atribuida por las disposiciones del Capítulo II, las autoridades de los Estados contratantes apliquen su propia ley. La regla reproduce, por consiguiente, en lo esencial, la correlación *forum-ius* que caracteriza al Convenio del 61. Existen dos aspectos que, sin embargo, diferencian la regulación del CLH 96 de la regulación del CLH 61. El nuevo instrumento no contiene ninguna regla análoga al artículo 13 CLH 61. No se hace depender, por tanto, su aplicabilidad de que el niño resida en un Estado contratante. La única condición de aplicabilidad del apartado 1.º del artículo 15 CLH 96 es que sea competente la autoridad de un Estado contratante en virtud de las normas de competencia judicial internacional del Convenio. Por tanto, hay que entender que la regla tiene un alcance universal y que se aplica, independientemente de condiciones de nacionalidad o residencia, a todos los niños respecto a los cuales se vaya a pronunciar la autoridad competente.

Podría, sin embargo, pensarse que la regla no es aplicable si la competencia judicial deriva del Reglamento Bruselas II bis. Puesto que las disposiciones competenciales del RB II bis guardan un gran paralelismo con las del Convenio, no parece que la aplicación del artículo 15 en supuestos en los que la competencia deriva del Reglamento suponga ninguna ruptura de la lógica convencional. Ha de tenerse en cuenta, sin embargo, que la introducción de la posibilidad de prórroga en supuestos distintos al de la separación, la nulidad y el divorcio en el RB II bis introduce una divergencia entre el régimen del Reglamento y el del Convenio que como veremos podría hacer necesario accionar la cláusula de excepción a la que seguidamente se hará referencia.

El segundo elemento que diferencia el CLH 96 y el CLH 61 es, en efecto, que el nuevo Tratado contiene en el artículo 15.2 una cláusula de excepción conforme a la cual, en la medida en que lo requieran la protección de la persona o de los bienes del niño, puede excepcionalmente aplicarse o tomarse en consideración la ley de otro Estado con el que la situación tenga un vínculo estrecho. La cláusula no opera en función de criterios de proximidad, sino que incorpora criterios materiales dirigidos a garantizar la mejor protección del niño.

La cláusula podría paliar las consecuencias que derivan del mantenimiento de una adecuada coherencia en los supuestos en los que el juez conoce en virtud de una prórroga de competencia. Pese a que durante la Conferencia diplomática

en la que se adoptó el Convenio se presentó un documento de trabajo con la finalidad de que el juez del divorcio aplicara la ley de la residencia habitual del niño, dicha propuesta fue rechazada. La principal justificación que aporta el *Informe Lagarde*³⁶⁵ al respecto, es que la admisión de dicha enmienda hubiera introducido inútiles complicaciones, especialmente si el juez del divorcio hubiere de pronunciarse respecto a las consecuencias de la ruptura respecto a niños residentes en distintos Estados. Las dificultades que pueden derivar de la aplicación de la *lex fori* por parte del juez prorrogado son, en cambio, generales, pues estas medidas se habrán de aplicar en el Estado de la residencia habitual del niño. La aplicación de la ley de la residencia habitual favorecería, por tanto, la efectividad de la decisión. De ahí que sea recomendable que el juez prorrogado contemple la aplicación del Derecho de la residencia habitual del niño en virtud de la posibilidad que le ofrece la cláusula de excepción.

El Convenio de La Haya regula lo que ha de ocurrir en caso de cambio de la residencia habitual del niño a otro Estado contratante, garantizando la continuidad de las medidas adoptadas en el Estado de la residencia habitual anterior hasta que no sean eventualmente sustituidas. Se dispone, no obstante, que las condiciones de aplicación de dichas medidas se rigen por la Ley del Estado de la nueva residencia habitual.

b) El Convenio de La Haya de 1961

Este Convenio sobre competencia de las Autoridades y la Ley aplicable en materia de protección de menores, hecho en La Haya el 5 de octubre de 1961, Instrumento de Ratificación de 29 de abril de 1987, estuvo vigente hasta el 01 de Enero de 2011³⁶⁶. Es condición de aplicabilidad del CLH del 61 que el niño resida

³⁶⁵ Informe de Paul Lagarde explicativo del Convenio de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños; <https://assets.hcch.net/upload/expl34s.pdf>.

³⁶⁶ Convenio internacional de 5 de octubre 1961, sustituido conforme establece el artículo 51 del Instrumento de Ratificación del Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996 («B.O.E.» 2 diciembre 2010), el 1 de enero de 2011. Convenio 5 octubre 1961, sustituido por el Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución

en un Estado contratante (art. 13). Este instrumento determinará, por tanto, la ley aplicable a la custodia y los derechos de visita si el niño tiene su residencia habitual, por ejemplo, en China, Macao, Italia, y Turquía, habida cuenta que en las relaciones con los demás Estados contratantes el Convenio del 61 ha sido sustituido por el posterior de 1996.

La principal dificultad que plantea el CLH 61 deriva del hecho de que el Convenio pretende regular conjuntamente la competencia de autoridades y la ley aplicable, estableciendo una correlación *forum-ius*. La lógica convencional quedó rota a partir de la entrada en vigor del RB II, cuyas normas de competencia de autoridades prevalecen sobre las del Convenio en las relaciones entre Estados miembros. En estas relaciones deja de aplicarse una parte del Convenio —la referida a la competencia— mientras que otra —la relativa al Derecho aplicable— sigue vigente. Puesto que en el sistema del Convenio existe una relación de interdependencia entre ambos sectores la supresión de una de las partes, acaba repercutiendo sobre el todo.

Ahora bien, hemos de reconocer que tal resultado no se produce en todos los casos. El principal criterio competencial del Convenio es la residencia habitual (art. 1). Coincide con el foro principal que se establece en materia de responsabilidad parental en el Reglamento 2201/2003 (art. 8.1 del RB II bis). Si finalmente conoce el juez de la residencia habitual del niño, aunque sea en virtud del Reglamento, sigue produciéndose el resultado querido por el legislador convencional en materia de ley aplicable. La autoridad de la residencia habitual aplicará su ley interna, esto es, la ley de la residencia habitual. En este caso, que será el mayoritario en la práctica, la entrada en vigor de las normas comunitarias no ha significado ningún cambio.

Si la competencia del juez deriva de una prórroga de competencia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12 RB II bis, la situación es más compleja. El artículo 2 del CLH 61 contiene la regla general en materia de ley

y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños («D.O.U.E.L.» 11 junio 2008), a partir de la fecha de entrada en vigor del Convenio. El Convenio entrará en vigor el día primero del mes siguiente a la expiración de un período de tres meses después del depósito del tercer instrumento de ratificación, de aceptación o de aprobación previsto por el artículo 57.

aplicable. Establece que las autoridades competentes de acuerdo con el artículo 1 adoptarán las medidas previstas por su ley interna. Este precepto admite en el momento actual dos interpretaciones. Puede entenderse que la ley designada es la *lex auctoritas* o *lex fori*, prescindiendo de la dependencia del artículo 2 CLH 61 respecto a lo establecido en su artículo 1 o, por el contrario, interpretarse que, puesto que en el artículo 1 se establece que las autoridades competentes son las autoridades de la residencia habitual del menor, una interpretación sistemática ha de conducir a la aplicación de la ley de la residencia habitual. Es decir: si un juez español ha admitido, en virtud del artículo 12 RB II bis, la prórroga en relación a un niño con residencia habitual en Turquía aplicará el Derecho español o el turco en función de cómo interprete el artículo 2. La aplicación de la *lex auctoritas* tiene el evidente atractivo de la facilidad.

De hecho, el legislador convencional pretendía facilitar mediante el establecimiento de un equilibrio en la tarea del aplicador del Derecho. Pero simultáneamente la regla del artículo 2 CLH 61 atiende a la justicia conflictual, conduciendo a la aplicación del ordenamiento jurídico más relacionado con el caso. En el nuevo contexto que se produce como consecuencia de la entrada en vigor de los Reglamentos comunitarios resulta necesario decidir cuál de estas dos finalidades debe prevalecer. En función de la prioridad que establezcamos una u otra interpretación será la más adecuada. Conviene tener presente que el Convenio opta por un concepto muy amplio de medida de protección. A efectos del CLH 61 siempre que interviene una autoridad estamos frente a una medida de protección.

Por consiguiente, la regulación del ejercicio de la responsabilidad parental como consecuencia de la ruptura de la relación de pareja de los progenitores del niño es una medida de protección a efectos del CLH 61 si interviene una autoridad. Ahora bien, es preciso reconocer que se trata de «medidas de protección» que no presuponen ninguna situación de desamparo. Observemos además que en el caso que nos ocupa el juez deriva su competencia de un acuerdo de voluntades por lo cual, en la mayoría de los casos, estaremos frente a una ruptura por consentimiento mutuo y la intervención judicial se limitará al mínimo imprescindible, puesto que, por lo general, se aprobará todo lo acordado

en el Convenio regulador. Por tanto, parece que en la situación que nos ocupa no se justifica el mantenimiento de la correlación *forum-ius*.

La lógica conflictual impone que en materia de guarda y custodia y derechos de visita se intente aplicar el ordenamiento jurídico más relacionado con el caso. Puesto que la prórroga del foro es un criterio competencial cuyo fundamento no es la proximidad sino la economía procesal, carece de sentido que la autoridad competente aplique su propia ley. De esta manera estaríamos admitiendo que a través de la prórroga de competencia se eligiera indirectamente la ley aplicable.

CAPÍTULO III: RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN

I. EL RECONOCIMIENTO

A) CONCEPTO

Para PALOMO HERRERO³⁶⁷, reconocimiento es aquella actividad estatal en virtud de la cual se acepta la resolución extranjera, atribuyéndole, con exclusión del ejecutivo, todos los efectos que derivan de las resoluciones judiciales y que tienen una proyección procesal, es decir, que vinculan a los órganos jurisdiccionales en su actividad jurisdiccional: el efecto de cosa juzgada material, el efecto de tipicidad, el efecto probatorio y el efecto registral.

Continúa la autora citada diciendo que con el término reconocimiento automático se hace referencia a la posibilidad de invocar una resolución judicial dictada en un Estado miembro ante cualquier órgano jurisdiccional o autoridad administrativa de otro Estado miembro, como si fuera una resolución nacional, sin que sea preciso que previamente a dicha invocación o en ese mismo momento se lleve a cabo un procedimiento judicial en este último Estado, dirigido a obtener una resolución judicial en la que se declare que aquella otra es reconocida.

De todos modos, esto no implica un reconocimiento absolutamente incondicional, puesto que con carácter general la resolución extranjera sólo se reconocerá cuando aquellos ante quienes se invoque constaten la no concurrencia de las causas de denegación del reconocimiento previstas en los arts. 22 y 23 del Reglamento. Este reconocimiento automático, como destaca PALOMO HERRERO, tiene consecuencias particularmente interesantes en materia matrimonial, pues el art. 21.2 permite obtener la actualización de los datos del Registro Civil de un Estado miembro, sobre la base de resoluciones judiciales en materia de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial dictadas en otro Estado miembro, siempre que se trate de resoluciones firmes conforme a la legislación de este último.

Cuestión interesante sería la posible existencia de oposición a ese reconocimiento automático. En este supuesto, cualquier persona interesada podrá

³⁶⁷ Vid. PALOMO HERRERO, M.^a y JIMENO BULNES, M. (coord.), *La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea: instrumentos procesales*, Bosch Editor, Barcelona, 2007.

solicitar, en base al art. 21.3, que se inicie un procedimiento judicial en el Estado requerido, dirigido a obtener una resolución en la que se declare que la resolución judicial extranjera es regular y que debe, en consecuencia, ser reconocida en dicho Estado; es lo que se denomina reconocimiento a título principal.

El procedimiento sería el de los arts. 28 a 36 para la obtención de la declaración de ejecutoriedad. Si la oposición al reconocimiento automático se produjera en el curso de un procedimiento judicial que estuviera teniendo lugar en el Estado requerido, se plantearía, como veremos más adelante, un reconocimiento incidental, correspondiendo la competencia para conocer de la cuestión incidental relativa al reconocimiento al mismo órgano jurisdiccional que estuviera conociendo del asunto principal (art. 21.4). También para el reconocimiento a título principal y para el incidental, los únicos motivos de denegación son los previstos en los arts. 22 y 23 del Reglamento.

La importancia del Reglamento, para DÍAZ-AMBRONA³⁶⁸, reside fundamentalmente en lo preceptuado en el art. 21 en cuanto que «... las resoluciones dictadas en un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados miembros sin necesidad de recurrir a procedimiento alguno». Lo que significa entre otras cosas que los datos del Registro Civil de un Estado miembro se podrán actualizar, sin ningún procedimiento previo, sobre la base de las resoluciones en materia de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial dictadas en otro Estado miembro. De modo que el reconocimiento, y posterior ejecución de resoluciones judiciales dictadas en un Estado miembro deberán basarse en el “principio de confianza mutua”, de tal manera que los motivos de no reconocimiento deben limitarse al mínimo necesario.

Este principio es la “piedra angular de la cooperación judicial en materia civil y penal de la Unión, y lo es desde que se aprobó el mismo en el Consejo Europeo de Tampere, celebrado en 1999, donde se concluyó diciendo que todas las resoluciones dictadas en el ámbito de los litigios familiares “se reconocerían

³⁶⁸ Vid. DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M.^{a.}, y otros, *Derecho Civil de la Unión Europea (adaptado al Tratado de Lisboa)*, Ed. Colex, Majadahonda, 2010.

automáticamente en toda la Unión sin que se interpusieran procedimientos intermedios o motivos para denegar la ejecución (punto 34^o)³⁶⁹”.

La aplicación del principio rector de la cooperación judicial se sitúa en el ámbito de la libre circulación de mercancías, bienes y servicios de la Unión, para salvar así las diferencias entre las legislaciones de los distintos Estados miembros. De ahí que, tal y como nos dice DE HOYOS SANCHO, M., “en vez de optar por la armonización de legislaciones, o quizá precisamente por las dificultades que ésta presentaba se acudió a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo, es decir, cada Estado acepta y reconoce que la legislación de otro Estado miembro es equivalente a la propia”³⁷⁰.

B) RECONOCIMIENTO A TÍTULO PRINCIPAL E INCIDENTAL Y MOTIVOS DE DENEGACIÓN EN CRISIS MATRIMONIALES

Por Resolución judicial, de acuerdo con el art. 2.4 del Reglamento 2201/2003, entendemos las resoluciones de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial y las relativas a la responsabilidad parental dictadas por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro independientemente de cómo se denomine dicha resolución en particular, incluidos los términos sentencia o auto. Igualmente los documentos públicos y los acuerdos entre las partes que sean ejecutivos en un Estado miembro deberán asimilarse al término resoluciones judiciales (Considerando 22^o del Reglamento 2201/2003).

El reconocimiento de las resoluciones dictadas en un Estado miembro no requiere de procedimiento alguno (art. 21.1 del Reglamento 2201/2003) si

³⁶⁹ El Consejo Europeo de Tampere consideró en sus conclusiones (punto 34) que las resoluciones dictadas en el ámbito de los litigios familiares «se reconocerían automáticamente en toda la Unión sin que se interpusieran procedimientos intermedios o motivos para denegar la ejecución». Por ello, las resoluciones relativas al derecho de visita y a la restitución del menor que hayan sido certificadas en el Estado miembro de origen de conformidad con las disposiciones del presente Reglamento deben ser reconocidas y gozar de fuerza ejecutiva en todos los demás Estados miembros, sin necesidad de procedimiento adicional alguno. Las modalidades de ejecución de estas resoluciones siguen rigiéndose por el Derecho nacional (Considerando 23^o del Reglamento 2201/2003).

³⁷⁰ Vid. DE HOYOS SANCHO, M.: “El principio de reconocimiento mútuo como principio rectos de la cooperación judicial europea”, *La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea. Instrumentos procesales*. Barcelona 2007, págs.. 69 y ss.

proviene de un Estado de la Unión Europea -excepto Dinamarca-; por tanto, la resolución se reconoce directa y generalmente sin necesidad de procedimiento alguno, es decir, dictada una sentencia de divorcio, separación o nulidad matrimonial por un órgano de un Estado miembro, de forma automática producirá sus efectos en España. Estaríamos, por tanto, ante lo que se denomina un reconocimiento genérico. De todas formas, para que se produzca además el efecto de cosa juzgada será necesario que haya un reconocimiento expreso por parte de los tribunales españoles.

Por remisión del artículo 21.3 del reglamento, el procedimiento a seguir para que se declare expresamente el reconocimiento de una sentencia extranjera que proviene de un país de la Unión Europea (excepto Dinamarca) es el regulado en el artículo 29 y siguientes del Reglamento. Este procedimiento es también el que se inicia para el caso de que se solicite el no reconocimiento de una determinada sentencia o resolución, porque así interese a una de las partes, o el que se ha de seguir para dotar de fuerza ejecutiva a una sentencia extranjera. Se trata de un procedimiento común a todos los Estados miembros para la obtención de un exequatur o declaración de ejecutividad, dándosele prioridad a este breve procedimiento respecto a las normas contenidas al respecto en los ordenamientos internos o en otros convenios, pudiéndose, por tanto, solicitarse la actualización de los datos que consten en el Registro Civil de un Estado miembro sobre la base de las resoluciones dictadas en materia de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial dictadas en otro Estado miembro siempre que no admitan ya recurso alguno con arreglo a la legislación vigente.

El reconocimiento, o en su caso el no reconocimiento, podrá solicitarlo cualquiera de las partes interesadas en los efectos que puedan producirse (art. 21.3). Así pues el llamado reconocimiento registral se realizará como si de una resolución se tratara, presentando testimonio de la resolución acompañado del certificado³⁷¹ previsto en el propio Reglamento.

El órgano jurisdiccionalmente competente para conocer de la solicitud, se determinará en virtud del Derecho interno del Estado miembro en el que se inicie

³⁷¹ Vid. VIDAL FERNÁNDEZ, B.: "Cooperación judicial en materia de familia y relaciones parentales en la Unión Europea", *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género*, Valladolid, 2009, págs.. 689 y ss.

el trámite de reconocimiento o de no reconocimiento, si en uno de los que aparezcan en el listado que previamente haya confeccionado cada Estado de conformidad con lo dispuesto en los arts. 21.3, II y 68 del Reglamento³⁷². Cabe igualmente, como hemos avanzado *supra*, el denominado reconocimiento incidental, que consistirá en instar el reconocimiento de una resolución en la materia que nos ocupa en un proceso cuyo objeto principal no sea matrimonial o de responsabilidad parental. Esta forma de reconocimiento está prevista en el art. 21. 4º del Reglamento 2201/2203 y el tribunal que esté conociendo la causa principal será el competente para el reconocimiento incidental.

Así pues, si se dan las condiciones para el reconocimiento en España, éste se hará efectivo por el Juzgado de Primera Instancia, o del Registro civil, inaudita parte, de modo que el interesado que quiera oponerse al reconocimiento deberá hacerlo interponiendo un recurso ante la Audiencia Provincial que corresponda y únicamente invocando los motivos de denegación del reconocimiento recogidos en los artículos 22 y 23 del Reglamento 2201/2003. Contra la resolución no cabra interponer en España el recurso por infracción procesal (art. 473.2 LEC, irrecurribilidad de la resolución). El Tribunal supremo ha establecido en su jurisprudencia que “la interpretación que se debe realizar del precepto relativo a los recursos que proceden contra la resolución del exequatur y del reconocimiento debe hacerse de forma restrictiva, para impedir así dilaciones contrarias a la rapidez y eficacia del procedimiento de homologación e inconciliable con el efecto sorpresa inherente al sistema de reconocimiento establecido por el legislador supranacional”³⁷³.

Como hemos visto el sistema de reconocimiento de resoluciones judiciales que se contiene en el Reglamento 2201/2003 está informado por el principio de reconocimiento mútuo automático que no requiere de procedimiento alguno. Pero, al encontrarnos frente a ordenamientos nacionales armonizados pero no

³⁷² Art. 68: “Los Estados miembros comunicarán a la Comisión las listas de los órganos jurisdiccionales y de las vías de recurso a que se hace referencia en los artículos 21, 29, 33 y 34, así como sus modificaciones. La Comisión mantendrá actualizada esa información y la hará pública mediante su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea y por cualquier otro medio adecuado.”

³⁷³ Auto del TS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 4 de noviembre de 2008, ponente O’Callaghan, X., Fundamento de derecho 2º.

idénticos, ni siquiera equivalentes, se hace necesario establecer una serie de motivos de denegación del consentimiento. Y es que, en algún caso, las resoluciones dictadas por tribunales que pretenden hacerse valer en algún Estado miembro pueden ver denegado ese reconocimiento.

El Reglamento 2201/2003, a diferencia de otros Reglamentos y Decisiones que contienen causas de denegación del reconocimiento, enuncia únicamente motivos o causas de no reconocimiento que se han de considerar obligatorias, no dejando así margen de apreciación al órgano jurisdiccional del Estado miembro ante el que se solicita el reconocimiento. Así, si estima que concurre alguno de los supuestos que a continuación indicamos deberá denegar el reconocimiento, siendo esto una excepción al principio rector del reconocimiento mutuo automático, sin procedimiento.

El listado de causas de denegación es *numerus clausus*. Estos motivos de denegación son, según el artículo 22 del Reglamento, los siguientes:

- Si el reconocimiento fuere manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido. Este supuesto puede impedir lo que se trata de conseguir en el Reglamento, es decir, la eficacia de las resoluciones en materia de divorcio, separación o nulidad matrimonial cuando esta materia sea considerada como de orden público interno de un Estado, al entender que la resolución en cuestión y sus efectos de reconocimiento de la misma contravendrían los derechos y libertades que se consideran fundamentales en dicho Estado miembro.

En todo caso la imprecisión del concepto de orden público no puede llevar a concluir que por esa vía cabe denegar el reconocimiento simplemente por no estar de acuerdo con una determinada resolución. Se trata, en palabras del TJUE (entre otras en la sentencia *Krombach*), de que exista “un choque inaceptable con el ordenamiento jurídico del Estado requerido por menoscabar un principio fundamental... violación manifiesta de una norma jurídica considerada esencial en el ordenamiento jurídico del estado requerido o de un derecho reconocido como fundamental en ese ordenamiento”.

- Cuando se dictaren en rebeldía del demandado, consecuencia del derecho que toda persona ostenta en un Estado de derecho a que nadie puede ser condenado sin ser oído. Es decir, lo que debe considerarse como causa de no reconocimiento de la resolución judicial no es la rebeldía propiamente dicha del demandado, entendida esta como actitud procesal, sino aquellos casos en los que la resolución cuya eficacia se persigue se obtenga sin que previamente se le hubiera notificado o trasladado al demandado la demanda o documento asimilado, con tiempo suficiente para formular en tiempo y forma la defensa de sus intereses.

Tendremos que tener en cuenta por otro lado que si el demandado, que se encuentra en una situación de rebeldía no pretendida acepta, de forma inequívoca, y fehaciente, la resolución no podrá invocar posteriormente los perjuicios que tal situación de rebeldía le hubiera podido causar, ya que esta se debe entender subsanada por la no impugnación de la resolución final, la cual ha aceptado y consta, por tanto, que ha conocido y no ha recurrido en tiempo y forma.

- Si la resolución fuera inconciliable con otra dictada en el litigio entre las mismas partes en el Estado miembro requerido o con otra dictada con anterioridad en otro Estado miembro o en un Estado no miembro en un litigio entre las mismas partes. Es claro que si hay una resolución firme no puede plantearse dejar sin efecto porque se haya dictado otra resolución contradictoria con la primera. Esta causa de denegación tiene su fundamento en los efectos de cosa juzgada que sobre las partes procesales tienen las resoluciones judiciales.

Vemos, por tanto, que el reconocimiento no es «de plano» pues, para obtenerlo, la resolución extranjera debe superar un control de verificación de no existencia de causas de denegación, es decir, se verifica que no concurren circunstancias que impidan el reconocimiento. Por tanto, como se observa, no se reconocerán resoluciones que sean contrarias al orden público, las dictadas en ignorancia del demandado y las que resulten inconciliables con otras resoluciones.

Por lo demás, y para que el mencionado reconocimiento no quede en «papel mojado» y sea verdaderamente efectivo, el Reglamento establece una

serie de cuestiones que no pueden atacarse, en virtud del principio de confianza mutua. Así, no puede controlarse la competencia del órgano de origen (art. 24) y no puede revisarse el fondo de la resolución (art. 26³⁷⁴). Por otro lado debe tenerse presente también que cabe reconocer resoluciones no firmes (art. 27). La competencia viene atribuida al Juez de Primera Instancia en virtud del cumplimiento de lo previsto en el art. 21.3.II del Reglamento que remite al listado de órganos competentes enviado por cada Estado miembro a la Comisión.

Finalmente indicar que se dispone, expresamente, en el art. 25 –rubricado “Diferencias en el Derecho aplicable”- que no podrá negarse el reconocimiento de una resolución de divorcio, separación o nulidad alegando que el Derecho del Estado miembro requerido no autorizaría ese divorcio, separación o la nulidad basándose en los mismos hechos, como sería el caso de un matrimonio homosexual donde se solicitase la disolución del vínculo en un Estado que no lo reconoce ni admite.

C) RECONOCIMIENTO Y MOTIVOS DE DENEGACIÓN EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PARENTAL

Igual que en el apartado anterior regulado en el art. 22 del Reglamento 2201/2003, los motivos para el no reconocimiento de resoluciones judiciales o asimiladas en el ámbito de la responsabilidad parental deberán apreciarse obligatoriamente por el órgano jurisdiccional del Estado miembro requerido y, si concurre alguno de ellos, no se reconocerán.

Estos motivos están igualmente tasados y deberán ser interpretados de forma restrictiva, estando contenidos en el art. 23 del Reglamento 2201/2003. Son los siguientes:

a) Si el reconocimiento fuere manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido, teniendo en cuenta el interés superior del menor³⁷⁵;

³⁷⁴ Art. 26: “La resolución no podrá en ningún caso ser objeto de una revisión en cuanto al fondo.”

³⁷⁵ El motivo de no reconocimiento de orden público se ha usado con poca frecuencia. No obstante, en materia de responsabilidad parental han surgido importantes divergencias en

denegándose el reconocimiento cuando la resolución sea contraria a los derechos y libertades fundamentales vigentes del Estado miembro requerido; en este caso valorando siempre el interés superior del menor, que actuará como principio informador o pauta de interpretación a la hora de aplicar lo contenido en el Reglamento y que pueda afectar a los menores.

Así, tal y como indica DE HOYOS SANCHO, M.³⁷⁶: “ (...) el menor como persona en desarrollo, necesita de una garantía especial de sus derechos y libertades fundamentales, y particularmente de su derecho a la educación, a la libertad de conciencia y religión, a la intimidad, a tener cubiertas sus necesidades materiales básicas, a relacionarse con la familia, incluidos los abuelos, entre otros extremos que deberán ser apreciados en el caso concreto en el momento en que debe resolverse sobre el reconocimiento de la resolución judicial”.

b) Si se hubieren dictado, excepto en casos de urgencia, sin haber dado posibilidad de audiencia al menor, en violación de principios fundamentales de procedimiento del Estado miembro requerido; este motivo tiene que ver también con los principios rectores del proceso del que no puede ser privado el menor por el hecho de serlo y que no puede tampoco desconocer el órgano jurisdiccional del Estado requerido que actuará como garante directo, e indirecto, de los derechos y libertades del menor afectado por la resolución cuya efectividad se pretende.

La audiencia al menor se configura expresamente como un derecho fundamental de éste en el art. 24.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y en el art. 12 del Convenio de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. Para facilitar la audiencia del menor en otro Estado miembro se indica en el Considerando 20º del Reglamento 2201/2003 que ésta podrá llevarse a cabo por los procedimientos previstos en el Reglamento 1206/2001, del

la práctica, con respecto a la aplicación más amplia o más restringida de este motivo. Además, en materia de responsabilidad parental, un motivo de oposición frecuentes el hecho de que las resoluciones judiciales se emitan sin que el menor haya tenido la oportunidad de ser escuchado, y ello como consecuencia del dificultades del hecho de que los Estados miembros tienen normas diferentes con respecto a la audiencia del menor.

³⁷⁶ Vid, DE HOYOS SANCHO, M., “El Reconocimiento de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental” en *Derecho Procesal Civil Europeo Volumen I: Competencia judicial Internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en la Unión Europea*, DE LA OLIVA SANTOS, A., GASCON INCHAUSTI, F. (Coord.), Aranzadi, 2011, Capítulo XV, pp. 493-504.

Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la Cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil.

En el ordenamiento jurídico español la audiencia está regulada como un derecho del menor (art. 9.1 de la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, y art. 92.2 del Código civil). Su práctica se contiene en los arts 770 a 777 de la LEC, como actuación preceptiva, contradiciendo así la no imperatividad de la audiencia. “Esta no imperatividad viene provocada por la defensa del interés del menor y porque en realidad sólo puede ser resultado del descuido del legislador a la hora de coordinar las normas materiales y procesales³⁷⁷.”

c) Si, habiéndose dictado en rebeldía de la persona en cuestión, no se hubiere notificado o trasladado a dicha persona el escrito de demanda o un documento equivalente de forma tal y con la suficiente antelación para que pueda organizar su defensa, a menos que conste de forma inequívoca que esa persona ha aceptado la resolución; coincidiendo con lo dispuesto en el apartado anterior relativo a la denegación del reconocimiento de resoluciones en materia de divorcio, separación o nulidad matrimonial.

d) A petición de cualquier persona que alegue que la resolución menoscaba el ejercicio de su responsabilidad parental, si se hubiere dictado sin haber dado posibilidad de audiencia a dicha persona; además del interés superior del menor y el de audiencia de este en los procedimientos que le afecten deberá tenerse en cuenta que la resolución no haya sido obtenida vulnerando el derecho de audiencia y contradicción de aquel que debe ejercer sus responsabilidades parentales.

e) Si la resolución fuere inconciliable con otra dictada posteriormente en relación con la responsabilidad parental en el Estado miembro requerido y,

f) si la resolución fuere inconciliable con otra dictada posteriormente en relación con la responsabilidad parental en otro Estado miembro o en el Estado no miembro de residencia habitual del menor, siempre y cuando la resolución

³⁷⁷

Vid. ARANGÜENA FANEGO, C.: “La diligencia de exploración del menor en los procesos matrimoniales, Lex Nova, Valladolid, 2009, pág. 139 y ss.

dictada con posterioridad reúna las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado miembro requerido. Este apartado y el anterior se justifican en los efectos de la cosa juzgada de las resoluciones sobre responsabilidad parental que se hubieran podido dictar en otro Estado miembro, o incluso no miembro si fuese el de la residencia habitual del menor.

g) Si no se ha respetado el procedimiento previsto en el artículo 56; para los supuestos de acogimiento del menor en otro Estado miembro. Dicho acogimiento sólo podrá adoptarse en el Estado requirente cuando el Estado requerido haya aprobado dicho acogimiento.

Sobre esta cuestión y con relación también a la causa e) resulta interesante traer a colación la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala 3.^a, de 23 de diciembre de 2009 en el Caso *Jasna Deticek v. Mauricio Sgueglia*³⁷⁸. De lo que se trata es que rija el principio de confianza mutua entre los Estados y no se aleguen las razones de denegación del reconocimiento de forma ligera. De acuerdo con esta sentencia y con relación a la adopción de medidas provisionales y cautelares el art. 20 del Reglamento 2201/2203 debe interpretarse en el sentido de que, en circunstancias como las del litigio principal, no se permite que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro adopte una medida provisional en materia de responsabilidad parental que otorgue la custodia de un menor que se encuentra en el territorio de dicho Estado miembro a uno de los progenitores cuando un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, competente en virtud del mencionado Reglamento para conocer del fondo de litigio sobre la custodia del menor, ya ha dictado una resolución judicial que concede provisionalmente la custodia de dicho menor al otro progenitor y esta resolución judicial ha sido declarada ejecutiva en el territorio del primer Estado miembro. De acuerdo con el art. 20.1 del Reglamento las medidas han de ser urgentes, deben adoptarse frente a personas o bienes presentes en el Estado miembro en el que ejerzan su competencia dichos órganos jurisdiccionales y deben tener carácter provisional.

Debe señalarse igualmente que el traslado ilícito de un menor, como consecuencia de una decisión adoptada unilateralmente por uno de sus

378

Vid. http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?doclang=ES&text=&pageIndex=0&part=1&mode=lst&docid=72557&occ=first&dir=&cid=812493

progenitores, priva a menudo a dicho menor de la posibilidad de mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con el otro progenitor. El art. 20 no puede interpretarse, en definitiva, de modo que pueda servir de instrumento al progenitor que ha trasladado ilícitamente al menor con el fin de prolongar la situación de hecho creada por su comportamiento ilícito³⁷⁹.

D) SUSPENSIÓN DEL RECONOCIMIENTO POR INTERPOSICIÓN DE RECURSO

Esta posibilidad de suspensión se recoge en el art. 27 del Reglamento 2201/2003. Así el órgano jurisdiccional de un Estado miembro ante el que se haya solicitado el reconocimiento de una resolución dictada en otro Estado miembro podrá acordar la suspensión del procedimiento si ésta es objeto de un recurso ordinario, bien suspensivo o no suspensivo, en el Estado de origen (art. 27.1 Reglamento). Si la resolución se hubiese dictado en Reino Unido o Irlanda, se podrá suspender el procedimiento si la ejecución estuviese suspendida en el

³⁷⁹

En el asunto del que trata esta sentencia, *Caso Jasna Deticek v. Mauricio Sgueglia*, el órgano jurisdiccional competente para conocer del fondo, es decir, el Tribunal de Tivoli, adoptó una resolución provisional en materia de responsabilidad parental, resolución que fue declarada ejecutiva en Eslovenia. Así, si un cambio de circunstancias derivado de un proceso gradual, como la integración del menor en un nuevo entorno, fuera suficiente para garantizar, en virtud del art. 20.1 del Reglamento, a un órgano jurisdiccional no competente para conocer del fondo a adoptar una medida provisional que modifique la medida en materia de responsabilidad parental adoptada por el órgano jurisdiccional competente para conocer del fondo, la posible lentitud del procedimiento de ejecución en el Estado miembro requerido contribuiría a crear las circunstancias que permitirían al primer órgano jurisdiccional impedir la ejecución de la resolución judicial declarada ejecutiva. Esta interpretación quebrantaría los propios principios en los que se basa el Reglamento.

El reconocimiento de una situación de urgencia en un caso como el de autos sería contrario al principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales dictadas en los Estados miembros instaurado por el Reglamento, principio que se basa en el principio de confianza mutua entre los Estados miembros. Un tribunal esloveno se refiere al cambio de circunstancias producido desde que el Tribunal de Tivoli adoptó la medida provisional en materia de responsabilidad parental que atribuía la custodia exclusiva de la menor a su padre. Y el cambio de circunstancias se debía al hecho de que, entre tanto, la menor se había integrado perfectamente en el entorno en el que vive actualmente en Eslovenia. En esas circunstancias, el tribunal esloveno entendió que el regreso de la menor a Italia, que seguiría a la ejecución del auto del Tribunal de Tivoli, la colocaría en una situación que podría perjudicar gravemente su bienestar. Lo que se trata es de proteger a la menor y aplicar plenamente la resolución de Tivoli, que ha de ser reconocida y ejecutada en Eslovenia mientras cualquier cambio de circunstancias deberá ser planteado en Italia, que es donde se ha decidido el litigio principal. De otro modo se estaría privando de eficacia a las resoluciones de otro Estado miembro, que es lo que se trata de evitar con el Reglamento.

Estado miembro de origen como consecuencia de la interposición de un recurso (art. 27.2 Reglamento).

Esta causa de suspensión del procedimiento se configura como una causa de tipo potestativa, es decir, que el órgano jurisdiccional ante el que se insta el reconocimiento podrá acordar o denegar la suspensión solicitada, de forma motivada y teniendo en cuenta las circunstancias jurídicas y fácticas del supuesto concreto, y siempre, finalmente, teniendo en consideración si dicha suspensión podría afectar al interés superior del menor.

II. LA EJECUCIÓN

La ejecución de las resoluciones emitidas en procesos de familia presentan una serie de características propias. Es importante destacar, por ejemplo, la variabilidad de las medidas. Esto sucede como consecuencia de ser tan cambiante la problemática familiar que hace que, aunque se haya dictado una sentencia de separación con una serie de medidas, quepa la posibilidad que con el cambio de las circunstancias, todo lo que justificó la adopción de tales medidas ahora al alterarse resulten contradictorias con las medidas vigentes. Por ejemplo, que se atribuya la guardia y custodia al padre cuando en realidad viven con la madre. O también, que diferentes pronunciamientos hayan de ser ejecutados.

Todo ello deriva de la complejidad inherente a las relaciones familiares, a sus crisis y, en consecuencia, a las resoluciones que las resuelven.

A) CONCEPTO

Con el término ejecución o solicitud de declaración de ejecutoriedad se regula en el Reglamento 2201/2003 el procedimiento a través del cual se concede a la resolución extranjera el efecto ejecutivo, es decir, se convierte en título ejecutivo en el Estado miembro requerido. Es decir, no se está refiriendo al proceso de ejecución propiamente dicho sino a algo previo, a la declaración de ejecutividad de la resolución.

La ejecución se contiene en el Capítulo III del Reglamento 2201/2003 y presenta algunas diferencias importantes respecto al Reglamento 1347/2000 que, como hemos indicado, precedió a aquel. La primera sería la referente a la diferencia terminológica, ya que mientras en el Reglamento 1347/2000 se refería a la ejecución sin más, ahora la sección segunda del Capítulo III se denomina “solicitud de declaración de ejecutividad”, término más correcto al hacer referencia en él a la eficacia extraterritorial de las resoluciones que por su propia naturaleza producen efectos ejecutivos³⁸⁰. La segunda por el régimen procesal establecido, ya que el Reglamento mantiene un procedimiento de exequatur, muy simplificado, en los artículos 28 a 36, complementado el mismo con lo contenido en los arts. 37 a 39, comunes al reconocimiento y ejecución.

Este procedimiento se puede calificar de ordinario frente al privilegiado, el cual se traduce en algo así como una declaración de ejecutividad automática articulada de acuerdo con el sistema de certificación previsto para dos supuestos en los que la resolución puede y debe ser ejecutada con carácter automático como si hubiera sido dictada por un juez nacional. Hablamos de las resoluciones certificadas sobre el derecho de visita transfronterizo y de aquellas que ordenan la restitución del menor en caso de sustracción internacional, pudiendo decirse que para estos casos nos encontramos delante de un auténtico título ejecutivo europeo.

No es necesario insistir en que inherente a toda ejecución es la existencia de un título ejecutivo que habilite al ejecutante a pedir al tribunal el “cumplimiento” forzoso de un determinado pronunciamiento; tal como señala el art. 517 LEC: “la acción ejecutiva deberá fundamentarse en un título que tenga aparejada ejecución”. El título ejecutivo es, en consecuencia, presupuesto del proceso de ejecución.

El Reglamento sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental

³⁸⁰

Vid. ARANGÜENA FANEGO, C.: La ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental”, en *Derecho Procesal Civil Europeo Volumen I: Competencia judicial Internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en la Unión Europea*, DE LA OLIVA SANTOS, A., GASCON INCHAUSTI, F. (Coord.), Aranzadi, 2011, Capítulo XVI.

reconoce fuerza ejecutiva no solo a las resoluciones judiciales, sino también, según el art. 46, a los documentos públicos con fuerza ejecutiva formalizados o registrados en un Estado miembro y a los acuerdos entre las partes que tengan fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen, en materia de divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial, así como a la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental. Es decir, el Reglamento recoge títulos ejecutivos de naturaleza jurisdiccional pero también extrajurisdiccional.

En relación con los procedimientos de familia, tiene aparejada ejecución, los títulos siguientes:

- Las sentencias de condena.
- Las demás resoluciones judiciales y documentos que, por disposición de esta u otra ley, lleven aparejada ejecución.
- Las resoluciones judiciales que aprueben u homologuen transacciones judiciales y acuerdos logrados en el proceso, acompañadas, si fuere necesario para dar constancia de su concreto contenido, de los correspondientes testimonios de las actuaciones.
- Las escrituras públicas.

En principio y como primer título ejecutivo, lo es la sentencia firme de condena pero teniendo en cuenta que se ejecutarán aquellos pronunciamientos que no hayan sido objeto del recurso (vid. art. 774.5 LEC³⁸¹). Por otro lado, también es posible ejecutar una resolución que no es firme, cupiendo en este caso la llamada ejecución provisional. De hecho el artículo 35b del Reglamento se refiere a la posibilidad de suspender el procedimiento de ejecución (provisional) si la sentencia es objeto de recurso en el Estado miembro de origen.

³⁸¹ Art. 774.5 LEC: "Los recursos que, conforme a la ley, se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieren acordado en ésta. Si la impugnación afectara únicamente a los pronunciamientos sobre medidas, se declarará por el Secretario judicial la firmeza del pronunciamiento sobre la nulidad, separación o divorcio.

Tras la entrada en vigor de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley de enjuiciamiento civil se adicionó al artículo 525 LEC un supuesto más que imposibilita la ejecución provisional, que se concreta en las resoluciones que se dicten en cuanto a las medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional de menores.

Respecto al resto de títulos no existirá impedimento alguno para solicitar su ejecución inmediatamente después de haberse dictado, aunque, con relación a uno de ellos, el referente a las medidas, al tener estas una vigencia temporal, si se solicitase la ejecución con posterioridad al plazo de 30 días, el título ejecutivo - el auto de medidas previas- deberá ser completado con el auto de admisión a trámite de la demanda (arts. 771.1 y 5, 772 y 773 LEC).

Cuestión a tener en cuenta es que a menudo se presentan demandas de ejecución sobre cuestiones que no fueron objeto de pronunciamiento en la resolución judicial. Normalmente estas peticiones no suelen superar la fase de admisión a trámite de la demanda, ya que es inherente a la ejecución el cumplimiento de lo acordado, pero no de otras cuestiones que, aunque puedan resultar trascendentes para las partes, no se contienen en la sentencia –es por todos sabido que el título ejecutivo delimita el objeto de la ejecución-.

B) MODALIDADES DE EJECUCIÓN

a) Aspectos generales

El Reglamento 2201/2003, contiene la supresión del procedimiento de reconocimiento y de exequátur para las resoluciones relativas al derecho de visita y las que ordenan la restitución del menor. Todo ello para darle verdadera agilidad al sistema e intentar evitar los perjuicios que se pueden ocasionar, a veces de manera irreversible, a los menores.

Y es que, como señalaba GUZMÁN ZAPATER³⁸² en 2001: «quien pretenda obstaculizar la circulación tendrá que demostrar la irregularidad de la decisión en origen o cualquier otro motivo oponible por razones de interés general en el país de destino. Un documento uniforme en el que se acredite la autoridad que dicta la decisión, las partes y otros extremos facilitaría el reconocimiento mutuo». Como veremos, eso es lo que se ha conseguido con la normativa actual.

Existe un *régimen ordinario* pero hay otras situaciones con *régimen especial privilegiado*; como se ha dicho, las relativas al derecho de visita y las que ordenan la restitución del menor. Tales resoluciones serán reconocidas y tendrán fuerza ejecutiva en todos los demás Estados miembros, sin que pueda impugnarse su reconocimiento y sin necesidad de procedimiento de exequátur siempre que tales resoluciones hayan sido certificadas en el Estado miembro de origen utilizando el modelo de formulario del anexo III —para el derecho de visita— y el anexo IV —para la restitución del menor³⁸³—.

El Reglamento 2201/2003 limita el ámbito de aplicación de las normas relativas al exequátur o declaración de ejecutoriedad a las resoluciones sobre el ejercicio de la responsabilidad parental de un menor, habida cuenta de que las resoluciones en materia matrimonial no son susceptibles propiamente de ejecución forzosa³⁸⁴.

En el Reglamento 2201/2003, para que las resoluciones que versan sobre medidas con relación a los menores (salvo derecho de visita y restitución) surtan efectos deben ser objeto de reconocimiento y ejecución. Las resoluciones que se dicten en un Estado miembro serán reconocidas en los demás sin necesidad de recurrir a procedimiento alguno, es decir, como ya hemos visto, el reconocimiento

³⁸² Referenciado por HERRANZ BALLESTEROS, M, en “El Reglamento (CE) núm. 2201/2003. Alcance de la reforma en materia de sustracción internacional de menores en el espacio judicial europeo”, BIB 2004/1652, *Aranzadi, Civil-Mercantil*, 13/2004.

³⁸³ El decimoséptimo Considerando del Reglamento dice que «... 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 su art. 11»

³⁸⁴ El procedimiento previsto para la obtención del exequátur es idéntico sustancialmente al establecido en el Convenio de Bruselas de 1968 y en el Reglamento 44/2001 (ahora Reglamento 1215/2012) en que el órgano jurisdiccional que conoce en primera instancia de la solicitud debe controlar de oficio si concurren los motivos de denegación del exequátur.

es, en principio, automático. El exequátur, por su parte, consistirá en una declaración judicial por la que se declara que la resolución judicial que pretende ejecutarse posee carácter ejecutivo en el Estado en el que se solicita la declaración. Una vez declarada su ejecutividad la resolución se ejecutará en el país de recepción como si se tratara de una resolución dictada por un Juez nacional. Se encuentra regulado en los arts. 28³⁸⁵ y ss. del Reglamento.

Es preciso aclarar, antes de continuar, que no será necesaria la declaración de ejecutividad cuando sólo se pretenda el reconocimiento de la sentencia extranjera, ya que el reconocimiento no lleva implícita la necesidad de ejecutar los pronunciamientos contenidos en la misma, aunque la obtención de la declaración de ejecutividad lleva consigo de forma automática el reconocimiento de la resolución³⁸⁶. Lo mismo sucederá para el caso en el que únicamente se pretenda actualizar los datos del Registro Civil. Debiendo señalarse que la inscripción de la sentencia en el Registro no tiene carácter constitutivo, ese efecto se produjo al dictarse la sentencia, es un reconocimiento registral que dotará a la sentencia de una publicidad frente a terceros. Así lo señala ALEGRÍA BORRÁS, en su informe en relación al Convenio K.3 del Tratado de la Unión Europea³⁸⁷, diciendo que la falta de transcripción de la resolución impide la oponibilidad del divorcio frente a terceros.

Así, el art. 83 del Reglamento del Registro Civil, nos dice que “no podrá practicarse inscripción en virtud de sentencia o resolución extranjera que no tenga fuerza en España; si para tenerla requiere «exequátur», deberá ser previamente obtenido”. Luego, al ser de aplicación el Reglamento no existe ningún impedimento para la inscripción de la sentencia dictada por un tribunal de un país

³⁸⁵ Art. 28.1: “Las resoluciones dictadas en un Estado miembro sobre el ejercicio de la responsabilidad parental con respecto a un menor que fueren ejecutivas en dicho Estado miembro y hubieren sido notificadas o trasladadas se ejecutarán en otro Estado miembro cuando, a instancia de cualquier parte interesada, se hayan declarado ejecutivas en este último Estado.”

³⁸⁶ En estos casos, tras la declaración de ejecutividad, ¿podrá el ejecutado oponerse a la ejecución en base a las causas de oposición previstas en la LEC? La respuesta será afirmativa, ya que la declaración únicamente resolverá los aspectos formales para iniciar la ejecución, pero no entrará a resolver la oposición del ejecutado respecto de las medidas que son objeto de ejecución.

³⁸⁷ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A51998XG0716>

miembro de la Unión Europea, ya que expresamente se prevé en éste que no hace falta exequátur.

Consecuentemente, una vez tengamos la documentación necesaria para que se proceda a la inscripción de la sentencia en el Registro Civil, bastará con solicitarlo al Encargado del Registro, sin necesidad de instar ningún exequátur. Esto, como es sabido, se conoce como ejecución impropia no siendo, por tanto, en términos precisos, proceso de ejecución.

A la solicitud han de acompañarse los siguientes documentos: copia auténtica de la sentencia o resolución; documento que acredite que la resolución que se pretende inscribir no admite recurso alguno en el Estado miembro donde se ha dictado; certificación expedida por el órgano jurisdiccional o autoridad competente del Estado miembro de origen que debe ajustarse al modelo del Anexo I del Reglamento (resoluciones en materia matrimonial) o del Anexo II (resoluciones en materia de responsabilidad parental); y traducción al castellano de todos los documentos³⁸⁸.

Presentada la solicitud en el Registro Civil donde se encuentra la inscripción de matrimonio, el Encargado deberá analizar la documentación presentada para comprobar si se ajusta la misma a las prescripciones reglamentarias, función que se realiza sin intervención del Ministerio Fiscal, éste sólo intervendrá si se interpone algún recurso contra la calificación ante la DGRN. El Encargado en su calificación se limitará a comprobar la competencia y clase de procedimiento seguido, las formalidades de los documentos presentados y la concordancia con los asientos del propio Registro. Entendemos que además deberá comprobar que la resolución que se pretende inscribir se ha dictado dentro del ámbito temporal del Reglamento, ya que en caso contrario se tendrá que estar a lo dispuestos en los Convenios bilaterales suscritos por España con los países de la Unión Europea. Si tampoco existiera tratado tendrá que denegarse la actualización de los datos a no ser que se obtenga el exequátur.

³⁸⁸

Aunque, según el art. 38.2 del Reglamento, la traducción sólo parece obligatoria si así lo exige el Encargado del Registro, podemos decir que la práctica habitual será la de exigir la traducción; lo que resulta lógico ya que no se puede exigir que los Encargados de los Registros Civiles conozcan a la perfección todos los idiomas de la Unión Europea. La traducción estará certificada por persona habilitada en uno de los Estados miembros.

b) El procedimiento ordinario de declaración de ejecutividad

El Reglamento 2201/2003 dispone de un procedimiento veloz y sencillo que prevalece sobre los Convenios internacionales que España tiene firmados con ciertos países comunitarios. Los aspectos verdaderamente ejecutables son los referentes a las medidas con relación a los hijos, y esos son los que serán objeto de exequátur o solicitud de ejecutoriedad excluyendo los efectos patrimoniales del matrimonio, que quedan fuera del ámbito del Reglamento 2201/2003³⁸⁹ y excluyendo también, porque no son propiamente susceptibles de ejecución aunque estén dentro del Reglamento, los pronunciamientos relativos a la disolución del vínculo.

Para obtener la declaración de ejecutividad, o ejecutoriedad, en un Estado miembro en materia de responsabilidad parental de una resolución dictada en otro Estado miembro será necesario acudir al procedimiento de exequatur simplificado y uniforme recogido en el Reglamento (art. 30). Este procedimiento, basado en el principio de confianza mutua, persigue la rápida concesión del reconocimiento con la sola comprobación, por parte del Juez requerido, que ha sido declarada ejecutiva en el Estado miembro de origen y notificada, sin realizar de oficio ningún examen de las causas de denegación de la ejecución (que son las mismas que determinan la del reconocimiento), ni una revisión en cuanto al fondo de la resolución aportada. Este trámite es inicialmente no contradictorio o de contradicción diferida; es decir, aquella solo se abre en vía de recurso contra la resolución que conceda o deniegue el exequatur solicitado.

Está legitimado para solicitar esta declaración de ejecutoriedad de una resolución en materia de responsabilidad parental dictada por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro para que sea declarada ejecutiva en otro Estado miembro cualquier persona que acredite un interés en la guarda, custodia

³⁸⁹ Correspondiendo ello al Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia judicial, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económico-matrimoniales, así como el Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo, de 24 de junio de 2016, con el mismo ámbito, pero en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas.

y demás derechos sobre el menor, es decir, los cónyuges, los progenitores, los hijos o sus causahabientes (art. 28.1), y de acuerdo con el procedimiento establecido en los artículos 28 a 36 del Reglamento. Y aunque no se hace referencia en el Reglamento al ministerio Fiscal, algunos autores entienden que debe darse traslado de las actuaciones, cumpliendo así con lo establecido en su Estatuto Orgánico.

La solicitud de declaración de ejecutoriedad se presentará ante uno de los órganos jurisdiccionales indicados en la lista que cada Estado miembro ha de comunicar a la Comisión (arts. 29 y 68 del Reglamento). Esta solicitud habrá de acompañarse de una copia auténtica de la Resolución, del certificado del Anexo II y, si la resolución fue dictada en rebeldía, de los documentos que acrediten la notificación de la demanda o bien que el demandado ha aceptado la resolución. Una vez recibida la solicitud, el órgano jurisdiccional se pronunciará *inaudita parte* en breve plazo, concediendo el exequátur si comprueba que no concurre ninguno de los motivos de denegación del art. 23.

Frente a esta resolución cabe recurso, recurso contradictorio (art. 33.2), pudiendo el órgano jurisdiccional ante el cual se sustancia y a instancia de la parte contra la que se solicita la ejecución declarar la temporal suspensión del procedimiento, cuando la resolución a ejecutar haya sido objeto de un recurso ordinario en el Estado de origen o si el plazo para la interposición no hubiese pasado; si ha sido así el órgano jurisdiccional podrá fijar un plazo para la interposición del recurso (art. 35).

Por lo que al plazo de interposición se refiere variará en función de cuál haya sido el sentido de la resolución que se recurra. Correspondiendo la competencia en esta segunda instancia a las Audiencias provinciales y en casación a la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Y así, si ha sido positiva, éste será de un mes desde la notificación ampliándose a dos, si el ejecutado recurrente tuviere su residencia habitual en un Estado miembro distinto de aquel en que se ha otorgado la declaración de ejecutoriedad, sin que se admita prórroga del plazo en función de la distancia (art. 33 Reglamento).

En cambio, si la decisión del juez requerido ha sido de signo negativo, el Reglamento no establece plazo para presentar el recurso y, simplemente, tal y como nos dice ARANGÜENA FANEGO, C.³⁹⁰: “ (...) afirmará la existencia de éste y la necesidad de citar a la parte contraria y prever soluciones de cara a su eventual incomparecencia; concretamente el art. 33.4 determina que se apliquen las disposiciones del art. 18 con arreglo al cual se prevé la eventual suspensión del procedimiento hasta que se tenga constancia de que la parte ha estado en condiciones de recibir con la suficiente antelación la citación referida o se han practicado todas las diligencias a tal fin (...)”. Por lo que se aplicará el régimen que para el recurso en cuestión se siga en el Estado requerido que, si se trata de España, el plazo será el de 20 días previsto para interposición de la apelación en el art. 457.1 LEC, pues la resolución denegatoria constituye un auto dispensado de recurso de reposición (arts. 451 y 455.1 LEC).

Los modos de presentación de la solicitud se determinarán de acuerdo con la legislación del Estado miembro requerido, y expresamente se dispone en los arts. 30, 37 y 38 del Reglamento que no se podrá exigir al solicitante caución o depósito alguno por razón de no tener su residencia habitual en ese Estado miembro o ser nacional de otro. Igualmente, el solicitante deberá elegir el domicilio a efecto de notificaciones y que estará en la circunscripción del juzgado que conozca de la solicitud, si no estuviera prevista la elección de domicilio en el Estado de ejecución se designará por el solicitante un representante procesal.

Resultan competentes los Jueces de Primera Instancia del lugar de residencia de la persona contra la que se solicita la ejecución o por el lugar de residencia habitual del menor (art. 29). Nos encontramos ante un proceso de resolución rápida, sin posibilidad de efectuar alegaciones por la parte contraria, que finaliza por auto apelable ante la Audiencia Provincial, en el caso español. Así el órgano jurisdiccional deberá declarar la ejecutoriedad o denegarla conforme a los motivos de denegación ya señalados, que deberá de apreciar de oficio, pues

³⁹⁰ Vid. ARANGÜENA FANEGO, C.: “Ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental”, en *Derecho Procesal Civil Europeo Volumen I: Competencia judicial Internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en la Unión Europea*, DE LA OLIVA SANTOS, A., GASCON INCHAUSTI, F. (Coord.), Aranzadi, 2011, Capítulo XVI, pág. 510.

en esta fase del procedimiento no podrán presentar alegaciones ni el menor ni la parte contra la que se solicite la declaración de ejecutoriedad (art. 31).

La resolución que resuelva el recurso únicamente podrá ser objeto de los medios de impugnación previstos en la lista comunicada por los Estados miembros de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 34 y 68 del Reglamento³⁹¹. Si así fuera resultara aplicable lo previsto en el art. 35 respecto a la posible suspensión de su tramitación si contra la resolución de origen estuviese pendiente un recurso ordinario, o no hubiera vencido el plazo para interponerlo.

No debemos dejar de tener en cuenta la posibilidad de la adopción, por parte del Juez competente del estado requerido, de medidas provisionales o cautelares de acuerdo con su derecho interno en relación con las personas o bienes presentes en el territorio de ese Estado miembro (art. 20). Y tales medidas “serán posibles, en el derecho español, a instancia del solicitante cuando exista una situación de riesgo mientras se sustancia el procedimiento, para obtener la declaración de ejecutividad o se sustancia el recurso contra su concesión sin perjuicio de su eventual ejecución provisional³⁹²”.

Finalmente, una vez declarada la ejecutividad de la resolución, se puede ya proceder a su ejecución a instancia de la parte interesada de acuerdo con el procedimiento establecido en la Ley del Estado requerido, igual que si la resolución la hubiese dictado un órgano jurisdiccional de ese Estado (art. 47).

c) El procedimiento privilegiado de declaración de ejecutividad

Las especialidades principales contenidas en el Reglamento 2201/2003 son la atribución de fuerza ejecutiva en cualquier Estado miembro a las resoluciones relativas al derecho de visita y a las resoluciones que ordenen la restitución del menor dictadas por un órgano jurisdiccional competente en virtud

³⁹¹

³⁹²

En España, recurso de casación ante la sala primera del Tribunal Supremo.

Vid. ARANGÜENA FANEGO, C.: “Ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental”, en *Derecho Procesal Civil Europeo Volumen I: Competencia judicial Internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en la Unión Europea*, DE LA OLIVA SANTOS, A., GASCON INCHAUSTI, F. (Coord.), Aranzadi, 2011, Capítulo XVI, pág. 511.

del Reglamento con posterioridad a una resolución de no restitución (art. 40.1). Y es que, como ya hemos dicho, las resoluciones en materia de derecho de visita tienen fuerza ejecutiva sin necesidad de procedimiento alguno si la resolución es certificada en el Estado de origen conforme al Anexo III del Reglamento. Para que el órgano de origen expida el certificado contenido en el Anexo es necesario que en el procedimiento el demandado haya podido defenderse o que conste que acepta la resolución y que se haya dado audiencia a los interesados y al menor atendiendo a su edad y grado de madurez.

Aunque este procedimiento será tratado en el capítulo relativo a las particularidades de la sustracción de menores (Capítulo IV de esta Parte Segunda), es necesario tratarlo aquí, aunque sea brevemente, para que la parte relativa al reconocimiento y ejecución de resoluciones en el Reglamento 2201/2003 quede completa. De acuerdo con lo dispuesto en el punto 34 del Preámbulo del Reglamento, las resoluciones dictadas en procesos de familia “se reconocerán automáticamente en toda la Unión sin que se interpusieran procedimientos intermedios o motivos para denegar la ejecución”. De ahí que las resoluciones relacionadas con el derecho de visita y la restitución del menor que hayan sido certificadas en el Estado miembro de origen de acuerdo con las disposiciones del Reglamento deberán ser reconocidas y gozar de fuerza ejecutiva en todos los demás Estados miembros sin necesidad de procedimiento alguno. Las modalidades de ejecución –es decir, la ejecución propiamente dicha– seguirán rigiéndose por el Derecho nacional.

De esta manera el Reglamento ha prescindido de cualquier procedimiento intermedio para que las resoluciones sobre los derechos de visita y restitución del menor sean reconocidas y tengan fuerza ejecutiva en toda la Unión, eliminando para éstas el exequátur siempre que hayan sido certificadas en el Estado de origen. Así pues, el reconocimiento sigue siendo presupuesto de la declaración de ejecutividad pero el control de las condiciones para que se otorgue dicho reconocimiento y la ejecutividad de la resolución se lleva a cabo por el juez del Estado de origen de la resolución.

Para ello, en la Sección 4 del Capítulo III se introdujo un sistema privilegiado de declaración de ejecutividad, por lo que para ciertas decisiones

sobre el derecho de visita y retorno del menor, el control de la ejecutividad no se realizará ya por el Juez del Estado requerido, sino que será el propio juez del Estado de origen el que realizará dicho control mediante la emisión de un certificado. El juez se limitará a comprobar que el certificado reúne las condiciones requeridas por el Reglamento para aceptar ese certificado, y para que así goce de fuerza ejecutiva la Resolución, sin que sea necesaria una declaración de ejecutoriedad y sin que sea posible impugnar dicho reconocimiento. Por tanto, una vez emitido el certificado ya no será posible impugnar el reconocimiento en el Estado requerido así como tampoco la expedición del certificado³⁹³, reforzando así el principio de reconocimiento mutuo.

La existencia de este procedimiento privilegiado no impedirá que, si así lo desean, los titulares de la responsabilidad parental puedan solicitar el reconocimiento y ejecución de la resolución judicial mediante exequatur, de acuerdo con las reglas generales del Reglamento (art. 40.2) aunque, en principio, esta posibilidad no tenga mucho sentido pues retrasa y dificulta la ejecución.

Uno de los objetivos el Reglamento es el de garantizar que el menor, tras la separación de sus padres, pueda seguir manteniendo relación con los titulares de la responsabilidad parental, y ello aunque vivan en distintos Estados. De ahí el especial énfasis en la regulación de los derechos de visita, para garantizar los derechos de sus titulares ante el riesgo de las sustracciones ilícitas transfronterizas.

Este derecho de visita supone, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 2.10 del Reglamento: “el derecho de trasladar a un menor a un lugar distinto al de su residencia habitual durante un período de tiempo limitado; pudiendo ser beneficiarios del mismo tanto el progenitor que no convive con el menor, como otros miembros de la familia, sus abuelos, o incluso terceras personas. Incluyendo

³⁹³ Tal y como señala ARANGÜENA FANEGO, C.: Será el derecho del Estado de origen el que regulará su posible rectificación en caso de “error material, según lo dispuesto en los artículos 43.1 y 2 en relación con los arts. 41.1 y 42.1 del Reglamento”, en “Ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental”, en *Derecho Procesal Civil Europeo Volúmen I: Competencia judicial Internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en la Unión Europea*, DE LA OLIVA SANTOS, A., GASCON INCHAUSTI, F. (Coord.), Aranzadi, 2011.

cualquier forma de contacto, no únicamente la presencial, es decir, teléfono, correo electrónico, chat, etc.

Por ello, y para garantizar este derecho el Reglamento elimina el exequatur permitiendo que la resolución que se pronuncia sobre el derecho de visita pueda ejecutarse directamente en otro Estado miembro sin que sea necesario acudir a un procedimiento formal, siempre que en el Estado de origen se hayan certificado adecuadamente una serie de garantías. Este sistema simplificado se aplicará únicamente a las resoluciones que concedan un derecho de visita, pero no a las que lo rechacen, en cuyo caso deberán seguir el procedimiento ordinario o de exequatur.

Para que esto sea posible será necesaria una certificación expedida por el juez del Estado de origen donde quede garantizado que en éste se han respetado las garantías procesales mínimas durante el proceso (derecho de audiencia, defensa y contradicción y protección del interés superior del menor), para que así se pueda aceptar esta certificación como título ejecutivo europeo.

Para la expedición del certificado será necesario que se cumplan los presupuestos indicados en el at. 41.2 del Reglamento³⁹⁴. Este certificado indicará no únicamente si se han respetado las garantías procesales señaladas, sino también datos de carácter práctico para facilitar la ejecución de la resolución (dirección y localización de los titulares de la responsabilidad parental y de los menores, acuerdos realizados para el ejercicio del derecho de visita, restricciones al mismo, obligaciones del titular del derecho de visita o del progenitor custodio). La certificación se expedirá desde que la resolución sea ejecutiva en el Estado de origen donde se ha dictado³⁹⁵.

³⁹⁴ Art. 41.2: “El juez de origen sólo expedirá el certificado contemplado en el apartado 1, utilizando para ello el modelo de formulario que figura en el anexo III (certificado referente al derecho de visita): a) si, por lo que respecta a los procedimientos en rebeldía, el escrito de demanda o documento equivalente ha sido notificado o trasladado a la parte rebelde con la suficiente antelación y de tal manera que ésta pueda defenderse, o, de haberse notificado o trasladado el mencionado escrito o documento sin respetar estas condiciones, si consta de forma inequívoca que ha aceptado la resolución; b) si se ha dado posibilidad de audiencia a todas las partes afectadas, y c) si se ha dado al menor posibilidad de audiencia, a menos que esto no se hubiere considerado conveniente habida cuenta de su edad o grado de madurez. El certificado se redactará en la lengua de la resolución.”

³⁹⁵ En España se estará a lo dispuesto en los arts. 771,5, 773,5 y 774,5 LEC.

El Reglamento, para determinar cuál es el momento para expedir el certificado toma en cuenta que al tiempo de dictarse la resolución exista ya o en cambio no exista en ese momento la posibilidad de que el derecho de visita se ejercite de manera transfronteriza, así:

- Si ya existe esa situación el juez deberá expedir el certificado cuando la resolución adquiera fuerza ejecutiva, incluso de forma provisional.

- Sin embargo, si cuando se dicta la resolución nada nos dice que el derecho de visita se va a ejercer en una situación transfronteriza, no existirá obligación alguna para el juez de expedir el certificado, siendo las partes (cualquiera), las que si la situación deviene en transfronteriza acudan al órgano jurisdiccional de origen que dictó la resolución para que expida el certificado. Y aunque nada lo indica no estaría de más que el juez al tiempo de dictar la resolución expidiera la certificación, ya que aunque en principio no haya implicada directamente una situación transfronteriza las circunstancias del asunto pueden hacer suponer que en el futuro la habrá.

Así pues el juez de origen que ha dictado la resolución emitirá el certificado cumpliendo el formulario del Anexo III del Reglamento, modelo común y único para todos los Estados miembros, redactándose en la lengua de la resolución. En España esta certificación judicial se expedirá de forma separada mediante providencia (Disposición Final 22ª LEC, apartado 2).

En conclusión, una vez obtenido el certificado, el titular del derecho de visita que quiera pedir su ejecución en otro Estado miembro podrá hacerlo directamente sin necesidad de procedimiento intermedio. Únicamente será necesario que presente una copia de la resolución y del certificado, no siendo necesario tampoco su traducción, salvo para lo dispuesto en el punto 12 relativo a las modalidades prácticas del ejercicio del derecho de visita.

Cumplido todo lo señalado la resolución deberá ejecutarse en sus estrictos términos, sin posibilidad de oposición de la parte contra la que se solicita la ejecución del derecho de visita, no pudiendo argumentar los motivos de denegación del reconocimiento recogidos en el art. 23 (arts. 41.1 y 43). Este artículo 43 señala la imposibilidad de deducir recurso alguno contra la resolución

del certificado, el cual únicamente podrá ser objeto de rectificación si hubiese cometido algún tipo de error material que deberá ser subsanado de acuerdo con la legislación del Estado de origen. En España se resolverá de acuerdo con lo establecido en los tres primeros apartados del art. 267 de la LOPJ, según determina la disposición Final 22ª, apartado 4 de la LEC.

Finalmente, en lo que se refiere al procedimiento de ejecución, éste no se rige por el Reglamento, sino por la legislación nacional de que se trate. Debiendo las autoridades nacionales aplicar normas que garanticen una ejecución eficiente y rápida de las resoluciones dictadas en esta materia, aplicando los medios adecuados y efectivos necesarios para asegurar el cumplimiento de dichas resoluciones y no violar lo dispuesto en el art. 8 del Convenio que consagra el derecho al respeto a la vida familiar³⁹⁶.

En cuanto a las resoluciones relativas a la restitución del menor (art. 41) y normativa relativa sobre sustracción internacional de menores, habrá que decir que este tipo de resoluciones tiene también un régimen especial, privilegiado, en el Reglamento, al reconocérseles igualmente una fuerza ejecutiva singular.

Todo traslado de un menor de un Estado a otro sin el consentimiento de uno de los titulares del derecho de custodia constituye un supuesto de sustracción de menores de acuerdo con el Reglamento (art. 2.11.a). Para el Reglamento bajo el concepto de sustracción recoge tanto el traslado como la retención ilícitas.

El Reglamento 2201/2003 ha previsto la eliminación del exequatur para ciertas decisiones sobre la restitución del menor, siendo aquellas que decidan su retorno a pesar de una decisión previa que ordenaba lo contrario, de acuerdo con las excepciones del art. 13 del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción de menores, de acuerdo con el art. 40.1.b) del Reglamento que remite al art. 11.8. El Reglamento completa con sus disposiciones este Convenio mediante una serie de disposiciones que entrarán en juego para resolver de la manera más eficaz posible el problema del secuestro de menores.

³⁹⁶ Vid. SSTEDH de 29 de julio de 2003 (caso Iglesias Gil y A.U.I. contra España), de 26 de junio de 2003 §62(Maire contra Portugal); de 25 de enero de 2000 §§74 yb 76 (Ignaccolo-Zenide contra Rumania).

Y lo hace, en primer lugar fijando normas que intentarán disuadir de la sustracción parental y, en segundo, si ésta se produjese, asegurando la rápida restitución del menor a su Estado miembro de origen. Para que ese efecto disuasorio surta efecto el Reglamento concede la última palabra a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de residencia del menor antes del secuestro, de esta forma se trata de evitar que los padres presenten el asunto ante un juez de su misma nacionalidad con la esperanza de que modifique la sentencia dictada en otro Estado miembro.

Este procedimiento privilegiado o simplificado de ejecución se aplicará en el caso de que se pretenda la restitución de un menor tras una resolución de no restitución dictada con arreglo al art. 13 del Convenio de la Haya de 1980³⁹⁷. De dictarse una resolución de no restitución, ésta se deberá de comunicar inmediatamente al órgano jurisdiccional competente del Estado miembro de origen, que será el competente para conocer del fondo del asunto y que será el de la residencia habitual del menor previa a la sustracción. La orden de restitución emitida por el órgano jurisdiccional (artículo 11, apartado 8 del Reglamento 2201/2003) será directamente ejecutiva en el Estado miembro del traslado, si se certifica de acuerdo con el art. 42.1³⁹⁸ del Reglamento, convirtiéndose así en una verdadera orden de restitución.

Para certificar la orden de restitución se deberán cumplir los requisitos establecidos en el art. 42.2 del Reglamento³⁹⁹.

³⁹⁷ Vid. STJUE de 11 de julio de 2006, Asunto *Inga Rinau* (C-195/08 PPU, §§58 a 74). En esta Sentencia el TJUE llega a la conclusión de que, una vez que se haya adoptado una resolución de no restitución y se haya comunicado al órgano jurisdiccional de origen, carece de relevancia, a los efectos de la expedición del certificado por el que se confiere fuerza ejecutiva a la resolución adoptada por dicho órgano jurisdiccional, el que la decisión inicial de no restitución se suspenda, modifique o anule y, en cualquier caso, el que no adquiera fuerza de cosa juzgada o sea sustituida por una resolución de restitución, siempre que la restitución efectiva del menor no haya tenido lugar. Si no se cuestiona la autenticidad del certificado y éste ha sido expedido de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento, no es posible oponerse al reconocimiento de la resolución de restitución y el órgano jurisdiccional requerido no puede más que reconocer la fuerza ejecutiva de la resolución certificada y atender a la restitución inmediata del menor.
<http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=ES&Submit=rechercher&numaff=C-195/08>.

³⁹⁸ http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292338909333?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=ContentDisposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DCertificado_relativo_a_la_restitucion_del_menor_a_que_se_refiere_el_apartado_1_d_el_articulo_42.PDF

³⁹⁹ “Art. 42.2. El juez de origen que dictó la resolución mencionada en la letra b) del apartado 1 del artículo 40 emitirá el certificado previsto en el apartado 1 únicamente:

Para terminar con este apartado, y de acuerdo con lo contenido en los arts. 42 y 43 del Reglamento, haremos mención a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 1.^a) de 22 de diciembre de 2010, en el caso *Joseba Andoni Aguirre v. Simona Pelz*⁴⁰⁰. El principio fundamental expuesto por esta sentencia consiste en entender que, en circunstancias como las del asunto principal, el órgano jurisdiccional competente del Estado miembro de ejecución no puede oponerse a la ejecución de una resolución certificada que ordena la restitución de un menor ilícitamente retenido por considerar que el órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen del que emana esta resolución ha vulnerado el art. 42 del Reglamento, interpretado conforme al art. 24 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, por cuanto la apreciación de la existencia de tal vulneración compete exclusivamente a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de origen. Consecuencia ineludible también, como en la sentencia comentada anteriormente en el apartado relativo al reconocimiento en materia de responsabilidad parental, del principio de confianza mutua entre los Estados.

La conclusión a la que se llega es que el órgano jurisdiccional del Estado miembro de ejecución no puede más que constatar la fuerza ejecutiva de una resolución certificada de este modo. Por lo demás, solo cabe iniciar un procedimiento de rectificación del certificado expedido por el juez de origen o invocar dudas en cuanto a la autenticidad del certificado, conforme a la normativa del Estado miembro de origen. Todo ello para garantizar la celeridad de la ejecución de las resoluciones y evitar que la eficacia del Reglamento resulte afectada. En este contexto, tal como indicó el Abogado General, las partes

a) si se ha dado al menor posibilidad de audiencia, a menos que esto no se hubiere considerado conveniente habida cuenta de su edad o grado de madurez; b) si se ha dado a las partes posibilidad de audiencia, y c) si el órgano jurisdiccional ha tenido en cuenta, al dictar su resolución, las razones y las pruebas en las que se fundamenta la resolución emitida en virtud del artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980.

En caso de que el órgano jurisdiccional o cualquier otra autoridad tome medidas para garantizar la protección del menor tras su restitución al Estado de su residencia habitual, el certificado precisará los pormenores de dichas medidas. El juez de origen expedirá el certificado de oficio y utilizará para ello el modelo de formulario que figura en el anexo IV (certificado relativo a la restitución del menor). El certificado se redactará en la lengua de la resolución.”

400

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=2201%2F2003&docid=83464&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=3677058#ctx1>

interesadas deberán, por tanto, acudir al ordenamiento jurídico del Estado miembro de origen para hacer uso de las vías de recurso que les permitan impugnar la legalidad de una resolución en virtud del art. 42 del Reglamento.

Corresponde, por tanto, a esos órganos jurisdiccionales del Estado miembro de origen comprobar si la resolución judicial a que se refiere un certificado expedido en virtud del art. 42 adolece de una vulneración del derecho del menor a ser oído. El juez competente del Estado miembro de ejecución no puede oponerse al reconocimiento y ejecución de la mencionada resolución, habida cuenta del certificado expedido por dicho juez del Estado miembro de origen.

En conclusión, la apreciación de la existencia de tal vulneración corresponde exclusivamente a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de origen. Porque, tal como señala HERRANZ BALLESTEROS, M.⁴⁰¹, “en caso de traslado o retención ilícita de un menor, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde residía habitualmente el menor antes del traslado o retención ilícitos conservarán su competencia hasta que el menor haya adquirido una residencia habitual en un Estado miembro. Deja de tener competencia cuando hay inactividad del titular del derecho de custodia, se retira la petición de devolución del menor o se plantea el hecho de que se haya archivado una demanda presentada ante las autoridades del Estado donde el menor tenía su residencia habitual y que hay un pronunciamiento sobre la custodia del menor en el Estado del que fue trasladado el menor pero que no conlleve su restitución”.

Hay que tener en cuenta, en cualquiera de estos supuestos, que la condición temporal de un año de residencia del menor, más su integración, es requisito indispensable para que las segundas autoridades asuman la competencia.

⁴⁰¹ Vid. HERRANZ BALLESTEROS, M., “Los desplazamientos ilícitos internacionales de menores: El caso Walid Ch.: el recurso excepcional a los aspectos penales”; *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Nº 1, 2000, págs. 1540-1544.

C) *SOBRE LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL*

A la luz de la normativa existente hasta la reforma operada por la Ley de la Jurisdicción voluntaria no estaba claro si el Ministerio fiscal debía intervenir en el proceso de ejecución en este tipo de supuestos. Un sector de la doctrina entendía que debía intervenir únicamente en defensa del interés de los menores en el proceso matrimonial, pero que no era necesaria ni obligada dicha actuación en el proceso de ejecución basándose en que si bien se contemplaba su intervención en aquellos procesos en diferentes normas de la LEC, no sucedía así a la hora de ejecutar las medidas. Es más, el art. 776 remite a lo dispuesto en el Libro III de la Ley (arts. 517 y siguientes) señalando normas especiales sobre multas coercitivas o privación de la guarda por no permitir el régimen de visitas sin mencionar la intervención del Ministerio Fiscal.

Dada esta falta de previsión y ante la necesaria protección del interés del menor lo más recomendable era considerar necesaria su presencia en la fase de ejecución cuando era objeto de la misma una medida de carácter personal que afectara a hijos menores de edad⁴⁰², no siendo necesaria para el resto de supuestos.

Tras la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil producida por la Ley de la Jurisdicción Voluntaria la cuestión ha quedado resuelta. A lo largo del articulado se recogen los supuestos de intervención del Ministerio Público. Así, ya en sede de disposiciones generales, el artículo 749 LEC estipula que “1. en los procesos sobre capacidad de las personas, en los de nulidad matrimonial, en los de sustracción internacional de menores... será siempre parte el Ministerio Fiscal, aunque no haya sido promotor de los mismos...El Ministerio Fiscal velará durante todo el proceso por la salvaguarda del interés superior de la persona afectada.

2. En los demás procesos a que se refiere este Título será preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor... ”.

Nos parece más adecuado interpretar el número 1 del artículo 749 LEC en el sentido de que cuanto habla de “los procesos” se está refiriendo no solo al

⁴⁰² Vid. SAP Asturias, Sec. 4ª, de fecha 19-12-2003.

proceso de declaración sino también a la posible actuación en el proceso de ejecución cuando sea necesario en interés del menor.

**CAPÍTULO IV: PROBLEMÁTICA ESPECÍFICA DE LA SUSTRACCIÓN
INTERNACIONAL DE MENORES**

I. INTRODUCCIÓN

Este es otro de los temas importantes regulados en el Reglamento 2201/2003 y sobre el que la Unión Europea ha tenido que legislar de manera concreta para proporcionar verdadera libertad y seguridad a sus ciudadanos y, en concreto, a los menores de edad que, ante las actuaciones de sus padres acaban siendo objeto de todo tipo de situaciones indeseables, llegando incluso su sustracción, lo que impide su normal desarrollo. Trataré, en las páginas que siguen, el régimen general de protección de menores y, en concreto, la cuestión de la sustracción internacional.

A continuación veremos los diferentes supuestos que se pueden dar y la solución que el legislador comunitario ha proporcionado para intentar darle salida a estos verdaderos conflictos sociales. No cabe duda que el fenómeno de la sustracción internacional de menores, secuestro, retención, traslado ilícito, o *Legal Kidnapping*, ha sido el tema estrella en los últimos años, dando lugar a una extensísima literatura jurídica al respecto. Aunque no es un problema nuevo, el número de supuestos de sustracción internacional de menores por uno de sus padres ha seguido desde los años 70 una línea ascendente, siendo objeto de debate en diversos foros internacionales e internos por las implicaciones que, procesalmente hablando, tienen las resoluciones en estos conflictos en los que intervienen autoridades de diferentes estados. Ello provoca, además, como consecuencia, todo un arsenal de jurisprudencia en todos los países implicados.

En los últimos años, el problema de la sustracción internacional de menores ha adquirido una magnitud inusitada o fuera de lo normal, no solo por el número de supuestos que se suceden diariamente en todo el mundo, sino también por la gran alarma social desatada en la opinión pública, mostrada por los medios de comunicación.

Tal y como nos dice JIMÉNEZ FORTEA, F. J.: “Para hacerse una idea del alcance del problema que las desapariciones de menores suponen en general y las sustracciones interparentales en particular, según se ha publicado recientemente, en España no se sabe el paradero de 667 menores desde 2013. Es más, en total ese año el Ministerio del Interior contabilizó más de 12.000

denuncias de desaparición de menores que, afortunadamente, terminaron resolviéndose con su hallazgo por la Policía en compañía de alguno de sus progenitores que los escondía o fugados de casa por iniciativa propia⁴⁰³. Estas cifras, desde luego, demuestran, por un lado, que no estamos ante un problema social “menor”, pero, por otro, que estamos ante un fenómeno creciente en el mundo⁴⁰⁴ y que en nuestro país, sólo en el primer semestre de 2014, supuso la presentación de más de 7.000 denuncias, no sabiéndose en este momento nada de 199 menores⁴⁰⁵”.

II. CONCEPTO, SUPUESTOS Y CAUSAS DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

A) CONCEPTO

El primer caso de sustracción internacional de menores en España se dio en 1975⁴⁰⁶, en la noticia aparecida al respecto se puede apreciar que hay discrepancias para atribuir la custodia del menor a uno de los padres cuando uno

⁴⁰³ Noticia publicada en el periódico on line El Confidencial, el 3 de julio de 2014 (consultada el 22 de enero de 2015): [HTTP://WWW.ELCONFIDENCIAL.COM/ESPAÑA/2014-07-03/UN-TOTAL-DE-667-MENORES-ESTAN-EN-PARADERO-DESCONOCIDO-EN-ESPAÑA-DESDE-2013_156141/](http://www.elconfidencial.com/ESPAÑA/2014-07-03/UN-TOTAL-DE-667-MENORES-ESTAN-EN-PARADERO-DESCONOCIDO-EN-ESPAÑA-DESDE-2013_156141/)

⁴⁰⁴ La preocupación sobre esta cuestión ha llevado a la Comisión Europea a elaborar un documento en 2013, que recoge los datos de los países que formamos la Unión Europea (en adelante, UE), denominado *Missing children in the European Union Mapping, data collection an statistics*, el cual cifra en unas 250.000 denuncias las desapariciones de menores en el ámbito de la Unión. Por su parte, en 2011 el *International Centre for missing and exploited children*, en colaboración con UNICEF, publicó el informe “Niños desaparecidos en Centroamérica: Investigación sobre prácticas y legislación para la prevención y la recuperación”, en el cual se recoge información, por supuesto de Centroamérica, pero también de otras partes del continente Americano y que evidencia igualmente el incremento de los casos. También es interesante, por la aportación de datos que hace de diversos países de Latinoamérica y enlaces web de referencia, la noticia publicada por la BBC en internet el 19 de noviembre de 2013 (consultada el 22 de enero de 2015):

[HTTP://WWW.BBC.CO.UK/MUNDO/NOTICIAS/2013/11/131106_NINIOS_PERDIDOS_DESAPARECIDOS_EXPLORADOS_AMERICA_LATINA_MEN](http://www.bbc.co.uk/MUNDO/NOTICIAS/2013/11/131106_NINIOS_PERDIDOS_DESAPARECIDOS_EXPLORADOS_AMERICA_LATINA_MEN)
Vid. al respecto la noticia ya arriba citada: [HTTP://WWW.ELCONFIDENCIAL.COM/ESPAÑA/2014-07-03/UN-TOTAL-DE-667-MENORES-ESTAN-EN-PARADERO-DESCONOCIDO-EN-ESPAÑA-DESDE-2013_156141/](http://www.elconfidencial.com/ESPAÑA/2014-07-03/UN-TOTAL-DE-667-MENORES-ESTAN-EN-PARADERO-DESCONOCIDO-EN-ESPAÑA-DESDE-2013_156141/)

⁴⁰⁶ Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 1975 núm. 1514. Caso Bornes contra Fuentes. La madre de origen noruego se lleva a su hija menor a Noruega infringiendo el derecho de custodia del padre, derecho que se le había concedido en 1ª instancia mediante resolución judicial.

de ellos es extranjero, así pues, se refleja desde entonces la dificultad en resolver casos de esta índole.

El secuestro internacional de menores⁴⁰⁷, como es sabido, es el resultado de una infracción de las normas reguladoras de los derechos de custodia y de visita, acompañado de un desplazamiento del menor del lugar donde tiene su residencia habitual, su entorno de vida. La mayor parte de los supuestos de sustracción de menores se producen cuando el sujeto que goza del derecho de visita, aprovechando uno de esos períodos, traslada al menor al extranjero y allí le retiene, procurando al mismo tiempo legalizar la situación, amparándose en el Ordenamiento del país al que el menor ha sido desplazado, unas veces *ex lege*, y otras veces obteniendo la guarda y custodia del menor mediante la obtención de una resolución judicial y administrativa *ad hoc*.

La primera definición que podríamos dar es de carácter sociológico; según la misma la sustracción o secuestro se define como “la conducta que ejerce un progenitor cuando retiene a un menor, privándole del contacto con el otro progenitor, como expresión de un conflicto interno, que se resuelve utilizando al menor como un instrumento de chantaje emocional contra el otro progenitor”⁴⁰⁸.

La segunda es de carácter jurídico, en ella se describen en qué casos se considera la retención ilícita y qué circunstancias han de concurrir. Según la definición oficial del Ministerio de Justicia de España “se produce la sustracción internacional de menores cuando un menor es trasladado ilícitamente a un país distinto de donde reside habitualmente, violando el derecho de custodia atribuido a una persona o a una institución, o en aquellos casos en que el padre o la madre se haya trasladado con el menor para residir en otro país, e impida al otro progenitor que tenga atribuido el derecho de visita ejercitarlo”.

⁴⁰⁷ Existen, sin embargo, infinidad de modalidades de legal kidnapping, como por ejemplo: cuando ambos progenitores comparten la custodia y uno de ellos traslada al hijo común a otro país, de modo que así impide que el otro progenitor ejerza su derecho de custodia. Y también cuando el progenitor que tiene la guarda del menor traslada a este desde el país de su residencia habitual a otro país, y evita así que el progenitor que ostenta el derecho de visita pueda seguir ejerciendo tal derecho.

⁴⁰⁸ Vid. DE LA ROSA CORTINA, J.M., *Sustracción parental de menores. Aspectos civiles, penales, procesales e internacionales*. Tirant lo Blanch, 2010, cit, pág. 15.

La definición anterior proviene de lo establecido en el art. 3 del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Los Estados contratantes seguían ese contenido en caso de sustracción internacional de menores, es decir, el traslado o retención ilícita de menores, pero el mismo carece de una interpretación unánime por parte de éstos.

La sustracción internacional de menores se puede definir, por tanto, como aquel supuesto en el que una persona traslada a un menor de un país a otro infringiendo las disposiciones legales vigentes, bien las de custodia, bien las de visita. Las situaciones que se deben producir para que se incluya dentro del ámbito de aplicación de los principales tratados y convenios internacionales relativos a la sustracción son los siguientes:

- El elemento de la territorialidad: tiene que haber un elemento de extranjería para que se ponga en funcionamiento todos los mecanismos jurídicos comunitarios e internacionales.

- El elemento temporal: el tiempo es un elemento primordial en asuntos de sustracción. Hay límites de tiempo que pueden condicionar totalmente la resolución de un tribunal.

- El elemento material: este punto es el más importante y el más complejo. La retención ilícita implica directamente el quebrantamiento de un derecho, el de custodia. Este derecho, según el Convenio de la Haya, tiene que ser atribuido por un órgano judicial del Estado del lugar de residencia del menor.

B) SUPUESTOS

Por tanto, el traslado ilegal de un menor puede darse en tres circunstancias diferentes y se aplicarán distintas normas y tratados dependiendo del elemento de territorialidad:

- En primer lugar, la retención puede darse lugar en territorio nacional, a pesar de la gravedad de la situación, hay menos dificultades a la hora de

establecer la competencia judicial, puesto que rige el derecho nacional y la cooperación entre autoridades es mucho más estrecha y la localización del menor se centra en territorio nacional.

- En segundo lugar, se puede llevar a cabo un traslado dentro del ámbito europeo. En este caso, se aplicaría la normativa comunitaria y los principios básicos comunes en los Estados miembros de la Unión Europea. La libre circulación de personas entre Estados miembros facilita la comunicación y la cooperación entre ellos. La competencia judicial está debidamente regulada en los Reglamentos comunitarios, que más adelante citaremos.

- Por último y el más complejo de todos, es el traslado ilícito de un menor a un tercer estado porque aumenta exponencialmente la dificultad de restitución del menor. En los países en los que no se mantiene ningún convenio bilateral o multilateral relativo a la sustracción de menores son posiblemente países en los que se difiere de otros muchos conceptos. Los estados en los que las culturas son prácticamente opuestas, es realmente complicado acceder de forma automática a la restitución del menor.

La “multiplicación de normas de Derecho Internacional Privado” complica el panorama legal y en ocasiones puede perjudicar el interés del menor⁴⁰⁹, sobre todo en la incidencia que tienen las diversas interpretaciones de tales normas. A mayor instrumentalidad mayor es la probabilidad de una interpretación inadecuada, incongruente o contradictoria.

El derecho de custodia en relación con la sustracción internacional de menores es uno de los problemas con mayor dificultad, por no decir el mayor, a la hora de interpretar su significado. Vinculado a éste derecho hay más conceptos que dificultan gravemente la resolución de conflictos puesto que cada Estado considera que hay retención ilícita en función de la interpretación autónoma de su

⁴⁰⁹ CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., Sustracción internacional de menores: una visión general. Fuente web: Publicaciones de la Institución Fernando el Católico, [HTTP://IFC.DPZ.ES/RECURSOS/PUBLICACIONES/31/41/10CALVOCARRASCOSA.PDF](http://ifc.dpz.es/recursos/publicaciones/31/41/10calvocarrascosa.pdf) pág. 117.

propio ordenamiento jurídico⁴¹⁰. Los conceptos a los que me refiero son, a modo de ejemplo, el de responsabilidad parental o patria potestad, régimen de visitas o de comunicación, presentes en los supuestos relativos al ejercicio del derecho de custodia.

Los instrumentos legales que existen para combatir el fenómeno son:

- En el ámbito internacional no comunitario es de aplicación el Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Es el que mayor número de ratificaciones ha recibido (93, hasta ahora) y España lo hizo en 1987, siendo el más utilizado en la práctica. Tiene carácter *self executing*⁴¹¹ y trata de superar las limitaciones -de tiempo y por el resultado-, que conlleva el procedimiento de exequátur del que el Convenio de Luxemburgo al que a continuación hacemos referencia.

- En el marco comunitario, el Reglamento 2201/2003, que es de aplicación preferente en las materias en él reguladas frente al Convenio 28 de La Haya de 1980 y al Convenio de Luxemburgo de 1980.

- En el marco del Consejo de Europa, Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980. Este Convenio se aplica, tras el Reglamento 2201/2003, con Islandia, Liechtenstein, Moldavia, Montenegro, Noruega, Serbia, Suiza, Macedonia, Turquía y Dinamarca y Ucrania. A Dinamarca, aun siendo miembro de la UE, no le es aplicable el convenio.

- En el ámbito bilateral de España con otros países se mantienen convenios con Marruecos, China, Rusia, Túnez, Argelia y Mauritania.

⁴¹⁰ Oficina permanente de la conferencia de la Haya de derecho internacional privado. Conclusiones y recomendaciones e Informe de la Parte I de la Sexta reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de la Haya de 1980 sobre sustracción de menores y del Convenio de la Haya de 1996 sobre protección de Niños (1-10 de junio de 2011), 144: Varios expertos han podido comprobar que las decisiones en materia de sustracción están directamente relacionadas con la interpretación que se les da al concepto de "derecho de custodia". [HTTP://WWW.HCCH.NET/UPLOAD/WOP/ABDUCT2012PD14S.PDF](http://www.hcch.net/upload/wop/abduct2012pd14s.pdf) CONCLUSIONES

⁴¹¹ Este carácter no excluye las normas que cada Estado quiera otorgarse para facilitar su aplicación.

El Reglamento regula la materia cuando se trata del traslado del menor desde un Estado miembro a otro Estado Miembro y se aplicará con primacía sobre el Convenio de La Haya en las relaciones entre los Estados miembros. En la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), Sala Tercera, 5 Oct. 2010 (Rec. C-400 PPU/2010), se incide en la primacía del Reglamento ante el Convenio⁴¹². Nos encontramos pues con dos sistemas para los países de la Unión, dependiendo de si la sustracción del menor afecta a dos Estados miembros o sólo a uno, rigiendo en el primer caso el Reglamento 2201/2003 y en los demás, dependerá de en qué convenios sean parte los Estados en cuestión.

Pero para poder aplicar los instrumentos mencionados deberemos, en primer lugar, determinar si estamos delante de una acción ilícita o no, y para ello nos servimos de dos premisas para saber si habrá retención ilícita:

- 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.
- Cuando este derecho se ejercía en 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”.

A simple vista, parece bastante evidente qué presupuestos son los que han de concurrir para que haya sustracción, pero la interpretación que se le puede dar a estos supuestos puede variar en gran medida. Los diferentes ordenamientos jurídicos de los Estados van de acuerdo con su propio contexto social, cultural, económico y político, y como resultado tenemos una aplicación del Convenio distinta según intervengan unos Estados u otros.

⁴¹² Vid. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, I., “Secuestro intracomunitario de menores: ilicitud del desplazamiento y Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea” (Comentario a la STUE de 5 de octubre de 2010) Diario La Ley, Nº 7538, Sección Tribuna, 30 Dic. 2010, Año XXXI, Editorial LA LEY, pág. 2 y 3. El TJUE se pronuncia acerca de la “primacía del Reglamento sobre el CLH 1980 en aquellas materias en las que el campo de aplicación de ambos instrumentos coincida.”

El art. 11 establece las especialidades que el Reglamento añade al Convenio de La Haya, que son:

- Deberá darse audiencia al menor durante el proceso, a menos que no tenga suficiente edad o grado de madurez.

- El órgano que reciba la solicitud de restitución actuará con rapidez, en el plazo de 6 semanas y no podrá denegarse la restitución conforme al apartado b del art. 13 del Convenio si se demuestra que se han arbitrado las medidas de protección oportunas tras la restitución.

- No puede denegarse la restitución sin que se haya dado la posibilidad de audiencia a la persona que solicitó la restitución.

- Si se acuerda la no restitución con arreglo al art. 13 del Convenio de La Haya el órgano que dicte esa resolución la notificará a la autoridad judicial o a la autoridad central del país donde el menor tuviese su residencia habitual antes del traslado ilícito y, con ello, el órgano judicial o la autoridad central del Estado en el que el menor tenía su residencia habitual antes de su traslado ilícito invitará a las partes a presentar su reclamación ante el órgano jurisdiccional a fin de que éste examine la cuestión de la custodia del menor.

- Aun cuando se haya dictado una resolución de no restitución según el art.13, cualquier resolución judicial posterior que ordene la restitución del menor dictada por un órgano jurisdiccional competente en virtud del Reglamento 2201/2003 será ejecutiva a efectos de tal Reglamento. La referida resolución será reconocida y tendrán fuerza ejecutiva en los demás Estados siempre que haya sido certificada por el órgano jurisdiccional del Estado de origen.

C) CAUSAS

Las causas sociológico-jurídicas que han favorecido y desatado los numerosísimos supuestos de *Legal Kidnapping* son de sobra conocidas; a algunas de las mismas ya se ha hecho referencia anteriormente: internacionalización de los conflictos familiares, elevado índice de ruptura de los cada día más numerosos matrimonios mixtos, conflictos de culturas y de

civilizaciones, factores económicos y políticos que propician desplazamientos migratorios, el paso rápido de las fronteras favorecido por el inmenso avance de los transportes internacionales y la paralela flexibilización de las fronteras nacionales (consecuencia de los grandes procesos de integración), el nacionalismo judicial que caracteriza a esta situación (desplegando en esta materia toda su dimensión), o la lentitud que en general acompaña a los procedimientos derivados del mismo, y que terminan legalizando la situación.

De manera más concreta⁴¹³:

1º) Quiebra de un matrimonio mixto. En los matrimonios entre personas de distinta nacionalidad y distinta cultura son frecuentes las separaciones y los divorcios. Son parejas denominadas «de alto riesgo» (B. ANCEL⁴¹⁴). Estos divorcios suelen terminar con el retorno del extranjero a su país de origen.

2º) «Nacionalismo judicial». Los tribunales de un Estado suelen atribuir la custodia del menor al progenitor que ostenta la nacionalidad de dicho Estado. No es fácil convencer a un juez alemán de que el menor nacido en Alemania de madre alemana y padre turco, que ha vivido siempre en Alemania, donde ha crecido, y que habla el alemán, estará mejor asistido y educado por su padre turco, cuyo país y familia sólo ha visitado, a veces, en vacaciones, y cuya lengua no siempre habla (E. JAYME⁴¹⁵). Tampoco es fácil convencer a un juez español de que el hijo de madre española que lo ha trasladado ilegalmente a España, estará mejor con su padre del Yemen en dicho país, vistas las condiciones sociales y los parámetros culturales de dicho país.

3º) El controvertido «derecho de visita». El progenitor que no tiene atribuida la custodia del menor pero sí dispone del «derecho de visita» suele utilizar con frecuencia los períodos de visita al menor para atraer hacia sí al hijo y alejarlo de quien lo tiene bajo su custodia. Utiliza, incluso, el derecho de visita para trasladar

⁴¹³ Vid. CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Sustracción Internacional de menores: Una visión general”. Publicación de la Institución Fernando el Católico. <http://ifc.dpz.es/publicaciones/index>

⁴¹⁴ Vid. ANCEL, B. Y MUIR WATT, H.: “ La désunion euroéenne: le Règlement dit “Bruxelles II”, *Rev. crit. Dr. Int. Priv.*, 2001, vol 90, pág. 569-605.

⁴¹⁵ Vid. JAYME, E., «O direito internacional privado e a familia no umbral do século XXI - Conferência do Rio de Janeiro, 15 de março de 2002. PUC-Rio, en *O novo direito internacional. Estudos em homenagem a E. Jayme*, Renovar, 2005.

al menor lejos de su país de residencia o para retenerlo en otro país, con lo que se infringe la «custodia» del menor atribuida al otro progenitor.

4º) Las madres secuestradoras y los padres maltratadores. Actualmente, más del 70% de los secuestradores son mujeres madres del hijo que secuestran y cuya custodia ostentan. Este dato supone un cambio radical respecto del pasado, en el que la inmensa mayoría de los secuestradores eran los sujetos que no ostentaban la custodia. Las madres secuestradoras que tienen atribuida la custodia huyen de la violencia y abusos del padre maltratador que ostenta el derecho de visita.

5º) El paso rápido por las fronteras. Transportes internacionales veloces, pasaporte familiar en el que aún figura el menor y simple documento de identificación personal, permiten al secuestrador del menor trasladar a este, fácilmente, lejos del país de su residencia habitual. La existencia, en Europa, de un «espacio sin fronteras personales interiores» («espacio Schengen»), en el que no se exige exhibición de documentos a los sujetos que pasan de un país a otro, facilita el traslado internacional del menor.

6º) El transcurso de los años. Mientras se eternizan los procedimientos legales, el menor crece y se integra rápidamente en el país al que ha sido trasladado. Por ello, el retorno a su país de origen le puede comportar más perjuicios que beneficios. La lucha contra el legal kidnapping es siempre una «lucha contrarreloj» (C. BÖHMER).

Y es que los supuestos de Sustracción Internacional de menores han tenido y tienen una gran trascendencia en todos los ámbitos, así, en el familiar, cuando se produce, los problemas matrimoniales o simplemente de pareja se recrudecen, dificultando cualquier solución amistosa o mediadora de la crisis; nos encontramos ante un ataque a los derechos de varios miembros de la familia, del hijo o hijos menores sustraídos, que por ser los más indefensos del grupo familiar mayor protección van a necesitar, y del progenitor que se ve privado de poder ejercer la patria potestad y las funciones de la responsabilidad parental; en el orden social el problema sensibiliza a los medios de comunicación y a la sociedad en general que exige soluciones, no sólo al caso concreto sino también en todas

las esferas, especialmente en materia legislativa, y en las decisiones políticas que se adopten para solucionar el supuesto concreto.

La realidad del problema en la práctica judicial se manifiesta en un aumento del número de solicitudes de devolución del menor al Estado donde tenía su residencia habitual, por infracción de los derechos de custodia o de visita, ya vengan directamente interesadas por el progenitor conforme a nuestras normas procesales, como se prevé en el artículo 29⁴¹⁶ del Convenio de La Haya de 25 octubre de 1980, supuesto excepcional pero cada vez más frecuente, o por la solicitud de la Autoridad Central que tiene entre otros deberes el de facilitar la apertura del procedimiento judicial con el objeto de conseguir la restitución del menor y en su caso permitir que se regule o se ejerza de manera efectiva el derecho de visita, tal y como se prevé en el artículo 7⁴¹⁷ del mismo Convenio, entre los deberes de la Autoridad Central.

⁴¹⁶ Artículo 29. “El presente Convenio no excluirá que cualquier persona, Institución u Organismo que pretenda que ha habido una infracción del derecho de custodia o de los derechos de visita, en el sentido previsto en los artículos 3 ó 21, reclame directamente ante las autoridades judiciales o administrativas de un Estado Contratante, en aplicación o no de las disposiciones del presente Convenio.”

⁴¹⁷ Artículo 7. “Las Autoridades centrales deberán colaborar entre sí y promover la colaboración entre las Autoridades competentes en sus respectivos Estados, con el fin de garantizar la restitución inmediata de los menores y para conseguir el resto de los objetivos del presente Convenio. Deberán adoptar, en particular, ya sea directamente o a través de un intermediario todas las medidas apropiadas que permitan: a) Localizar a los menores trasladados o retenidos de manera ilícita; b) Prevenir que el menor sufra mayores daños o que resulten perjudicadas las partes interesadas, para lo cual adoptarán o harán que se adopten medidas provisionales; c) Garantizar la restitución inmediata del menor o facilitar una solución amigable; d) Intercambiar información relativa a la situación social del menor, si se estimase conveniente; e) Facilitar información general sobre la legislación de su país relativa a la aplicación del Convenio; f) Incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo, con objeto de conseguir la restitución del menor, y, en su caso, permitir que se regule o se ejerza de manera efectiva el derecho de visita; g) Conceder, o, en su caso, facilitar la obtención de asistencia judicial y jurídica, incluida la participación de un Abogado; h) Garantizar, desde el punto de vista administrativo, la restitución del menor sin peligro, si ello fuese necesario y apropiado; i) Mantenerse mutuamente informadas sobre la aplicación del presente Convenio y eliminar, en la medida de lo posible, los obstáculos que puedan oponerse a dicha aplicación.”

III. INSTRUMENTOS REGULADORES

A) *EN GENERAL*

El pilar básico que debe sostener todo el edificio normativo dedicado a la sustracción internacional de menores descansa en el derecho de todos los niños a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario a su interés (art. 9.3 de la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989⁴¹⁸ (en adelante CDN). Igualmente, son esenciales el principio del superior interés del menor, el derecho del menor a una familia (arts. 20 y 21 CDN), la primacía del papel de la familia con relación a las autoridades públicas (art. 5 CDN) y el derecho del menor a que se tenga en cuenta su opinión en los procedimientos que le afecten (art. 12 CDN). Expresamente el art. 10.2 CDN dispone que el niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres.

La CDN aborda específicamente el secuestro de menores en los arts. 11⁴¹⁹ y 35⁴²⁰, instando a los Estados para adoptar medidas tendentes a evitarlo. Este es el punto de conexión entre la CDN y los distintos convenios que velan por la rápida restitución del menor. En la misma línea de la CDN cabe destacar el artículo 34 de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea, conforme al que “todo menor tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si son contrarios a sus intereses”.

También en el ámbito del Consejo de Europa el derecho de padres e hijos a relacionarse ha sido reconocido en el art. 8 CEDH. A nivel interno, la

⁴¹⁸ <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1990-31312>

⁴¹⁹ Artículo 11. “1. Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero. 2. Para este fin, los Estados Partes promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes.”

⁴²⁰ Artículo 35. “Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma.”

CE en su art. 39 incorpora como uno de los principios rectores de la política social, económica y jurídica, la protección de la familia y la infancia.

En el Capítulo I del Título VII del Código Civil bajo la rúbrica “de las relaciones paterno-filiales” se desarrollan los deberes y facultades de la patria potestad (art. 154) y el derecho de los progenitores a relacionarse con sus hijos menores aunque no tengan la patria potestad (art. 160). Debe también tenerse en cuenta que tras la Ley Orgánica 9/2002, de modificación del Código Penal, además de tipificarse como delito algunas de estas conductas, creando una nueva Sección dentro del capítulo III del Título XII del Libro II, se reforman los arts. 103 y 158 CC, de manera que se incorporan medidas cautelares para evitar la consumación de la sustracción.

En el ámbito internacional y dentro del marco legislativo comunitario se publicó, como venimos viendo a lo largo del presente trabajo, el Reglamento (CE) núm. 2201/2003, 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) núm. 1347/2000, que regula la Sustracción porque considera que en caso de traslado o retención ilícita de un menor es importante que su restitución se produzca sin demora y con este fin debe seguir aplicándose el CH80, completándolo con las disposiciones del Reglamento, que introduce importantes novedades en su regulación, como veremos más adelante.

El texto convencional clave en esta materia es el Convenio de La Haya, de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la Sustracción internacional de Menores (en adelante CH80), ratificado por España por Instrumento de 28 de mayo de 1987. Junto al CH80, en el marco del Consejo de Europa, se ha ratificado mediante instrumento de 1 de mayo de 1984 el Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980, sobre reconocimiento, y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores y restablecimiento de dicha custodia. Con este instrumento jurídico, el reconocimiento y la ejecución de sentencias se efectúan con mayor rapidez y sin las formalidades típicas del exequátur.

En la situación existente actualmente tendremos que distinguir:

a) El marco de la Unión Europea con la aplicación preferente del Reglamento 2201/03, y en lo que no está regulado específicamente por este Reglamento por el CH80.

El antecedente del actual Reglamento, el Reglamento 1347/2000, fue el primero en regular la materia de familia en el marco comunitario; dicho Reglamento reconocía que uno de los riesgos relativos a la protección de los hijos comunes en las crisis matrimoniales era, y es, el que uno de los padres desplace al hijo o la hija a otro país. Su regulación se orientó en el sentido de seguir el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. La protección del interés superior de los hijos la entendía, como en el Convenio citado, en el sentido de atribuir la competencia al órgano jurisdiccional de la residencia habitual del menor cuando, como consecuencia del desplazamiento o retención sin motivo lícito, se ha producido una modificación de hecho de la residencia habitual.

El Reglamento (CE) 1347/2000, que entró en vigor el 1 de marzo de 2001, dejó de aplicarse el 1 de marzo de 2005 y en su artículo 4 establecía una regla particular de competencia, creando una situación diferente de la que se contempla en su artículo 39, en relación con otros Convenios multilaterales, al establecer que los órganos jurisdiccionales competentes con arreglo al artículo 3 ejercerán su competencia de conformidad con lo dispuesto en el CH80, y en particular en sus artículos 3 y 16. Se caracterizó en la materia de sustracción internacional por mantener un respeto íntegro a la aplicación del CH80, al que se remitía⁴²¹.

Su sucesor, el Reglamento 2201/2003 introdujo las siguientes normas en la materia:

Sustituye en determinados aspectos las soluciones del CH80 tradicionales por normas comunitarias propias. Así, se suprime una causa de excepción a la devolución del menor, en relación con el art. 13.b) del CH80. En otros ámbitos se

⁴²¹ Vid. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Cuestiones polémicas en el Reglamento 1347/2000", en CALVO CARAVACA, A.L. / IRIARTE ÁNGEL, J.L., *Mundialización y Familia*, 2001, pág. 222. En relación con el Convenio de 1998, BORRÁS RODRÍGUEZ, A., *Informe explicativo del Convenio celebrado con arreglo al art. K. del Tratado de la Unión Europea, sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial*, DOCE, C.221, de 16 de junio, de 1998, págs. 41-42.

completan las normas del CH80 dentro del marco comunitario, y se dan normas de competencia propias.

Tiene especial relevancia la audiencia del menor que se podrá realizar por el procedimiento establecido en el Reglamento (CE) 1206/01 del Consejo de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil. Y se remite a las funciones de la Red Judicial Europea; funciones que pueden consultarse en la página web de la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil: <http://europa.eu.int/comm/justice_home/ejn/index_es.htm>.

Para los supuestos de traslado o retención ilícitos de menores establece con carácter general que se deberá seguir aplicando el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, y fija la competencia de los órganos jurisdiccionales en los casos de sustracción de menores en el artículo 10, pero establece unas reglas especiales, que realmente modifican o incluso alteran lo dispuesto en el CH80 al regular la restitución del menor en su artículo 11. Pensemos, por ejemplo, en la imposibilidad de aplicar la causa prevista en la CH80 en su artículo 13.b) si se demuestra que se han adoptado medidas adecuadas para garantizar la protección del menor tras su restitución, y sobre todo en la Sección 4.^a “Fuerza Ejecutiva de determinadas resoluciones relativas al derecho de visita y de determinadas resoluciones que ordenan la restitución del menor”, artículos 40 a 42. Y no debemos olvidar que en su artículo 60 declara que este Reglamento primará en la materia regulada por él mismo frente al CH80, entre otros.

En materia de restitución de menores se acuerda que en casos concretos y justificados puede el Estado miembro al que haya sido trasladado o en el que es retenido el menor oponerse a su restitución; sin embargo semejante resolución debe poder ser sustituida por otra resolución posterior del órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual antes de su traslado o retención ilícita, y si esta implica la restitución debe realizarse sin necesidad de procedimiento alguno para el reconocimiento y la ejecución en el Estado miembro en el que se encuentra el menor sustraído.

b) En el ámbito internacional no comunitario es de aplicación el CH80 en todos los Estados que tenemos aceptada formalmente su adhesión y a partir de la fecha de esta, publicada en el BOE correspondiente. Este Convenio se encontraba dentro del marco del Consejo de Europa. Fue publicado en el BOE de 1 de septiembre de 1984, sobre reconocimiento, y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores y restablecimiento de dicha custodia.

El Convenio permite que una sentencia dictada en un Estado parte pueda ser reconocida y ejecutada en el Estado donde un niño ha sido trasladado ilícitamente, o en el que se niega el desarrollo del derecho de visitas; con este instrumento jurídico el reconocimiento y la ejecución se llevan a cabo con mayor rapidez y sin las formalidades de un exequátur normal.

c) En el restante ámbito internacional, sólo tenemos un Convenio Bilateral con el Reino de Marruecos.

d) En consecuencia, con los restantes estados tendremos que estar al reconocimiento de resoluciones extranjeras y su correspondiente ejecución, conforme a las normas generales.

El Convenio se diseñó en 1980 para atajar un «caso-tipo» muy específico de *legal kidnapping*, aquel en el que el sujeto que no dispone de la custodia del menor, aprovecha el ejercicio de su derecho de visita y sustrae al menor con destino a otro país. Pero resulta que la inmensa mayoría de los supuestos de *legal kidnapping* que se presentan en la actualidad ya no responden a ese «caso-tipo».

En la actualidad, la mayor parte de los casos de legal kidnapping responden a dos nuevos modelos:

Primero: el sustractor es la madre que ostenta la custodia del menor, y huye de un padre maltratador y amenazante que ostenta el derecho de visita. Por tanto, el Convenio, que persigue restaurar el «derecho de custodia», no proporciona soluciones satisfactorias en estos casos.

Segundo: ambos progenitores ostentan la custodia porque no están separados legalmente ni están divorciados, pero uno de los progenitores,

frecuentemente la madre, huye sin previo aviso con el menor a otro país para escapar de un padre que constituye un peligro para el menor. Ello comprende también el difícilísimo caso de la «sustracción de bebés». Por tanto, no existe un progenitor con derecho de custodia que es vulnerado por el otro progenitor que no lo ostenta. Pero el Convenio, que persigue restaurar el derecho de custodia, no proporciona soluciones adecuadas en estos casos.

B) RELACIONES ENTRE LOS DIFERENTES INSTRUMENTOS JURÍDICOS

La sustracción internacional de menores supone un doble y grave atentado contra el interés del menor⁴²²: en primer lugar, contra su estabilidad, ya que el menor se ve desplazado de su residencia habitual y, en segundo lugar, contra su derecho a mantener relaciones periódicas con sus dos progenitores. El interés del menor exige la inmediata restitución al Estado donde tiene su centro de vida y, en su caso, la redefinición sobre los derechos de guarda y custodia de sus progenitores.

La dimensión internacional del problema es tan grande, que la preocupación por el mismo se consagró universalmente de modo expreso, como ha sido apuntado, en los arts. 9, 10 y 11 del Convenio de los Derechos del Niño de 1989. El art. 11.1 de la Convención obliga a los Estados a adoptar «medidas para luchar contra el traslado ilícito de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero», y el apartado 2º se refiere especialmente entre estas medidas a «la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes».

Este precepto debe completarse, de un lado, con el art. 9.3, que recoge el derecho del niño que está separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular,

⁴²²

Siendo éste el elemento determinante que justifica la regulación para su protección. Tal y como nos dice JIMÉNEZ FORTEA, F. J., en “La sustracción internacional de los menores por sus propios padres y el Reglamento 2201/2003”, en *Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en la Unión Europea*, PARDO IRANZO, V., (DIR.), Ed. Tirant, Valencia, 2015.

salvo si ello es contrario al interés del menor; y, de otro, con el art. 10.2 en el que de modo especial se consagra el derecho del niño cuyos padres residan en Estados diferentes a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres. Las instituciones de la Unión Europea, por su parte, también vienen demostrando desde hace años su especial preocupación por el tema (como demuestran las sucesivas Recomendaciones adaptadas por el Parlamento Europeo con relación a este problema, y los trabajos en materia de responsabilidad parental y derecho de visita⁴²³).

Desde un principio, la mayor parte de la doctrina ha sido unánime en considerar que la respuesta a este grave atentado al interés del menor debe discurrir por la vía civil, ya que tratándose de un conflicto familiar, originado por la infracción de los derechos de custodia y visita, la solución debe arbitrarse desde el plano civil, rechazando *ab initio* el tratamiento penal de la cuestión. De ahí, que en el ámbito del Derecho internacional privado se hayan concluido, en tres ámbitos espaciales distintos, tres Convenios internacionales multilaterales específicos para solucionar el *Legal Kidnapping* únicamente desde la óptica civil: en el seno del Consejo de Europa, el Convenio de Luxemburgo, de 20 de mayo de 1980, relativo al reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de custodia, así como el restablecimiento de dicha custodia; en el ámbito de la Conferencia de La Haya, el Convenio de La Haya, de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores; y en el ámbito interamericano, La Convención Interamericana, de 15 de julio de 1989, sobre restitución internacional de menores.

Al margen de la merecida crítica sobre los esfuerzos que debieron haberse hecho entre los diversos Organismos para afrontar el problema conjuntamente en un solo texto, España sólo es parte de los dos primeros, por lo que la Convención interamericana queda fuera. Además, la exclusión queda merecidamente justificada si se advierte que aparte de su escasa originalidad respecto a la Convención de La Haya, los Estados parte de la primera son en su mayoría Estados parte de la Convención de La Haya, por lo que actualmente, la adhesión

⁴²³

http://www.menores.gob.ar/userfiles/contacto_transfronterizo_relativo_a_los_ninos.pdf

de nuestro país a la Convención interamericana no tendría mucho sentido, debiendo coordinarse las actuaciones contra la retención ilícita de menores con estos Estados iberoamericanos en el marco de La Conferencia de La Haya.

Tanto el Convenio de La Haya como el Convenio de Luxemburgo son Convenios *inter partes*, se aplican sólo entre los respectivos Estados contratantes, aunque el hecho que el número de los Estados parte del Convenio de La Haya duplique al de los miembros del Consejo de Europa, ya justifica en cierta medida el éxito del primero respecto al segundo. Aunque los dos Convenios se encuadran en la categoría de Convenios y emplean el mecanismo de las Autoridades centrales designadas por cada Estado parte para el cumplimiento de los respectivos objetivos convencionales, sin embargo, la incidencia, alcance y funcionamiento en cada uno de ellos, como se analizará a continuación detenidamente, es bien distinta.

La solución convencional vía civil al problema de la sustracción internacional de menores no se agota naturalmente en estos textos multilaterales, sino que se completa con una importante red de Convenios bilaterales, que bien se inscriben en el marco de una cooperación general en el ámbito de la familia, o se dirigen específicamente a solucionar los problemas de guarda y custodia de los menores nacidos de matrimonios mixtos. Al margen de algunos Convenios bilaterales suscritos entre Estados iberoamericanos para combatir el problema (sobre todo los concluidos por Uruguay con países vecinos), la política convencional bilateral en esta materia adquiere toda su relevancia si se advierte que un número muy elevado de supuestos de sustracción se derivan de la quiebra de matrimonio occidental/islámico, y ningún Estado islámico forma parte del Convenio de La Haya o del Convenio de Luxemburgo, por lo que se comprende rápidamente la insuficiencia de estos textos multilaterales de cooperación.

La política convencional bilateral ha sido hasta ahora una opción arbitrada por algunos países europeos, especialmente Francia y Bélgica, para combatir el fenómeno de la sustracción de menores respecto a los países de Maghreb con los que se presenta una estrecha relación. Se trata de Convenios bilaterales: *ad. ex.*, Convenio franco-argelino de 21 de junio de 1988 relativo a hijos nacidos de parejas mixtas separadas, o el Convenio suscrito por Francia con Marruecos de

10 de agosto de 1981 del estatuto personal, la familia y la cooperación judicial. En esta línea España, como es sabido, ha suscrito el Convenio con Marruecos de 20 de mayo de 1997, sobre asistencia judicial, reconocimiento, y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores.

Finalmente, debe hacerse una llamada de atención al hecho que el tratamiento penal⁴²⁴ de la sustracción internacional de menores haya sido revitalizado en nuestros días, como una posible vía de solución jurídica al problema del *Legal Kidnapping*. Así no sólo existe en vigor un texto de DIPr. convencional y de alcance multilateral que ha optado por el tratamiento conjunto (civil y penal) del problema (*vid.*, Convención Interamericana, aprobada en México el 18 de marzo de 1994, sobre tráfico internacional de menores), sino que actualmente suele ser muy frecuente, y así ha ocurrido en nuestro país, utilizar la vía del Derecho penal internacional para obtener la extradición del secuestrador a nuestro país y resolver el problema⁴²⁵.

424

La sustracción de menores constituye un delito tipificado en el Código Penal español (art. 225 bis CP) (AAP Madrid 6 noviembre 2008 [delito de sustracción de menores], SAP Guadalajara Penal 27 enero 2009 [sustracción de menores y resolución ucraniana]). En relación con los supuestos internacionales de sustracción de menores, deben destacarse diferentes aspectos. 1º) El art. 225 bis.2.1º CP se refiere al «traslado de un menor de su lugar de residencia sin consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente». Dicho traslado debe haberse producido desde España (art. 8 CC), de modo que si el lugar de residencia del menor se encuentra en un país extranjero, resultará que el art. 225 CP español no es aplicable. La conducta, verificada en territorio extranjero, será, en su caso, punible con arreglo al Derecho Penal extranjero. Podrá, en su caso, solicitarse la extradición desde España a dicho país extranjero o la ejecución de una Orden Europea de Detención y entrega. El concepto de «sustracción internacional de menores» a efectos del art. 225 bis CP no debe ser tomado directamente de la normativa civil o internacional privatista, sino que debe ser definido con arreglo al bien jurídico protegido (AAP Tarragona Penal 14 octubre 2009 [delito de sustracción de menores]). 2º) El art. 225 bis.2.2º CP se refiere a la «retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa». Para que el precepto sea aplicable, es preciso que dicha retención se haya producido en España y no en país extranjero. La resolución judicial o administrativa puede ser española o extranjera. En el caso de que se trate de una resolución extranjera será preciso que la misma haya obtenido el correspondiente «reconocimiento» con arreglo a la normativa aplicable (Reglamentos de la UE, Convenios internacionales o bien art. 954 LEC 1881 según los supuestos).

425

Sobre la vía penal siempre han habido reticencias, cuestionándose si es la vía más apropiada para obtener la finalidad perseguida, que es en definitiva el retorno del menor con el progenitor que tenga atribuida la guarda y custodia, así como la normalización del régimen de visitas. De hecho, los convenios internacionales se circunscriben al ámbito civil exclusivamente, aunque no excluyen, desde luego, el que los Estados parte de los mismos prevean en sus ordenamientos soluciones de esta naturaleza. Además de

Este tratamiento conjunto lo podemos igualmente observar en la aprobación de la Ley Orgánica 9/2002, de 10 diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y del Código civil, sobre sustracción de menores, que introdujo tres medidas, todavía en vigor, evitadoras de la sustracción para cuando surja el riesgo de la misma, tanto en el artículo 103 CC, relativo a las medidas provisionales que cabe adoptar en los procesos matrimoniales de nulidad, separación y divorcio, como en el artículo 158 CC, relativo a las relaciones paterno-filiales. Estas medidas son: prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa; prohibición de expedición del pasaporte al menor o la retirada, en su caso; y sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.

A la vez, la misma Ley Orgánica 9/2002, procedió a la mencionada tipificación penal del secuestro de menores por sus propios padres y familiares, con la inclusión del artículo 225 bis del Código penal. Además, se añadió un segundo párrafo al art. 224 del mismo texto, tipificando las conductas de los progenitores que induzcan al menor a que abandone el domicilio habitual. Finalmente, el artículo 622 del mismo texto legal, establecía como falta el que los padres vulneraran el régimen de custodia, cuando los hechos no fueran constitutivos de los delitos contra las relaciones familiares o de desobediencia⁴²⁶.

Igual tratamiento dual se observa en muchos Ordenamientos jurídicos estatales, que han optado por regular el secuestro internacional de menores

España, han tipificado penalmente estas conductas EE.UU., Gran Bretaña, Australia, Canadá, Suecia, Noruega o Israel.

La objeción más importante que se le puede hacer a la solución penal se encuentra en los principios de subsidiariedad y de intervención mínima, que se derivan del mismo Derecho Penal, entendido como *ultima ratio* [LLORIA GARCÍA, P., "La sustracción de menores por sus propios padres. (Comentario a la LO 9/2002, de 10 de diciembre)", *RGDP*, núm. 3, 2005, p. 25, consultada versión electrónica en B.D. *Iustel*]. Utilizar esta parcela del Derecho para resolver problemas familiares, no parece lo más apropiado; aún menos en aquellos supuestos en los que ni siquiera ha habido una resolución judicial de naturaleza civil y, por lo tanto, no se ha tratado en esta sede el conflicto que separa a las partes. No obstante, si bien la Comisión Especial de seguimiento del Convenio de La Haya en 1993 y 1997 ha considerado poco beneficiosa la criminalización de la sustracción, por considerarla contraproducente para la restitución del menor, entre sus ventajas ha apuntado el carácter disuasorio que va a desplegar frente a los posibles sustractores o que en algunos países sólo la existencia de un proceso penal permite la adopción de determinadas medidas cautelares y diligencias policiales (GÓMEZ BENGOCHEA, B., *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980*, cit., pp. 117-118).

426

La reciente Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal ha derogado este artículo.

desde el punto de vista civil y penal. Así se observa, entre otros, en las legislaciones de Estados Unidos, Canadá, Gran Bretaña, Suiza, Austria, Noruega o Israel.

Finalmente indicar que la mediación familiar podría servir perfectamente como mecanismo para resolver, y agilizar, este tipo de procesos en los que les correspondería a los tribunales españoles su conocimiento cuando se tratara de menores cuya residencia habitual fuera nuestro país. Así la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, permitiría sin lugar a dudas someter cualquier cuestión, personal o patrimonial, relativa a la relación entre los menores y sus padres a este medio de autocomposición para resolverla. El problema es que, como ya se ha dicho, la sustracción interparental está tipificada penalmente, y es un delito público, por lo que una vez producida la sustracción y abierta la vía penal, en su caso, sin perjuicio de los acuerdos que se pudieran alcanzar en el ámbito civil, la exigencia de responsabilidad penal seguiría adelante⁴²⁷; una circunstancia distorsionadora, cuando no enervante, de la posibilidad real de someterse y/o alcanzar algún acuerdo mediante un procedimiento de mediación.

Por su parte, como se ha dicho más arriba, la recién aprobada Ley de la jurisdicción voluntaria modifica la LEC (D.F. 3ª. 12)⁴²⁸, introduciendo un artículo 778 ter, que en su número 12 recoge expresamente la posibilidad de la suspensión del procedimiento de retorno de un menor que se encuentre en España para someter el asunto a mediación, bien a petición de las partes, bien de oficio, pero lógicamente sin hacer mención alguna al proceso penal, lo que deja sin resolver la cuestión arriba planteada y la duda sobre su virtualidad práctica. Las novedades que se introducen en la LEC por la LJV son tratadas en el epígrafe final del trabajo.

⁴²⁷ Habría que exceptuar los supuestos de archivo, previstos legalmente, por ejemplo, como ocurre en nuestro CP (art. 225 bis.4), cuando el progenitor sustractor comunica al otro el paradero del menor con el compromiso de devolución, que efectivamente cumple, dentro de las veinticuatro horas posteriores a la denuncia; o bien la sustracción no hubiere durado más de esas veinticuatro horas.

⁴²⁸ Como se ha apuntado antes, la nueva Ley de la jurisdicción voluntaria (Ley 15/2015, de 2 de julio, BOE de 3 de julio de 2015) modifica la LEC actual en relación con el procedimiento para cumplir con la orden de restitución, en virtud de un instrumento internacional, cuando el menor se encuentre en nuestro país (D.F. 3ª.10. 11. 12 y 13).

De todos modos, debemos señalar que la posibilidad de la mediación en estos supuestos introducida por la nueva Ley de la jurisdicción voluntaria es concorde con la tendencia que ya venía dándose en el ámbito internacional y con la referencia a la misma que se contiene en diversos instrumentos, como el artículo 55.e) del Reglamento Bruselas II bis, entre otros. Es más, ya en 1987, el Parlamento Europeo creó la figura del mediador para los casos de sustracciones interparentales de carácter internacional, siendo recientemente cuando se planteó la posibilidad de recurrir a la mediación familiar en estos supuestos en las conclusiones del Consejo Europeo de Estocolmo (2009), así como en el Plan de acción de la Comisión por el que se aplica el programa de Estocolmo (2010)⁴²⁹.

Pero ello no significa que los supuestos de Sustracción siempre estén unidos a la crisis de una familia multicultural, ya que también se dan estos traslados en familias convencionales, aunque en mucha menor medida. Igualmente, es necesario recordar que la sustracción también puede darse fuera del ámbito familiar, en menores acogidos o tutelados por la administración, así como en la adopción internacional, por las especulaciones comerciales y vicios que en ocasiones le acompañan.

Por todo ello no es de extrañar que aun cuando no son muchos cuantitativamente los supuestos de Sustracción Internacional de menores, por su importancia cualitativa sean objeto de estudio y de reformas legislativas nacionales y comunitarias tendentes a evitar que se produzcan estos hechos.

A nivel internacional en estos últimos años hemos asistido a un reforzamiento de los instrumentos internacionales, reguladores del problema.

Varias circunstancias contribuyen a dar relevancia al problema:

429

Vid.

[HTTP://WWW.EUROPARL.EUROPA.EU/ABOUTPARLIAMENT/ES/000C205A13/MEDIADOR-PARA-LA-SUSTRACCI%C3%B3N-DE-MENORES.HTML](http://www.europarl.europa.eu/aboutparliament/es/000c205a13/mediador-para-la-sustracci%C3%B3n-de-menores.html) (consultada el 22 de enero de 2015), destacando entre la información allí contenida, por su interés, el *Handbook* del mediador europeo. Para más sobre la mediación en los casos de sustracciones internacionales de menores por sus propios padres: CASO SEÑAL, M.: "La mediación en los conflictos transfronterizos de sustracción de menores", *Revista de Mediación*, núm. 8, 2º semestre 2011; CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C.M., "La mediación ante el secuestro internacional de menores", *RIEDPA*, núm. 1, 2011; AZCÁRRAGA MONZONÍS, C., "Sustracción internacional de menores: vías de actuación en el marco jurídico vigente", cit., pp. 209-211; MARÍN PEDREÑO, C., *Sustracción internacional de menores y proceso legal para la restitución del menor*, cit., pp. 147-154.

- a) El aumento creciente del número de traslados o retenciones ilícitas de menores, no sólo en España sino en todos los países en general.
- b) El aumento, también, de las crisis familiares, con el mismo carácter generalizado.
- c) Las dificultades para conseguir la devolución de los menores, en especial de la ejecución de las resoluciones que lo acuerda.
- d) El ámbito tan sensible al que afecta, los menores.

La existencia de múltiples instrumentos jurídicos internacionales que regulan el mismo fenómeno provoca una fuerte incertidumbre sobre la normativa aplicable. Para resolver este problema de la «normativa aplicable», deben observarse estas soluciones.

El Reglamento 2201/2003 prima siempre sobre el Convenio de Luxemburgo de 20 mayo 1980 y sobre el Convenio de La Haya de 25 octubre 1980 (art. 60 R.2201/2003) (primacía del Reglamento). Por tanto, en el ámbito de aplicación material del Reglamento 2201/2003 y en las relaciones entre los Estados de la UE excepto Dinamarca, es siempre aplicable el Reglamento 2201/2003 y no los Convenios citados. La primacía del Reglamento 2201/2003 sobre el Convenio europeo de 20 mayo 1980 comporta su total inaplicación en el ámbito espacial citado, mientras que la primacía del Reglamento 2201/2003 sobre el Convenio de La Haya de 25 octubre 1980 comporta una aplicación de las normas de este Convenio, pero «alteradas» por lo establecido en el Reglamento 2201/2003⁴³⁰.

En el caso de no ser aplicable el Reglamento 2201/2003, las relaciones entre el Convenio de La Haya de 25 octubre 1980 y el Convenio europeo de 20

⁴³⁰ En cuanto a la jurisprudencia española y el Convenio de La Haya de 25 octubre 1980, varias etapas pueden distinguirse: a) En un primer momento, la jurisprudencia estimó, erróneamente, que el Convenio de 25 octubre 1980 era un Convenio de «colaboración judicial», y no un Convenio de restitución de menor- res. También se abusó del art. 13.b del Convenio, que se aplicó con un fortísimo «nacionalismo judicial»; b) Posteriormente, la jurisprudencia ha aplicado correctamente este Convenio, inspirándose en su idea-matriz: otorgar la restitución del menor al país de su residencia habitual (Auto JPI núm. 3 Estepona 18 noviembre 1992, Auto AP Valencia, Sec. 8ª, 16 octubre 1993, Auto AP Málaga 4 octubre 1993, Auto AP Zaragoza, Civil, 31 mayo 1996, Auto AP Vizcaya, Civil, 24 octubre 1996, SAP Málaga 7 octubre 1996).

mayo 1980 son relaciones de «complementariedad» (art. 19 Convenio europeo y art. 34.2 Convenio de La Haya). Por tanto, se aplicará la norma más favorable para el restablecimiento de la situación anterior al secuestro: el juez puede acordar, y/o la parte interesada puede solicitar, la aplicación del Convenio más favorable a la restitución del menor (ATS 23 mayo 2006). Cabe incluso solicitar la «aplicación simultánea» de los dos Convenios internacionales (J. PIRRUNG)⁴³¹.

IV. EL TRASLADO Y LA RETENCIÓN ILÍCITOS Y EL RETORNO DEL MENOR EN EL CONVENIO DE LA HAYA DE 1980

El Convenio de La Haya de 1980, aunque no define los conceptos jurídicos expresados en su articulado, en su art. 3 recoge los supuestos en que el traslado o la retención del menor se consideran ilícitos:

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

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 el apartado a) puede resultar en particular, bien de una atribución de pleno derecho, bien de una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado”.

Respecto de la institución de la custodia tampoco se define en el Convenio, se limita a señalar que incluye la custodia a los efectos de este: “El derecho de

Vid. PIRRUNG, J. “Convención por sustracción de menores y otros asuntos de custodia transfronteriza”, en el comentario de J. Von Staudinger en el Código Civil Alemán con la introducción de la ley y los estatutos. Ley de introducción del Código Civil / DPI. Convenio de derecho de filiación; El artículo 19 de la EGBGB, 13ª Revisión, Berlín, 1994, pp. 215-230; y “Unification du droit en matière familiale: la Convention de l'Union européenne sur la reconnaissance des divorces et la question de nouveaux travaux d'UNIDROIT”, *RDUnif.*, 1998, núm. 2/3, pp. 629 ss.

custodia comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia”.

Las relaciones que se quieren proteger están basadas en la existencia de un derecho de custodia, atribuido por el Estado de la residencia habitual, constituyendo ambos los elementos jurídicos, y el ejercicio efectivo de dicha custodia, antes del traslado, como elemento de hecho.

La finalidad del presente Convenio viene en su artículo 1 y tiene un doble sentido, por un lado garantizar la restitución inmediata del menor trasladado o retenido ilícitamente en un Estado contratante, y por otro, velar por los derechos de custodia y de visitas vigentes en los Estados contratantes.

En el Reglamento 2201/03⁴³², sin embargo, expresamente se define el traslado o retención ilícita (artículo 2.11), a los efectos del propio Reglamento:

“Cuando 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 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 el 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 puede decidir sin el consentimiento del otro titular sobre el lugar de residencia”.

Aunque se mantienen las dos notas existentes en el CH80 se realizan mayores concreciones en relación con el derecho de custodia⁴³³, las distintas

⁴³² El Reglamento 2201/2003 utiliza una amplia paleta de conceptos tomados algunos de ellos de ciertos Convenios internacionales elaborados por la Conferencia de La Haya de DIPr. El alcance y sentido de tales conceptos exigen realizar diversas observaciones (STJUE 5 octubre 2010, as. C-400/10 PPU, J. McB. vs. L.E. [restitución desde Inglaterra a Irlanda de tres menores]).

⁴³³ Concepto de «derechos de custodia». El art. 2.9) R. 2201/2003 indica que debe entenderse por «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». Este concepto coincide en gran medida con el concepto de «traslado o retención ilícitos de un menor», contenido en el art. 5 CH 1980 [sustracción internacional de menores], del que lo ha tomado el legislador de la UE. A pesar de haber

formas de adquirirla, la importancia y las consecuencias derivadas de lugar de la residencia habitual del menor y, finalmente, la concreción de los supuestos en que puede ser solo un titular quien resuelve sobre el lugar de residencia o han de ser los dos quienes lo decidan.

En lo relativo a la determinación de la persona a la que corresponde el derecho de custodia del menor, el art. 2.11 R.2201/2003 indica, como se ha visto, que será concretado con arreglo al Derecho del Estado miembro «en donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención». En consecuencia, y por expresa indicación del Reglamento 2201/2003, la designación del titular del derecho de custodia se debe realizar con arreglo a tal Derecho nacional (STJUE 5 octubre 2010, as. C-400/10 PPU, J. McB. vs. L.E., FJ 42, STJUE 22 diciembre 2010, asunto C-497/10 PPU, Mercredi, FD 16).

Por tanto, si el Derecho del Estado de residencia originaria del menor atribuye solo a la madre el derecho de custodia de los menores, así será. El padre biológico de los menores puede, en consecuencia, no tener la patria potestad ni la custodia de los menores. Ello no resulta contrario al art. 8 CEDH 150, siempre que el Derecho de dicho Estado miembro «autorice al padre del menor, que no tiene la patria potestad, a solicitar al juez nacional competente la modificación de la atribución de dicha patria potestad» (STEDE 2 septiembre 2003, Guichard vs. Francia; STJUE 5 octubre 2010, as. C-400/10 PPU, FJ 54, 59).

El principio aplicable por excelencia en ambos textos de sustracción es: «El interés del menor». En el preámbulo del CH80 se pone de manifiesto que los

sido tomado por el Reglamento 2201/2003, de modo prácticamente literal del citado CH 1980, al definirse ahora de modo material y directo en precepto de un Reglamento de la UE, el concepto de «derechos de custodia» constituye un concepto autónomo. Un concepto a definir con arreglo al Derecho de la UE y no con arreglo al Derecho de cada Estado miembro. La autonomía europea del concepto obedece a dos razones: 1º) Las exigencias de aplicación uniforme del Derecho de la UE: un concepto uniforme garantiza una aplicación uniforme del Derecho de la UE; 2º) El principio de igualdad entre los Estados miembros. Esta «interpretación autónoma intra UE» significa, por lo tanto, que «una disposición del Derecho de la UE que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros debe ser interpretada en relación con su «sentido y su alcance», con arreglo a criterios uniformes propios del Derecho de la UE, que se alcanzará «teniendo en cuenta el contexto de la disposición y el objetivo que la normativa de que se trate pretende alcanzar» (STJUE 5 octubre 2010, as. C-400/10 PPU, J. McB. vs. L.E., FJ 41).

intereses del menor son de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia, y los dos objetivos del Convenio el preventivo y el destinado a lograr la reintegración inmediata del menor a su entorno de vida habitual, entendiéndose que en el marco del Convenio así debe entenderse el interés del menor, y este ha de tenerse en cuenta para resolver todos los problemas que le afectan. En el Reglamento todas las normas están concebidas en función del interés del menor, verdadero criterio inspirador del texto.

El Principio está desarrollado en los textos internacionales, especialmente en la Convención de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, y en vigor desde el 2 de septiembre de 1990, y en la Declaración de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959.

En el texto comunitario se justifica la intervención comunitaria porque se entiende que el beneficio del menor se alcanza aplicando el criterio de proximidad con los órganos jurisdiccionales por existir una especial relación de conexión comunitaria. La finalidad en los textos es principalmente conseguir la devolución inmediata del menor al Estado donde tenía su residencia habitual, consiguiendo con ello fortalecer las medidas de custodia y de visitas y la competencia de los órganos jurisdiccionales del lugar de la residencia del menor.

V. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL PARA EL RETORNO

A) ASPECTOS GENERALES

Como hemos indicado en el apartado correspondiente la sustracción internacional de menores está regulada por el Convenio de La Haya de 1980, y el propio Reglamento Bruselas II bis, que dedica dos artículos a los aspectos relativos a la competencia en caso de secuestro de menores: el artículo 10 y el 11. Siendo el artículo 11 el que más específicamente se refiere a la sustracción internacional de menores.

La pregunta que, a continuación, hay que plantearse es ¿si son dos instrumentos que regulan lo mismo, cuál resulta de aplicación –en cuanto a la determinación del órgano competente-? Entre Estados miembros de la UE se

aplica el Reglamento pero si el menor se encuentra en un Estado que no forma parte de la UE resultará de aplicación el Convenio, así como también en el primer supuesto para completar aquello no contemplado en el Reglamento.

Imaginemos una madre que viene a España con sus dos hijos pequeños, ha empezado un procedimiento de divorcio en Inglaterra, y es un supuesto de sustracción de menores porque ya había una atribución de custodia establecida por los tribunales ingleses. Por tanto la madre se ha saltado las medidas establecidas por el juez inglés al venirse a España. El juez inglés seguirá siendo el competente durante un año pudiendo ordenar la devolución de los menores. La señora decide no regresar a Inglaterra, a pesar de que es notificada de esa decisión judicial. En definitiva el juez inglés no está en situación para hacer volver a los menores, más allá de esos medios de presión, por lo que la que tiene medios de coacción es la jurisdicción española. Por tanto, lo que funciona en la práctica en materia de sustracción de menores, es pedir la devolución del menor en los tribunales donde está ilegalmente el menor. Esto es lo que regula el Convenio de La Haya de 1980, mediante el mecanismo de cooperación judicial. El Convenio de La Haya del 80 es indisociable de Bruselas II bis, porque el régimen es un régimen híbrido.

¿Qué establece el Convenio de La Haya? Lo que establece es que las autoridades competentes para ordenar la devolución del menores son las autoridades del lugar donde está desplazado el menor. Pero para facilitar la devolución del menor, y no colocar a la parte actora en la necesidad de buscar abogado en una jurisdicción en principio lejana, establece un mecanismo de cooperación de autoridades centrales: en cada país hay una autoridad central que recoge todas las petición de cooperación judicial de los interesados.

¿Para qué sirven estos órganos centrales? Para recoger denuncias (solicitudes, peticiones) de devolución de menores, y para transmitir las a la autoridad central del país donde ha sido trasladado el menor, que se encargará por sus propios medios de plantear la demanda para devolución del menor. En términos prácticos: unos menores ingleses, que han sido trasladados a España, y un progenitor se ha quedado en Inglaterra; el progenitor que se ha quedado en Inglaterra sin los menores puede denunciar el supuesto a la autoridad central

inglesa, que se pondrá en contacto con el Ministerio de Justicia español, que a su vez dará instrucciones a la abogacía del estado en la provincia donde esté el menor, y será la propia abogacía española del Estado la que presenta la demanda de devolución del menor en el Juzgado.

Volviendo a este carácter híbrido: el Convenio de La Haya tiene algunos motivos por los cuales se puede denegar la devolución del menor, motivos justificados que permiten impedir la devolución del menor: el que haya pasado el tiempo de un año es motivo para denegar la devolución del menor, la integración del menor en su nuevo medio, el interés superior del menor, es decir, hay toda una serie de categorías que utiliza el Convenio de La Haya que permiten, con carácter excepcional y limitado, denegar la devolución del menor.

El Reglamento, sobre esto, introduce una serie de modificaciones en el artículo 11: una fundamental, que el menor, si tiene la edad suficiente, tendrá que ser oído⁴³⁴. Imaginemos, que con esa aplicación conjunta del Convenio de La Haya y el 11 RBII bis, el juez español que conoce de la devolución del menor decide que no devuelve a los menores, porque el interés prevalente del menor, por sus propias declaraciones en el juicio, por las periciales aportadas por psicólogos, etc, así lo recomienda. El Reglamento establece, en el 11.8, que el juez tendrá que comunicarlo, notificarlo en el país de origen de los menores, a los tribunales correspondientes, y darles la oportunidad de la última decisión con remisión de expediente.

El artículo 11 tiene un efecto práctico inmediato, y es que la inmensa mayoría de las peticiones de devolución de menores en la Unión Europea serán aceptadas. Esta voluntad del menor deberá ser tomada en cuenta, en primer lugar, cuanto se vaya a decidir sobre su restitución, tal y como se establece en el art. 13 del Convenio de la Haya y el art. 11.2 del Reglamento 2201/2003, en segundo lugar, procederá la audiencia del menor durante el procedimiento de restitución conforme al artículo 11 del Reglamento 2201/2003, por último, se deberá tener en

⁴³⁴ “Art. 11. 2. En caso de aplicarse los artículos 12 y 13 del Convenio de La Haya de 1980, se velará por que se dé al menor posibilidad de audiencia durante el proceso, a menos que esto no se considere conveniente habida cuenta de su edad o grado de madurez.”

cuenta la voluntad del menor para obtener la emisión del certificado de reconocimiento contenido en el artículo 42 del Reglamento 2201/2003⁴³⁵.

*B) LAS REGLAS DE LOS ARTÍCULOS 10 Y 11 DEL REGLAMENTO
2201/2003*

Como ya hemos visto, el antecedente del actual Reglamento fue el Reglamento 1347/2000, que fue el primero en regular la materia de familia en el marco comunitario; reconocía que uno de los riesgos relativos a la protección de los hijos comunes en las crisis matrimoniales es el que uno de los padres desplace al hijo o la hija a otro país. Su regulación se orientó en el sentido de seguir el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

La protección del interés superior de los hijos la entendía, por lo que a la competencia para conocer de estos supuestos, como en el Convenio citado, en el sentido de atribuir la competencia al órgano jurisdiccional de la residencia habitual del menor, cuando como consecuencia del desplazamiento o retención sin motivo lícito se ha producido una modificación de hecho de la residencia habitual.

El art. 4 establecía que los órganos jurisdiccionales competentes con arreglo al art. 3 ejercerían su competencia de conformidad con lo dispuesto en el CH80, en particular haciendo referencia a sus arts. 3 y 16.

Todos los Estados eran conscientes de que el problema sin resolver por el CH 80 estaba en los supuestos en los que se acordaba no devolver al menor al país donde tenía su residencia habitual. Y aunque es Estado actual de residencia del menor seguía sin ser el competente para resolver sobre las medidas que había que adoptar respecto del menor, los progenitores no acudían al Estado donde anteriormente tenía su residencia habitual el menor. Unas veces actuaban así por temor a una resolución que modificara la custodia provisionalmente ejercida de hecho, al no haberse devuelto al menor; y otras, por los problemas

⁴³⁵ Vid. Opinión del Abogado General Sr. Yves Bot, presentada el 7 de diciembre de 2010, asunto C-491/10 PPU, Joseba Andoni Aguirre contra Simone Pelz, apartado 70.

teóricos y prácticos (económicos, procesales, por el valor de la resolución de no devolución, etc.), produciéndose así una situación de “provisionalidad” o “interinidad” importante y duradera en la que no se adoptaban medidas respecto del menor y las que se adoptaban o no eran eficaces o las adoptaba el Tribunal donde el menor de hecho ya no tenía su residencia o, simplemente, eran provisionales.

Con el Reglamento 2201/2003 se introdujeron las siguientes normas en la materia:

Se sustituyen en determinados aspectos las soluciones del CH80 tradicionales por normas comunitarias propias. Así se suprime una causa de excepción a la devolución del menor, en relación con el art. 13.b) del CH80. En otros ámbitos se completan las normas del CH80 dentro del marco comunitario, y se dan normas de competencia propias.

Tiene especial relevancia la audiencia del menor que se podrá realizar por el procedimiento establecido en el Reglamento 1206/2001 del Consejo de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil.

Se introduce la figura de la Autoridad Central en el marco comunitario, que cooperará y facilitará soluciones amistosas, y además auxiliará al Juez cuando sea necesario. Por ejemplo, para poder ratificar que en un supuesto concreto se han adoptado medidas para evitar al menor un peligro en el Estado donde tenía su residencia habitual.

La finalidad que se quiere obtener es no solo reducir el número de traslados y retenciones ilícitas de los menores, produciendo un efecto disuasorio en los progenitores que lo intenten —porque siempre la competencia final la tendrán los órganos jurisdiccionales del Estado donde tenía la residencia el menor antes del traslado—, sino también conseguir su ejecutoriedad, y que las decisiones que se adopten puedan ser directamente ejecutorias en todos los Estados miembros.

Se insiste como criterio general que en el caso de traslado ilícito de un menor es importante que su restitución se produzca sin demora y con este fin debe seguir aplicándose el CH80, que se completa, incluso se altera, en cuanto a los supuestos de oposición a la devolución del menor.

Se introduce una gran novedad: que la resolución que se adopte en cuanto a la devolución del menor trasladado o retenido ilícitamente se puede sustituir por la que dicte posteriormente el órgano jurisdiccional del Estado miembro competente por ser donde tenía el menor su residencia habitual con anterior al traslado. En caso de que esta última resolución implique la restitución del menor, deberá realizarse sin necesidad de procedimiento alguno para el reconocimiento y ejecución de dicha resolución, y sin que se pueda oponer ninguna causa.

La regla básica es la misma que en el CH80: la competencia para resolver sobre el menor trasladado o retenido ilícitamente es del Tribunal del Estado donde tenía su residencia habitual antes de producirse el traslado.

En el Reglamento se establece la jurisdicción especial de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que residía habitualmente el menor inmediatamente antes del traslado o retención ilícitos (artículo 10). El art. 10 exige a tal efecto lo que sigue:

1º) Que el menor no haya adquirido una residencia habitual en otro Estado miembro;

2º) Que toda persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia haya dado su conformidad al traslado o a la retención o que el menor, habiendo residido en ese otro Estado miembro durante un período mínimo de un año desde que la persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia haya tenido o hubiera debido tener conocimiento del paradero del menor, esté integrado en su nuevo entorno y se cumpla alguna de las condiciones siguientes (STJUE 1 julio 2010, as. C-211/10 PPU, Doris Povse [restitución de menor desde Austria a Italia], FD 41):

- Que en el plazo de un año desde que el titular del derecho de custodia haya tenido o hubiera debido tener conocimiento del paradero del menor, no se

haya presentado ninguna demanda de restitución ante las autoridades competentes del Estado miembro al que se haya trasladado o en el que esté retenido el menor.

- Que se haya desistido de una demanda de restitución presentada por el titular del derecho de custodia sin que haya presentado ninguna nueva demanda en el plazo estipulado en el inciso i).

- Que se haya archivado, a tenor de lo dispuesto en el apartado 7 del artículo 11, una demanda presentada ante un órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos.

- Que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos hayan dictado una resolución sobre la custodia que no implique la restitución del menor.

Una «resolución sobre la custodia que no implique la restitución del menor» es una resolución definitiva, adoptada sobre la base de un examen completo del conjunto de elementos pertinentes, mediante la cual el órgano jurisdiccional competente se pronuncia sobre la cuestión de la custodia del menor y que no está ya sujeta a otras resoluciones administrativas o judiciales. El hecho de que este pronunciamiento sobre la cuestión de la custodia del menor prevea una revisión o un nuevo examen de esta cuestión de forma periódica, en un plazo concreto o en función de circunstancias determinadas, no priva a la resolución de su carácter definitivo (STJUE 1 julio 2010, as. C-211/10 PPU, Doris Povse [restitución de menor desde Austria a Italia], FD 46).

En particular, con referencia a la decisión sobre la restitución del menor, el artículo 11 del Reglamento establece que el órgano jurisdiccional competente en virtud del Reglamento puede dictar una resolución (posterior a la resolución dictada por el órgano jurisdiccional identificado en el Convenio de La Haya de 1980), en caso de que el primer órgano jurisdiccional haya denegado la restitución del menor a su Estado de residencia habitual (según el artículo 13 del Convenio). La decisión posterior, que tiene por objeto garantizar la restitución del menor, será

válida si va acompañada de la certificación prevista en el artículo 42 del Reglamento.

El Reglamento, por lo tanto, proporciona una protección adicional en comparación con las previsiones del Convenio. Sin embargo, a veces, ni siquiera esta garantía adicional puede responder a la necesidad de la plena protección del interés superior del menor; por ejemplo, en el caso de una situación en la que, sobre la base de las disposiciones del Reglamento, resulte imposible formular oposición a la ejecución de la resolución de restitución dictada de conformidad con el artículo 11 del Reglamento, una vez certificada en virtud del artículo 42, incluso aunque la decisión esté viciada por una grave violación de los derechos fundamentales.

Por ejemplo, en un caso puesto en conocimiento del Tribunal de Justicia, el segundo procedimiento sobre la restitución iniciado de conformidad con el artículo 11 del Reglamento, se omitió la audición del menor, que había sido oído en el primer procedimiento sobre la restitución, en virtud del Convenio de La Haya. En dicha ocasión, el menor había expresado su intención de permanecer en el país de residencia actual. No obstante, el Tribunal de Justicia señaló que no se admite en caso alguno la oposición a la ejecución de la decisión de restitución en virtud del artículo 42, ni siquiera cuando la decisión está viciada por una grave violación de los derechos fundamentales.

El Reglamento 2201/2003 lo que hace es insistir y completar esta regla; para ello en su art. 10 establece que los Tribunales competentes conservarán su competencia hasta que el menor haya adquirido una residencia habitual en otro estado miembro, y además que se den determinadas circunstancias -arts. 9 y 10-.

Así, para que no existan problemas de interpretación en la práctica de los tribunales, enunciada la regla general y concretada su vigencia y finalización, se establecen los dos requisitos necesarios que se han de dar conjuntamente para que se produzca el cambio de Tribunal competente, que son:

- Cuando se adquiere la residencia habitual en otro Estado, y
- Que concurren alguna de estas circunstancias:

a) La persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia ha dado su conformidad al traslado o a la retención. Ello aunque no haya transcurrido un año desde el desplazamiento o retención.

No se exige ningún requisito en cuanto a la forma de este consentimiento, pero deberá ser suficiente conforme al Derecho interno de cada Estado.

b) Que el menor, habiendo residido en ese otro Estado miembro durante un periodo mínimo de un año, esté integrado en su nuevo entorno, y se cumpla alguna de las siguientes condiciones:

- Que no se haya presentado ninguna demanda de restitución en el Estado donde ha sido desplazado o es retenido el menor por el titular del derecho de custodia desde que haya tenido o debiera de haber tenido conocimiento del paradero del menor.

- Que se haya desistido de la demanda de restitución sin presentar ninguna nueva en el plazo de un año desde el traslado.

- Que en el Estado donde tenía la residencia habitual inmediatamente anterior al traslado se haya dictado una resolución sobre la custodia que no ordene la restitución del menor.

- Que se haya archivado la demanda presentada en el Estado miembro donde tenía su residencia habitual el menor.

La gran importancia de la reglamentación es que, si existe sustracción, siguen siendo competentes los Tribunales de la residencia del menor inmediatamente anterior al traslado o retención ilícito, que podrá decidir sobre el menor aunque no se haya producido la restitución del mismo porque se haya dictado una resolución judicial acordando que el menor no retorne al país donde antes tenía su residencia.

VI. EL PROCEDIMIENTO DE RESTITUCIÓN DEL MENOR

A) EN GENERAL

La regla general que se establece a nivel internacional y comunitario es la restitución inmediata del menor trasladado ilícitamente al país donde tenía su residencia habitual; así aparece recogida en el CH80, en su art. 1, como la primera finalidad del convenio, y en el art. 11 del Reglamento 2201/03⁴³⁶.

La restitución entre dos Estados miembros de la UE de un menor trasladado o retenido ilícitamente exige la puesta en marcha de un procedimiento que se nutre de tres fuentes distintas, creando un marco legal complejo: el Reglamento 2201/2003, el Convenio de 1980, sobre el que el anterior se apoya y, finalmente, las normas que cada Estado miembro haya regulado en su ordenamiento interno para dar virtualidad práctica a las previsiones de los dos instrumentos anteriores. Posteriormente nos referiremos a las novedades introducidas por la Ley de la jurisdicción voluntaria⁴³⁷, que ha reformado la LEC en este punto, introduciendo dos procesos especiales: el primero, en los artículos 778 bis y ter y, el segundo, en el 778 quáter.

Respecto a la legitimación, a diferencia del Convenio de La Haya, que la tiene cualquier persona o institución, el Reglamento exige que ha de ser el titular del derecho de custodia el que se dirija a la autoridad competente (art. 11.1), la cual, también a diferencia del Convenio citado en el que puede ser uno administrativo, es siempre un órgano jurisdiccional (art. 11.3). El Estado miembro al que se dirigirá, aunque no lo diga expresamente la norma, debe ser en el que está el menor sustraído, puesto que lo que se persigue es solicitar la restitución del mismo, en los casos en que “hubiera sido trasladado o retenido de forma ilícita

⁴³⁶ Cit. REIG FABADO, I. en “El Retorno del inmediato del menor en la sustracción internacional de menores”: “El Reglamento 2201/2003 incorpora algunos aspectos procesales en la articulación procedimental de la orden de retorno inmediato. Piénsese que se trata de la inclusión de algunas garantías que deben sumarse a la reglamentación establecida en el Convenio de la Haya de 1980. Lo cierto es que la primacía del Reglamento frente al Convenio (art. 60 del Reglamento) se manifiesta en la obligación de aplicar el sistema ampliado en los supuestos intracomunitarios. Con todo, estas modificaciones desarrollan aspectos procesales del Convenio por lo que, más que corregir, desarrollan ese sistema favoreciendo su consolidación.”, en Rev. Bolív. de Derecho nº 20, julio 2015, ISSN: 2070-8157, pp. 242-263.

⁴³⁷ Ley 15/2015, de 2 de julio, BOE de 3 de julio de 2015.

en un Estado miembro distinto del Estado miembro en el que el menor tiene su residencia habitual” (art. 11.1 y 3) y no tendría sentido dirigirse a otro, salvo que la información que el demandante tuviera sobre su paradero fuera errónea.

Sobre la solicitud, añadir que el Reglamento la califica de demanda (art. 11.3) y su objeto –la pretensión- es conseguir una resolución dictada al amparo del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, con el fin de conseguir la restitución del menor; con lo que queda claro que este Convenio es la base sobre la que se apoya el Reglamento para desarrollar el procedimiento, sobre todo porque como se verá en otros aspectos son constantes las referencias al mismo⁴³⁸.

Debemos advertir de la aplicación de los artículos 16 a 20 que, no siendo específicos de la sustracción, como el artículo 11, lo son a todos los procedimientos regulados en el Reglamento y, por consiguiente, también al de la sustracción de menores. Ello no obsta, desde luego, a la necesidad de adaptarlos en lo que sea necesario. Por ejemplo, el artículo 19 prevé los casos de litispendencia, lo que no es imposible que se produzca en una sustracción cuando, por ejemplo, el progenitor privado de la custodia o de las visitas no sepa dónde está exactamente el menor e intente dos procedimientos simultáneos en dos Estados miembros. Una estrategia que, desde el punto de vista procesal, no es útil, dada precisamente la solución prevista en esta norma y que supone la suspensión de oficio del segundo de los procedimientos.

Respecto del artículo 20, referido a las medidas provisionales y cautelares sobre el menor y sus bienes –presentes en el Estado miembro de que se trate-, se podrán adoptar, tanto por el Estado miembro que está conociendo de la restitución, como por el de la residencia habitual del menor, de acuerdo cada uno con su ordenamiento interno. Es decir, el artículo 2º permite, en caso de urgencia, adoptar medidas cautelares o provisionales a un órgano jurisdiccional del un Estado miembro distinto del que es competente para conocer del asunto.

⁴³⁸ La base de datos de INCADAT ([HTTP://WWW.INCADAT.COM/INDEX.CFM?ACT=TEXT.TEXT&LNG=3](http://www.incadat.com/index.cfm?act=text.text&lmg=3)) contiene, además de información sobre el Convenio de 1980, ahora también sobre el Reglamento, el TJUE o el TEDH.

Ahora bien, el apartado 2 preve que cuando el Estado miembro de origen adopte las medidas que considere apropiadas, quedarán sin efecto las aplicadas por el Estado miembro requerido. Y esto plantea una situación singular, porque el menor está en este último Estado y la soberanía impide una injerencia del de la residencia habitual, salvo que se utilicen mecanismos de cooperación judicial internacional, lo que como sabemos es largo y de resultado incierto o bien la dejamos sin efecto con las consecuencias que dicha decisión pueda causar –por ejemplo, un nuevo traslado a otro país-. Quizás aquí se abre una posibilidad interesante para el legislador europeo de desarrollar medidas concretas y mecanismos de reconocimiento automático.

Las causas de oposición son en principio las mismas que están recogidas en el CH80, previstas en sus arts. 12, 13 y 20, para el retorno de los menores trasladados o retenidos ilícitamente.

Pero existe respecto de las causas una excepción dentro del marco comunitario. En el art. 11.4 del Reglamento 2201/2003 consta que los órganos jurisdiccionales no podrán denegar la restitución de un menor basándose en lo dispuesto en la letra b) del art. 13 del CH80 si se demuestra que se han adoptado las medidas adecuadas para garantizar la protección del menor tras su restitución. Recordemos que la causa de oposición alegada es la referente a que «exista grave riesgo⁴³⁹ de que la restitución del menor le exponga a un peligro físico o

439

El «grave riesgo», el «daño físico o psíquico» y la «situación intolerable» son los conceptos clave del art. 13b del Convenio. Sobre estos conceptos cabe formular varias observaciones: (a) Todos estos conceptos deben interpretarse, siempre, restrictivamente (SAP Málaga 7 octubre 1996, AAP Zaragoza 31 mayo 1996); (b) los tres conceptos deben concurrir y deben probarse, siempre, en el caso concreto. Alusiones genéricas no son relevantes (Cour d'Appel Paris 27 octubre 2005 [alegación genérica de que «el padre toma drogas», sin prueba alguna sobre ello], Cour Cassation Francia 13 julio 2005); (c) Los tres conceptos deben verificarse siempre en relación al «menor», no a la madre o hermanos del mismo. En ciertas ocasiones, pero siempre que ello quede probado, una restitución del menor al país de su residencia habitual puede generar un daño o perjuicio no al «menor», sino a la madre o a los hermanos de este, y puede suceder que ello provoque un impacto muy negativo sobre el menor en cuestión en forma de «daño psicológico» al mismo». Pero el Convenio tiene como objetivo el menor (child-focused Convention) y no la defensa de «consideraciones generales de humanidad» (HC Auckland New Zealand 6 noviembre 2003 [sustracción desde Australia a Nueva Zelanda]).

psíquico o de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable»⁴⁴⁰.

Se exige sólo que las medidas se hayan adoptado previamente y lo sean para el supuesto concreto, no que se enuncien con carácter general, pudiendo el Juez recabar la ayuda de la Autoridad Central para comprobar su veracidad⁴⁴¹ y alcance, pero sin poder entrar a valorarlas, ni en su enunciado ni en su alcance. Y el daño que pueda sufrir el menor como consecuencia de la restitución debe ser «actual», no sólo potencial, aunque una cierta prospectiva es siempre necesaria: se trata de impedir el retorno del menor para evitar un daño que ocurriría si se produce dicha restitución al país de origen. Cierta doctrina indica que el riesgo de que se produzca el «daño» debió ser la causa del traslado del menor al extranjero, pero el Convenio no sigue esta línea.

Lo que puede provocar daño o la situación intolerable para el menor es «su restitución». Por ello la situación anterior al traslado del menor es relevante para denegar su restitución solo si dicha situación anterior se mantiene en el momento de la restitución. Si las circunstancias han cambiado y ya no hay riesgo de daño para el menor, debe ordenarse la restitución del mismo (US Court of Appeals for the 3rd Circuit 15 septiembre 2005 [restitución desde USA a Australia]). Lo relevante es la situación del menor posterior a su restitución (post-return situation facing the child).

Se prevé en el apartado 5 del mismo art. 11 que no se podrá denegar la restitución sin que se haya dado la posibilidad de audiencia a la persona que

⁴⁴⁰ La traducción española del texto del art. 13.b del Convenio plantea problemas (BOE núm. 202 de 24 agosto 1987 y corr. errores BOE núm. 155 de 30 junio 1989 y BOE núm. 21 de 24 enero 1996). La versión francesa (versión auténtica) emplea el término «danger physique ou psychique», pero la versión inglesa utiliza la expresión «physical or psychological harm». Por tanto, debe decidirse si la versión francesa («riesgo de un peligro») es más exacta que la versión inglesa («riesgo de un daño») o viceversa. La expresión inglesa parece más exacta: se trata de evitar un «daño» físico o psíquico más que de evitar un «peligro» físico o psíquico.

⁴⁴¹ «Grave riesgo» significa que el riesgo debe ser extremo, muy probable. Ejemplo: ha quedado probado que no se pueden obtener medidas de protección adecuadas en el país al que se pretende restituir al menor (Full Court of the Family Court of Australia at Melbourne 16 febrero 2006). El grave riesgo debe consistir en un «peligro» y no en «meros inconvenientes» que derivarían de la restitución del menor a su país de residencia habitual (AAP Almería 30 abril 2004 [el retorno del menor a Holanda puede comportar inconvenientes, pero no peligros]). No basta para estimar que existe grave riesgo que la separación del progenitor sea simplemente «dolorosa» (AAP Barcelona 23 junio 2004, AAP Palma Mallorca 19 marzo 1990).

solicitó su restitución. Tiene, por tanto, una especial importancia tiene la audiencia del menor.

En caso de aplicarse las causas de oposición de los arts. 12 y 13 del CH80 ordena el R. 2201/03, en su art. 11, que se ha de velar por que se de al menor posibilidad de audiencia durante el proceso a menos que esto no se considere conveniente, habida cuenta de su edad o grado de madurez.

La regla general para aplicar correctamente las causas de oposición al retorno es citar al menor para que sea oído, dándole la posibilidad de que se respete su derecho a ser oído en el procedimiento de modo especial en este trámite. La importancia de la opinión del menor, sin perjuicio de la valoración que en cada supuesto realice el Juez, es grande, por el contenido de esta excepción. Esta regla general se matiza dándole al Juez la facultad de decidir si no lo considera conveniente, en el caso concreto, por las circunstancias que concurren en el menor, y resolver de forma motivada la decisión de no oírle. La regulación, que se aplica desde el 1 de julio de 2004, del Reglamento 1206/2001 sobre la obtención de prueba, permite el empleo de la videoconferencia y la teleconferencia en el ámbito civil, art. 10.4, que podrá ser utilizada para la audiencia del menor; en particular será muy útil en la materia de menores para que el Juez o Tribunal del Estado miembro de la residencia habitual del menor, que como ya hemos expuesto decidirá en último lugar sobre la devolución del menor, pueda tomar en consideración la situación real que expone el menor.

B) PLAZO PARA RESOLVER UNA DEMANDA DE RESTITUCIÓN

En los supuestos de traslado o retención ilícita es muy importante que la restitución se produzca sin demora, en un plazo breve. El CH80, en su artículo 2, establece que se deberá recurrir a los procedimientos de urgencia de que disponga cada Estado contratante, y el artículo 11 del Reglamento establece: «Si la autoridad judicial o administrativa competente no hubiera llegado a una decisión en el plazo de seis semanas, a partir de la fecha de iniciación de los procedimientos, el demandante o la Autoridad Central del Estado requerido por iniciativa propia o a instancia de la Autoridad Central del Estado requirente tendrá

derecho a pedir una declaración sobre las razones de la demora». Siguiendo con el artículo 11, en su apartado 3 se afirma que el procedimiento a seguir por el órgano jurisdiccional debe ser de los “más expeditivos que prevea la legislación nacional”, lo que únicamente supone un “mandato” al legislador nacional, que le puede provocar algún problema si la configuración del mismo no es de ese modo y así lo estima algún tribunal.

Otro problema es el que plantea el párrafo segundo de este apartado al fijar como tiempo máximo para dictar la resolución un plazo de seis semanas. Es evidente que si primero se dice que se utilizará un procedimiento de los más expeditivos que se prevean en el ordenamiento interno, parece que está refiriéndose a aprovechar alguno ya regulado, pero si luego fija un tiempo máximo, difícilmente va a existir en la legislación uno que se adapte exactamente. Es cierto, con todo, que también debería significar la aplicación de una tramitación preferente, lo que aceleraría los plazos, pero la realidad es que, por ejemplo en España, no se dictan las resoluciones sobre restitución antes de seis meses⁴⁴².

Para que el órgano jurisdiccional del Estado miembro requerido pueda concluir si el traslado o la retención han sido ilícitos necesita, partiendo de las definiciones de “derechos de custodia” y “traslado y retención ilícitos de un menor” contenidas en el mismo Reglamento 2201/2003 (art. 2), que se le prueben los hechos alegados, pudiendo ser útil aplicar, en su caso, el Reglamento 1206/2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil, que incluye las materias relativas a familia y menores. En este sentido, serán muy importantes los medios de prueba documental, testifical y, sobre todo, pericial, dependiendo de cada caso y sus circunstancias⁴⁴³.

El Reglamento 2201/2003 señala que se actuará con urgencia en el marco del proceso en el que se sustancie la demanda, utilizando los procedimientos más expeditivos que prevea la legislación nacional. Añadiendo que, salvo que existan

⁴⁴² MARÍN PEDREÑO, C., *Sustracción internacional de menores y proceso legal para la restitución del menor*, cit., p. 75.

⁴⁴³ El artículo 11.6, al hablar de la documentación a remitir al Estado miembro de origen, habla del “acta de la vista”, lo que podría ser indicativo del peso de la oralidad en todo el procedimiento y, particularmente, que la prueba ha de practicarse oralmente, que es una de las finalidades principales de las vistas en todos los ordenamientos jurídico-procesales.

circunstancias excepcionales que lo hagan imposible, se dictará resolución en el plazo máximo de seis semanas desde la interposición de la demanda, por el órgano jurisdiccional.

Las obligaciones que conlleva dictar una resolución acordando la no devolución de un menor (artículos 11.6, 7, 8) son:

1.º Habrá de transmitir copia de la resolución de no restitución y de los documentos pertinentes, en particular del acta de la vista, de conformidad con lo previsto en la ley nacional, con carácter inmediato, al órgano jurisdiccional competente o a la Autoridad Central del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia antes del traslado ilícito.

2.º El envío se realizará bien directamente, bien a través de la Autoridad Central.

3.º El órgano jurisdiccional deberá recibir todos los documentos en el plazo de un mes a partir de la fecha de la resolución que acuerde el no retorno del menor.

4.º El órgano jurisdiccional o la Autoridad Central que reciba la información deberá notificarla a las partes e invitarlas a que presenten sus reclamaciones ante este órgano, excepto que ya la hayan presentado, conforme a sus normas, en el plazo de tres meses desde la notificación.

5.º El órgano jurisdiccional examinará el tema de la custodia: si se ha presentado la demanda o las alegaciones.

6.º Si no recibiera reclamación ninguna declarará archivado el asunto, sin perjuicio de seguir siendo el competente para resolver en el plazo reglamentario previsto.

7.º Cualquier resolución judicial posterior que ordene la restitución dictada por un órgano competente en virtud del presente reglamento será ejecutiva de acuerdo con los artículos 40 a 45 del Reglamento 2201/2003.

Muchas son las reflexiones que se imponen ante esta regulación, alguna con fácil respuesta, como el conocimiento de las sedes de los órganos jurisdiccionales de la Unión Europea, que se encuentran en el Atlas Judicial Europeo, que ya tiene todos los Juzgados con las correspondientes modificaciones que va sufriendo y que, sin duda, será un instrumento útil para encontrar el Juzgado competente y su dirección.

Otros aspectos se dejan a la valoración del Juez, como es el supuesto de qué documentos remitimos con la resolución adoptada; en principio parecen necesarios aquellos en que basó su decisión el Juez. Otros permiten dudar, así ¿se debe incluir la cinta o vídeo de la vista, o es suficiente solo la copia del acta? Sin duda será más completo remitir el acta y la grabación e incluso la videoconferencia de la audiencia al menor, que se deberá practicar siempre que sea posible, aunque tenga menos de 12 años.

Existe un plazo para que se tramite la restitución y otro plazo para dictar la resolución y que el órgano reciba la resolución recaída, pero no se ha señalado plazo para que el órgano competente dicte su resolución, que es la definitiva en la materia de custodia; si se ralentiza las dificultades de ejecución pueden aumentar.

C) RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAS DEMANDAS DE RESTITUCIÓN

El Reglamento 2201/2003 incorporó dos grandes novedades:

1º) El art. 41 indica que la resolución judicial ejecutiva dictada en un Estado miembro sobre el derecho de visita —ya se trate de una situación internacional o interna, como indica el número 3 del citado precepto—, será reconocida y tendrá fuerza ejecutiva en otro Estado miembro sin que se requiera ninguna declaración que le reconozca fuerza ejecutiva. No requiere ni reconocimiento ni exequatur.

Ahora bien, para que proceda la ejecutividad directa en un Estado miembro de la resolución sobre derecho de visita dictada en otro Estado miembro, deben concurrir estos requisitos:

- La resolución debe gozar de fuerza ejecutiva en el Estado de origen (art. 41.1.1);

- La resolución debe haber sido certificada por el juez de origen mediante un formulario *ad hoc* contenido en el Anexo III del Reglamento. En España, el juez expedirá la resolución de forma separada y mediante providencia a través del formulario (Disp. Final 22ª LEC y Ley 19/2006 de 5 junio).

2º) El art. 48 permite que los «órganos jurisdiccionales del Estado miembro de ejecución» puedan modificar el fallo procedente de autoridades judiciales de otro Estado miembro, mediante la adopción de «las modalidades prácticas» necesarias para organizar el ejercicio del derecho de visita, siempre y cuando se respeten los «elementos esenciales» de la resolución.

La resolución ejecutiva dictada por el Tribunal del Estado de origen, que acuerda la restitución del menor al país donde tenía su residencia habitual antes del traslado ilícito o de la retención, será reconocida y tendrá fuerza ejecutiva en los demás Estados miembros sin necesidad de declaración de ejecución y sin que pueda impugnarse su reconocimiento si ha sido certificada⁴⁴⁴.

Así, en cuanto al reconocimiento de resoluciones, los artículos 21 a 27 son los que regulan los aspectos generales y, por su parte, los artículos 28 a 36 los que lo hacen respecto de la ejecución; a lo que habría que añadir una serie de disposiciones comunes a ambas regulaciones en los artículos 37 a 39. Sin embargo, en lo que se refiere a la restitución de un menor existe una norma especial, que es el artículo 42, donde se proclama el reconocimiento y la fuerza ejecutiva “de una resolución judicial que ordene dicha restitución, con arreglo al apartado 8 del artículo 11” (art. 40.1, b), si ha sido certificada en el Estado miembro de origen.

Respecto a lo que debemos entender por Resolución judicial: nos estamos refiriendo a dos tipos de resoluciones, conforme al artículo 8, que acuerdan la restitución:

⁴⁴⁴ El órgano jurisdiccional del Estado miembro requerido debe limitarse a «constatar la fuerza ejecutiva de tal resolución» (STJUE 1 julio 2010, as. C-211/10 PPU, Doris Povse [restitución de menor desde Austria a Italia], FD 73, STJUE 22 diciembre 2010, as. C-491/10 PPU, Aguirre, FD 49).

1.º Las que dicte el órgano jurisdiccional competente que ordena la restitución del menor, en el país a donde fue trasladado o retenido, si posteriormente no se dicta resolución en contrario por el Tribunal del Estado donde el menor tenía su residencia habitual, o se haya declarado archivado el asunto.

2.º Las resoluciones que dicte el órgano jurisdiccional competente del Estado donde el menor tenía su residencia habitual acordando la devolución del menor, posteriormente a la que dictó el Tribunal del país a donde se trasladó al menor, aunque sea contradictoria con esta.

Dictada la resolución que acuerda la devolución, esta es ejecutiva⁴⁴⁵ por las normas del Derecho interno de cada Estado miembro porque así lo acuerda el propio Reglamento, en su artículo 42, que textualmente recoge: «Aunque el Derecho Nacional no estipule la fuerza ejecutiva por ministerio de la Ley, el órgano jurisdiccional podrá declarar la fuerza ejecutiva, si se cumplen los requisitos que el propio Reglamento exige».

La finalidad de esta norma la proclama el propio Reglamento, art. 11.8, y es garantizar la devolución del menor, coincidiendo con la finalidad del CH 80, que entiende que el beneficio superior del menor y el interés superior del menor se materializa cuando se le asegura que las medidas que se han de adoptar sobre él las acordará el Tribunal mejor situado para hacerlo, y este se entiende siempre que es el de su residencia habitual. De nada serviría toda la normativa de este Reglamento si cada Juzgado o Tribunal dilata la ejecución con los sucesivos recursos que cada legislación interna tiene previsto para la ejecución de la resolución dictada acordando la devolución del menor⁴⁴⁶.

⁴⁴⁵ Frente a la resolución judicial ejecutiva, dictada en un Estado miembro, y que ordena la restitución del menor, y que ha sido certificada en el Estado miembro de origen de conformidad con el apartado 2 del art. 42 R.3301/2003 sólo cabe activar un procedimiento de rectificación o dudas en cuanto a su autenticidad que debe llevarse a cabo en el Estado de origen (art. 43 R.2201/2003) (STJUE 1 julio 2010, as. C-211/10 PPU, Doris Povse [restitución de menor desde Austria a Italia], FD 73, STJUE 22 diciembre 2010, as. C-491/10 PPU, Aguirre, FD 49-50).

⁴⁴⁶ La no ejecución de la orden de retorno del menor secuestrado puede determinar la condena del Estado responsable, por violación del art. 8 CEDH (STEDH de 26 de julio de 2011, Shaw contra Hungría).

Para ello el Juez de origen que dictó la resolución tendrá que comprobar, previamente a emitir el Certificado, que se cumplen los siguientes presupuestos (art. 42.2):

- Que se ha dado al menor la posibilidad de audiencia⁴⁴⁷, a menos que esta no se hubiera considerado conveniente habida cuenta de su edad o grado de madurez⁴⁴⁸. En este supuesto tiene que constar la decisión del Juez, y sus motivos.

- Que se ha dado la posibilidad de audiencia a todas las partes.

- Si el órgano jurisdiccional ha tenido en cuenta, al dictar su resolución, las razones y las pruebas en las que se fundamenta la resolución emitida en virtud del artículo 13 del CH80.

Finalmente el Juez de origen que dicta la resolución expedirá el Certificado relativo a la restitución del menor, modelo del formulario del Anexo IV, a que se refiere el art. 42. Este certificado supone un modelo común y único para todos los Estados miembros, y se redactará en la lengua de la resolución, de acuerdo con el modelo de formulario que figura en el anexo IV del Reglamento.

En España, la resolución judicial de restitución del menor se expedirá de forma separada y mediante providencia, cumplimentando el formulario del citado Anexo IV. Si el juez deniega la expedición de esta certificación judicial mediante providencia, podrá impugnarse por los trámites del recurso de reposición (Disp. Final 22ª LEC y Ley 19/2006 de 5 junio).

En caso de que el órgano jurisdiccional tome medidas para garantizar la protección del menor tras su restitución al Estado de su residencia habitual, estas medidas deberán constar con sus pormenores en el Certificado. Existe la obligación de dictar de oficio el Certificado de la restitución del menor para el Juez

⁴⁴⁷ Por ello, no es necesario que, en todo caso, se haya practicado la audiencia del menor, sino que se haya dado al mismo la posibilidad real y efectiva de expresarse libremente, habida cuenta de los medios procesales nacionales y de los instrumentos de la cooperación judicial internacional (STJUE 22 diciembre 2010, as. C-491/10 PPU, Aguirre [restitución de menor desde Alemania a España], FD 68).

⁴⁴⁸ De acuerdo con la Guía práctica para la aplicación del Reglamento (apartado 6.6), los objetivos de esta audiencia es conocer, entre otros, las causas de la sustracción, las posibles objeciones del menor a su restitución y sus motivos, así como en qué medida puede estar corriendo peligro físico o psicológico, en su caso.

de origen. No ocurre como en el certificado del derecho de visitas, que dependiendo del momento en que se conoce el elemento transfronterizo, es de obligado dictado para el Juez de oficio o a instancia de parte.

En los supuestos de sustracción siempre está el elemento transfronterizo, y la obligación de acordarlo de oficio facilita la finalidad de la norma de garantizar el retorno inmediato del menor.

La directa ejecutividad en un Estado miembro (de destino) de las decisiones que ordenan la restitución de un menor dictadas por autoridades de otro Estado miembro (de origen), comporta diversas consecuencias de gran envergadura.

1º) No existe ningún motivo de denegación de la ejecución de la resolución dictada por los órganos de un Estado miembro y que ordene la restitución del menor, que faculte a los órganos del Estado miembro de destino para rechazar la ejecución de dicha resolución. El órgano del Estado miembro de destino no se halla facultado para «ejercer un control sobre las condiciones de emisión del certificado» que expide el Estado de origen⁴⁴⁹.

2º) La decisión del Estado miembro donde se halla el menor que acuerda acordar la ejecución de la resolución judicial de restitución dictada en otro Estado miembro no puede ser objeto de recurso alguno.

3º) El órgano jurisdiccional del Estado miembro requerido debe limitarse a «constatar la fuerza ejecutiva de tal resolución» (STJUE 1 julio 2010, as. C-211/10 PPU, Doris Povse [restitución de menor desde Austria a Italia], FD 73, STJUE 22 diciembre 2010, as. C-491/10 PPU, Aguirre, FD 49).

4º) Frente a la resolución judicial ejecutiva, dictada en un Estado miembro, y que ordena la restitución del menor, y que ha sido certificada en el Estado miembro de origen de conformidad con el apartado 2 del art. 42 R.3301/2003 sólo

⁴⁴⁹ (STJUE 22 diciembre 2010, as. C-491/10 PPU, Aguirre [restitución de menor desde Alemania a España], FD 54-56).

cabe activar un procedimiento de rectificación o dudas en cuanto a su autenticidad que debe llevarse a cabo en el Estado de origen (art. 43)⁴⁵⁰.

D) CAUSAS DE DENEGACIÓN DE LA RESTITUCIÓN

A pesar de lo dicho hasta este momento, pueden haber causas para denegar la restitución, pero el legislador las ha restringido, puesto que expresamente sólo ha admitido las previstas en los artículos 12 y 13 del Convenio de La Haya de 1980⁴⁵¹, y aún ha ido más allá, al restringir alguna de ellas, todavía más, como veremos. Una decisión que evidencia un claro interés en favorecer la restitución.

Concretamente, las causas de denegación podrían ser que el menor lleve más de un año en el Estado miembro requerido y se haya integrado en el nuevo medio (art. 12) o bien, según el artículo 13, que:

- 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.

- 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.

En el supuesto de la letra b del artículo 13, el Reglamento establece que, a pesar de ello, no se podrá denegar la restitución, “si se demuestra que se han adoptado medidas adecuadas para garantizar la protección del menor tras su

⁴⁵⁰ (STJUE 1 julio 2010, as. C-211/10 PPU, Doris Povse [restitución de menor desde Austria a Italia], FD 73, STJUE 22 diciembre 2010, as. C-491/10 PPU, Aguirre, FD 49-50).

El Convenio de La Haya prevé otra causa de denegación en el artículo 20, pero no sería aplicable a estos supuestos, por cuanto no la recoge expresamente el Reglamento 2201/2003 y, además, sería de difícil aplicación en el ámbito de la UE, por no decir imposible, al referirse a casos en que “no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales” y esto no puede darse, por cuanto es un requisito *sine qua non* para que un Estado pueda incorporarse a la Unión.

restitución”⁴⁵², algo en lo que podrá ser especialmente útil la información que la autoridad central del Estado miembro de origen pueda aportar⁴⁵³.

Una vez dictada la resolución desestimatoria de la restitución, el procedimiento sigue, según el artículo 11.6 del Reglamento, siempre que la causa de denegación lo haya sido con arreglo al artículo 13 del Convenio de La Haya⁴⁵⁴. Aunque el Reglamento no lo diga, lógicamente habría que notificar la resolución denegatoria a los progenitores solicitante de la restitución y al requerido, como seguramente la normativa interna así lo establezca.

La circunstancia de que el retorno del menor a su país de origen comporte un «daño» o «situación intolerable» para el menor es el motivo más empleado para denegar la restitución del mismo. Esta causa de denegación ha generado numerosa jurisprudencia.

En ciertos supuestos, algunos tribunales estiman que concurre «daño físico o psíquico» o «situación intolerable» para el menor, pero otros tribunales lo niegan. Pueden citarse los siguientes: El solicitante reside habitualmente en una zona con fuerte actividad terrorista, zonas en guerra o en las que se padece hambre. Algunos tribunales niegan el retorno del menor en estos casos, por ejemplo, a determinadas ciudades de Israel (AAP Barcelona 28 octubre 2002, Family Court Australia 27 mayo 2002). Otros tribunales estiman que esta circunstancia no comporta «peligro grave», incluso después del 11-S (CA England 3 julio 2002, US CA for the Eighth Circuit 11 diciembre 2002, CA Aix en Provence Francia 8 octubre 2002, Vestre Landsret Dinamarca 11 enero 2002, US CA for the Eighth Circuit 5 agosto 2003). En ciertos casos se alega sin ningún fundamento este motivo, pues el país al que debe ser restituido el menor no suscita peligro alguno (AAP Barcelona 16 abril 2004 [retorno del menor a Chile]). E otros supuestos, el tribunal subraya que restituir un menor a un Estado parte del

⁴⁵² Podría ser, por ejemplo, una orden de protección.

⁴⁵³ Una reflexión interesante sobre las causas de denegación de la restitución, su carácter controvertido y oscilante, por ejemplo en la jurisprudencia española, las dificultades interpretativas, como en el caso del año para ver si se ha integrado el menor o no, así como las manipulaciones procesales, puede consultarse: ESPINOSA CALABUIG, R., “Sustracción de menores y eliminación del *exequatur* en el Reglamento 2201/2003”, cit., pp. 266-271.

⁴⁵⁴ Una disposición que no se entiende en el punto que excluye la causa prevista en el artículo 12 del mismo instrumento internacional, puesto que podría ser igualmente válida a los efectos de lo que continúa.

Convenio de La Haya de 25 octubre 1910 es garantía de que el menor es restituido a un entorno estatal no peligroso (SAP Tenerife 26 noviembre 2007 [retorno a Italia]).

El retorno que implica una «separación entre hermanos»: es un supuesto muy controvertido. Algunos tribunales indican que ello colocaría al menor en situación intolerable y por ello deniegan el retorno (CA Scotland 17 diciembre 1994, CA England 18 abril 2000, Oberster Gerichtshof Austria 5 febrero 1992, Cour Cassation Francia 22 junio 1999 (Jerusalem District Court, Israel, 18 noviembre 2004). Pero otros tribunales conceden el retorno a pesar de la separación de los hermanos (AP Manitoba Canadá, 13 enero 1995); (3) En los supuestos en los que un progenitor ha desaparecido y el otro progenitor traslada los hijos a otro país algunos tribunales deniegan el retorno porque estiman que el desaparecido puede ser un peligroso «fugitivo de la Justicia», pero otros tribunales conceden el retorno (US CA for the Sixth Circuit 19 abril 2001).

Cuando los hijos han sido trasladados pero antes de dictar la orden de retorno se dicta una decisión en el Estado de residencia habitual de los hijos, que concede la custodia, exclusivamente, al progenitor secuestrador, el art. 17 indica que el juez del país donde se hallan los menores debe decidir sin estar vinculado por la nueva sentencia. Algunos tribunales estiman que ello permite no ordenar el retorno (CA Canton Berne Suiza 24 julio 2001), pero otros lo ordenan.

Para finalizar este apartado, comentaremos el supuesto contemplado en el artículo 11.7 del Reglamento 2201/2003, que se refiere a que se puede haber interpuesto una demanda⁴⁵⁵ en el Estado de origen⁴⁵⁶ donde residía

⁴⁵⁵ El contenido de esta demanda podría ser cualquiera relacionado con la modificación de la situación matrimonial o de hecho de los progenitores, sobre sus personas, bienes e hijos, es decir, sobre materia matrimonial y de responsabilidad parental, incluyendo la solicitud de declaración de ilicitud del traslado o retención.

⁴⁵⁶ Una cuestión interesante que señala la Guía práctica para la aplicación del Reglamento Bruselas II bis (apartado 4.4.6.3) es cómo podría intervenir el progenitor supuestamente sustractor en el procedimiento paralelo que se está llevando a cabo en el Estado miembro de residencia habitual del menor antes de la sustracción y se haya iniciado, además, un proceso penal por esa conducta. Lógicamente, su traslado al Estado de origen podría significar su detención y la aplicación de medidas cautelares personales, que podrían llegar a ser severas –piénsese, por ejemplo, en lo que le ocurrió a la abogada española M^a José Carrascosa cuando acudió a EE.UU.-. Las soluciones que la Guía, sin embargo, sugiere no están concretadas y parece que pasan por una especie de “inmunidad” –no es el término utilizado-. Probablemente, lo más sencillo y eficaz fuera la participación a través

habitualmente el menor antes de la sustracción y a la vez haberse iniciado un procedimiento de comprobación del traslado por parte de los órganos jurisdiccionales del estado de destino, es decir, pueden estar llevándose adelante dos procedimientos simultáneos en dos Estados miembros distintos cuyos órganos jurisdiccionales estarán valorando el carácter lícito o no del traslado o retención⁴⁵⁷, planteándose así dos posibilidades:

Una sería que la decisión del Estado miembro requerido sea anterior a la del de origen, quedando expedita la vía del artículo 11.8. Pero también sería posible lo contrario y que el Estado de origen se adelantara pronunciándose sobre la ilicitud del traslado o retención y completara el certificado del artículo 42 incluso, en cuyo caso se plantea qué efectos tendrá dicha resolución.

La situación es compleja y debería haberse evitado legalmente, pero dado que puede ocurrir, desde luego lo que no se podrá es ejecutar automáticamente, puesto que la eliminación del *exequátur* está acotada a los términos del artículo 11.8, en relación con el 42. El problema posterior es que, mientras se está en trámites de reconocimiento y ejecución o, más aún, después de ejecutada, recayese una decisión denegatoria del Estado requerido⁴⁵⁸.

Igualmente si ha transcurrido más de un año desde la sustracción del menor, se dispondrá su restitución (art. 12.2), pero cabe oponerse a dicha restitución en base a todas las causas antes citadas más una añadida: que «quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio» (art. 12.2). En efecto: restituir a un menor cuando ha transcurrido un largo período

de unos representantes legales en el Estado miembro de origen y la utilización de la videoconferencia, cuando sea necesario.

⁴⁵⁷ En este sentido, el nuevo artículo 778. quáter LEC, introducido por la recién aprobada Ley de la jurisdicción voluntaria. Con todo, ESPINOSA CALABUIG considera esta situación confusa y cuestionable, que únicamente podrá resolverse en un marco adecuado de cooperación interestatal, donde la decisión sobre la restitución se dicte en defensa y salvaguarda del interés del menor (“Sustracción de menores y eliminación del *exequátur* en el Reglamento 2201/2003”, cit., pp. 288-289).

⁴⁵⁸ Según JIMENEZ FORTEA, F.J.: “En estos supuestos, pienso que la solución pasaría por dejar sin efecto esta segunda resolución, dado que el espíritu del Reglamento es, precisamente, favorecer la restitución y hacerlo al Estado donde el menor tenía su residencia habitual antes de la sustracción, pero sobre todo por el principio básico, ya expuesto, de primacía de la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de origen (art. 10 Rgto. 2201/2003). Obviamente, por último, en el supuesto de que la segunda resolución dictada por el Estado requerido fuera de restitución, la coincidencia con la del otro Estado miembro no provocaría conflicto alguno.”

de tiempo y se halla ya integrado en otro país, dañaría el «interés del menor». Sobre esta causa cabe observar lo siguiente:

1º) La «integración en el nuevo medio» debe ser probada por la parte que se opone a la restitución del menor.

2º) Debe tratarse de una integración no sólo física, sino emocional y psicológica del menor a su «nuevo medio».

La existencia de esta causa de denegación de la restitución ha sido muy criticada por varios motivos:

- Primero, porque desde que se inicia el procedimiento hasta que se acuerda la devolución del menor pueden transcurrir varios años, tres o cuatro. En todo caso, si la solicitud de retorno se presentó en el plazo del año, el juez del Estado requerido no podrá utilizar el art. 12.2 del Convenio y negar la restitución por «adaptación al nuevo país». En la práctica, los tribunales, cuando aprecian ese dato, indican que existe «peligro grave» o «situación intolerable» para el menor y deniegan su restitución refugiándose en el art. 13.b del Convenio.

- Segundo, porque la sola existencia de esta causa puede incitar a los «progenitores-secuestradores» a trasladar ilícitamente al menor a otro país y a retenerlos por largos períodos de tiempo, esperando así que se «adapten al nuevo medio», con lo que logran la «legalización» del secuestro. Por ello, cuando se aprecia que el menor ha transcurrido un largo período en el nuevo país, pero «escondido» por el progenitor, que espera sólo que pase el tiempo, dicho «período de tiempo escondido» no puede conducir a una «adaptación al nuevo medio».

Ahora bien, con extrema frecuencia, los sustractores tratan de retener al menor en el país al que lo han trasladado. Para ello alegan diversos argumentos que la jurisprudencia rechaza, ya que no comportan «daño físico o psíquico para el menor» ni exponen al mismo a ninguna «situación intolerable». Veamos algunos ejemplos: (1) El solicitante del retorno pertenece a una asociación que practica la medicina alternativa, el naturismo, el yoga y la astrología (Cour Cassation Francia 15 junio 1994); (2) Los menores «estarían mejor» en el país al

que han sido trasladados que en el país de su residencia habitual (Capital Court as Appellate Court Hungary 16 junio 1988); (3) En ciertas ocasiones el progenitor solicitante del retorno ha recurrido al castigo corporal sobre los menores (Supreme Court Kansas US 14 julio 2000); (4) El retorno del menor comporta «sufrimiento» para el progenitor secuestrador (Landsgericht für Zivilrechtssachen Wien Austria 22 octubre 1991); (5) El menor tiene que pasar la mayor parte del día en una guardería en el país de su residencia habitual (CA canton de Berne Suiza 27 enero 1998); (6) El progenitor que solicita el retorno ha intentado el suicidio (Supreme Court Kansas US 14 julio 2000); (7) El progenitor que solicita el retorno del menor tiene abundantes deudas (CA canton de Berne Suiza 27 enero 1998); (8) El padre solicitante del retorno vive de los subsidios sociales del Estado (CA England 15 julio 1994); (9) La madre secuestradora padece cáncer y sigue un tratamiento en el «Estado requerido» y si se restituye al menor al Estado de su residencia habitual, ello podría tener un impacto adverso sobre la salud de la madre (HC Auckland New Zealand 11 junio 2003, HC Auckland New Zealand 6 noviembre 2003 [sustracción desde Australia a Nueva Zelanda]); (10) El menor puede sufrir un trauma psicológico si es separado de su padre secuestrador (Sent. Corte Cass. Italia 18 marzo 2006, Sent. Corte Cass. Italia 31 octubre 2007).

VII. MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA LEY DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA EN MATERIA DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

El procedimiento por el que se enjuiciaban los asuntos de sustracción internacional de menores, era el regulado por los arts. 1902 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Esta regulación estaba poco adaptada a la realidad actual y su interpretación por los distintos órganos judiciales era poco uniforme, generando mucha inseguridad jurídica. La nueva regulación, tras la entrada en vigor de la ley de 15/2015 de 2 de julio de Jurisdicción voluntaria, lo encuadra como procedimiento autónomo dentro de los procesos especiales matrimoniales y de menores, en los nuevos arts. 778 bis, ter, y quáter de la LEC 1/2000.

El objeto de este procedimiento será, única y exclusivamente, determinar si la sustracción o retención de un menor es lícita o no lo es, con arreglo a la normativa europea o a otras normas internacionales, conocidas por todos y sobre las que no voy a tratar.

La primera novedad que nos encontramos se refiere a la competencia judicial, manteniéndola en los juzgados de primera instancia en cuya circunscripción se halle el menor objeto de retorno o retención, pero dando prioridad a los juzgados de familia en aquellas circunscripciones en las que existan. Esta atribución de competencias a los juzgados de familia es coherente con el hecho de encuadrar el procedimiento dentro de los procesos matrimoniales y de menores, abogando por la especialización tanto del procedimiento como de los juzgadores.

Respecto a la legitimación para iniciar el procedimiento, esta se atribuye no sólo al progenitor que ostenta el derecho de custodia, sino también al que ostenta un régimen de visitas o estancias, adaptándolo a la nueva realidad social del derecho de familia. Se mantiene, por supuesto, la legitimación de la Autoridad Central.

En cuanto a la postulación, al encuadrar el procedimiento para estos temas en el Libro IV, título I de la LEC, queda clara la obligatoriedad de abogado y procurador desde que comienza el procedimiento hasta que termina, no como sucedía en la antigua regulación en la que la primera fase del procedimiento (comparecencia prevista en el art. 1904) se podía celebrar sin abogado.

Entrando ya en el procedimiento propiamente dicho, si bien la estructura es parecida, el procedimiento introduce interesantes cambios. Es importante destacar que se aumenta la rapidez del procedimiento estableciéndose plazos absolutamente expeditivos. Sirva, a modo de ejemplo, el plazo de 24 horas de que dispone el letrado de la administración de justicia para resolver sobre la admisión de la demanda en la que se insta la restitución del menor o su retorno (art. 778 quinquies. 2 LEC).

Veamos como se estructuraba en la regulación anterior para poder compararla con la actual. En la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, teníamos dos fases:

Primera fase: Comparecencia del art. 1904, en la que se citaba al progenitor requerido para que compareciera en el Juzgado (no necesariamente con abogado), y manifestase si entregaba al menor voluntariamente o si se oponía a la entrega por alguna de las causas establecidas en los convenios internacionales o normativa europea.

Esta comparecencia no tenía una forma de celebración unitaria en todos los juzgados. Unas veces se celebraban sin toga, en la secretaria del juzgado y sin forma procesal específica y otras veces se celebraba con toga, en sala y siguiendo el esquema del juicio verbal. Era complicado saber a qué atenerse acarreado ello una cierta inseguridad jurídica.

Segunda fase: En esta comparecencia, lo normal suele ser que el progenitor requerido no entregue al menor, alegando alguna de las causas de oposición legalmente establecidas. Tras la oposición, se citaba a una vista que se tramitaba como un juicio verbal general, no como uno especial de familia.

Ahora se establece como novedad la obligatoriedad de formular la oposición al retorno o restitución por escrito. Lo que no se especifica es si, en ese escrito, es suficiente con enumerar las causas de oposición, o se deben explicar sucintamente con posibilidad de aportar pruebas. Si se entiende como mera enumeración, no hemos ganado mucho respecto del procedimiento anterior, puesto que al no conocer el demandante la prueba que obra en poder del demandado, estamos prácticamente igual que cuando se enumeraban verbalmente en la comparecencia del art. 1904 de la Ley de 1881. Tendremos que ver cómo se va desarrollando en la práctica.

También se introduce como novedad la no suspensión de la vista por incomparecencia del demandante, lo que es más acorde con el carácter preferente y urgente de este procedimiento. Con la legislación anterior, no había unanimidad en la tramitación procesal y unos juzgados admitían que la parte demandante no compareciera pero otros no lo permitían, suspendiendo y

señalando otra fecha hasta su comparecencia, o teniéndola como desistida si no aparecía en la nueva fecha

Otra de las novedades reseñables es que el propio Juzgador, de oficio, puede recabar informes periciales que estime convenientes y con preferencia sobre otros procedimientos. Con la anterior legislación, solo podían solicitarse a instancia de parte interesada. Se fortalece el derecho del menor a ser oído, salvo que por su edad no se considere apropiado, reforzando las medidas para garantizar este derecho.

Respecto de las medidas provisionales o cautelares, se regula expresamente la posibilidad de adoptarlas a lo largo del procedimiento con arreglo al art. 773 de la LEC o del art 158 del CC. Pueden ser solicitadas por las partes o incluso de oficio, por el juzgador, siempre en interés del menor.

Otra de las novedades más interesantes se refiere al efecto suspensivo del recurso de apelación contra la sentencia que acuerde el retorno. Hasta la fecha no tenía dicho efecto suspensivo, por lo que acordado el retorno de un menor, aunque la resolución fuera contraria a derecho, no podía pararse el mismo (al menos no legalmente), dando lugar a situaciones lamentables cuando se acordaba el retorno de un menor en primera instancia y meses después la Audiencia Provincial revocaba el auto que acordaba el retorno. En estos casos, el perjuicio para el menor, con tanto ir y venir, era claro. Por ese motivo, el efecto suspensivo nos parece una buena solución. En esta línea se enmarca también la no suspensión del procedimiento de retorno aunque haya un supuesto de prejudicialidad penal.

En la ejecución de la sentencia que acuerde la restitución o el retorno, se establece que la Autoridad Central preste la necesaria asistencia al Juzgado para garantizar que se realice sin peligro, adoptando las medidas administrativas necesarias. Este inciso es muy abierto por lo que estaremos a ver qué resulta de su práctica.

CONCLUSIONES

PRIMERA:

En un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia, tanto los particulares como las empresas deben disponer de la posibilidad de desarrollar y ejercitar plenamente sus derechos, de ahí la necesidad de una cooperación entre los diferentes estados que forman parte de la Unión Europea para que ello sea posible. El objetivo principal de la cooperación judicial en materia civil consistirá en establecer una serie de mecanismos para colaborar de forma más estrecha entre las diferentes autoridades de los Estados miembros de la UE con la finalidad de eliminar todo obstáculo derivado de la posible incompatibilidad entre los distintos sistemas judiciales.

El Tratado de Maastricht en 1993 incluyó en su Título IV la cooperación civil, más tarde el Tratado de Ámsterdam transfirió el ámbito de la cooperación judicial civil al Título IV del Tratado, en concreto a su artículo 65 –actual artículo 81 del TFUE-, comunitarizándola e incluyéndola en el espacio de libertad, seguridad y justicia. En 1999, en el consejo de Tampere, el principio de reconocimiento mutuo de decisiones judiciales se convirtió en la verdadera “piedra angular” de la cooperación tanto en materia civil como penal. Finalmente, con el Tratado de Lisboa de 2009 este principio se incluyó en el título V del tratado de Funcionamiento de la UE junto con los demás aspectos del espacio de libertad, seguridad y justicia.

Con la construcción de este espacio judicial europeo se busca reafirmar y consolidar la libre circulación de personas, y se pretende garantizar a todas ellas entre otras cosas un acceso fácil a los tribunales y, en definitiva, a una tutela judicial más efectiva en la defensa de sus intereses.

SEGUNDA:

Dentro de este espacio europeo de justicia, y en el ámbito del derecho de familia, el elemento pionero de la cooperación judicial internacional lo constituye el Reglamento 2201/2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, también conocido como Reglamento Bruselas II bis.

El Reglamento Bruselas II bis establece normas comunes de competencia relativas al divorcio, la separación y la nulidad matrimonial, así como a las disputas sobre responsabilidad parental en situaciones transfronterizas. Facilita la libre circulación de las resoluciones, los documentos públicos y los acuerdos en la Unión, al establecer disposiciones relativas a su reconocimiento y ejecución en otros Estados miembros.

En la UE hay alrededor de 122 millones de matrimonios de los cuales un 13% aproximadamente se consideran internacionales. Las crisis matrimoniales en estos casos suelen llevar aparejados problemas añadidos relativos al ejercicio de la responsabilidad parental cuando hay hijos comunes, además de otras muchas cuestiones que pueden surgir y cuya solución suele ser bastante más complicada al tratarse de uniones con un elemento transfronterizo (piénsese en las obligaciones de alimentos, el régimen económico matrimonial, etc.).

TERCERA:

Junto al fenómeno de los matrimonios transfronterizos debemos tener en cuenta la aparición de nuevos tipos de uniones que no son reconocidas por igual en todos los países y que, consecuentemente, no tienen en todos ellos los mismos efectos. Hablamos de los nuevos modelos de familia que se producen también en el ámbito supranacional. Piénsese en las uniones de hecho, los matrimonios homosexuales, transexuales, etc. Dichas uniones han sido reconocidas de manera paulatina por los diferentes Estados miembros, aunque no de igual forma ni con el mismo alcance, de ahí la problemática que surge a la hora de su reconocimiento en los diferentes Estados miembros así como de las consecuencias que se puedan derivar tras su ruptura.

El problema se agranda porque el Reglamento 2201/2003 no define lo que se debe entender por matrimonio dejando a la regulación interna de cada Estado miembro esta cuestión. La necesidad de una regulación uniforme por parte de la UE que establezca qué órgano será el competente y qué eficacia tendrá la resolución que se dicte en caso de disolución de un matrimonio o una unión de esta índole no necesita mayores comentarios.

En la Europa –todavía- de los 28, sólo una decena de países tienen reconocida la igualdad total de derechos, otros tantos aceptan las uniones de personas del mismo sexo con distintos grados de reconocimiento aunque sin igualdad total, y el resto no contempla la posibilidad de uniones o matrimonios entre personas del mismo sexo.

CUARTA:

El Reglamento va referido a dos grandes materias: la crisis matrimonial y la responsabilidad parental y ello porque, según se indica en sus considerandos, la aplicación de las disposiciones sobre responsabilidad parental se produce casi siempre en el marco de acciones judiciales en materia matrimonial por lo que resulta más apropiado tener un único instrumento en materia de divorcio y de responsabilidad parental.

En relación con las crisis matrimoniales el reglamento se refiere tanto al divorcio, como a la separación judicial como a la nulidad aunque solo se aplica a la disolución del vínculo y no a otros aspectos. Respecto de la responsabilidad parental esta es entendida como los derechos y las 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 los derechos de custodia y visita. Al no definir el reglamento que debemos entender por menor habrá de estarse a lo que determine la legislación de cada estado miembro, resultando también problemático lo relativo a los menores emancipados.

QUINTA:

El interés superior del menor es elemento esencial sobre el que se fundamenta el régimen del reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de responsabilidad parental en el Reglamento 2201/2003, debiendo interpretarse tanto la normativa de la Unión como la interna de cada país a la luz del mismo. Este interés prevalece sobre cualquier otro; se trata de una garantía para el niño pero también de una norma de interpretación y criterio de orientación

de futuras políticas que ha acarreado la creación de diferentes derechos, como el derecho del menor a ser oído en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte. En definitiva, estamos ante una garantía para el menor, una obligación para el legislador y, finalmente, una norma de interpretación y/o de resolución de los conflictos jurídicos.

Con todo, una de las dificultades estriba en la concreción de que debe entenderse por “interés superior del menor”. La jurisprudencia utiliza diversos criterios como los deseos y sentimientos del niño, sus necesidades, la capacidad de los progenitores para satisfacerlas, su edad, el ambiente en que se encuentra..., debiendo todos estos criterios ser valorados en un adecuado juicio de ponderación.

SEXTA:

La competencia judicial internacional, como regla general, para los asuntos relativos al divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial corresponderá a los órganos jurisdiccionales de residencia habitual o nacionalidad de los cónyuges. El Reglamento establece una pluralidad de foros alternativos –comparando, por ejemplo, con el modelo Bruselas I que contiene competencias categorizadas y jerarquizadas- que supone una clara revolución en cuanto tendencia al “favor divortii”.

Las sentencias relativas a la materia matrimonial dictadas por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados miembros sin necesidad de recurrir a procedimiento alguno. No obstante, el Reglamento recoge unas causas tasadas de denegación del reconocimiento (por ejemplo, la vulneración del orden público) que no son sino excepciones a la regla general del reconocimiento automático

SÉPTIMA:

Por lo que respecta a la responsabilidad parental, en atención al interés superior del menor, se opta por el criterio de la proximidad para fijar la competencia judicial internacional y así la residencia habitual del menor será el

criterio principal para determinación de la misma. No obstante, en determinadas circunstancias excepcionales y en interés del menor, el órgano competente podrá remitir el asunto a otro que esté mejor colocado para su conocimiento.

En términos generales, la resolución que se dicte será ejecutable en cualquier país de la Unión Europea previa solicitud de exequatur. Se trata de un procedimiento de declaración de ejecutividad basado en el principio de confianza mutua, simplificado, uniforme y recogido en el Reglamento que se tramita ante los órganos jurisdiccionales del Estado en que se pretende tal declaración de ejecutividad.

Ahora bien, junto con el procedimiento ordinario, el Reglamento recoge un régimen privilegiado, constituyéndose por primera vez un verdadero título ejecutivo europeo. En este sentido, y respecto del derecho de visitas, si la resolución ha sido certificada en el Estado de origen conforme a los formularios correspondientes (anexo III), se ha dado audiencia a todas las partes afectadas, si en caso de rebeldía la misma ha sido voluntaria y si se ha dado al menor la posibilidad de audiencia teniendo en cuenta su edad y grado de madurez, la resolución es ejecutable directamente en cualquier estado miembro –salvo, ya se sabe, Dinamarca-, es decir, sin necesidad de procedimiento alguno.

OCTAVA:

El Reglamento Bruselas II bis resulta asimismo representativo en el tratamiento de la cuestión específica de la sustracción internacional de menores, que ha experimentado una creciente proliferación en la última década. Este instrumento mejora la regulación introducida y contenida en el Convenio de la Haya de 1980, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, que regula el retorno inmediato del menor. Y ello porque no solo se ha producido un aumento cuantitativo del número de traslados y retenciones ilícitas de menores (solo en España, en las dos últimas décadas se multiplica por siete el número de supuestos), sino que el propio perfil ha evolucionado sustancialmente. De modo que si habitualmente era el progenitor en ejercicio de su derecho de vistas el que trasladaba ilícitamente al menor, actualmente, más de la mitad de supuestos son llevados a cabo por el progenitor custodio, en la mayor parte de las ocasiones la

madre, y en muchos casos con elementos de violencia de género en los que el traslado de menor supone una vía de alejamiento.

El Reglamento Bruselas II bis introduce en materia de competencia judicial internacional foros de competencia que no existían sino implícitamente en el citado Convenio de la Haya y por lo que afecta al desarrollo procedimental del retorno del menor, añade garantías procesales entre las que cabe destacar la audiencia del menor y el establecimiento de plazos expeditivos de seis semanas. Con todo, el cambio más significativo que incorpora es en relación al reconocimiento y la ejecución donde, por primera vez en la Unión Europea y al igual que en determinados casos respecto del derecho de visita, se establece la eliminación del *exequátur* para determinadas decisiones en materia de sustracción de menores (aquellas a las que precede una decisión de no retorno dictada en aplicación del Convenio de la Haya de 1980 y se haya garantizado la audiencia al menor). Para el resto de decisiones, el Reglamento contempla el reconocimiento automático y un procedimiento de declaración de ejecutividad o *exequátur* abreviado.

NOVENA:

Con fecha de 30 de junio de 2016 se ha publicado en el DOUE la Propuesta de Reglamento de refundición del Reglamento Bruselas II bis, que, de llevarse a cabo, lo derogaría y sustituiría. En este caso, el tratamiento de la sustracción internacional de menores experimenta una profunda reforma y adquiere una importancia sustancial. Esta reciente propuesta se basa en tres objetivos. En primer lugar, aspira a mejorar la cooperación judicial entre Estados miembros. En segundo término, pretende reforzar el interés superior del menor en la restitución. Y finalmente, quiere mejorar la eficiencia de la restitución del menor a través de la elaboración de unas normas mínimas comunes y un procedimiento de ejecución uniforme.

Con esta finalidad, la Propuesta prevé la vía de comunicación directa entre autoridades y la especificación de la información a transferir: quién debe informar, sobre quién, qué se debe informar y en qué condiciones. Asimismo, establece la concentración de la competencia y la especialización de los tribunales y otras

medidas de carácter procesal. Entre ellas, la reducción de los plazos, estableciendo un máximo de seis semanas para la tramitación de la solicitud y de 18 semanas para la emisión de la orden de restitución ejecutiva, pudiendo declararse provisionalmente ejecutiva una decisión con independencia de su legislación nacional.

Cabe destacar dos cuestiones de la propuesta. En primer término, el establecimiento de unas normas mínimas de audiencia al menor y con especificación de la edad mínima del menor para su comparecencia. Y, en segundo lugar, la supresión del exequátur para todas las resoluciones, documentos y acuerdos sobre responsabilidad parental.

Más recientemente, el Comité Económico y Social Europeo ha aprobado el 26 de enero de 2017 un Dictamen con una valoración muy favorable sobre esta Propuesta de Reglamento. Entre otras cosas propone que el nuevo Reglamento incluya las nuevas formas de matrimonio o uniones y divorcio, con un especial interés en evitar la discriminación por razón de orientación sexual.

En definitiva, la UE parece decidida a ofrecer una mejor solución a la sustracción internacional de menores, consciente de la necesidad de proteger a los menores en un contexto en el que se prevé que actualmente en la UE residen aproximadamente 16 millones de parejas mixtas según INCADAT.

DECIMA:

Otro contexto en el que se han experimentado importantes avances para la regulación de la sustracción internacional de menores en los últimos dos años ha sido el Derecho español. En efecto, la Ley de jurisdicción voluntaria 15/2015 de 2 de julio ha introducido el Capítulo IV bis de la Ley de enjuiciamiento civil 1/2000, bajo la rúbrica “Medidas relativas a la restitución o retorno de menores en supuestos de sustracción internacional”, en el artículo 778 *quáter*, *quinquies* y *sexties*. De nuevo, en este caso, se asiste a reformas profundas en esta materia. Primeramente se añaden medidas procesales tendentes a la rapidez del procedimiento y la especialización de la jurisdicción. Con este objeto se prevé el carácter urgente y preferente del procedimiento, con un plazo máximo de seis

semanas y otros plazos expeditivos como 24 horas para la admisión de la demanda por el secretario judicial o 5 días para oponerse al retorno del menor. También cabe destacar especialmente, la garantía de la audiencia del menor y el establecimiento de comunicaciones directas entre autoridades.

En definitiva, el establecimiento de estas medidas específicas en la LEC española para proteger al menor y dotar de mayor eficacia al retorno inmediato del mismo en aplicación de los instrumentos internacionales y regionales ofrece un complemento necesario en la operatividad del sistema.

UNDÉCIMA:

Este panorama legislativo convulso en materia de sustracción internacional de menores manifiesta la importancia del fenómeno y consolida la idea de que el único instrumento eficaz en este campo es el retorno inmediato del menor (frente al Derecho civil o el Derecho penal). Este mecanismo introducido por el Convenio de la Haya en 1980 actualmente cuenta con más de 90 Estados parte, y ha sido desarrollado y mejorado por el Reglamento Bruselas II bis y la LEC española.

No obstante, cabe señalar un par de elementos de trascendencia que parecen pasar más bien inadvertidos para el legislador. El primero de ellos es la relación entre el retorno inmediato del menor y la decisión sobre el fondo del asunto en relación con la responsabilidad parental, la custodia y el derecho de visitas. En un primer momento, el Convenio de la Haya optó por considerarlas cuestiones separadas y autónomas en aras a la consecución del retorno inmediato del menor al margen del asunto principal. Las dificultades para un tratamiento aislado de ambas cuestiones han sido evidentes en la práctica durante las últimas décadas. El propio TJUE ha señalado en su jurisprudencia (especialmente, en la Sentencia, de 1 de julio de 2010, en el asunto *Purrucker* y en la Sentencia de 9 de enero de 2015, en el asunto *Bradbrooke*) la relación existente entre el procedimiento de retorno y la decisión sobre el fondo, cuestiones claramente interconectadas en las que acepta dictar provisionalmente el retorno del menor como medida provisional en un procedimiento principal sobre el fondo.

Y, la segunda cuestión a señalar es la importancia de la mediación familiar en los supuestos de sustracción internacional de menores, tanto preventiva como paliativamente. Si bien es cierto que se puede recurrir a la mediación en cualquier fase del procedimiento (antes, durante y después), también lo es que la eficacia de la mediación familiar requeriría un tratamiento específico legislativo específico y pormenorizado para estos supuestos del que los textos actualmente vigentes y sus propuestas de reforma carecen.

BIBLIOGRAFÍA

MONOGRAFÍAS

AA.VV., BOELE-WOELKI, K. y FUCHS, A. (Eds.), *Legal Recognition of Same-Sex Relationships in Europe*, Intersentia, Oxford, 2012.

AA.VV., BOELE-WOELKI, K., FERRAND, F., GONZÁLEZ BEILFUSS, C., JÄNTERÄ-JAREBORG, M., LOWE, N., MARTINY, D., PINTERS, W., *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*, Intersentia, 2007.

AA.VV., BOELE-WOELKI, K. (Ed.), *Common Core and Better Law in European Family Law*, Intersentia, 2005.

AA.VV., BOELE WOELKI, K. (Ed.), *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, Intersentia, 2003.

AA.VV., BORRÁS, A.(Coord.), *La Cooperación en Materia Civil en la Unión Europea: textos y comentarios*, Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 2009.

AA.VV., CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.L. (Dir.), *Derecho de Familia Internacional*, Colección El derecho de la Globalización, 4ª Edición, Ed. Colex, Madrid, 2008.

AA.VV., CALVO CARAVACA, A. L. y CASTELLANOS RUIZ, E. (Dir.), *El Derecho de Familia ante el siglo XXI: Aspectos internacionales*, Editorial Colex, 2004.

AA.VV., CAMPUZANO DÍAZ, B., CANO BAZAGA, E., LÓPEZ RODRÍGUEZ, A. M., RODRÍGUEZ BENOT, A., RODRÍGUEZ, VÁZQUEZ, Mª A., *Hacia la supresión del exequatur en el espacio judicial europeo: el título ejecutivo Europeo*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2006.

AA.VV., DE LA OLIVA SANTOS, A. (Dir.) y GASCÓN INCHAUSTI, F.(Coord.), *Competencia Judicial Internacional, Reconocimiento y Ejecución de resoluciones extranjeras en la Unión Europea*, Derecho Procesal Civil Europeo, Volumen I, Ed. Aranzadi, 2011.

AA.VV., DE LA OLIVA SANTOS, A. (Dir.), CALDERÓN CUADRADO, M^a. P., GASCÓN INCHAUSTI, F., SENÉS MOTILLA, C., VEGAS TORRES, J. (Coords.), *European Civil Procedure*, European Comission-Aranzadi, 2011.

AA.VV., DE LA OLIVA SANTOS, A./CALDERÓN CUADRADO, M^a. P, (Dir.), CEDEÑO HERNÁN, M./ PARDO IRANZO, V. (Coords.), *La armonización del Derecho procesal tras el Tratado de Lisboa*, Ed. Aranzadi, Madrid, 2012.

AA.VV., GARETH MILLER (COORD.), *Frontiers of Family Law*, Ed. ASHGATE, 2003.

AA.VV., LLORIA GARCÍA, P.(Dir.), *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar*, Iustel, 2008.

AA.VV., MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P. (Eds), *Brussels IIbis Regulation*, Series "European Commentaries on Private International Law", Ed. SELP, 2012.

AA.VV., MEEUSEN, J., PERTEGÁS, M., STRAETMANS, G., SWENNEN, F. (Eds), *International Family Law for the European Union*, Intersentia, 2007.

AA.VV., PARDO IRANZO, V.(Dir.), *Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en la Unión Europea*, Tirant monografías 1038, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

AA.VV., SANZ CABALLERO, S. y ABRIL STOFFELS, R.(Coords.), *Retos de la Jurisdicción Internacional*, Civitas-Thomson Reuters, 2012.

ADAM MUÑOZ, M^a. D. y GARCÍA CANO, S., *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*. Ed. Colex, 2004.

ALESSIO ANCESCHI, *Il diritto comunitario ed internazionale della famiglia*, Giufre Editore, Milano, 2105.

ARANGÜENA FANEGO, C.: *La diligencia de exploración del menor en los procesos matrimoniales*, Lex Nova, Valladolid, 2009.

ARENAS GARCÍA, R., *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho Internacional Privado Español*, Universidad Santiago de Compostela, 2004.

ANDRÉS SANTOS, F.J. y GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (Ed.), *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*, Lex nova, Valladolid, 2009.

ANDRINI, A., *Un nuovo diritto di famiglia europeo*, Centro di Eccellenza in Diritto Europeo "Giovanni Pugliese", Roma, 2005.

ANTOKOLSKAIA, M.(Ed.), *Convergence and Divergence of Family Law in Europe*, Intersentia, Oxford, 2007.

ANTOKOLSKAIA, M., *Harmonisation of Family Law in Europe: A Historical Perspective*, Intersentia, Oxford, 2006.

AZNAR GÓMEZ, M. J. (coord.), *Estudios de derecho internacional y de derecho europeo en homenaje al profesor Manuel Pérez González*, vol. 1, Tirant lo Blanch, 2012.

BEAUMONT & MC ELEAVY, *The Hague convention on International Child Abduction*, Oxford Monographs in Private International Law, Oxford, 1999.

BERGAMINI, E., *La famiglia nell Diritto Dell'Unione Europea*, Giuffré Editore, Milán, 2012.

BOELE-WOELKI, K., *The Comission on European Family Law (CEFL) and its Principles of european law regarding Parental Responsibilities*, ERA-Forum: scripta iuris europaei, Vol. 8, 2007.

BONOMI, A., *La familia sous le prisme du droit de l'Union Européenne*, en L'Observateur de Bruxelles, nº 91 janvier, 2013.

CABELLO, C. J., *El divorcio internacional. Competencia Judicial Internacional directa*, Editorial Iustitia, Librería Jurídica Griley, 2010.

CALAZA LÓPEZ, S., *Los procesos de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional*. Edit. LA LEY. 2015.

CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. L., *Derecho Internacional Privado*. Vol. II. Décimo tercera edición. COMARES, Granada, 2012.

CARBONE, S. M. y QUEIROLO, I., *Diritto di Famiglia e Unione Europea*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2008.

DE HOYOS SANCHO, M., *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009.

DE LA ROSA CORTINA, J. M., *Sustracción parental de menores aspectos civiles, penales, procesos e internacionales*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2010.

DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M.^a D. y otros (Hernández Díaz-Ambrona, M^a Dolores; Tejedor Muñoz, Lourdes; y Pous de la Flor, M.^a Paz), *Derecho Civil de la Unión Europea (adaptado al Tratado de Lisboa)*, Ed. Colex, Majadahonda, 2010.

ENGELS, F., *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado: a la luz de las investigaciones de Lewis H. Morgan*. Fundación Federico Engels, Colección clásicos del Marxismo, Ed. Comares, 2006.

ESPINOSA CALABUIG, R., *Custodia y visita de menores en el espacio judicial Europeo*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2007.

EVERALL, M. (Coord.), *International Movement of Children, Family Law*, Bristol, 2004.

FENTON-GLYNN, C., *Children's Rights in Intercountry Adoption*, Intersentia, 2014.

FERNÁNDEZ ROZAS, J. y SÁNCHEZ ROZAS, S., *Derecho Internacional Privado*. Séptima Edición. Civitas, Thomson Reuters. 2013.

FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *Derecho Internacional Privado. Textos y materiales*. Segunda Edición. Civitas. Thomson Reuters. 2012.

FULCHIRÓN, H. y NOURISSAT, C., *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Éditions Dalloz, 2005.

GARAU SOBRINO, F.F., *Lecciones de Derecho Procesal Civil Internacional*, Universitat de les Illes Balears, Col.lecció materials didàctics, 2ª edición, 2008.

GARCÍA CANO, S., *Protección del menor y cooperación internacional entre autoridades*. Colex, 2003.

GARCÍA PRESAS, I., *La patria potestad*, Dykinson, Madrid, 2013.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho internacional privado*, 2ª Edición. Civitas. Madrid, 2014.

GOMÉZ BENGOCHEA, B., *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre 1980*. Colección Monografías de Derecho Civil. I. Persona y familia. Dykinson, 2002.

GÓMEZ CAMPELO, E., *Los regímenes matrimoniales en Europa y su armonización*, Madrid: Reus, 2008.

GONZÁLEZ BEILFUSS, C., *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión europea*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tirant lo Blanch, 2014.

HERRANZ BALLESTEROS, M., *El interés del menor en los Convenios de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional privado*. Lex Nova, 2004.

HODSON, D., *A practical guide to International Family Law*, Family Law, Bristol, 2008.

JIMENO BULNES, M., *Un proceso Europeo para el Siglo XXI*, Civitas-Thomson Reuters, 2011.

LIÉBANA ORTIZ, J.R. y PÉREZ ESCALONA, S., *Comentarios a la Ley de Jurisdicción Voluntaria*, Thomson Reuters Aranzadi, 2015.

LOWE, N., *The New Brussels II Regulation. A Supplement to International Movement of Children*, Family Law, Bristol, 2005.

MARÍN PEDREÑO, C., *Sustracción Internacional d Menores y proceso legal para la restitución el menor*. Editorial Ley 57. 2015.

Ni SHÚILLEABHÁIN, M., *Cross-border divorce law: Brussels II bis*, Oxford: Oxford University press, 2010.

NOGALES CEJUDO, J. G., *Cooperación judicial en materia de familia y relaciones parentales en la unión europea*. Consejo General del Poder Judicial. Centro de Documentación Judicial, DL, Madrid, 2006.

PÉREZ MARTÍN, A. J., *La ejecución de las resoluciones dictadas en procesos de familia*, Colección Tratado de Derecho de Familia, Tomo III, 3ª Edición, Lex nova, 2013.

PUIG BLANES, F. P., *La cooperación judicial civil en la Unión Europea: una visión práctica*, Ediciones Experiencia, Barcelona, 2006.

PRESNO LINERA, M. A., *El Derecho Europeo de Familia*, Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008.

QUEIROLO, I. y SCHIANO DI PEPE, L., *Lezioni di Diritto dell'Unione Europea e relazioni familiari*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2008.

RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, Dykinson 2007.

RODRÍGUEZ GONZÁLEZ DEL REAL, C., *Extranjería y cooperación judicial internacional*, CISS. Valencia, 2010.

SÁNCHEZ GIMÉNEZ, M^a. A., *El divorcio internacional en la Unión Europea (Jurisdicción y Ley aplicable)*, Ed. Aranzadi, 2013.

SCHERPE, J. M., (Ed.), *European family law in a European perspective*, Cheltenham, UK: Edwar Elgar Publishing, 2016.

SOTO MOYA, M., *Uniones transfronterizas entre personas del mismo sexo*. Tirant monografías 83. Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2103.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., *La sustracción interparental de menores*, Dykinson, Madrid, 2005.

CAPÍTULOS DE LIBRO y ARTÍCULOS DE REVISTA

AGUILAR MARTÍNEZ DE LUGO, M. y otros (Campuzano Díaz, Beatriz; Cano Bazaha, Elena, Grieder Machado, Hilda; Rodríguez Vázquez, M^a Ángeles), *Lecciones de Derecho Procesal Civil Internacional*, Ed. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2002.

ALONSO GRACÍA, R., *El “espacio de libertad, seguridad y justicia” y el sistema de pilares de la Unión Europea*, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2008.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Régimen de los apellidos, doble nacionalidad, internacionalidad intrínseca del problema y Derecho comunitario», *Diario La Ley*, nº 5876, 22 de octubre de 2003, consultado en WWW.LALEY.NET.

AMSTRONG, S., «L'articulation des règlements communautaires et des conventions de La Haye», *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, H. FULCHIRON, C. NOURISSAT (dirs.), París, Dalloz, 2005.

ANCEL, B. Y MUIR WATT, H.: “La désunion euroéenne: le Règlement dit “Bruxelles II”, *Rev. crit. Dr. Int. Priv.*, 2001, vol. 90.

ARANGÜENA FANEGO, C.: *La diligencia de exploración del menor en los procesos matrimoniales*, Lex Nova, Valladolid, 2009.

ARANGÜENA FANEGO, C.: La ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental”, en *Derecho Procesal Civil Europeo Volumen I: Competencia judicial Internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en la Unión Europea*, DE LA OLIVA SANTOS, A., GASCON INCHAUSTI, F. (Coord.), Aranzadi, 2011, Capítulo XVI.

ARIAS RODRÍGUEZ, J. M., «El Programa de La Haya: un nuevo programa en el área de libertad, seguridad y justicia», *Diario La Ley-Unión Europea*, nº 6641, 31 de enero de 2007.

ARIAS RODRÍGUEZ, J. M., «Consideraciones sucintas sobre la cooperación civil en el espacio judicial europeo», *Revista del Poder Judicial*, nº 66, segundo trimestre 2002.

ARIAS RODRÍGUEZ, J. M., «El Programa de Estocolmo», *Diario La Ley*, nº 7812, 2012.

AZCÁRRAGA MONZONÍS, C., “Sustracción internacional de menores: vías de actuación en el marco jurídico vigente”, *Rev. Boliv. de Derecho* nº 20, julio 2015, ISSN: 2070-8157.

BARATTA, R., «Verso la “comunitarizzazione” dei principi fondamentali del diritto di famiglia», *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 2005-3.

BASEDOW, J., «The communitarisation of the conflict of laws under the treaty of Amsterdam», *Common Market Law Review*, vol. 37, 2000.

BILOTTA, F., Omogenitorialità, adozione e affidamento familiare , en Dir. fam, 2010.

BOELE-WOELKI, K., «Unification and Harmonisation of Private International Law in Europe», *Liber amicorum K. Siehr*, TMC Asser Press, The Hague, 2000.

BORRÁS RODRÍGUEZ A., «La comunitarización del Derecho internacional privado: pasado, presente y futuro», en *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria Gasteiz, Universidad del País Vasco, nº 1, 2001*.

BORRÁS RODRÍGUEZ A., “Hacia la supresión del exequátur en Europa”, BORRÁS RODRIGUEZ, A., (Dir.), *Cooperación jurídica en materia civil. El Convenio de Bruselas*. Cuadernos de Derecho Judicial IV, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001.

BORRÁS RODRÍGUEZ, A., *La creación de un espacio de justicia en materia civil*, DOCE, nº C 12, de 15 de enero de 2001.

BORRÁS RODRÍGUEZ, A., «La cláusula de compatibilidad del art. 52.2 del Convenio de La Haya de 1996 y los instrumentos comunitarios», en ESPLUGUES MOTA, C. / PALAO MORENO, G., *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Tirant lo Blanch, 2012.

BORRÁS RODRÍGUEZ, A., «Les clauses de déconnexion et le droit international privé communautaire», en *Festschrift für Erick Jayme*, Band 1.

BORRÁS RODRÍGUEZ, A., «The necessary flexibility in the application of the new instruments on maintenance», *Convergence and divergence in Private*

International Law. Liber amicorum, K. Siehr, K. Boele-Woelki, T. Einhorn, D. Girsberger, S. Symeonides (eds.), Zúrich, Schulthess, 2010.

BORRÁS RODRÍGUEZ, A., «The limit on proceedings in maintenance claims: an example of the compatibility between the European instruments and the 2007 Hague Convention», *International family law*, 2012.

CALVO CARAVACA, A. L., «El Derecho internacional privado de la Comunidad Europea», *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, nº 21, 2003.

CALVO CARAVACA, A. L., «El Derecho internacional privado de la Comunidad Europea», *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, [S.I.], v. 1, n. 2, oct. 2003.

CALVO CARAVACA, A.L., «El Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 y la ley aplicable a la protección de los niños. Algunas cuestiones de método», en ESPLUGUES MOTA, C. / PALAO MORENO, G., *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Tirant lo Blanch, 2012.

CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Sustracción internacional de menores: una visión general”. Fuente web: Publicaciones de la Institución Fernando el Católico,

[HTTP://IFC.DPZ.ES/RECURSOS/PUBLICACIONES/31/41/10CALVOCARRASCOSA.PDF](http://ifc.dpz.es/recursos/publicaciones/31/41/10calvocarrascosa.pdf)
pág. 117.

CAMPUZANO DÍAZ, B., «El régimen comunitario de competencia judicial internacional», en AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M. y otros, *Lecciones de Derecho procesal civil internacional*, Servicio de Publicaciones, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2002.

CARO GÁNDARA, R., en “Nuevos desafíos comunitarios en materia matrimonial y de responsabilidad parental en las relaciones jurídicas transfronterizas: (competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de familia y sustracción internacional de menores a la luz del Reglamento 2201/2003)”, en *Estudios jurídicos*, Nº. 2004, 2004.

CARO GÁNDARA, R., *Ámbito de aplicación y reglas de competencia del Reglamento 2001/2003 en materia de responsabilidad parental*, en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Nº 5, 2005.

CARO GÁNDARA, R., “(Des)confianza comunitaria a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el Reglamento Bruselas II bis: algunas claves para el debate”, en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Nº. 10, 2010.

CARO GÁNDARA, R., “De la desconfianza recíproca al reconocimiento mutuo, una laboriosa transición: El Reglamento Bruselas II bis como banco de pruebas”, en *Diario La Ley*, Nº. 7641, 2011.

CARRILLO CARRILLO, B.L., “Doble secuestro internacional de menores y Convenio de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 de octubre de 1980”, en AA.VV., *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, dirigi. por A. L. Calvo Caravaca y E. Castellanos Ruiz, Madrid, Colex, 2004.

CIPPITANI, R., *Libre circulación de las personas*, en ÁLVAREZ LEDESMA, M.I., , CIPPITANI, R. (coord.), “*Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*”, ISEG, Roma-Perugia-México, 2013.

COLCELLI, V., *Situaciones legales subjetivas otorgadas por la Unión Europea*, en ÁLVAREZ LEDESMA, M.I., CIPPITANI, R., (coord. by), “*Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*”.

CORDERO ÁLVAREZ, C.I., en “Crisis matrimoniales y responsabilidad parental dentro y fuera de la Unión Europea: El Código de familia comunitario”, en *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, XXXIX, 2006.

CHECA MARTÍNEZ, M., “Matrimonios del mismo sexo y Derecho Internacional Privado”, *La reforma del matrimonio (leyes 13 y 15/2005)*, GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V. (coord.), Marcial Pons, Barcelona-Madrid, 2007.

CHICHARRO LÁZARO, A., «El Tratado de Lisboa y el Programa de Estocolmo: Los nuevos retos de la cooperación judicial en materia civil», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 20, 2010.

DE HOYOS SANCHO, M.: “El principio de reconocimiento mútuo como principio rector de la cooperación judicial europea”, en *La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea. Instrumentos procesales*. Barcelona 2007.

DE HOYOS SANCHO, M., “El Reconocimiento de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental” en *Derecho Procesal Civil Europeo Volumen I: Competencia judicial Internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en la Unión Europea*, DE LA OLIVA SANTOS, A., GASCON INCHAUSTI, F. (Coord.), Aranzadi, 2011, Capítulo XV.

DIAGO DIAGO, M.P, “La nueva regulación española de las crisis matrimoniales ante el impacto de la multiculturalidad”, en CALVO CARAVACA, A.L & CASTELLANOS RUIZ, E. *El Derecho de Familia ante el siglo XXI. Aspectos internacionales*, Madrid (2004).

ELVIRA BENAYAS, M. J., «El reparto de competencias entre la Unión Europea y los Estados en materia de Derecho internacional privado. Drama en tres actos», en *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor J. D. González Campos*, Vol. II, Madrid, Edifer, 2005.

ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., «La autorización comunitaria para la negociación y celebración de acuerdos de Derecho internacional privado entre Estados miembros y terceros países», *Diario La Ley* nº 15579, de 30 de septiembre de 2009

ESPINOSA CALABUIG, R., “La responsabilidad parental y el nuevo Reglamento Bruselas II bis; entre el interés del menor y la cooperación judicial interestatal”, en *Rivista di diritto Internazionale e processuale*, Anno XXXIX, Nº 3-4, 2003.

ESPINOSA CALABUIG, R., “Traslado o retención ilícitos de menores tras la reforma de 2015: rapidez, especialización y algunas ausencias”, en *Revista española de Derecho Internacional*, Vol. 68, Nº 2, 2016.

ESPINOSA CALABUIG, R., “El divorcio internacional en la Unión Europea: problemas de coherencia y coordinación normativa”, en *Revista Boliviana de Derecho*, Nº. 22, 2016.

ESPLUGUES MOTA, C., «Harmonization of Private international law in Europe and application of foreign law: the “Madrid Principles” of 2010», *Yearbook of Private International Law*, vol. 13, 2011.

FALLON, M., «Les conflits de lois et de juridiction dans un espace économique intégré. L’expérience de la Communauté européenne», *Recueil des Cours*, t. 253, 1995.

FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., «Derecho internacional privado y Derecho comunitario», *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 17, nº 3, 1990.

FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., *Sistema del Comercio internacional*, Editorial Civitas-Aranzadi, 2001.

FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., «El espacio de libertad, seguridad y justicia consolidado por la Constitución europea», *Diario La Ley*, nº 6097, de 30 de septiembre de 2004.

FONT I SEGURA, A., “El progresivo avance del Derecho comunitario en materia de familia: un viaje inconcluso de Bruselas II a Bruselas IIbis”, *REDI*, vol. LVI, 2004.

FORCADA-MIRANDA, F. J., “El nuevo proceso español de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional: La decidida apuesta por la celeridad y la novedosa Circular de la Fiscalía 6/2015 (Parte I y II)”, *Bitácora Millenium DIPr*, Revista nº 3, 2016.

GAMARRA CHOPO, Y. (Coord.), *Lecciones sobre Justicia Internacional*, CSIC, Instituto Fernando el Católico, IFC, 2009.

GARAU SOBRINO, F., «¿Qué Derecho internacional privado queremos para el siglo XXI?», *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre 2012), vol. 4, nº 2.

GAUDEMET-TALLON, H., «Quel Droit International Privé pour l'Union Européenne?», en BORCHERS, P. J. / ZEKOLL, J. (eds.), *International Conflicts of Laws for the Third Millennium, Essays in Honor of F. K. Juenger*, Nueva York, 2001.

GAUDEMET-TALLON, H., «De l'utilité d'une unification du droit international privé de la famille dans l'Union européenne?», en *Estudos em homenagem à Professora Doctora Isabel de Magalhães Collaço*, vol. I, Coimbra, 2002.

GARDEÑES SANTIAGO, M., *La aplicación de la regla de reconocimiento mutuo y su incidencia en el comercio de mercancías y servicios en el ámbito comunitario e internacional*, Eurolex, 1999.

GARDEÑES SANTIAGO, M., «La imperatividad internacional del principio comunitario de no discriminación por razón de la nacionalidad. (Reflexiones en torno a la Sentencia del TJCE *Boukhalfa*, de 30 de abril de 1996, desde la óptica del Derecho internacional privado)», *Revista de Instituciones Europeas*, 1996-3.

GARDEÑES SANTIAGO, M., «El desarrollo del Derecho internacional privado tras el Tratado de Ámsterdam: los artículos 61 c) y 65 TCE como base jurídica», *Revista de Derecho Comunitario*, nº 11, 2002.

GONZÁLEZ BEILFUSS, C., «Relaciones e interacciones entre Derecho comunitario, Derecho internacional privado y Derecho de familia europeo en la construcción de un espacio judicial común», *Anuario Español de Derecho internacional privado*, t. IV, 2004.

GONZÁLEZ BEILFUSS, C., «Regulación comunitaria de la sustracción internacional de menores» en Zarraluqui, Sánchez-Eznarriaga, I., *La sustracción interparental de menores*, Madrid, Dykinson, 2005.

GONZÁLEZ BEILFUSS, C., «La aplicación en España del Reglamento 2201/2003 en materia matrimonial y sobre la responsabilidad parental: señales de alarma», en *Revista Jurídica de Catalunya*, nº. 3, 2011.

GONZALO QUIROGA, M., «La reforma de Bruselas II: aspectos prácticos sobre su aplicación en el marco del reconocimiento y la ejecución», en AA.VV. *El*

Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales, dirig. por A. L. Calvo Caravaca y E. Castellanos Ruiz, Madrid, Colex, 2004.

GONZÁLEZ VICENTE, P., “El Reglamento (CE) 2201/2003: El alcance del reconocimiento mutuo de las decisiones sobre el derecho de visita y secuestro de menores”, *Estudios de Derecho Judicial* núm. 74, 2005.

HAMMJE, P., «Le nouveau Règlement UE n.º 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable du divorce et à la séparation de corps», *R. critique*, 2011.

HAUSSMANN, “Article 3. General jurisdiction” (Commentaire des dispositions du Règlement 2201/2003 Bruxelles II bis relatives au divorce) en CORNELOUP, S. (Dir.) *Droit Européen du divorce. European divorce law*, Université de Bourgogne, Travaux du Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, Vol 39, 2013.

HERRANZ BALLESTEROS, M, en “El Reglamento (CE) núm. 2201/2003. Alcance de la reforma en materia de sustracción internacional de menores en el espacio judicial europeo”, BIB 2004/1652, *Aranzadi, Civil-Mercantil*, 13/2004.

HERRANZ BALLESTEROS, M., “Los desplazamientos ilícitos internacionales de menores: El caso Walid Ch.: el recurso excepcional a los aspectos penales”; *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, N° 1, 2000.

IGLESIAS BUHIGUES, J. L., «Espacio de libertad, de seguridad y de justicia», *Cuadernos de Integración Europea*, marzo 2006, WWW.CUADERNOSIE.INFO.

IGLESIAS BUHIGUES, J. L., «La cooperación judicial internacional en materia civil», en ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. / REMACHA Y TEJADA, J. R. (eds.), *Cooperación jurídica internacional*, Escuela Diplomática, nº 5, Madrid, 2001.

IRUJO AMAZAGA, M., «Programa de Estocolmo y su impacto en el espacio judicial civil y mercantil», *Unión Europea Aranzadi*, nº 6, 2010.

JAYME, E., «Il diritto internazionale privato nel sistema comunitario e i suoi recenti sviluppi ormitivi nei rapporti con Stati terzi», en *Riv. Dir. Int. Privato e Procesuale*, 2006.

JAYME, E., «O direito internacional privado e a familia no umbral do século XXI - Conferência do Rio de Janeiro, 15 de março de 2002. PUC-Rio, en *O novo direito internacional. Estudos em homenagen a E. Jayme*, Renovar, 2005.

JAYME, E. / KOHLER, CH., «L'interaction des règles de conflit contenues dans le droit dérivé de la Communauté européenne et des Conventions de Bruxelles et de Rome», *Revue Critique de Droit International Privé*, 1995.

JIMÉNEZ FORTEA, F. J., “La sustracción internacional de los menores por sus propios padres y el Reglamento 2201/2003”, en *Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en la Unión Europea*, PARDO IRANZO, V., (DIR.), Ed. Tirant, Valencia, 2015.

JOVÉ PONS, A., «La creación de un espacio europeo de justicia en el marco de la cooperación judicial en materia civil», *Tribunales de Justicia*, agosto-septiembre 2002.

KOHLER, CH., «Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le traité d'Amsterdam», *Revue Critique de Droit International Privé*, enero-marzo, 1999.

KREUZER, K., «Lex communis europea de collisione legum: utopie ou nécessité?», en *España y la Codificación internacional del Derecho internacional privado*. Terceras Jornadas de Derecho internacional privado. San Lorenzo de El Escorial, 13 y 14 diciembre 1991, Madrid, 1993.

LARA AGUADO, A., «Libertades comunitarias, doble nacionalidad y régimen de los apellidos», *Diario La Ley*, nº 6107, 15 de octubre de 2004.

LARA AGUADO, A., «El caso Niebüll o el derecho al reconocimiento de las certificaciones registrales extranjeras», *Diario La Ley*, nº 6560, 29 de septiembre de 2006, consultado en WWW.LALEY.NET.

LEVINET, M., *La Revendication Transsexuelle et la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, en *Revue Trimestrielle Des Droits De L'homme*, 1999.

LÓPEZ TARRUELLA MARTÍNEZ, A., "El reconocimiento de decisiones judiciales de divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial en España", en *Revista de la Facultad de ciencias sociales y jurídicas de Elche*, nº 1, 2006.

LUDEÑA BENITEZ, O.D., "*El derecho de familia de la Unión europea: cuestiones de cooperación jurídica comunitaria entre los estados miembros*", en *Revista jurídica de Castilla y León, Derecho comunitario*, Nº. 3, 2014.

MANKO, R., *Europeanisation of civil procedure. Towards common minimum standards?*, EPRS/ *European Parliamentary Research Service*, 2015.

MARÍN PEDREÑO, C., *Sustracción internacional de menores y proceso legal para la restitución del menor*, La Ley 57, 2015.

MEDINA ORTEGA, M., «El Derecho Patrimonial europeo en la perspectiva del Programa de Estocolmo», *Anuario español de Derecho internacional privado*, nº 10, 2010.

MOLASCHI, B., *La procreazione medicalmente assistita: uno sguardo comparato tra Italia e Inghilterra*, en *Fam. Pers. Succ*, 2010, 7, 524.

MOURA RAMOS, R. M., «Un Diritto internazionale privato della Comunità europea: origine, sviluppo, alcuni principi fondamentali», en *Studi in onore di Francesco Capotorti*, Giuffrè editore, 1999.

NUYTS, A.: *Study on Residual Jurisdiction*, Universidad de Bruselas, 2007, disponible en:

[HTTP://EC.EUROPA.EU/JUSTICE_HOME/DOC_CENTRE/CIVIL/STUDIES/DOC_CIVIL_STUDIES_EN.HTM](http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/civil/studies/doc_civil_studies_en.htm).

OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., “Diez años de aplicación e interpretación del Reglamento Bruselas II bis sobre crisis matrimoniales y responsabilidad parental (análisis de los aspectos de competencia judicial internacional”, en *La Ley. Unión Europea*, nº. 21, 2014.

ORTIZ HERRERA, S., “Tratamiento de la responsabilidad parental en el Reglamento 2201/2003, un avance hacia la integración y armonización del derecho civil en Europa”, en *Revista de Derecho UNED*, nº 3, 2008.

ORTUÑO MUÑOZ, P., «Competencia judicial internacional y reconocimiento de decisiones en materia de protección de menores. Aplicación conjunta de distintos instrumentos internacionales. Reglamento (CE) 2201/2003», *Cooperación judicial en materia de familia y relaciones parentales en la UE*, Madrid, CGPJ, 2006.

PALAZZO, A., “La filiazione, en Trattato Cicu Messineo”, Milano, 2013, p. 533, en *Famiglia e paidocentrismo tra carta dei diritti fondamentali e ordinamenti civili*, en A. PALAZZO, A. PIERETTI (coord.), *Incontri assisani nell’attesa di Benedetto XVI*, Roma-Perugia, 2011.

PALOMO HERRERO, M.^a y JIMENO BULNES, M. (Coord.). *La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea: instrumentos procesales*, Bosch Editor, Barcelona, 2007.

PÉREZ VERA, E., «El Derecho Internacional Privado y la Unión Europea», en *La UE ante el siglo XXI: Los retos de Niza*, Actas XIX Jornadas AEPDIRI, BOE, Univ. Cantabria, Madrid, 2003.

PÉREZ VERA, E., «El Dipr. y la UE», en *La UE ante el siglo XXI: los retos de Niza*, Actas XIX Jornadas AEPDIRI, BOE, Madrid, 2003.

PIRRUNG, J. “Convención por sustracción de menores y otros asuntos de custodia transfronteriza”, en el comentario de J. Von Staudinger en el Código Civil Alemán con la introducción de la ley y los estatutos. Ley de introducción del Código Civil / DPI. Convenio de derecho de filiación; “El artículo 19 de la EGBGB”, 13^a Revisión, Berlín, 1994; y “Unification du droit en matière familiale: la Convention de l’Union européenne sur la reconnaissance des divorces et la question de nouveaux travaux d’UNIDROIT”, *RDUnif.*, 1998, núm. 2/3.

POCAR, F., «La comunitarizzazione del Diritto internazionale privato: una *European conflicts of laws revolution*», *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2000.

PUIG BLANES, F.P. en “Competencia judicial y foros de competencia en 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”, *Cooperación judicial en materia de familia y relaciones parentales en la UE*, Madrid: CGPJ, 2006.

QUIÑONES ESCÁMEZ, A., «Compatibilidad de la norma de conflicto relativa a los efectos del divorcio con el Derecho comunitario», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 10, 2001.

REIG FABADO, I. en “El Retorno del inmediato del menor en la sustracción internacional de menores”, en *Rev. Boliv. de Derecho* nº 20, julio 2015, ISSN: 2070-8157.

RICHEZ-PONS, A., «Habitual residence considered as a European Harmonization factor in family law (regarding the Brussels II bis Regulation)», en BOELE-WOELKI, K., (ed.), *Common Core and Better Law in European Family law*, Intersentia, Antwerp, 2005.

RODRÍGUEZ MATEOS, P., «Técnica normativa, derecho extranjero y pluralidad de fuentes», en *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor J. D. González Campos, Tomo II, Derecho internacional privado, Derecho constitucional, Varia*, UAM-Eurolex, 2005.

RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, I., “Secuestro intracomunitario de menores: ilicitud del desplazamiento y Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea” (Comentario a la STUE de 5 de octubre de 2010) *Diario La Ley*, Nº 7538, Sección Tribuna, 30 Dic. 2010, Año XXXI, Editorial LA LEY.

SABIDO RODRÍGUEZ, M., “Algunas cuestiones sobre el régimen legal de la sustracción internacional de menores a partir de su práctica judicial”, en AA.VV., *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, dirg. por A. L. Calvo Caravaca y E. Castellanos Ruiz, Madrid, Colex, 2004.

SÁENZ DE SANTA MARÍA, P. A., «Hacia una Constitución Europea», *Diario La Ley*, nº 6116, de 28 de octubre de 2004.

SANZ CABALLERO, S., «Crónica de una adhesión anunciada; algunas notas sobre la negociación de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 38, 2011.

SANTORO-PASSARELLI, F., Poteri e responsabilità patrimoniali dei coniugi per i bisogni della famiglia, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982.

SÁNCHEZ LORENZO, S., «La política legislativa de la Unión Europea en materia de Derecho internacional privado: de la técnica del carro ante los bueyes a la estrategia del avestruz», en ESPLUGUES MOTA, C. / PALAO MORENO, G., *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Tirant lo Blanch, 2012.

SEIJAS QUINTANA, J.A., «Reglamento (CE) núm. 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución en materia matrimonial y responsabilidad parental sobre los hijos comunes», en *Cooperación jurídica internacional en materia civil: el Convenio de Bruselas*, Cuadernos de Derecho judicial, 2001-IV.

SIEHR, K., «European Private International Law and Non-European Countries», *Essays F. K. Juenger*, Nueva York, 2001.

THORPE, M., «Financial consequences of divorce: England versus the rest of Europe», en BOELE-WOELKI, K., MILES, J., y SCHERPE, J. M., (eds.), *The Future of Family Property in Europe*, Intersentia, Amberes, 2011.

VIRGÓS SORIANO, M. / GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., «Estado de origen vs. estado de destino», *InDret* 2004/4.

VIRGÓS SORIANO, M., «El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales», en *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, t. III, Civitas, 1986.

VIARENGO, I., «La disciplina comunitaria delle obbligazioni alimentari e il rapport con la nuova normativa convenzionale», *Diritto di familia e Unione Europea*, S.M. Carbone e I. Queirolo (a cura di), Turín, G. Giappichelli editore, 2008.

VIDAL FERNÁNDEZ, B., “Ámbito de aplicación del Reglamento 2201/2003”, en *Derecho Procesal Civil Europeo Volumen I: Competencia judicial Internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en la Unión Europea*, DE LA OLIVA SANTOS, A., GASCON INCHAUSTI, F. (Coord.), Aranzadi, 2011.

VIDAL FERNÁNDEZ, B.: “Cooperación judicial en materia de familia y relaciones parentales en la Unión Europea”, *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género*, Valladolid, 2009.

WILDERSPIN, M. / LEWIS, X., «Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflits de lois des États membres», *Revue Critique de Droit International Privé* 91 (1), janvier-mars 2002, págs. 1-37 y 91 (2) avril-juin 2002.

ZAPATER DUQUE, E., «El impacto de la dimensión exterior en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia: análisis del Programa de Estocolmo a través de su Plan de Acción», en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (coord.), *La dimensión exterior del espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea*, Iustel, 2012.