

VNIVERSITAT E VALÈNCIA

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Internacional “Adolfo Miaja de la Muela”

Área de Derecho Internacional Privado

Programa de Doctorado en Derecho, Ciencia Política y Criminología



TESIS DOCTORAL

**Responsabilidad parental e interés superior del menor en la UE:
del Reglamento Bruselas II bis al ter**

Presentada por:

Dña. María González Marimón

Dirigida por:

Dr. D. Carlos A. Esplugues Mota

Catedrático de Derecho Internacional Privado

Valencia, 2021

« Toutes les grandes personnes ont d'abord été des enfants.

Mais peu d'entre elles s'en souviennent »

Le Petit Prince

-Antoine de Saint-Exupéry-

AGRADECIMIENTOS

*A mi Director, el Prof. Dr. Carlos Esplugues Mota,
por su constante y tenaz apoyo.*

*A mis padres y a mi hermano,
por estar siempre y confiar en mí.*

*A Salva,
por su impulso e ilusión.*

ÍNDICE

ABREVIATURAS Y SIGLAS	i
INTRODUCCIÓN GENERAL	1
GENERAL INTRODUCTION	7
CAPÍTULO INTRODUCTORIO. EL MENOR EN EL DIPR DE LA UE: LAS PREMISAS CONCEPTUALES DE LOS REGLAMENTOS BRUSELAS II BIS Y TER	13
I. EL SISTEMA DE FUENTES EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PARENTAL EN LA UE: COMPLEJIDAD, FRAGMENTACIÓN Y COMPLEMENTARIEDAD	16
1. Delimitación previa: el concepto de menor	16
2. El fraccionamiento del régimen jurídico de protección del menor en el ámbito internacional	19
3. La responsabilidad parental y los Reglamento Bruselas II bis y ter como marco general de protección del menor en el marco del DIPr de la UE, y su interrelación con otros instrumentos en la materia	20
3.1El marco normativo existente en la UE en relación con la responsabilidad parental. Del Reglamento Bruselas II bis al Reglamento Bruselas II ter: la foto fija del proceso de reforma	21
3.2La interrelación del Reglamento Bruselas II – bis y ter- con los otros instrumentos de DIPr de la UE que afectan al menor	27
3.3La interacción del Reglamento Bruselas II bis y ter con el plano convencional: los Convenios de La Haya de 1996 y 1980.....	30
3.4El carácter residual de las normas de DIPr de origen interno en materia de responsabilidad parental.....	33
II. HACIA LA CONFORMACIÓN Y POSTERIOR INTERPRETACIÓN DE LA DIFUSA NOCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN EL DIPR	34
1. El reconocimiento universal de los derechos del menor y del principio del interés superior del menor: codificación genérica v. especial.....	36
1.1El desarrollo de los derechos del menor, y del principio del interés superior del menor, como valor universal.....	36
1.1.1El proceso de especificación de los derechos humanos del menor: la Convención de Derechos del Niño de 1989.....	37
1.1.2La labor codificadora de la Conferencia de La Haya de DIPr en materia de derechos del menor... ..	43
1.2El reconocimiento de los derechos del menor, y del principio del interés superior del menor, en el ámbito regional europeo	44
1.2.1El desarrollo de los derechos del menor en el Consejo de Europa.....	45
1.2.2La paulatina asunción de los derechos del menor en la UE.....	47
1.3La plasmación de los derechos del menor y el interés superior del menor en la legislación española.....	51

2.	La imprescindible aproximación al significado y función de la noción del interés superior del menor	56
2.1	El punto de partida: el interés superior del menor como noción jurídica indeterminada dotada de visiones y significados polimorfos y maleables	57
2.2	La disyuntiva entre la consideración del interés superior del menor en abstracto y en concreto.....	63
2.3	La versión predominante: el interés superior del menor como derecho, principio y norma de procedimiento.....	64
3.	La plasmación del principio del interés superior del menor en las normas del DIPr de menores.....	67
3.1	El interés superior del menor como valor material del DIPr.....	68
3.2	La manifestación del interés superior del menor en los sectores de DIPr.....	71
3.2.1	El interés superior del menor en el sector de la competencia judicial internacional ...	72
3.2.2	El interés superior del menor en el sector de la ley aplicable	75
3.2.3	El interés superior del menor en el sector de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras	77
3.2.4	El interés superior del menor en la cooperación entre autoridades	79

III. LA CREACIÓN DE UNA NOCIÓN AUTÓNOMA EN EL PAISAJE JURÍDICO DE LA UE: LA RESPONSABILIDAD PARENTAL Y SU SIGNIFICADO 79

1.	Los antecedentes: la responsabilidad parental como concepto europeo.....	80
2.	Hacia la aceptación de una mayor centralidad del menor.....	83
3.	La noción de la responsabilidad parental y su regulación en el marco jurídico de la UE ...	87
3.1	Antecedentes: la regulación en el Reglamento Bruselas II	87
3.2	La responsabilidad parental en los Reglamentos Bruselas II bis y ter	88
3.3	La delimitación del contenido de la noción de responsabilidad parental en el Reglamento Bruselas II bis.....	94
3.3.1	La responsabilidad parental del menor como noción autónoma del Derecho de la UE: la interpretación del TJUE	95
3.3.2	La concreción de los derechos contenidos en la noción de responsabilidad parental	100
3.3.2.1	La atribución, ejercicio, delegación, restricción y finalización de la responsabilidad parental	101
3.3.2.2	Los derechos de custodia y visita.....	102
3.3.2.3	Otros derechos incluidos en la noción de la responsabilidad parental.....	105
3.3.3	Las materias excluidas del contenido de la responsabilidad parental: especial referencia a la obligación de alimentos.....	107
3.3.4	La delimitación de los titulares de la responsabilidad parental	108
3.3.4.1	La atribución de la responsabilidad parental a los progenitores	109
3.3.4.2	La atribución de la responsabilidad parental a terceras personas	111
3.3.5	La delimitación de la figura del menor en los Reglamentos Bruselas II bis y ter	112
4.	La incorporación de la noción de responsabilidad parental en la legislación española.....	114
4.1	La limitada introducción de la noción de la responsabilidad parental del menor en la legislación española.....	115
4.2	Las divergencias terminológicas entre los “derechos de guarda y custodia” y los “derechos de custodia” de los instrumentos de DIPr	119

CAPÍTULO PRIMERO. LA RESOLUCIÓN DE LAS CONTROVERSIAS TRANSFRONTERIZAS EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PARENTAL EN LA UE: LOS MASC Y LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA COMO OPCIONES CADA VEZ MÁS REALISTAS, COMPLEMENTARIAS Y EFECTIVAS..... 123

I. EL FOMENTO DE LA MEDIACIÓN COMO VÍA PARA RESOLVER LAS DISPUTAS EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PARENTAL 123

II. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PARENTAL: INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR GENÉRICO v. INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN CONCRETO..... 129

1. Competencia judicial internacional en materia de “responsabilidad parental”: su significado plural.....	129
2. El anclaje de las normas de competencia judicial internacional de los Reglamentos Bruselas II bis y ter en el principio del interés superior del menor.....	131
3. La triple ecuación interés superior del menor, proximidad y residencia habitual: el foro general en materia de responsabilidad parental.....	137
3.1La función plural de la residencia habitual del menor en los Reglamentos Bruselas II bis y ter.....	137
3.1.1La “idea fuerza” de los Reglamentos Bruselas II bis y ter: la residencia habitual y su vinculación al criterio de proximidad como premisa en relación con la responsabilidad parental.....	138
3.1.2El principio en funcionamiento: la relevancia de la residencia habitual del menor en la sustracción internacional de menores.....	144
3.2El debate sobre la introducción de una definición de residencia habitual en el Reglamento Bruselas II ter: el mantenimiento de la residencia habitual como noción fáctica.....	146
3.3El concepto de la residencia habitual del menor en la jurisprudencia del TJUE.....	152
3.3.1La residencia habitual del menor como concepto autónomo del Derecho de la Unión.....	153
3.3.2Conformando la noción autónoma de residencia habitual: la residencia habitual del menor como una cuestión de hecho.....	156
3.3.3Criterios interpretativos para la determinación de la residencia habitual introducidos por el TJUE.....	158
3.3.3.1 El criterio básico: la necesaria integración social y familiar del menor.....	159
3.3.3.2 La matización del criterio básico: factores específicos susceptibles de influir en la determinación de la residencia habitual del menor.....	160
A. La edad del menor.....	161
B. La voluntad o intención del progenitor de establecerse con el menor en otro Estado.....	164
C. La circunstancia geográfica objetiva de la presencia física del menor en un Estado miembro.....	168
3.4La interrelación del concepto de residencia habitual del Reglamento Bruselas II bis con otras fuentes: la residencia habitual en los Convenios de La Haya de 1996 y de 1980.....	183
3.5La irremediable complejidad de la noción de la residencia habitual del menor.....	185
4. Las excepciones a la regla general: la relativización del criterio de la residencia habitual del menor.....	190

4.1 Las matizaciones al foro general en materia de responsabilidad parental en caso de alteración de la residencia habitual del menor: cambio legal vs. traslado ilícito	191
4.1.1 Primera situación: el cambio legal de la residencia habitual del menor	194
4.1.1.1 El foro general en materia de responsabilidad parental en caso de cambio legal de la residencia habitual del menor	194
4.1.1.2 El foro en materia de derechos de visita en caso de un cambio legal de la residencia habitual del menor	203
4.1.2 Segunda situación: la protección del foro general de la residencia habitual del menor en supuestos de sustracción internacional de menores	207
4.1.2.1 La salvaguarda del foro general de la residencia habitual del menor en los supuestos de sustracción internacional de menores: el interés superior del menor en abstracto	211
4.1.2.2 Excepciones que permiten modificar la residencia habitual del menor aún partiendo de un supuesto de sustracción internacional de menores: en búsqueda del interés superior del menor en el caso concreto	212
4.1.2.3 La problemática en torno a la competencia para decidir sobre el retorno o no del menor en un supuesto de sustracción internacional de menores	218
A. Análisis de la competencia de los órganos jurisdiccionales de residencia habitual del menor anterior al traslado o retención ilícita	219
B. Análisis de la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que se encuentra ilícitamente el menor	222
4.2 Foros especiales en materia de responsabilidad parental: en búsqueda del interés superior del menor en el caso concreto	226
4.2.1 La autonomía de la voluntad en materia de responsabilidad parental: el interés superior del menor como límite	227
4.2.1.1 La prórroga de la competencia en el Reglamento Bruselas II bis: una tímida introducción de la autonomía de la voluntad en materia de responsabilidad parental ..	233
A. La prórroga de la competencia en el ámbito de las causas matrimoniales vinculadas a responsabilidad parental	234
B. La prórroga de la competencia por vinculación estrecha del menor con un Estado miembro	236
C. La prórroga de la competencia cuando el menor tiene la residencia habitual en un Estado tercero no parte del convenio de La Haya de 1996	238
D. Los problemas de aplicación práctica planteados por la prórroga de la competencia: los requisitos procesales	240
4.2.1.2 La consolidación de la autonomía de la voluntad en materia de responsabilidad parental en el Reglamento Bruselas II ter: de la “prórroga” de la competencia a la “elección” de foro	247
A. La aceptación limitada de la autonomía de la voluntad: su subordinación a la concurrencia de tres requisitos	249
B. El afianzamiento de la aceptación limitada de la autonomía de la voluntad en materia de responsabilidad parental en el Reglamento Bruselas II ter	257
4.2.2 La transferencia de la competencia a un órgano jurisdiccional mejor situado para conocer del asunto como máximo exponente del interés superior del menor en el caso concreto: la flexibilización de la respuesta	260

4.2.2.1	El sustento de las soluciones recogidas en los Reglamentos Bruselas II bis y ter en la figura del <i>forum non conveniens</i> : flexibilidad, salvaguarda del interés del menor y de la confianza mutua	262
4.2.2.2	La evolución del foro desde el Reglamento Bruselas II bis al Reglamento Bruselas II ter y la práctica jurisprudencial del TJUE.....	265
A.	Primera opción: la transferencia de la competencia a un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro mejor situado para conocer del asunto	267
B.	La solicitud de transferencia de la competencia como novedad del Reglamento Bruselas II ter	287
C.	La limitación del órgano mejor situado a un órgano jurisdiccional no competente en virtud del Reglamento y la asimétrica incorporación de la jurisprudencia del TJUE en el Reglamento Bruselas II ter: ¿una mejor protección del interés del menor?.....	290
4.2.3	Los foros de cierre del sistema de competencia en materia de responsabilidad parental: la protección del menor ante supuestos límite	291
4.2.3.1	La competencia basada en la presencia del menor.....	292
4.2.3.2	El foro residual en materia de responsabilidad parental	295
4.2.4	Las nuevas competencias introducidas por el Reglamento Bruselas II ter: foros de naturaleza procesal.....	298
5.	Los procedimientos paralelos en el Reglamento Bruselas II ter	300

CAPÍTULO SEGUNDO. LA EFICACIA EXTRATERRITORIAL DE LAS RESOLUCIONES EXTRANJERAS EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PARENTAL: A LA BÚSQUEDA DEL EQUILIBRIO ENTRE EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y LA LIBRE CIRCULACIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES..... 307

I. EL RÉGIMEN DE RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN EN EL REGLAMENTO BRUSELAS II BIS Y SUS PROBLEMAS DE FUNCIONAMIENTO PRÁCTICO: LAS TENSIONES ENTRE EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y EL ACTUAL RÉGIMEN VIGENTE A PARTIR DEL PARADIGMA DE LA LIBRE CIRCULACIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES EN LA UE ..310

1.	El doble régimen de eficacia extraterritorial de resoluciones extranjeras en materia de responsabilidad parental diseñado en el Reglamento Bruselas II bis	314
1.1	El régimen general previsto en el Reglamento Bruselas II bis para las resoluciones en materia de responsabilidad parental	316
1.1.1	La premisa: el reconocimiento automático de las resoluciones en materia de responsabilidad parental.....	316
1.1.2	La necesidad de solicitar la declaración de ejecutividad en el Estado miembro requerido: la pervivencia del exequátur como regla general	320
1.2	El régimen privilegiado: la eliminación del exequátur “en términos absolutos” en relación con diversas resoluciones en materia de responsabilidad parental	322
1.2.1	El supuesto de las resoluciones en materia de régimen de visitas del menor	322
1.2.2	Las diferentes justificaciones del régimen privilegiado recogido en el Reglamento Bruselas II bis	326
1.2.3	El funcionamiento del régimen privilegiado de eliminación del exequátur en términos absolutos	327
1.3	La compleja práctica del modelo de doble régimen de eficacia extraterritorial en materia de responsabilidad parental diseñado en el Reglamento Bruselas II bis.....	333

1.3.1	La opción del TJUE en favor de la ortodoxia del modelo, y del consiguiente apoyo a la prevalencia del Estado miembro de origen.....	334	
1.3.1.1	La inmutabilidad de la prevalencia de la resolución de retorno del artículo 11.8 del Reglamento ante un cambio de circunstancias que impacta en el interés superior del menor.....	337	
1.3.1.2	Un paso más en la salvaguarda del sistema frente a la búsqueda de soluciones dúctiles: la prevalencia de la resolución de retorno del artículo 11.8 del Reglamento frente a una presunta vulneración del derecho fundamental del menor a ser oído.....	341	
1.3.1.3	Una práctica compleja que ve agudizada su dificultad por la interacción de la jurisprudencia del TEDH en materia de sustracción de menores.....	347	
1.3.2	El “diálogo” jurisprudencial entre el TJUE y el TEDH: ¿de verdad hacia un punto de encuentro?.....	349	
1.3.2.1	El test de adecuación de las resoluciones de retorno del artículo 11.8 del Reglamento Bruselas II bis con el artículo 8 del CEDH: la reivindicación del TEDH de una consideración del interés superior del menor en el caso concreto en supuestos de sustracción internacional de menores.....	353	
1.3.2.2	La potencial vulneración del artículo 8 del CEDH por un Estado miembro de origen que emite una resolución de retorno del artículo 11.8 del Reglamento Bruselas II bis en contra del interés superior del menor.....	359	
1.3.2.3	La no violación del CEDH por parte de un Estado miembro requerido que ejecuta una resolución del artículo 11.8 del Reglamento Bruselas II bis.....	362	
1.3.2.4	La convergencia en los criterios jurisprudenciales de TJUE y TEDH.....	365	
2.	La experiencia del Reglamento Bruselas II bis como base para la elaboración del Reglamento Bruselas II ter.....	369	
2.1	La ejecución segura y rápida de las decisiones en materia de responsabilidad parental como elemento clave en el funcionamiento del Reglamento Bruselas II bis.....	369	
2.2	El subyacente, y multiforme, debate sobre la eliminación del exequátur en el marco del Reglamento Bruselas II bis.....	376	
2.2.1	Las plurales críticas a la desaparición absoluta del exequátur.....	377	
2.2.2	La inexistencia de un mínimo común normativo –tanto sustantivo como procesal- como freno a la viabilidad práctica del sistema de desaparición absoluta del exequátur.....	381	
2.3	El camino a seguir y los pasos a dar.....	388	
II. EL MODELO DE RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES EXTRANJERAS RECOGIDO EN EL REGLAMENTO BRUSELAS II TER: HACIA UN EQUILIBRIO ENTRE EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y LA LIBRE CIRCULACIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES.....			394
1.	El reconocimiento de las resoluciones en materia de responsabilidad parental.....	396	
1.1	Régimen general del reconocimiento de las resoluciones en materia de responsabilidad parental.....	396	
1.2	El reconocimiento de “resoluciones privilegiadas”.....	399	
2.	La ejecución de las resoluciones en materia de responsabilidad parental.....	400	
2.1	Hacia la libre circulación de las resoluciones judiciales en materia de responsabilidad parental del menor.....	401	
2.2	La eliminación del exequátur -con salvaguardias procesales- para todas las resoluciones en materia de responsabilidad parental.....	402	

2.3El mantenimiento de un régimen privilegiado para las resoluciones en materia de derechos de visita y sustracción de menores	404
2.3.1Las claves del modelo.....	406
2.3.2La modificación, revocación del certificado, y su impacto en la posible suspensión del procedimiento	410
2.3.3Denegación -del reconocimiento y- de la ejecución de las resoluciones privilegiadas.....	412
2.4La limitada armonización en el procedimiento de ejecución del nuevo Reglamento Bruselas II ter.....	413
2.5El régimen general de suspensión y denegación de la ejecución de las resoluciones en materia de responsabilidad parental	415
2.5.1Las causas de suspensión y denegación de la ejecución.....	416
2.5.2El impacto del cambio de circunstancias del menor en la ejecución de la resolución en materia de responsabilidad parental.....	418
3. El régimen de reconocimiento y ejecución de los acuerdos de los progenitores y documentos públicos y sus “mejoras” en el Reglamento Bruselas II ter.....	425
4. Un resumen de urgencia: hacia la búsqueda del equilibrio –“inestable”- entre la libre circulación de las resoluciones judiciales y el interés superior del menor	429
CAPÍTULO TERCERO. MEJORANDO LA PROTECCIÓN DEL MENOR EN EL PROCESO: TUTELA CAUTELAR, COOPERACIÓN ENTRE AUTORIDADES Y AUDIENCIA DEL MENOR	433
I. LAS MEDIDAS PROVISIONALES Y CAUTELARES DE PROTECCIÓN COMO GARANTÍA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR, Y EL REPARTO COMPETENCIAL EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PARENTAL	433
1. Las bases del régimen de medidas cautelares y provisionales del Reglamento Bruselas II bis –y ahora, Bruselas II ter-	436
2. El reparto de competencias en materia de medidas provisionales o cautelares: de la ambigüedad del Reglamento Bruselas II bis a la aparente certidumbre del Bruselas II ter	440
2.1La articulación por parte del TJUE del contenido y alcance régimen de competencia para la adopción de medidas provisionales o cautelares diseñado en el Reglamento Bruselas II bis.....	443
2.1.1La interpretación del requisito de la urgencia de las medidas provisionales y cautelares del artículo 20 del Reglamento Bruselas II bis	449
2.1.2La interpretación del requisito subjetivo de las medidas provisionales o cautelares del artículo 20 del Reglamento	454
2.2El nuevo foro de competencia para la adopción de medidas provisionales y cautelares en materia de responsabilidad parental diseñado en el Reglamento Bruselas II ter	458
2.2.1Cambio de premisa: la introducción expresa de un foro de competencia en la materia	458
2.2.2Alteraciones en las reglas de funcionamiento del modelo: la modificación del requisito subjetivo de la necesaria presencia del menor	460
2.2.3Mejorando la cooperación entre los órganos jurisdiccionales implicados como forma de protección de los intereses del menor	462

3.	La eficacia extraterritorial de las medidas provisionales y cautelares como mayor garantía de la protección del menor en situaciones de riesgo.....	464
3.1	Punto de partida: el fortalecimiento de la eficacia extraterritorial de la tutela cautelar del órgano jurisdiccional de un Estado miembro competente para conocer sobre el fondo del asunto en virtud del Reglamento	466
3.2	La limitación de la eficacia extraterritorial de la tutela cautelar del órgano jurisdiccional de un Estado miembro no competente para conocer sobre el fondo del asunto en virtud del Reglamento.....	472
3.2.1	Primer acto: la eficacia limitada de la tutela cautelar del artículo 20 del Reglamento Bruselas II bis	474
3.2.2	Segundo acto: una postura arriesgada. El reconocimiento en la Propuesta de la Comisión de 2016 de la eficacia extraterritorial de la tutela cautelar de un órgano jurisdiccional no competente	476
3.2.3	Tercer acto: una postura prudente. El mantenimiento de la eficacia limitada de la tutela cautelar dictada por un órgano jurisdiccional no competente sobre el fondo, como regla general.....	477
3.2.4	Epílogo: la eficacia extraterritorial de diversas resoluciones en materia de secuestro de menores emanadas de un órgano jurisdiccional no competente sobre el fondo como excepción a la regla general de la no eficacia.....	479
3.3	La acertada reforma del régimen de medidas provisionales y cautelares en el Reglamento Bruselas II ter	488

II. PROFUNDIZANDO EN LA COOPERACIÓN JUDICIAL Y ADMINISTRATIVA COMO RETO PARA EL REGLAMENTO BRUSELAS II TER **490**

1.	Primer paso: el refuerzo y la clarificación de las funciones de las autoridades centrales .	491
1.1	La clarificación de la solicitud de cooperación dirigida a las autoridades centrales.....	493
1.2	Las “tareas generales” de las autoridades centrales	495
1.3	Las tareas específicas de las autoridades centrales requeridas.....	496
1.4	La cooperación de las autoridades centrales en la recogida e intercambio de información en los procedimientos de responsabilidad parental.....	498
2.	Un segundo paso: incrementando la protección del interés superior del menor a través de una mejor cooperación entre órganos jurisdiccionales.....	501
2.1	La asistencia en la “aplicación” de resoluciones en materia de responsabilidad parental en otro Estado miembro	502
2.2	El fortalecimiento de la cooperación y la comunicación entre órganos jurisdiccionales..	503
3.	El nuevo modelo de acogimiento del menor en otro Estado miembro del Reglamento Bruselas II ter: mejorando la regulación existente	505
3.1	Acogimiento transfronterizo: su significado y la delimitación del ámbito de aplicación material del Reglamento.....	506
3.1.1	La difusa frontera entre el Derecho privado y el público, y la delimitación del ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas II bis	508
3.1.2	La limitación del ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas II ter en relación con los acogimientos transfronterizos	509
3.2	La preceptiva solicitud de aprobación del Estado miembro del acogimiento transfronterizo: mejorando la protección del menor	510

3.2.1	La problemática que acompaña al requisito de consulta previa al Estado miembro del acogimiento transfronterizo en el Reglamento Bruselas II bis	511
3.2.2	La ratificación de la necesaria aprobación previa a los acogimientos transfronterizos, y la delimitación de sus extremos	515
III. EL DERECHO FUNDAMENTAL DEL MENOR A SER ESCUCHADO COMO RETO PENDIENTE DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL MENOR EN LA UE.....		
1.	El derecho del menor a ser escuchado: la concreción de su contenido en los textos internacionales de derechos humanos.....	520
1.1	La promulgación del derecho del menor a ser escuchado desde Naciones Unidas	521
1.2	Ámbito regional: el desarrollo del derecho del menor a ser escuchado en Europa.....	524
1.2.1	Desarrollo en el marco del Consejo de Europa.....	524
1.2.2	Desarrollo en la UE.....	527
1.3	El reconocimiento en la legislación española del derecho fundamental del menor a ser escuchado..	528
2.	La audiencia del menor en el Reglamento Bruselas II bis	531
2.1	Las claves del modelo recogido en el Reglamento Bruselas II bis en relación con la audiencia del menor	532
2.2	La interpretación de la exigencia de oír al menor por parte del TJUE.....	534
2.3	Los problemas detectados en la práctica en la audiencia del menor en el marco del Reglamento Bruselas II bis	538
2.3.1	Las dudas sobre la virtualidad práctica de la audiencia del menor en los procedimientos que le afectan	538
2.3.2	Las profundas divergencias en la legislación de los Estados miembros en materia de audiencia del menor como una de las causas de los problemas de su puesta en práctica..	543
3.	El reforzamiento de la audiencia del menor en el Reglamento Bruselas II ter: ¿un punto y aparte?.....	549
3.1	La audiencia del menor en los procedimientos de responsabilidad parental	550
3.2	La exigencia de audiencia del menor, en particular, para las resoluciones en materia de sustracción internacional de menores.....	555
3.3	El debate sobre la pervivencia de la falta de audiencia del menor como causa de denegación al reconocimiento y ejecución de una resolución en materia de responsabilidad parental en el marco del Reglamento Bruselas II ter	557
3.4	La cautela del legislador de la UE en la armonización de las normas en materia de la audiencia del menor	560
CAPÍTULO CUARTO. LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES COMO GRAN PROTAGONISTA DE LAS MODIFICACIONES DEL REGLAMENTO BRUSELAS II TER: HACIA UNA MEJOR PROTECCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR		
I. EL COMPLEJO ESCENARIO NORMATIVO DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES EN LA UE: MARCO LEGAL TRIPARTITO		
1.	El exitoso sistema del Convenio de La Haya de 1980: el retorno del menor como manifestación del interés superior del menor	568
1.1	El retorno inmediato como manifestación del principio del interés superior del menor ...	569
1.2	El procedimiento de restitución del menor y las excepciones al retorno	572

1.3	Algunos nuevos retos para el Convenio de La Haya de 1980 en una sociedad cambiante	574
1.3.1	La necesidad de adaptación del Convenio de La Haya de 1980 a los cambios sociales.....	575
1.3.2	La reivindicación de una mayor protección de los derechos de los menores	578
1.3.3	Una nueva -y relevante- frontera: la alegación de violencia doméstica y/o de género como causa de no retorno del menor	580
1.3.4	El abuso en el recurso a la excepción del artículo 13.1 b) del Convenio de La Haya de 1980.....	582
2.	La interacción entre el Convenio de La Haya de 1980 y el Reglamento Bruselas II bis: complementariedad y refuerzo del objetivo del retorno del menor.....	583
2.1	La remisión del Reglamento Bruselas II bis al Convenio de La Haya de 1980: una solución de compromiso político.....	584
2.2	La virtualidad de la idea de complementariedad existente entre el Reglamento Bruselas II bis y el Convenio de La Haya de 1980: significado real y límites	590
2.2.1	Primer prisma: similitudes y diferencias en relación con el significado atribuido a algunas de las definiciones esenciales en materia de sustracción internacional de menores.....	591
2.2.1.1	El concepto de “traslado ilícito” del menor	592
2.2.1.2	Los conceptos de “derecho de custodia” y “de visita”.....	593
2.2.1.3	El concepto de residencia habitual del menor en la sustracción del menor	596
2.2.2	Segundo prisma: la aparente coordinación de las normas de competencia judicial internacional del Reglamento Bruselas II bis con el mecanismo de cooperación del Convenio de La Haya de 1980	597
2.2.3	Matizaciones a la premisa de la coordinación entre sistemas: las alteraciones del procedimiento de restitución del menor del Convenio de La Haya de 1980 introducidas por el artículo 11 del Reglamento Bruselas II bis	598
2.2.4	El refuerzo de la competencia del Estado miembro de origen: el controvertido mecanismo de prevalencia o de última palabra	601
2.2.4.1	El complejo funcionamiento del mecanismo de prevalencia o de última palabra recogido en el Reglamento Bruselas II bis en relación con las resoluciones en materia de secuestro de menores	602
2.2.4.2	Una visión crítica del mecanismo de prevalencia o de última palabra	606
2.2.4.3	La práctica del modelo ante el TJUE: la opción por una opción sistémica frente a otra protectora del interés superior del menor	613
3.	El papel complementario del Convenio de La Haya de 1996.....	615
II. HACIA UNA MEJOR PROTECCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR: LA REGULACIÓN DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES EN EL REGLAMENTO BRUSELAS II TER Y SUS PRINCIPALES NOVEDADES.....		618
1.	Un primer aspecto: a la búsqueda de una clara delimitación de la relación con el Convenio de La Haya de 1980	620
2.	Un segundo aspecto: las normas de competencia judicial internacional	621
3.	Las mejoras en el proceso de restitución como tercer elemento de cambio	622
3.1	Aclaración sobre la edad del menor	623
3.2	La celeridad, la urgencia y la especialización de los procedimientos de retorno.....	624

Índice

3.2.1La concentración de la jurisdicción para supuestos de sustracción internacional de menores.....	625
3.2.2La limitación de los recursos y de la duración del proceso	628
3.3Novedades en las modificaciones procesales del Convenio de La Haya de 1980	632
3.3.1El derecho del menor a expresar sus opiniones en los procedimientos de restitución.....	632
3.3.2El contacto del menor con el progenitor solicitante del retorno	633
3.3.3El refuerzo del objetivo del retorno seguro del menor	634
3.3.3.1 La comprobación de la adopción de las medidas de protección en el Estado miembro de origen en casos de grave riesgo del menor.....	634
3.3.3.2 Las medidas provisionales y cautelares dictadas por el Estado miembro en el que se encuentra ilícitamente el menor.....	636
3.4La introducción de la figura de la mediación en el ámbito de la sustracción internacional de menores.....	640
4. Una oportunidad perdida: el mantenimiento del sistema de retorno con la introducción de medidas para mejorar el funcionamiento del mecanismo de prevalencia	643
4.1La limitación de los supuestos en los que se aplica el mecanismo de prevalencia	644
4.2La clarificación de las situaciones que se pueden producir en aplicación del mecanismo de prevalencia	645
4.3La vinculación entre las decisiones de custodia y las órdenes de retorno y el refuerzo del interés superior del menor	646
4.4La corrección de la eliminación del exequátur “en términos absolutos” para las resoluciones de retorno derivadas del mecanismo de prevalencia: el refuerzo de las competencias del Estado miembro requerido	651
CONCLUSIONES.....	659
CONCLUSIONS	689
SUMMARY	717
BIBLIOGRAFÍA.....	721
1. Manuales, monografías y libros en coautoría	721
2. Capítulos de obras colectivas.....	726
3. Artículos de revistas.....	747
4. Otros documentos	769
JURISPRUDENCIA CITADA	775
1. Tribunal de Justicia de la Unión Europea	775
2. Tribunal Europeo de Derechos Humanos	777
3. Tribunales Españoles	778
3.1Tribunal Constitucional.....	778
3.2Tribunal Supremo.....	778
3.3Audiencias Provinciales	778

4. Otros.....	779
NORMATIVA CITADA	781
1. Legislación de la ONU.....	781
2. Legislación de la Conferencia de la Haya de DIPr	782
3. Legislación del Consejo de Europa.....	782
4. Legislación de la UE.....	783
5. Legislación Española	785

ABREVIATURAS Y SIGLAS

Alternative Dispute Resolution	ADRs
Apartado	ap.
Artículo(s)	Art.(s.)
Audiencia Provincial	AP
Autores varios	AA.VV.
Boletín Oficial del Estado (España)	BOE.
Capítulo	Cap.
Carta de los Derechos Fundamentales de la UE	CDFUE
Código Civil	CC
Constitución Española	CE
Convención de Derechos del Niño	CDN
Convenio Europeo de Derechos Humanos	CEDH
Coordinador(es)	Coord.(s.)
Court of Justice of the European Union	CJEU
Derecho Internacional privado	DIPr.
Diario Oficial de la Unión Europea, serie “Comunicaciones e informaciones”	DOC
Diario Oficial de la Unión Europea, serie “Legislación”	DOL
Diario Oficial de las Comunidades Europeas	DOCE

Director(es)	Dir.(s.)
Edición	Ed.
Editor(es)	Ed.(s.)
European Court of Human Rights	ECHtR
European Union	EU
Fundamento Jurídico	F.J.
Ibídem	<i>Ibíd.</i>
Ley de Enjuiciamiento Civil	LEC
Ley Orgánica	LO
Ley Orgánica del Poder Judicial	LOPJ
Métodos alternativos de solución de conflictos	MASC
Número	n.º
Obra citada	<i>cit.</i>
Página	p.
Páginas	pp.
Párrafo	Párr.
Private International Law	PIL
Sentencia	S
Siguientes	ss.
Tratado Constitutivo Europeo	TCE

Abreviaturas

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea	TFUE
Tribunal Constitucional	TC
Tribunal de Justicia de la Unión Europea	TJUE
Tribunal Europeo de Derechos Humanos	TEDH
Tribunal Supremo	TS
Tomo	t.
Unión Europea	UE
Véase	Vid.
Volumen	v.
Y otros	<i>et. al.</i>

INTRODUCCIÓN GENERAL

El objeto de esta Tesis Doctoral es el análisis de las nuevas normas de Derecho Internacional privado en la Unión Europea en materia de la responsabilidad parental del menor, así como de la sustracción internacional de menores, a la luz del principio del interés superior del menor.

La realidad de las familias, con independencia del modelo en el que nos focalicemos, presenta cada vez más una complejidad creciente en el plano comparado. El Derecho de familia, como sector del ordenamiento jurídico que la regula, se hace eco de las profundas transformaciones en la forma de entender a la familia y a las relaciones que surgen y se desarrollan en su seno. En este contexto, constituye un ejemplo paradigmático del cambio que estamos padeciendo, el progresivo reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos, requeridos de una consideración individualizada en todo asunto que les afecten, frente a la antigua idea de la protección de la familia en su conjunto. Este cambio de paradigma ha tenido como hito fundamental la instauración del interés superior del menor como principio prevalente en toda norma que les afecte. Esta evolución debe necesariamente contar con un reflejo, no solo en las situaciones internas, sino que también es fundamental trasladarla a la realidad de las familias transnacionales.

En efecto, si nos focalizamos en el espacio jurídicamente integrado de la Unión Europea (en adelante UE), la circulación de las personas, y de las familias no cesa de aumentar, y lógicamente, dicho movimiento implica, en muchas ocasiones, el traslado de niñas, niños y adolescentes. Ello añade un plus adicional de complejidad a las relaciones familiares, en las que surgen situaciones de gran diversidad, que cubren desde el cambio de residencia habitual de una familia, las disputas sobre los derechos de custodia y visita del menor, el delicado fenómeno de la sustracción internacional de menores, o el acogimiento del menor en otro Estado miembro.

El legislador de la UE, consciente de ello, y dentro del marco del proceso de armonización de las normas de Derecho Internacional privado (en adelante DIPr) en materia de Derecho de familia, ha favorecido la elaboración de unas normas de DIPr unificadas en materia de responsabilidad parental del menor. Esta institución, de origen europeo, se sitúa como una noción amplia y centrada en el menor, con vocación de protección de su interés

superior en las situaciones y relaciones transfronterizas en las que se vean involucrados en el seno de la Unión. Este es, precisamente, nuestro objeto de estudio.

Una materia, objetivamente relevante, que ve incrementada su trascendencia, por la reciente modificación del marco normativo sobre competencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras, como consecuencia del proceso de reforma del Reglamento (CE) n.º. 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º. 1347/2000¹ (en adelante Reglamento Bruselas II bis o Reglamento 2201/2003) y que ha desembocado en la aprobación del Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores² (en adelante Reglamento Bruselas II ter o Reglamento 2019/1111), el cual entrará en aplicación el 1 de agosto de 2022³.

La **finalidad** de nuestra Tesis es plural. Por un lado, analizar el funcionamiento y los problemas en la práctica del Reglamento Bruselas II bis para luego evaluar el alcance de las reformas introducidas en el Reglamento Bruselas II ter. Y, por otro, estudiar la plasmación del principio del interés superior del menor en ambos Reglamentos, como máximo exponente de la necesaria centralidad del menor en todos los asuntos que le afecten. Para, finalmente, responder a la pregunta de si la nueva regulación mejora a la anterior, tomando como referencia dos ejes transversales: el proceso de integración en materia de DIPr en la UE, y la protección del menor y de su interés superior.

Todo ello a partir de su enmarque en una doble corriente de tensión: la tensión que en el marco del DIPr como sistema supone el traslado del foco de interés desde el conflicto de leyes al conflicto de jurisdicciones. Y la tensión que se deriva, especialmente en este ámbito, de contraponer el proceso de armonización del DIPr en el seno del a UE y la necesidad de proyectar y asegurar en la práctica la satisfacción del interés superior del menor.

¹ DO L 338, de 23.12.2003.

² DO L 178, de 2.7.2019.

³ Vid. art. 100.1 del Reglamento Bruselas II ter.

En línea con todo lo anterior, el objeto material de nuestro trabajo se acota a los Reglamentos de Bruselas II – bis y ter- y a los sectores y materias por ellos cubiertos. Dejando fuera, consecuentemente, tanto el sector de la ley aplicable, como otras materias que afectan a menores en situaciones transfronterizas no incluidas en el ámbito de aplicación del texto reglamentario. Y, asimismo, obviamos, aunque no por ello deja de estar latente, las situaciones privadas internacionales en este sector temático que quedan fuera del ámbito de los instrumentos de la UE.

Para abordar el objeto de estudio, se ha atendido a la siguiente **estructura**:

Como punto de partida, en el *Capítulo Introductorio* se aborda el complejo entramado de fuentes en materia de protección del menor, y en concreto, en relación con la responsabilidad parental en la UE. En este punto, particular incidencia ostenta no solo el estudio de los Reglamentos de Bruselas II -bis y ter- en el contexto del fraccionado DIPr de familia de la UE, sino también su interrelación con fuentes de distinto origen y alcance. A continuación, se abordan dos de las premisas conceptuales sobre las que se basa el entendimiento de los Reglamentos de Bruselas. Por un lado, se aproxima el principio del interés superior del menor, tanto en cuanto a su reconocimiento universal, como a las dificultades de su definición y concreción en la práctica. Por otro, se analiza el concepto de responsabilidad parental, como concepto “europeo” que se ha instaurado como la institución de protección del menor por antonomasia en la UE, al menos desde la óptica del DIPr de familia de la UE. Una vez contextualizado el texto reglamentario, el estudio se focaliza en el análisis de su contenido y de las reformas introducidas.

El *Capítulo Primero* afronta la problemática de la resolución de controversias en materia de responsabilidad parental en la UE. Tras abordar el alcance del fomento de la mediación como vía para resolver las disputas en la materia introducidos en el Reglamento de Bruselas II – bis y ter-, el Capítulo se focaliza en sus normas de competencia judicial internacional. Tomando como eje el foro general de la residencia habitual del menor y sus excepciones, se profundiza en el sistema competencial desde una triple perspectiva. En primer lugar, su formulación y juego en base al principio del interés superior del menor; a continuación, sus problemas de funcionamiento y su interpretación tanto por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE (en adelante TJUE) como por la jurisprudencia española; y finalmente, el alcance de la reforma en la materia.

El *Capítulo Segundo* se ocupa del modelo de eficacia extraterritorial de las resoluciones, documentos públicos y acuerdos extranjeros en materia de responsabilidad parental en los Reglamentos de Bruselas II –bis y ter-. El bosquejo del régimen del Reglamento Bruselas II bis sirve como base para la identificación y el análisis de los problemas de funcionamiento del mismo, abordados desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial –tanto del TJUE, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), como de la principal jurisprudencia española-. A partir de estas reflexiones, se desgranar las nuevas normas en materia de reconocimiento y ejecución recogidas en el Reglamento Bruselas II ter, para finalmente responder a la cuestión de si las mismas mejoran la previa regulación, y, sobre todo, la protección del menor y de su interés superior en estos casos.

A continuación, el *Capítulo Tercero* agrupa el estudio de tres materias que tienen una particular incidencia en una eficaz sustanciación de los procedimientos en materia de responsabilidad parental, y, por ende, en la protección de los menores involucrados en estos supuestos. En primer lugar, la tutela provisional y cautelar en materia de responsabilidad parental; en segundo lugar, la cooperación administrativa y judicial en la materia tratada; y, por último, el derecho fundamental del menor a expresar sus opiniones. El análisis de las disfunciones en la práctica en las materias citadas sirve como pretexto para abordar las importantes modificaciones introducidas en el Reglamento Bruselas II ter.

Por último, el *Capítulo Cuarto* tiene por objeto específico el estudio de la sustracción internacional de menores en la UE, un tema de enorme impacto social y en el que tradicionalmente se han focalizado parte de los problemas que ha generado la práctica del Reglamento Bruselas II bis. Tras el análisis de su marco jurídico en la UE, y su encaje en la realidad social actual, se abordan los problemas de interrelación en la materia, protagonizados por las modificaciones introducidas por el Reglamento Bruselas II bis respecto al Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles del secuestro internacional de menores⁴ (en adelante, Convenio de La Haya de 1980). Adicionalmente, se estudia el funcionamiento del Reglamento Bruselas II bis, para

⁴ BOE de 24.8.1987, corr. errores BOE de 30.6.1989, y BOE de 24.1.1996.

posteriormente analizar el alcance de las reformas introducidas por el legislador de la UE en el nuevo texto reglamentario de 2019.

En cuanto a la **metodología** seguida en este estudio, el *Capítulo Introductorio* se aproxima desde una perspectiva jurídico-descriptiva del marco jurídico de la responsabilidad parental de la UE, así como de las nociones del principio del interés superior del menor y la responsabilidad parental del menor. Los siguientes Capítulos se elaboran, en primer lugar, desde una metodología jurídico-propositiva respecto del Reglamento Bruselas II bis, con el objetivo de evaluar sus problemas de funcionamiento en la praxis a partir del estudio de la doctrina y la jurisprudencia. Para, a continuación, concluir con una reflexión jurídico-proyectiva respecto al alcance del nuevo Reglamento Bruselas II ter, y analizar si su futura aplicación solucionará los problemas detectados.

Adicionalmente, la metodología seguida en esta Tesis Doctoral se basa en una investigación doctrinal tradicional, que incluye, principalmente, las siguientes categorías de fuentes: legislación, jurisprudencia, doctrina científica e informes oficiales. En cuanto a la legislación, el *Capítulo Introductorio* presenta un esquema general del sistema de fuentes en materia de responsabilidad parental en la UE, así como de la codificación internacional y nacional en materia de protección del menor. El resto de las partes del trabajo se focalizan en los Reglamentos de Bruselas II – bis y ter- y tangencialmente, en las fuentes legales que interrelacionan con ellos. Respecto a la jurisprudencia, fundamentalmente se analiza la materia objeto de estudio en la jurisprudencia del TJUE, complementada por la jurisprudencia española y del TEDH. Por último, toda la obra se apoya en la más relevante y actual doctrina científica española y europea. Así como en estudios e informes oficiales, fundamentalmente, de instituciones de la UE.

Finalmente, cabe anticipar, como se desarrolla en el Capítulo Introductorio⁵, que la presente Tesis utiliza el concepto de “menor” siguiendo la propia terminología empleada por el texto legal objeto de estudio, el Reglamento de Bruselas II – bis y ter-. No obstante, al referirnos a menor estamos haciendo una mención global tanto a las niñas, a los niños, como a los adolescentes.

⁵ Vid. Cap. Introductorio, ap. I.1 “Delimitación previa: el concepto de menor”.

GENERAL INTRODUCTION

The objective of this Doctoral Thesis is the analysis of the new rules of Private International Law in the European Union on matters of parental responsibility, as well as the international child abduction, in the light of the best interests of the child principle.

The reality of families, regardless of the model on which we focus, increasingly presents a growing complexity on the comparative scene. Family law, as the sector of the legal system that regulates it, echoes the profound transformations in the way of understanding the family and the relationships that arise and develop within it. In this context, a paradigmatic example of the deep change we are experiencing is the progressive recognition of children and adolescents as subjects of rights, required of individualized consideration in all matters affecting them, versus the old idea of the family's protection as a whole. This paradigm shift has had as its main milestone the establishment of the best interests of the child as a prevalent principle in any norm that affects them. This evolution must necessarily have a reflection not only in internal situations, but also on (in) the reality of transnational families.⁶

Indeed, if we focus on the legally integrated space of the European Union (hereinafter EU), the movement of individuals and families continues to increase, and needless to say that such a movement often involves children as well. This brings forward an additional complexity to family relationships, in which situations of great diversity arise, such as the family's relocation, custody and access rights disputes, the delicate phenomenon of international child abduction, or even the placement of the child in another Member State.

The EU legislator, aware of this, and within the framework of the Private International Law (hereinafter PIL) harmonisation process on family law, has favoured the development of unified PIL rules on parental responsibility of children. This institution, of European origin, stands as a broad and child-centred notion, with a vocation to protect their

⁶ The European Commission is talking about the existence of approximately 16 million international couples in the EU today. Information available on https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/civil-justice/family-law/overview-family-matters_en#crossborderimplicationsinfamilylaw, accessed latest on 15.2.2021.

best interests in cross-border situations and relationships in which they are involved within the Union. This is precisely our Thesis' subject matter.

An objectively relevant matter which is increasing in its significance due to the recent modification of its international jurisdiction and recognition and enforcement rules, as a result of the recast process Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000⁷ (hereinafter Brussels II bis Regulation or 2201/2003 Regulation) which has led to the adoption of Council Regulation (EU) 2019/1111 of 25 June 2019 on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction (recast)⁸ (hereinafter Brussels II ter Regulation or 2019/1111 Regulation), which shall enter into force on 1 August 2022.⁹

The **purpose** of our Thesis is plural. The first objective is to analyse the functioning and the problems in the practice of the Brussels II bis Regulation, in order to assess the scope of the reforms introduced in the Brussels II ter Regulation afterwards. Secondly, a further objective is to examine the depiction of the principle of the best interests of the child in both Regulations, as the greatest exponent of the necessary child-centred approach in all matters affecting children. To finally answer the question of whether the new regulation improves on the previous one, taking as a reference two core angles: the PIL integration process in the EU, and the children's and their best interest protection.

More precisely, this study is subject to a double trend of tension: on the one hand, the tension derived from the change of focus of the PIL rules from conflict of laws towards conflict of jurisdictions; and on the other hand, the tension that arises, especially in this area, from opposing the process of PIL harmonisation within the EU and the need to ensure in practice the satisfaction of the best interests of the child.

In this regard, the material scope of this research is subject to the Brussels II Regulations – bis and ter- and the sectors and matters covered by them. Consequently, leaving out both the sector of conflict of laws and other matters affecting children in cross-

⁷ *DO L* 338, 23.12.2003.

⁸ *DO L* 178, 2.7.2019.

⁹ See art. 100.1 of the Brussels II ter Regulation.

border situations not included on the material scope of the aforementioned texts. Moreover, neither are the Extra-EU cross-border situations addressed, although it is acknowledged that they are permanently latent.

To address the object of this research, the following **structure** has been pursued:

To begin with, the *Introductory Chapter* addresses the complex children's protection legal framework, and in particular, in relation to parental responsibility within the EU. On this point, particular impact has not only the study of the Brussels II Regulations - bis and ter- in the context of EU family PIL rules fractionation, but also their interrelationship with sources of different origin and scope. Afterwards, two of the conceptual premises on which the Brussels Regulations is based are discussed. On the one hand, the principle of the best interests of the child is approached, both in terms of its universal recognition and the difficulties of its definition and concreteness in practice. On the other hand, the concept of parental responsibility is analysed, as a "European" concept that has been established as the main institution for children's protection within the EU, at least from the perspective of the EU Family PIL rules. Once the regulatory text has been contextualized, the research focuses on the analysis of its content and the reforms introduced.

The *First Chapter* faces the issue parental responsibility dispute resolution in the EU. After addressing the significance of the Brussels II – bis and ter- regime's promotion of mediation as a way to resolve disputes in this area, the Chapter focuses on the international jurisdiction rules. To this end, both the child's habitual residence general ground of jurisdiction as well as its exceptions are taken as the axe of the analysis from a triple perspective. First, its formulation and interplay based on the child's best interests principle; then, the jurisdictional system's functioning problems and its interpretation both by the Court of Justice of the EU (hereafter CJEU) and the Spanish case-law; and finally, the scope of the reform in this area.

The *Second Chapter* deals with the model of recognition and enforcement of foreign decisions, public documents and agreements on parental responsibility in the Brussels II –bis and ter- Regulations. The outline of the Brussels II bis Regulation regime serves as a basis for the identification and analysis of its operational problems, approached from a doctrinal and jurisprudential point of view –the CJEU, the European Court of Human Rights (hereafter ECtHR) and the main Spanish case-law. From these reflexions, the new rules on recognition and enforcement set out in the Brussels II ter Regulation are studied, in

order to finally answer the question of whether they improve on the previous Regulation, and, above all, children's protection, as well as their best interests.

Next, the *Third Chapter* gathers the study of three matters that have a particular impact on an effectiveness of parental responsibility procedures, and therefore on the involved children's protection. Firstly, the provisional and interim measures in matters of parental responsibility; secondly, the administrative and judicial cooperation in this area; and, finally, the fundamental right of the child to express his or her views. The analysis of the dysfunctions in practice in the above-mentioned matters serves as a pretext for addressing the important amendments made in the Brussels II ter Regulation.

Finally, the *Fourth Chapter* has the specific purpose of studying international child abduction within the EU, an issue of enormous social impact, which has been the object of some of the problems generated by the practice of the Brussels II bis Regulation. First of all, its legal framework within the EU is analysed, as well as its fitting on the current social reality. Then, the problems of interrelationship in this area are addressed, focused on the amendments introduced by the Brussels II bis Regulation with regard to the Hague Convention of 25 October 1980 on Civil Aspects of International Child Abduction (hereinafter the 1980 Hague Convention).¹⁰ Furthermore, the operation of the Brussels II bis Regulation is examined to further analyse the scope of the reforms introduced by the EU legislator in the new text of 2019.

Regarding the **methodology** followed in this study, the *Introductory Chapter* is approached from a legal-descriptive perspective of the EU legal framework on matters of parental responsibility, as well as of the notions of the best interests of the child principle and of parental responsibility. The following Chapters are drawn up, first, from a legal-proposal methodology of the Brussels II bis Regulation, with the aim of assessing its problems of functioning in practice on the basis of the study of doctrine and case-law. To then conclude with a legal-projective reflection on the scope of the new Brussels II ter Regulation, and to examine whether its future implementation will solve the problems identified.

¹⁰ BOE 24.8.1987, corr. Errors BOE 30.6.1989, and BOE 24.1.1996.

In addition, the methodology followed in this doctoral Thesis is based on a traditional doctrinal research, which includes, mainly, the following categories of sources: legislation, jurisprudence, scientific doctrine and official reports. All of them have been used throughout the work with a variation in their importance depending on the different points discussed.

A far as legislation is concerned, the *Introductory Chapter* presents a general outline of the system of sources on parental responsibility in the EU, as well as of the children's international and national codification rights) with a particular focus on the best interests of the child principle. The rest of the study focuses on the Brussels II Regulations – bis and ter- and tangentially, on the legal sources that interrelate with them.

Regarding case-law, the subject matter under study is essentially analysed in the CJEU case-law, supplemented by the Spanish the ECtHR case-law.

Lastly, all the work is based on the most relevant and current Spanish and European scientific doctrine as well as on official studies and reports, mainly, of EU institutions.

Finally, it should be anticipated, as developed in the *Introductory Chapter*, that this Thesis uses the Spanish concept of “menor” following the terminology used by the Spanish version of the Brussels II Regulation – bis and ter-. However, when we refer to “menores”, we are making a global mention to “niños, niñas y adolescentes”.¹¹

¹¹ See Cap. Introductorio, ap. I.1 “Delimitación previa: el concepto de menor”.

CAPÍTULO INTRODUCTORIO. EL MENOR EN EL DIPR DE LA UE: LAS PREMISAS CONCEPTUALES DE LOS REGLAMENTOS BRUSELAS II BIS Y TER

No por reiterado es menos cierto que vivimos tiempos complejos en los que realidades que han mantenido un cierto nivel de estabilidad durante largos períodos se ven sometidas a una tensión creciente. La familia, como realidad social y económica, y el Derecho de Familia, como sector del ordenamiento jurídico que la regula constituyen dos ejemplos paradigmáticos de este aserto¹². Frente al modelo patriarcal de familia anclada firmemente en la institución del matrimonio y en la idea del “buen padre de familia”¹³ que ha imperado en la sociedad occidental durante siglos, la actual “modernidad líquida” que vivimos¹⁴ conlleva, entre otros muchos cambios, una alteración de la familia, de su entendimiento y significado y, también, de su aproximación¹⁵. Que, adicionalmente, se ve profundamente acentuada en aquellas situaciones que presentan elementos de extranjería¹⁶.

La revolución tecnológica ha traído como una de sus consecuencias más visibles y directas a la movilidad. Vivimos en un mundo sin fronteras y esta ausencia de barreras afecta también a la familia. Las cifras anuales de familias que cambian su entorno social por los

¹² Sobre el concepto de familia vid., por todos, BROWN, A.: *What is the Family of Law? The influence of the Nuclear Family*, Hart Publishing, Oxford, 2019.

¹³ Usando la gráfica expresión recogida en el art. 270 CC.

¹⁴ Usando el conocido título del libro de BAUMAN, Z.: *Modernidad líquida*, México, Fondo de Cultura Económica, 2003.

¹⁵ Sobre los cambios en el Derecho de familia y los nuevos modelos familiares vid., por todos, BERNARD, S.: *Les mutations contemporaines du droit de la famille*, Presses Universitaires de Grenoble, Grenoble, 2019. A título de ejemplo, y sin ánimo de exhaustividad, Espinar Vicente cita como factores de cambio en la transformación de los conceptos de matrimonio y familia en el Derecho español los siguientes: la mujer en la sociedad contemporánea; la consideración del niño como futuro ciudadano; la aceptación de una pluralidad de tendencias sexuales; el cambio de la confesionalidad estatal a la libertad religiosa; las nuevas fórmulas de convivencia en pareja; y el modelo plurinacional de familia, caracterizado por el paso del principio de “unidad jurídica” al respeto de la identidad de sus miembros. ESPINAR VICENTE, J. M.: *El matrimonio, las familias y la protección del menor en el ámbito internacional*, Dykinson, Madrid, 2019, pp. 15 y ss.

¹⁶ En palabras de Tatiana B. de Maekelt: “Nosotros, los internacionalprivatistas, sabemos muy bien que todas las épocas tienen sus temas fundamentales. También sabemos que el Derecho internacional privado no se agota en la vorágine del conflicto de leyes, en discusiones sobre la prevalencia de las normas de conflicto o de las normas sustantivas, sobre el multilateralismo o una visión meramente estatal. El Derecho internacional privado cada día invade más los terrenos de las relaciones privadas que, cada vez menos, se encierran en las fronteras de un Estado y se ve obligado, por ello, a dar una respuesta acorde con las nuevas realidades”. En la presentación de MADRID MARTÍNEZ, C.: *La responsabilidad civil derivada de la prestación de servicios. Aspecto internos e internacionales*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2009, p. XV.

más variados motivos no han hecho sino aumentar de forma constante en las últimas décadas. Este movimiento se hace especialmente patente en la Unión Europea. Curiosamente, si bien las noticias nos hacen focalizarnos, especialmente en la última década, en los procesos migratorios, lo cierto es que la consolidación de un espacio integrado en el seno de la Unión favorece la movilidad de personas y familias en su seno, una dimensión más silente que la anterior, pero no menos relevante. La Comisión Europea habla así de la existencia actualmente de aproximadamente 16 millones de parejas internacionales en la UE¹⁷.

La circulación de familias implica, lógicamente, el desplazamiento de las personas que la componen. Se habla crecientemente de familias transfronterizas, una noción que, entre otros extremos, conlleva que sus miembros han visto alterado su centro vital. Pero ese cambio trae en muchas ocasiones aparejado, de forma ineludible, el traslado de niños, niñas y adolescentes, personas también, pero sujetas a un régimen jurídico y a unas peculiaridades propias, cuya movilidad suscita una especial problemática que debe ser abordada por la sociedad, y también por el legislador, de forma individualizada. En este contexto, se refiere a la creciente mundialización de las relaciones paterno-filiales, y en consecuencia, a la necesidad de contar con una exhaustiva regulación internacional privatista que regule estas situaciones de forma adecuada¹⁸.

El menor, y cuando hablamos de menor nos referimos, y así lo entendemos a lo largo de todo este estudio, a las niñas, los niños y los adolescentes, se ha convertido en un sujeto de derechos, propios y diferenciados del resto de los miembros de la familia, y de la familia en sí misma. Dotado de una situación de especial fragilidad, sus intereses y expectativas requieren de respuestas propias y diferenciadas y ello, necesariamente, se ha de reflejar en su tratamiento en todos los órdenes; también en el jurídico.

Frente a los cambios sociales y culturales y a los nuevos patrones familiares, que superan el modelo tradicional de familia, la persona del menor adquiere centralidad como sujeto protagonista en todos los asuntos que le afecten. Este cambio de paradigma se ha plasmado en la consolidación del principio del interés superior del menor como principio

¹⁷ Información disponible en https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/civil-justice/family-law/overview-family-matters_en#crossborderimplicationsinfamilylaw, último acceso el 15.2.2021.

¹⁸ DIAGO DIAGO, P.: “La mundialización y las relaciones jurídicas entre padres e hijos”, en CALVO CARAVACA, A.L. y IRIARTE ÁNGEL, J.J. (eds.): *Mundialización y familia*, Colex, Madrid, 2001, p. 144.

orientador en toda norma que afecte al menor, incluyendo, por tanto, tanto también a aquellas reguladoras de las situaciones privadas internacionales.

Dicho cambio de paradigma, también en lo relativo al reconocimiento de una mayor centralidad del menor, se ha plasmado en las relaciones paterno-filiales. En este sentido, la “responsabilidad parental” del menor, como noción europea y abarcadora, representa un ejemplo paradigmático del cambio de perspectiva de la “autoridad” de los progenitores “sobre” sus hijos e hijas, hacia una “responsabilidad hacia” cualquier niño, niña o adolescente en relación con cualquier potestad, derecho y responsabilidad en relación con los mismos, ejercidos tanto por sus progenitores como por un tercero, y en los que debe primar su interés superior.

El legislador nacional e internacional, igualmente el europeo, se hacen eco de este cambio y lo incardinan en sus plurales respuestas normativas dando lugar a una normativa - en ocasiones, una auténtica maraña normativa- que trasciende la cuestión de la estricta dificultad de concretar, y entender, la respuesta normativa aportada. Adicionalmente, refleja tanto la prevalencia de ciertos principios que inciden radicalmente en el cambio de perspectiva que incorporan y en su interpretación –principalmente el principio del interés superior del menor-, como la aparición de conceptos novedosos diferentes de los utilizados hasta el momento que, con vocación de globalidad, abordan las nuevas realidades generadas –la noción de responsabilidad parental es, sin lugar a duda, uno de ellos-.

En las próximas páginas procederemos a abordar estas novedosas realidades, destacando tanto su relevancia como paradigma del cambio que vivimos en este ámbito, como su significado polimórfico, casi camaleónico, nos atreveríamos a decir, dependiendo del concreto sector en que sean aproximados.

I. EL SISTEMA DE FUENTES EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PARENTAL EN LA UE: COMPLEJIDAD, FRAGMENTACIÓN Y COMPLEMENTARIEDAD

El reconocimiento de la centralidad de la figura de los niños, niñas y adolescentes se ha hecho patente en el plano internacional, y, también, en múltiples ordenamientos jurídicos nacionales. La Unión Europea, por su parte, la acoge y ampara, proyectándola de forma creciente en su normativa, especialmente la de Derecho internacional privado. Una normativa que, entre otras cuestiones, plantea la doble problemática de conocer, primero, que es un menor, para poder saber, seguidamente, cual es el régimen jurídico que le resulta aplicable, algo que no siempre resulta sencillo. Un régimen que articula su protección, lo que conduce a la consolidación del principio del interés superior del menor y, que implica, en algunas ocasiones, ya lo hemos avanzado, la consolidación del uso de nociones hasta ahora desconocidas en muchos ordenamientos jurídicos, como es, por ejemplo, el de responsabilidad parental. El análisis de estas cuatro dimensiones ocupará las siguientes páginas de este estudio.

1. Delimitación previa: el concepto de menor

Con carácter anterior a abordar el marco jurídico de la protección del menor en el ámbito del DIPr de la UE se exige una previa delimitación de que se entiende por “menores”. Hablar del menor implica hacerlo de distintas realidades, una vez más, también, en el ámbito jurídico. Y, de hecho, el propio concepto de menor no es unitario pudiendo variar su entendimiento en un mismo país dependiendo de la normativa aplicable y del concreto sector abordado. El caso de España es significativo al respecto¹⁹.

Así, por ejemplo, el artículo 1 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, también conocida como el Convenio de Nueva York (en adelante, CDN)²⁰ afirma que “*para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud*

¹⁹ Al respecto, vid. ESPLUGUES MOTA, C. e IGLESIAS BUHIGUES, J.L.: “Lección 12ª. Capacidad y régimen de incapacidades”, en ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G.: *Derecho Internacional Privado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 14ª ed., 2020, pp. 414 y 415.

²⁰ BOE de 31.12.1990.

de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad". Por tanto, en el ámbito de aplicación del Convenio se opta por un límite de protección máximo establecido en los 18 años. Sin embargo, en el caso de que la ley nacional del menor fije una edad inferior, esta edad será el límite de protección²¹.

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 niños²² (en adelante Convenio de La Haya de 1996), comparte esta referencia a los 18 años, y apunta en su artículo 2, su aplicación a los niños *"a partir de su nacimiento y hasta que alcancen la edad de 18 años"*. Similar referencia a la aplicación a los *"niños que no hayan alcanzado la edad de 18 años"* se encuentra presente en el artículo 1.1 del Convenio europeo sobre el ejercicio de los derechos de los niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996²³ (en adelante Convenio europeo sobre el ejercicio de los derechos de los niños de 1996).

En línea con esta solución, en el caso de España se entiende por menor a las personas menores de dieciocho años, de conformidad con el artículo 1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial de Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil²⁴ (en adelante, LO 1/1996), el cual establece que: *"la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo son de aplicación a los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español, salvo que en virtud de la ley que les sea aplicable hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad"*²⁵.

²¹ Además, con esta terminología se estarían evitando los problemas de conflicto móvil y de calificación que surgen con el término "menor". BORRÁS RODRÍGUEZ, A.: "La evolución de la protección del niño en el Derecho internacional privado desde el Convenio de Nueva York de 1989", en ALDECOA, F. y FORNER, J.L. (dirs): *La Protección de los niños en el Derecho internacional y en las relaciones internacionales: Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño*, AEDPIRI, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 12.

²² BOE, de 2.10.2010.

²³ España firmó el Convenio el 5.12.1997 pero no lo ha ratificado hasta el 18.2.2015, (BOE de 21.2.2015).

²⁴ BOE de 17.1.1996.

²⁵ En el mismo sentido, el art. 15 del CC estipula que la mayoría de edad se alcanza a los 18, y, por tanto, a sensu contrario, la minoría de edad comprende a todo ser humano que no haya cumplido aún los 18 años. Esta norma se complementa con la adquisición de la mayoría de edad, la cual, de conformidad con el art. 9.1 del CC, se rige por la ley nacional. No obstante, la institución de la emancipación permite salir de la minoría de edad antes de dicha edad. La emancipación se concede o bien por el Juez o bien por quien ejerza la patria potestad, siempre que se hayan cumplido los 16 años, tal y como prevé el art. 314 del CC. El menor emancipado, excepto para una serie de actos específicos previstos en el CC, es considerado como mayor de edad a todos los efectos, en especial en cuanto a sus condiciones de madurez y responsabilidad. Por tanto,

Ahora bien, esta posición difiere de la mantenida en otros instrumentos internacionales que vinculan a nuestro país en materia de protección de menores. Algunos de ellos imponen una calificación autónoma del concepto de “menor”²⁶. Así, a título de ejemplo, el Convenio de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles del secuestro internacional de menores contiene un concepto propio de menor según el cuál el Convenio deja de aplicarse cuando éste haya alcanzado la edad de 16 años²⁷. Esta referencia a los 16 años a efectos de determinar cuando estamos en presencia de un menor se hace igualmente presente en otros textos convencionales que vinculan a España en la materia. Así, el Convenio europeo relativo al reconocimiento y a la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia, de 20 de mayo de 1980²⁸ (en adelante, Convenio europeo de Luxemburgo de 1980), apunta en su artículo 1.a) que se entiende por menor a una “*persona, cualquiera que sea su nacionalidad, siempre que su edad sea inferior a los dieciséis años y que no tenga derecho a fijar su residencia, según la ley de su residencia habitual o de su nacionalidad o según la legislación interna del Estado requerido*”.

Otros textos, por el contrario, optan por una solución indirecta. Y, así, por ejemplo, el artículo 12 del Convenio de La Haya sobre competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores, de 5 de octubre de 1961²⁹ (en adelante Convenio de La Haya de 1961), apunta que a efectos del Convenio se entenderá como menor a toda persona que goce de tal condición “*de acuerdo con la ley interna del Estado del que es nacional, o la ley interna del Estado de su residencia habitual*”.

En contraste con esta situación de coexistencia de una pluralidad de entendimientos de lo que es y significa un “menor” el nuevo Reglamento Bruselas II ter introduce importantes novedades. Y, sí, como veremos en este trabajo, frente a la ausencia de una definición del menor en Reglamento Bruselas II bis, Reglamento 2019/1111 armoniza el

excepto por los actos específicos mencionados, los menores emancipados pueden ejercer sus derechos sin limitación. Al respecto vid. SERRANO RUIZ-CALDERÓN, M., BLANCO CARRASCO, M., NAVARRO COSTA, R. Y RIVERA ÁLVAREZ, J.M. *Protección de menores en el Derecho Civil español*, Servicio Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2018, p. 44.

²⁶ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho Internacional Privado*, Civitas (Thomson Reuters), Pamplona, 11ª ed., 2020, p. 394.

²⁷ Vid. Art. 4 Convenio de La Haya de 1980.

²⁸ BOE de 1.9.1984.

²⁹ BOE de 20.8.1987.

concepto de menor a efectos de aplicación del texto reglamentario señalando ahora que se entiende por tal a “*toda persona que tenga menos de 18 años*”³⁰.

Por último, y sin desconocer que el propio concepto de menor es un término discutido, y paulatinamente sustituido por la expresión “niños, niñas y adolescentes” (NNA), en este estudio procederemos a emplear el término “menor” frente al de NNA puesto que es el recogido en los Reglamentos objeto de estudio – el Reglamento Bruselas II bis y ter-. Sin perjuicio de lo anterior, queda constancia de que al hacer uso del concepto de menor estamos haciendo una mención global y genérica tanto a los niños, a las niñas como a los adolescentes.

2. El fraccionamiento del régimen jurídico de protección del menor en el ámbito internacional

Esta complejidad a la hora de concretar el significado de “menor” se reproduce en relación con las fuentes del modelo, muchas de las cuales hemos citado ya, precisamente, en el apartado anterior al abordar la mencionada noción de “menor”. La proyección de la compleja realidad de las familias internacionales y de la individualidad de los niños, niñas y adolescentes como sujetos titulares de derechos, y que, a su vez, merecen de una regulación específica que proteja sus derechos y responda a su interés superior, se traduce en un sistema de fuentes altamente complejo, fraccionado y sectorial desde la óptica de la disciplina del Derecho Internacional privado. Un sistema caracterizado por la existencia de un “amplio abanico de textos legales con vocación de aplicabilidad. Textos de época, origen, naturaleza, y ámbito de aplicación diversos”³¹, que configuran “un entramado complejo de colisión normativa”³².

No existe, así, un instrumento omnicompreensivo y unitario que regule todas las materias en relación con la protección de los menores desde el punto de vista de DIPr. Por contra, en el plano internacional y focalizándonos en la realidad europea, se han elaborado

³⁰ Vid. art. 2.2.6) del Reglamento Bruselas II ter. En detalle sobre esta cuestión vid. *infra* C. Introductorio ap. III.3.3.5, “La delimitación de la figura del menor en los Reglamentos Bruselas II bis y ter”.

³¹ ESPLUGUES MOTA, C. y IGLESIAS BUHIGUES, J.L.: “Lección 12^a. Capacidad y régimen de incapacidades”, *cit.*, p. 414.

³² GARAU SOBRINO F.: “Notas sobre la colisión de fuentes de Derecho Internacional Privado español sobre responsabilidad parental y protección del niño”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 3, n.º 1, 2011, p. 284.

una pluralidad de textos en materia de protección del menor tanto desde la propia UE como desde la Conferencia de La Haya de DIPr e, incluso, el Consejo de Europa. Un dato que genera una enorme complejidad al operador jurídico –y, por ende, al ciudadano- pero que no deja de carecer de lógica –incluso podría discutirse si resultaría posible o recomendable-, dado el amplio campo de materias que abarcaría la protección de menores. Así, sin ánimo de exhaustividad, cabría citar como materias en las que el menor ocupa un lugar central el establecimiento de la filiación, tanto por naturaleza como por adopción; la maternidad subrogada; el propio derecho a una identidad y al establecimiento de una nacionalidad; la delicada situación de los menores extranjeros no acompañados (MENAS); la responsabilidad parental del menor; o el establecimiento del derecho de alimentos en su favor.

Constatada la diversidad de asuntos transfronterizos en los que se puede ver involucrado un menor, y focalizándonos en el ámbito del proceso codificador del DIPr de Derecho de familia en la UE, lo cierto es que la responsabilidad parental del menor, como concepto amplio y abarcador y de origen europeo, es el que ha centrado la atención del legislador de la UE.

3. La responsabilidad parental y los Reglamentos Bruselas II bis y ter como marco general de protección del menor en el marco del DIPr de la UE, y su interrelación con otros instrumentos en la materia

A partir del bosquejo sucinto, práctica enunciación, de las dificultades derivadas de la inexistencia de una noción unitaria de menor y la presencia de un sistema de fuentes amplio y desestructurado para hacer frente al amplio abanico de materias en las que los menores y sus derechos se ven afectados desde la óptica del DIPr, nuestro estudio fija su objeto en la regulación de la responsabilidad parental en los Reglamentos Bruselas II – bis y ter-. Y ello en cuanto que dentro del proceso codificador del DIPr de la UE en materia de Derecho de familia, la responsabilidad parental del menor regulada por los Reglamentos Bruselas II, bis, y ahora ter, constituye a su vez el marco genérico y principal en materia de protección del menor, como la manifestación preclara de la progresiva toma de conciencia del legislador de la UE respecto de la necesidad de contar con instrumentos normativos que sitúen a los niños, niñas y adolescentes en el punto de mira, con la vocación de protección

de su interés superior en las situaciones y relaciones transfronterizas en las que se vean involucrados en el seno de la Unión.

En este escenario, el presente trabajo acota su objeto de estudio a la responsabilidad parental regulada por el Reglamento Bruselas II bis, ahora refundido en el nuevo Reglamento Bruselas II ter, de 2019. Estos instrumentos cubren los sectores de la competencia judicial internacional y la eficacia extraterritorial de decisiones en materia de responsabilidad parental –y sustracción internacional de menores-; así como en materia matrimonial. Quedan, por tanto, fuera del objeto de este estudio tanto la materia matrimonial –ajena a los menores- como la ley aplicable en materia de responsabilidad parental – por no estar regulada por los Reglamentos Bruselas II -bis y ter-.

Así, el carácter general del ámbito de aplicación del citado instrumento de Bruselas II bis –y en un futuro próximo del Bruselas II ter- lo sitúa como la piedra angular del espacio de libertad seguridad y justicia de la UE en materia de protección del menor, en el marco del proceso de armonización del Derecho privado y del Derecho internacional privado de la Unión Europea.

3.1 El marco normativo existente en la UE en relación con la responsabilidad parental. Del Reglamento Bruselas II bis al Reglamento Bruselas II ter: la foto fija del proceso de reforma

Los antecedentes del actual Reglamento Bruselas II bis se remontan a los inicios del proceso de codificación del DIPr de la UE y de la creación del espacio de libertad, seguridad y justicia de la UE, impulsado desde el Consejo Europeo celebrado en Tampere de 1999 y la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam³³. Este espacio se materializó con la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, y la consiguiente configuración de la cooperación judicial en el ámbito civil como parte del primer pilar en Derecho de la UE, proporcionando, con ello, la base jurídica para el desarrollo del actual DIPr de la UE³⁴. En

³³ Tratado de Ámsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, DO C 340, de 10.11.1997.

³⁴ Actualmente, tras el Tratado de Lisboa (Tratado por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, DO C 306, de 17.12.2007) la base jurídica que permite al legislador de la UE adoptar instrumentos en materia de DIPr se encuentra en el Título V (arts. 67.4 y 81) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Versión Consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, DO C 326/47, de 26.10.2012). El precepto diseña un conjunto de medidas diversas a

este contexto se aprobó el Reglamento (CE) n° 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 comunes³⁵ (en adelante Reglamento Bruselas II). Este primer texto reglamentario, como su propio nombre indica, limitaba su ámbito de aplicación a los hijos comunes del matrimonio en un contexto de separación o divorcio³⁶.

Sin embargo, el limitado ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas II provoca que en escaso tiempo se empiece a trabajar en un nuevo texto reglamentario, que se materializó con la Propuesta de la Comisión de mayo de 2002³⁷, según ciertos autores, más ambiciosa que el texto definitivo del Reglamento Bruselas II bis³⁸. Finalmente, se aprueba el actual Reglamento Bruselas II bis, en el que se amplía el ámbito de aplicación material a todas las cuestiones en materia de responsabilidad parental de cualquier niño, niña o adolescente, esto es, a la protección de menores en general³⁹.

El Reglamento Bruselas II bis nació con vocación de hacer frente a los crecientes retos, plurales, de la sociedad europea. Su objetivo principal era, y es, facilitar la libre circulación de personas entre Estados miembros, dotando a las familias internacionales de normas procesales uniformes en materia de competencia judicial internacional y

desarrollar en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza. Así, el Derecho Primario de la UE recoge, dentro del proceso de consolidación de un espacio judicial europeo – espacio de libertad, seguridad y justicia-, la posibilidad expresa para legislar en materia de DIPr desde la UE. Al respecto y por todos vid. IGLESIAS BUHIGUES, J.L.: “La cooperación judicial en materia civil (CJC) antes y después del Tratado de Ámsterdam”, *Revista General de Derecho*, n.º 644, 1998, pp. 5847-5862; e IGLESIAS BUHIGUES, J.L.: “Luces y sombras de la cooperación judicial en materia civil en la UE”, en FORNER I DELAYGUA, J.J., GONZÁLEZ BEILFUSS, C. y VIÑAS FARRÉ, R. (coords.): *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber amicorum Alegría Borrás*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 535-552.

³⁵ DO L 160, de 30.6.2000.

³⁶ Sobre el Reglamento Bruselas II vid., MOYA ESCUDERO, M.: “Competencia judicial y reconocimiento en materia de responsabilidad parental: El Reglamento de Bruselas II”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n.º 6, 2002, pp. 1713-1724; PALAO MORENO, G.: “Las Normas de Competencia Judicial Internacional del Nuevo Reglamento Comunitario en Materia de Matrimonial y de Responsabilidad Parental sobre Hijos Comunes”, en PARRA ARANGUREN, F. (ed.): *Libro Homenaje a Gonzalo Parra-Aranguren*, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2002, pp. 309-354.

³⁷ Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental derogando el Reglamento...

³⁸ ESPINOSA CALABUIG, R.: *Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 60.

³⁹ Sobre este cambio vid. FONT i SEGURA, A.: “El progresivo avance del Derecho Comunitario en materia de familia: un avance inconcluso de Bruselas II a Bruselas II bis”, *Revista Española de Derecho Internacional*, v. 56, 2004, pp. 273- 299.

reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras que propicien la seguridad jurídica⁴⁰. Para ello, se refuerza el principio de confianza judicial en el sistema jurídico y en las instituciones judiciales de todos los Estados miembros⁴¹.

En aquel momento, las iniciativas del legislador europeo en materia de familia fueron vistas con reticencia por una parte considerable de la doctrina. Se cuestionaba la base jurídica del nuevo Tratado de Ámsterdam, y se dudaba sobre la conveniencia de la regulación de cuestiones de Derecho de familia, debido a las existentes divergencias en las tradiciones jurídicas, culturales y sociales en una materia tan delicada como es el Derecho de familia⁴². No obstante, tras más de quince años desde la entrada en aplicación del Reglamento Bruselas II bis, hoy en día este instrumento constituye un eje central en la resolución de los litigios en materia de responsabilidad parental planteados ante los Tribunales de los Estados miembros de la UE.

Sin perjuicio de este reconocimiento, lo cierto es que su funcionamiento en la práctica ha demostrado ciertas debilidades y ha generado la ineludible necesidad de mejorar algunos aspectos de su regulación. En este contexto, la Comisión Europea procedió a evaluar su funcionamiento en la práctica en el marco del programa de adecuación y eficacia de la reglamentación (REFIT)⁴³. Con ello, se satisfacía la exigencia, prevista en el artículo 65 del Reglamento de que, a más tardar el 1 de enero de 2012, y a continuación cada 5 años, la Comisión debía presentar al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y

⁴⁰ Considerando 1 y 4 del Reglamento Bruselas II bis.

⁴¹ MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P. (eds.): "Introduction", en MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P. (eds.): *ECPIL, Volume IV Brussels IIbis Regulation*, Otto Schmidt, Colonia, 2017, pp. 6 y ss.

⁴² Sobre la etapa inicial del Reglamento Bruselas II bis vid. : CORNELOUP, S.: "Les règles de compétence relatives à la responsabilité parentale", en FULCHIRON, H. y NOURISSAT, C. (eds.): *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Dalloz, París, 2005, pp. 69 y ss.; ESPINOSA CALABUIG, R.: "La responsabilidad parental y el nuevo Reglamento "Bruselas II bis": entre el interés del menor y la cooperación judicial interestatal", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, v. 3, n.º 4, 2003, pp.735-782; DIAGO DIAGO, P.: "El derecho de los hijos a mantener relaciones personales con ambos progenitores. A propósito de la propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental y su extensión a la sustracción de menores", en *Cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián*, v. 4, 2003, pp. 205-220; HERRANZ BALESTEROS, M.: "El Reglamento (CE) núm. 2201/2003. Alcance de la reforma en materia de sustracción internacional de menores en el espacio judicial europeo", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º 13, 2004; RODRÍGUEZ PINEAU, E.: "El nuevo Reglamento Comunitario sobre litigios matrimoniales y responsabilidad parental", *Diario LA LEY*, n.º 5944, 2004, pp. 1-21.

⁴³ Vid. Legislar mejor para obtener mejores resultados - Un programa de la UE [COM(2015) 215 final].

Social Europeo, un informe basado en la información proporcionada por los Estados miembros relativo a la aplicación del Reglamento⁴⁴.

Después del proceso de consulta pública, en abril de 2014 la Comisión aprobó dicho informe de aplicación dirigido al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo (en adelante Informe sobre la aplicación del Reglamento Bruselas II bis de 2014)⁴⁵. En él, y sin perjuicio de apreciar su buen funcionamiento en términos generales, la Comisión Europea concluía la necesidad de modificar ciertos aspectos del Reglamento Bruselas II bis. En consecuencia, el 30 de junio de 2016 la Comisión aprobó la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición)⁴⁶ (en adelante Propuesta de la Comisión de 2016)⁴⁷.

El objetivo principal de esta propuesta era *“seguir desarrollando el espacio europeo de justicia y derechos fundamentales basado en la confianza mutua, suprimiendo los obstáculos que subsisten a la libre circulación de las resoluciones, en consonancia con el principio de reconocimiento mutuo, así como proteger mejor el interés superior del niño mediante la simplificación de los procedimientos y la mejora de su eficacia”*⁴⁸.

La Comisión era consciente de que de los dos principales ámbitos cubiertos por el Reglamento Bruselas II bis, cuestiones matrimoniales y cuestiones de responsabilidad

⁴⁴ Vid. FORCADA MIRANDA, J.: *Sustracción internacional de menores y mediación familiar*, Sepín, Madrid, 2015, p. 69.

⁴⁵ COMISIÓN EUROPEA: “Informe de 2014 de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación del Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo 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”, Bruselas, 15.4.2014, COM(2014) 225 final.

⁴⁶ COMISIÓN EUROPEA: “Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición)” {SWD(2016) 207 final} {SWD(2016) 208 final}, Bruselas, 30.6.2016, COM(2016) 411 final 2016/0190 (CNS).

⁴⁷ Previamente, ya hubo un intento de reforma que no prosperó: la Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 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 2006/0135 (CNS). En este caso, su objetivo era unificar las normas de conflicto aplicables a la separación y divorcio. Sin embargo, no se consiguió la unanimidad de los Estados miembros, requisito requerido para el sector del Derecho de familia (actualmente el art. 81.3 del TFUE), y por ello, se recurrió a la cooperación reforzada, aprobándose finalmente el Reglamento (UE) 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 (en adelante Reglamento Roma III).

⁴⁸ COMISIÓN EUROPEA: “Propuesta...”, *cit.*, p. 2.

parental, estas últimas eran las que han planteado graves problemas en la práctica⁴⁹. En concreto, las principales deficiencias detectadas por la Comisión referían al procedimiento de restitución de menores y su eficacia en la práctica, al acogimiento del menor en otro Estado miembro, a la audiencia del menor en todos los asuntos que le afectan, al procedimiento de *exequátur* como un obstáculo a la libre circulación de las resoluciones judiciales, así como las divergencias legislativa entre los Estados miembros en el procedimiento de ejecución y la ejecución efectiva de las decisiones o la cooperación entre las autoridades centrales⁵⁰.

La posible reforma del Reglamento Bruselas II bis, por su propia relevancia, trascendió el ámbito estrictamente legislativo y era objeto de debate en diversos planos. Por un lado, la doctrina ya había señalado sugerencias de reforma respecto de los puntos más problemáticos de la aplicación del Reglamento Bruselas II bis⁵¹: existen estudios tanto académicos como de las propias instituciones de la UE respecto a los fallos del sistema⁵². Y,

⁴⁹ *Ibíd.*, pp. 2 y 3.

⁵⁰ *Ibíd.*, p. 3 y ss.

⁵¹ La doctrina es citada a lo largo de la obra, en este punto, basa citar a título de ejemplo de autores que plantearon la necesidad de reforma del Reglamento Bruselas II bis: DE BOER, T. M.: “What we should *not* expect from a recast of the Brussels IIbis Regulation”, *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, n.º 1, 2015, pp. 10 -19; KRUGER, T. y SAMYN, L.: “Brussels II bis: successes and suggested improvements”, *Journal of Private International Law*, v. 12, n.º 1, 2016, pp. 132-168;

FORCADA MIRANDA, J.: *Sustracción internacional de menores y mediación familiar*, cit., pp. 69-72.

⁵² Entre otros, vid. VAN LOON, H.: “The Brussels IIa Regulation: towards a review?”, en PARLAMENTO EUROPEO: “Cross-border activities in the EU- Making life easier for citizens, Workshop for the JURI Committee”, *Directorate General for internal policies. Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs*, 2015, pp. 178-207. Versión *on line* disponible en [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/510003/IPOL_STU\(2015\)510003_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/510003/IPOL_STU(2015)510003_EN.pdf), último acceso el 23.4.2020; COMISIÓN EUROPEA: “Study on the assessment of Regulation (EC) No 2201/2003 and the policy options for its amendment”, *Directorate-General for Justice and Consumers*, 2015. Versión *on line* disponible en <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/924728ec-9148-11e8-8bc1-01aa75ed71a1>, último acceso el 14.12.2020; AA.VV.: “Cross-border parental child abduction in the European Union”, *Directorate General for internal policies. Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs*, Study for the LIBE Committee (elaborado por el Instituto Suizo de Derecho Comparado), 2015. Versión *on line* disponible en https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/510012/IPOL_STU%282015%29510012_EN.pdf, último acceso el 23.4.2020; PARLAMENTO EUROPEO: “Cross-border Placement of Children in the European Union”, *Directorate General for internal policies. Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs*, 2015. Versión *on line* disponible en <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/5df1d5f2-7278-11e5-9317-01aa75ed71a1>, último acceso el 23.4.2020; GALLUS, N.: “The point of view of a specialised lawyer”, en PARLAMENTO EUROPEO: “Recasting the Brussels IIa Regulation. Workshop 8 November 2016, Compilation of Briefings for the JURI Committee”, *Directorate General for internal policies. Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs*, PE 571.383, 2016, pp. 29-35. Versión *on line* disponible en [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571383/IPOL_STU\(2016\)571383_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571383/IPOL_STU(2016)571383_EN.pdf), último acceso el 23.4.2020.

por otro, también el TJUE se había pronunciado hasta en veintidós ocasiones sobre cuestiones de responsabilidad parental y sustracción internacional de menores⁵³.

A su vez, en respuesta a la citada Propuesta de la Comisión de 2016, el 21 de abril de 2017 el Comité Económico y Social Europeo elaboró el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición)»⁵⁴ (en adelante Dictamen del Comité Económico y Social Europeo). Y, por su parte, el Parlamento Europeo emitió la correspondiente resolución con fecha de 18 de enero de 2018, la Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición)⁵⁵ (en adelante Resolución legislativa del Parlamento Europeo de 2018).

Como corolario de todo lo anterior, se siguió un proceso de negociación en el seno del Consejo de la UE⁵⁶, en el que destaca, en particular, la orientación general emitida por la Presidencia del Consejo de la UE el 30 de noviembre de 2018⁵⁷ (en adelante Propuesta de la Presidencia del Consejo de la UE de 2018), en la que se incorporaron importantes cambios respecto a la Propuesta de la Comisión de 2016. Finalmente, el 25 de junio de 2019, el Consejo aprobó el Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones

⁵³ La jurisprudencia del TJUE en la materia es analizada a lo largo de todo el trabajo por materias.

⁵⁴ COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO: “Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición)»”, [COM(2016) 411 final — 2016/019 (CNS)] (2017/C 125/06).

⁵⁵ PARLAMENTO EUROPEO: “Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición)”, [COM(2016)0411 – C8-0322/2016 – 2016/0190(CNS)], Bruselas, 18.1.2018.

⁵⁶ PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE LA UE: “Orientación general sobre la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición)”, Expediente interinstitucional: 2016/0190(CNS), JUSTCIV 292 Bruselas, 30.11.2018.

⁵⁷ Una información muy completa de todas las fases del proceso legislativo que precedieron a la definitiva aprobación del Reglamento 2019/1111, con referencia a los distintos documentos que fueron publicándose, puede encontrarse en: https://eur-lex.europa.eu/procedure/EN/2016_190.

en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida). Este nuevo texto reglamentario entrará en aplicación el 1 de agosto de 2022⁵⁸.

A lo largo de este largo proceso han variado los textos y, también, los enfoques y soluciones incorporados, de ahí que resulte necesario, para comprender la situación pergeñada por el nuevo Reglamento 2019/1111, valorar algunos de los textos a lo largo de este estudio sobre los que se ha articulado su elaboración. El objeto de este estudio será, precisamente, abordar toda esta problemática para finalmente responder a si el Reglamento Bruselas II ter mejora la regulación existente.

3.2 La interrelación del Reglamento Bruselas II – bis y ter- con los otros instrumentos de DIPr de la UE que afectan al menor

La armonización del Derecho privado y del Derecho internacional privado de la Unión Europea constituye un proceso largo y amplio, que no siempre ha estado exento de tensiones y dificultades, y cuyos resultados varían en trascendencia según el enfoque y los ojos desde los que se aproxime⁵⁹. Con todo, y tratándose de un tema que excede con mucho el objeto de esta investigación, cualquier análisis de los Reglamentos Bruselas II bis y ter se enmarca necesariamente en este proceso y se embebe de todas las fases, controversias, éxitos

⁵⁸ Art. 100.1 del Reglamento Bruselas II ter: “*el presente Reglamento solo será aplicable a los procedimientos incoados, a los documentos públicos formalizados o registrados y a los acuerdos registrados el 1 de agosto de 2022 o después de esa fecha*”.

⁵⁹ Un análisis pormenorizado de la evolución del proceso de armonización, específicamente, del DIPr en la UE, de sus fases, dificultades y resultados, se encuentra en ARENAS GARCÍA, R.: “Cinco décadas de proceso codificador en la UE: historia de un éxito”, en ESPLUGUES MOTA, C., DIAGO DIAGO, P. y JIMÉNEZ BLANCO, P.: *50 años de Derecho Internacional Privado de la Unión Europea en el diván*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 23 y ss.; SÁNCHEZ LORENZO, S.: “Cincuenta años de Derecho Internacional Privado de la Unión Europea: el lado oscuro”, en ESPLUGUES MOTA, C., DIAGO DIAGO, P. y JIMÉNEZ BLANCO, P.: *50 años...*, *cit.*, pp. 53 y ss.; 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. y PALAO MORENO, G.: *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea, Liber amicorum José Luis Iglesias Buhígues*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 133 y ss.; BAARSMA, N.A.: *The Europeanisation of International Family Law*, Springer, The Hague, 2011, pp. 79 y ss.; CAMPUZANO DÍAZ, B.: “La política legislativa de la UE en DIPr de Familia. Una visión de conjunto”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 5, n.º 2, 2013, pp. 234-264; 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, pp. 117-186.

y dificultades de éste. De hecho, algunas de estas últimas como la relativa a su interacción con otros procesos codificadores internacionales⁶⁰, se hacen muy patentes en esta materia.

Como consecuencia directa del fraccionamiento del modelo normativo internacional de DIPr en materia de Derecho de familia, el Reglamento de Bruselas II bis - y ahora, también el Bruselas II ter-, pese a su corte generalista, coexiste con otros instrumentos tanto convencionales como elaborados por la propia UE- que regulan de forma particular determinadas materias; directa o indirectamente relacionadas con los menores⁶¹.

Centrándonos en los instrumentos de DIPr de la Unión, esta interacción entre diferentes instrumentos de la UE con ámbitos de aplicación diferenciados es susceptible de plantear en la práctica dificultades, inconsistencias y problemas de coordinación⁶².

Focalizándonos en este nivel⁶³, y como ejemplo paradigmático de la interacción entre textos normativos de la propia UE en relación con el menor, cabe referirse a las consecuencias jurídicas susceptibles de desencadenarse tras una crisis matrimonial; una cuestión íntimamente ligada a la responsabilidad parental, puesto que tendrán que atribuirse los derechos de custodia y visita sobre los menores a cargo. Así, en materia de competencia judicial internacional, el divorcio, separación o nulidad del matrimonio son regulados en el Reglamento Bruselas II bis – y ahora, también, el ter- soluciones que, a su vez, deben combinarse con una regulación separada, aunque presente en el mismo Reglamento, en

⁶⁰ Al respecto, y por todos, PERTEGÁS SENDER, M.: “El proceso de codificación del DIPr en la Unión Europea y su interacción con otros procesos de codificación: La Haya” en ESPLUGUES MOTA, C., DIAGO DIAGO, y P. JIMÉNEZ BLANCO, P.: *50 años..., cit.*, pp. 175 y ss.

⁶¹ Para un estudio global de la familia en la UE vid., por todos, CARPANETO, L., PESCE, F. y QUEIROLO, I.: *La «Famiglia in movimento» nello spazio europeo di liberta e giustizia*, Giappichelli, Torino, 2019.

⁶² ESPINOSA CALABUIG, R.: “Cross-border Family Issues in the EU: Multiplicity of Instruments, Inconsistencies and Problems of Coordination”, en RUIZ ABOU-NIGM, V. y NOODT TAQUELA, M.B.: *Diversity and Integration in Private International Law*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 2019, pp. 65 y ss.

⁶³ Para una aproximación en conjunto sobre los instrumentos de DIPr de la UE vid., por todos, IGLESIAS BUHIGUES, J.L.: “General Appraisal and Genesis of Regulatory Instruments in the Field of Civil and Commercial Law”, en FORNER I DELAYGUA, J.J. y SANTOS, A. (ed. Lit.): *Coherence of scope of application. EU private international legal instruments*, Schulthess Éditions Romandes, Ginebra – Zurich, 2020, pp. 13-25; en materia de familia PALAO MORENO, G., AZCÁRRAGA MONZONÍS, C. y QUINZÁ REDONDO, P.: “Los Reglamentos europeos aplicables a las crisis familiares”, en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., CHAPARRO MATAMOROS, P., y MUÑOZ RODRIGO, G. (coords.): *Las crisis familiares: tratado práctico interdisciplinar*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 808-859; sobre su aplicación en España ESPINOSA CALABUIG, R., CARBALLO PIÑEIRO, L., et. al: “The Application of the EUFam’s Regulations in Spain”, en VIARENGO, I. y VILLATA, F. (eds.): *Planning the Future of Cross Border Families. A Path Through Coordination*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2020, pp. 543-558; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “Una visión general posible del Derecho Internacional privado de familia en la UE”, *LA LEY Derecho de Familia*, n.º 17, 2018.

relación con las cuestiones de responsabilidad parental. Siendo que en todo ello subyace un dato previo importante: la ausencia de respuesta normativa europea en el plano de la filiación, materia referida habitualmente, salvo en el caso de la filiación adoptiva, al legislador nacional.

La interacción, sin embargo, no queda limitada a este ámbito, habría que sumarle la eventual decisión en relación con la obligación de alimentos en favor de los menores. Una cuestión que es habitual que aparezca vinculada a la materia de responsabilidad parental en el contexto de una crisis de pareja⁶⁴ y que está regulada por el Reglamento (CE) n° 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 alimentos⁶⁵ (en adelante Reglamento 4/2009). En este caso, a pesar de que la normativa no se refiere específicamente al menor, sí prevé consecuencias diferenciadas para aquellos casos en los que el alimentista sea un menor⁶⁶. Además, no lo olvidemos, el Reglamento 4/2009 interactúa con textos de origen convencional⁶⁷.

Por último, aunque no directamente relacionada con la responsabilidad parental, las cuestiones relativas a la disolución del régimen económico matrimonial también constituye una consecuencia de las crisis matrimoniales, y por tanto, en este caso interactuaría el 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

⁶⁴ Como ejemplo de esta problemática vid., entre otros, VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M.: “Crisis familiar, responsabilidad parental y alimentos: revisando las cuestiones generales en un divorcio transnacional (Audiencia Provincial Barcelona - Sentencia de 15/04/2019)”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 12, n.º 2, 2020, pp. 784-794.

⁶⁵ DO L 7, de 10.1.2009. En esta materia vid., entre otros, CASTELLANOS RUIZ, M.J.: *Derecho de Alimentos. Aspectos Internacionales y Transfronterizos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017; WALKER, L.: *Maintenance and Child Support in Private International Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2015; SOTO MOYA, M.: “Reclamaciones internacionales de alimentos a favor de hijos menores: competencia judicial internacional y ley aplicable”, en GARCÍA GARNICA, M.C. Y MARCHAL ESCALONA, N. (dirs.): *Aproximación interdisciplinaria a los retos actuales de protección de la infancia dentro y fuera de la familia*, Aranzadi, Madrid, 2019, pp. 559-580; PÉREZ CEDILLO, A.: “Los menores y la prestación de alimentos. La experiencia europea”, en OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, C. (Dir.): *Justicia civil en la Unión Europea. Evaluación de la experiencia española y perspectivas de futuro*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 275-290.

⁶⁶ RODRÍGUEZ MATEOS, P.: “La diversidad normativa en la protección internacional del menor”, en FORNER I DELAYGUA, J.J., GONZÁLEZ BEILFUSS, C. y VIÑAS FARRÉ, R. (coords.): *Entre Bruselas y La Haya...*, cit., pp. 785 y 786.

⁶⁷ En concreto, el Protocolo de 23 de noviembre de 2007 sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias, DO L 331, de 16.12.2009.

matrimoniales (en adelante Reglamento 2016/1103)⁶⁸. Es evidente, en definitiva, que nos encontramos ante un marco normativo complejo, en el que, en función de las circunstancias del caso concreto, se deberán aplicar uno o varios instrumentos jurídicos. Lo cual, “proporciona un panorama complejo, fraccionado e incompleto, que nos deja aún muy lejos del *desiderátum* de un Reglamento único para todo el Derecho de familia o, al menos, de textos completos y claros para cada una de las materias”⁶⁹.

E incluso, y aunque no se trate de una materia incardinable estrictamente en el ámbito del Derecho de Familia, también el Reglamento (UE) n° 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 europeo⁷⁰ (en adelante Reglamento 650/2012) impacta sobre el menor y sus expectativas jurídicas. Por ejemplo, en aquellas cuestiones en las que existan dudas sobre su calificación de una materia forma parte de la responsabilidad parental o, por el contrario, se trata de una materia sucesoria.

3.3 La interacción del Reglamento Bruselas II bis y ter con el plano convencional: los Convenios de La Haya de 1996 y 1980

No es este, sin embargo, el único plano de interacción normativa. Además del contacto del Reglamento Bruselas II bis -y ter- con otros Reglamentos de familia de la UE, los Reglamentos Bruselas II bis y ter conviven con otros textos de carácter convencional que, en la práctica añaden un plus de complejidad a la regulación de las situaciones privadas internacionales y un grado adicional de tensión al operador jurídico encargado de aplicarla.

⁶⁸ DO L 183, de 8.7.2016. E, incluso, en el caso de estar hablando del régimen económico de una pareja de hecho interactuaría el Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo, de 24.6.2016, 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 efectos patrimoniales de las uniones registradas, DO L 183/1, de 8.7.2016 (en adelante Reglamento 2016/1104). Sobre el régimen económico matrimonial en la UE vid., por todos, QUINZÁ REDONDO, P.: “La unificación -fragmentada- del derecho internacional privado de la unión europea en materia de régimen económico matrimonial. El Reglamento 2016/1103”, *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 41, 2018, pp. 180-222; QUINZÁ REDONDO, P.: *Régimen económico matrimonial: aspectos sustantivos y conflictuales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.

⁶⁹ BORRÁS RODRÍGUEZ, A.: “Bruselas II, Bruselas II bis, Bruselas II ter...”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 38, 2019, p. 5.

⁷⁰ DO L 201, de 27.7.2012, vid., al respecto, el Considerando 53.

1) Así, en el ámbito convencional ocupa un lugar central, igualmente, el ya mencionado 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. La concurrencia de un texto institucional, como es el Reglamento Bruselas II –bis y ter- y un texto convencional en materia de responsabilidad parental constituye una manifestación evidente de la existencia de algunas duplicidades normativas en el desarrollo del proyecto armonizador desarrollado en el seno de la Unión que, en ciertas ocasiones, son difíciles de justificar y, también, en la práctica, de armonizar⁷¹. De hecho, ante la existencia del texto convencional de 1996, elaborado en el seno de la Conferencia de La Haya de DIPr, alguna doctrina europea llegó a cuestionarse sobre la necesidad real de elaborar una solución estrictamente “europea” en la materia⁷².

De hecho, lo cierto es que el Convenio de La Haya de 1996 sirvió claramente de inspiración al legislador de la UE en la elaboración del Reglamento Bruselas II bis, y ahora del ter. Ambos instrumentos regulan la responsabilidad parental del menor, aunque difieren en los sectores cubiertos en su ámbito de aplicación, ya que mientras que, como es sabido, los Reglamentos Bruselas II bis y ter, abarcan el sector de la competencia judicial internacional y de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en materia de crisis matrimoniales y responsabilidad parental, el Convenio de La Haya de 1996 cubre los tres sectores de DIPr –competencia judicial, determinación del derecho aplicable y reconocimiento y ejecución de resoluciones foráneas- pero focalizándose exclusivamente en materia de responsabilidad parental⁷³.

En relación con la interrelación entre ambos instrumentos, baste ahora apuntar, con carácter previo y genérico, que el Reglamento Bruselas II bis – y ahora, también, el ter- prevalece sobre el Convenio de La Haya de 1996 en las siguientes situaciones:

⁷¹ En este sentido, MOYA ESCUDERO, M.: “Integración del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 en el Reglamento Bruselas II bis”, en VÁZQUEZ GÓMEZ, E.M., ADAM MUÑOZ, M.D. y CORNAGO-PRIETO, N. (coord.): *El arreglo pacífico de las controversias internacionales: XXIV Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho internacional y Relaciones internacionales (AEPDIRI), Córdoba, 20-22 de octubre*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 569.

⁷² Sobre esta cuestión vid. MOYA ESCUDERO, M.: “Integración del Convenio ...”, *cit.*, p. 570.

⁷³ En profundidad sobre el Convenio de La Haya de 1996 vid. por todos, LOWE, N. Y NICHOLLS QC, M.: *The 1996 Hague Convention on the Protection of Children*, Family Law, Bristol, 2012; AAVV: *International Issues in Family Law. The 1996 Hague Convention on the Protection of Children and the Brussels Ila*, Family Law, Bristol, 2015.

i) Por un lado, en materia de competencia judicial internacional, cuando el menor tenga su residencia habitual en un Estado miembro.⁷⁴

ii) Y, por otro, en el sector de reconocimiento y ejecución de decisiones y cooperación entre autoridades cuando los Estados implicados sean miembros de la UE.

Dicha interrelación entre los dos instrumentos, prevista en el artículo 61 del Reglamento Bruselas II bis, se recoge ahora en el artículo 97 del Reglamento Bruselas II ter, resolviendo algunos problemas interpretativos que se habían planteado.

Ahora bien, a pesar de la prevalencia de los Reglamentos Bruselas II bis y ter-respecto del Convenio de La Haya de 1996 en los sectores cubiertos por el primero, ambos textos, tal como iremos desgranando a lo largo de este estudio, pueden llegar a interrelacionar en ciertos puntos concretos. Adicionalmente, el texto convencional continúa ocupando un lugar central en la determinación de la ley aplicable en materia de responsabilidad parental, sector, no obstante, recordemos, que no es abordado en el estudio por no estar cubierto por los Reglamentos de Bruselas II – bis y ter-. Basta apuntar, en relación con este punto, que el nuevo Reglamento Bruselas II ter incluye una remisión expresa a la aplicación del Convenio de La Haya de 1996 en el sector de Derecho aplicable, si bien lo hace a través de un Considerando, el 92⁷⁵.

2) Igualmente, en el ámbito convencional, posee una relevancia fundamental el Convenio de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles del secuestro internacional de menores, como instrumento que interrelaciona directamente con los Reglamentos Bruselas II bis y ter – por su propia remisión- en materia de sustracción internacional de menores al Convenio.

⁷⁴ En relación con la competencia judicial internacional se establece una regla general (art. 97.1.a) acompañada de tres reglas especiales (art. 97.2 a, b y c). En profundidad sobre la relación entre el Reglamento Bruselas II ter y el Convenio de La Haya de 1996 vid. CAMPUZANO DÍAZ, B.: “El nuevo Reglamento (UE) 2019/1111: análisis de las mejoras en las relaciones con el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 sobre responsabilidad parental”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 12, n.º 2, n.º 1, pp. 97-117. Sobre esta cuestión vid. *infra* Cap. Segundo.

⁷⁵ Considerando 92 del Reglamento Bruselas II ter: “*la legislación aplicable en materia de responsabilidad parental debe determinarse de conformidad con las disposiciones del capítulo III del Convenio de La Haya de 1996. Al aplicar dicho Convenio en un procedimiento ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro en el que se aplique el presente Reglamento, la referencia que se hace en el artículo 15, apartado 1, de dicho Convenio a «las disposiciones del capítulo II» de dicho Convenio debe entenderse como una referencia a «las disposiciones del presente Reglamento»*”.

En efecto, una vez más, en la UE existe un marco jurídico “poliédrico”⁷⁶ en esta materia, en el que interactúan normas con ámbito y origen diferenciados. La relación entre el Reglamento Bruselas II bis y el Convenio de La Haya de 1980 ha sido ciertamente compleja, suscitando importantes fricciones en la práctica, que finalmente han sido confrontadas en el Reglamento Bruselas II ter, que cuenta con la vocación de clarificar la interrelación de ambos instrumentos, tal como veremos en profundidad en el Capítulo Cuarto de este estudio, relativo a la sustracción internacional de menores en la UE⁷⁷.

Ciertamente, los Convenios de La Haya de 1980 y 1996 son aquellos que mayor incidencia tienen en el funcionamiento del Reglamento Bruselas II bis y ter, y por este motivo, son los instrumentos que serán analizados en este trabajo en la medida en que más clara y ampliamente interactúan con los citados textos reglamentarios. No obstante, en el panorama internacional coexisten otros textos convencionales que, ahora, sin embargo, cuentan con una aplicación residual en la UE, tras la promulgación de los citados textos legales en materia de responsabilidad parental. Sin ánimo de exhaustividad, podrían citarse como ejemplo de lo anterior, tanto al Convenio de La Haya de 1961 sobre competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores, elaborado en el seno de la Conferencia de La Haya de DIPr. O, en el ámbito del Consejo de Europa, el Convenio europeo de Luxemburgo de 1980, relativo al reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de custodia de menores, así como el establecimiento de dicha custodia.

3.4 El carácter residual de las normas de DIPr de origen interno en materia de responsabilidad parental

No obstante, la interacción no acaba ahí. Junto al plano institucional y al convencional, también las normas de origen nacional cuentan con una vocación de aplicabilidad sesgada, en este caso, por los dos niveles normativos anteriores. En este sentido, la pluralidad de fuentes de origen institucional y convencional del modelo español de DIPr en materia de responsabilidad parental conlleva como consecuencia directa el marcado carácter residual de las normas de origen interno en este ámbito. Así, a título de

⁷⁶ REIG FABADO, I.: “El traslado ilícito de menores en la Unión Europea: retorno vs. violencia familiar o doméstica”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 10, n.º 1, 2018, pp. 613.

⁷⁷ Al respecto, vid. *infra* Cap. Cuarto.

ejemplo, y dejando de lado, insistimos, el sector de la determinación del derecho aplicable, que queda fuera del ámbito de estudio de esta Tesis, en materia de competencia judicial internacional el ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas II bis dejaría sin apenas virtualidad práctica al artículo 22 *quáter* d) de la LOPJ, que devendría en un foro residual en materia de responsabilidad parental⁷⁸.

II. HACIA LA CONFORMACIÓN Y POSTERIOR INTERPRETACIÓN DE LA DIFUSA NOCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN EL DIPR

Si bien proyección normativa internacional del modelo de protección del menor se caracteriza por la pluralidad de fuentes legales y por su extremada complejidad, existe un rasgo común en que todas ellas coinciden. Todos los textos internacionales en materia de derechos del menor reconocen al interés superior del menor como principio rector supremo en todos los asuntos que le afectan.

La actual configuración de los derechos del menor, de su reconocimiento y de su regulación, es fruto del amplio y profundo desarrollo acaecida en la materia a lo largo del siglo XX, que ha venido protagonizado por la transformación de la mirada de la sociedad respecto a la infancia. Desde una posición de indiferencia legal hacia los menores y sus intereses más allá de una cierta mirada de ternura o caridad, la sociedad industrial fue evolucionando con el transcurso del siglo hacia una concienciación en torno a la especial condición de los menores y la consecuente necesidad de protección de la infancia. Sin que ello implicase el logro de una plena individualización de su figura, al continuar vinculados los menores de edad, en muchos ámbitos, a la familia, al matrimonio, y a la figura del *pater familiae*. Tampoco la perspectiva de los menores como personas necesitadas de protección fue, posteriormente, suficiente *per se* para resaltar su figura, sus necesidades y la particularidad de sus expectativas, intereses y regulación.

Tras la II Guerra Mundial, la evolución de la sociedad, amparada y unida a la influencia de la teoría de los derechos humanos, impulsó un cambio de paradigma en la concepción del menor en el que el menor deja de ser un “objeto de protección” para pasar a ser un “sujeto de derecho”. El fin de la Guerra llevó aparejada una expansión en la

⁷⁸ Al respecto vid. *infra* Cap. Primero, ap. II. 4.2.3.2 “El foro residual en materia de responsabilidad parental”.

promulgación y el reconocimiento de los derechos humanos, tanto en las normas internas de los Estados, con la constitucionalización de los derechos fundamentales, como en tratados internacionales, destacando en este sentido, lógicamente, la labor de Naciones Unidas.

La internacionalización, europeización y constitucionalización de los derechos humanos, desde su surgimiento, ha estado en constante evolución, incrementando paulatinamente su capacidad de influencia en el resto del ordenamiento jurídico. En tal sentido, años más tarde, también en el contexto europeo, tanto el Consejo de Europa como la propia UE procederán a impulsar sistemas de protección regional de los derechos humanos.

El menor adquiere en la actualidad la condición de centro de gravedad en todas las relaciones y situaciones que le afectan: es el sujeto a proteger con preferencia a cualquier otro sujeto implicado en cualquiera de ellas⁷⁹. En línea con ello, el principio del interés superior del menor se presenta como plasmación y corolario de esta nueva concepción en todos los asuntos que afecten a los menores⁸⁰. Una posición que, como patentizaremos en este estudio afecta también al DIPr, en el que el principio del interés superior del menor irrumpe y se hace presente con especial fuerza, atendido el especial problematismo generado por las situaciones que presentan elementos de internacionalidad⁸¹.

En el caso de Europa, al igual que la teoría de los derechos humanos ha impregnado a los ordenamientos jurídicos europeos, también ha influido en gran medida en la proyección de los valores materiales en las distintas normas de DIPr, también, lógicamente, las relativas al menor y a todo el elenco de relaciones y situaciones en que se ven envueltos. Los valores y objetivos articulados en el marco de este discurso de derechos humanos se han ido incardinando paulatinamente en las normas de DIPr como valores materiales, materializándolas; con el ejemplo paradigmático, precisamente, del principio del interés

⁷⁹ Vid. CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho Internacional Privado, Volumen II*, Comares, Granada, 18ª ed., 2018, p. 428.

⁸⁰ Al respecto vid. CHACÓN MARTÍNEZ, A.: *El interés superior del menor. Historia de un reconocimiento jurídico en los derechos humanos para la infancia (siglos XVIII-XXI)*, Ediciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2019, pp. 19 y ss.

⁸¹ En este sentido BUCHER, A.: *L'enfant en droit international privé*, Helbing & Lichtenhahn L.G.D.J., Bâle, 2003, p. 4 ; BARATTA, R.: "Derechos fundamentales y Derecho internacional privado de familia", *Anuario español de Derecho Internacional privado*, t. XVI, 2016, pp. 103-126; LEGENDRE, R.: "Droits fondamentaux et droit international privé. Réflexion en matière personnelle et familiale ", Thèse de doctorat en droit, soutenue le 6.12.2018, Université Paris II – Panthéon-Assas. Direction de Madame Léna Gannagé.

superior del menor en las normas relativas a la protección de menores⁸². En línea con ello, los diversos instrumentos jurídicos impulsados desde la UE para facilitar la resolución de los procesos con elemento extranjero que involucran al menor asumen y vienen inspirados en el principio del interés superior del menor y en su necesaria salvaguarda.

Sin embargo, si bien resulta imprescindible esbozar las líneas generales del reconocimiento de los derechos del menor y del principio del interés superior del menor en el ámbito internacional, europeo y español, algo que hacemos en nuestro estudio, resulta igualmente necesario, como tarea previa, aproximar el significado de una noción especialmente difusa, compleja y, también, maleable como la del interés superior del menor como premisa imprescindible para cualquier evaluación de la influencia de este principio en la disciplina de DIPr.

1. El reconocimiento universal de los derechos del menor y del principio del interés superior del menor: codificación genérica v. especial

La actual regulación de los derechos del menor, tanto en el ámbito internacional, como regional europeo como, también, español, pone de manifiesto tanto su enorme pluralidad en lo que las fuentes normativas se refiere como, el hecho, ya lo hemos avanzado, de que todas ellas toman como elemento de coincidencia la aceptación del menor como sujeto de derechos, el reconocimiento de la existencia de derechos que les son propios e inmanentes y, también, la plasmación como guía esencial y objetivo en todo aquello que le afecta del principio del interés superior del menor.

1.1 El desarrollo de los derechos del menor, y del principio del interés superior del menor, como valor universal

El reconocimiento universal de los derechos del menor ha venido impulsado desde el ámbito internacional al amparo de los instrumentos adoptados en materia de derechos humanos.

⁸² HERRANZ BALLESTEROS, M.: *El interés del menor en los Convenios de La Haya de Derecho Internacional Privado*, Lex Nova, Valladolid, 2004, p. 118.

Los derechos del menor no pueden comprenderse sin una visión global del proceso de gestación y desarrollo del derecho moderno internacional de los derechos humanos en el escenario histórico posterior a la II Guerra Mundial. Los aliados impulsan la creación de Naciones Unidas, y es en ese momento histórico en el que germinan con fuerza las teorías, ya existentes con anterioridad, basadas en la idea de que los seres humanos son iguales por su misma condición de seres humanos y merecen igual respeto y dignidad. También los menores como categoría propia e independiente del resto de las personas, con sus especiales características y necesidades.

1.1.1 El proceso de especificación de los derechos humanos del menor: la Convención de Derechos del Niño de 1989

Dentro del moderno movimiento pro-derechos humanos posterior a la contienda mundial se aprecia una preocupación creciente por los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Así se refleja en los textos de carácter general elaborados por las Naciones Unidas que, aunque sin reflejar de forma específica los derechos de los menores, sí hacen ya referencia a la protección de la infancia y de la familia quedando reflejados en la Carta Internacional de Derechos Humanos⁸³. A pesar de obviar una referencia explícita a los derechos del menor como sujeto individualizado de derechos, y de protección, estos textos legales sientan las bases para una futura articulación de estos dentro y fuera de Naciones Unidas.

La Carta Internacional de Derechos Humanos permite ratificar como, en un primer momento, la teoría de los derechos humanos se centró en el reconocimiento de una serie de derechos derivados directamente de la dignidad de la persona, inmanentes a todo ser humano. Sin embargo, una vez alcanzado un reconocimiento universal de los derechos

⁸³ En este sentido, el art. 25.2 de la Declaración Universal de los derechos humanos de 10.12.1948, aprobada por la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 217 A (III), de 10.12.1948 (en adelante DUDH), relativo a la protección de la maternidad y de la infancia: “2. *La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social*”. (También tienen relevancia los arts. 16.3, 26.3 del DUDH). Así lo harán, igualmente, con posterioridad, tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 2200 (XXI), de 19.12.1966, que entró en vigor el 23.3.1976, BOE de 30.IV.1977 (especialmente art. 23 y 24); y sus dos protocolos facultativos y el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 2200 (XXI) de 19.12.1966, entró en vigor el 3.1.1976 (destacan, particularmente, los arts. 10.1,10.2, 11.1, 10.3, 12 y 13).

fundamentales de la persona, la teoría de los derechos humanos fue progresivamente tomando conciencia de la necesidad de especial protección de, y por parte de, ciertos grupos favorables o desfavorecidos. Lo que, con el tiempo desencadenará un proceso de concreción o especificación de los derechos humanos, de auténtica especialización finalista, que desembocará en la articulación de normas específicas tendentes a explicitar y garantizar el respeto de los derechos humanos de las personas pertenecientes a distintos colectivos potencialmente vulnerables, y, por tanto, requeridos de una protección reforzada.

En este contexto, los niños, niñas y adolescentes -menores- pasan a ver reconocida su posición peculiar y, pasando a ser considerados como un grupo de especial protección, atendidas las especiales características que les envuelven, y que les sitúa como uno de los colectivos más vulnerables, especialmente expuestos a la discriminación, la marginación o la exclusión. Enfatizándose el ya apuntado hecho de que los menores confrontan ciertos obstáculos que dificultan la plena realización de sus derechos, como puedan ser las limitaciones jurídicas inherentes a la edad y el estado civil que, además, afectan a su capacidad misma de subsistencia⁸⁴.

El proceso de especificación de los derechos humanos del menor, estamos ante un proceso que se remonta a principios del siglo XX⁸⁵ en el marco del cual, y con anterioridad a la aparición de las Naciones Unidas, se adoptaron distintos textos dedicados específicamente a la protección de los menores⁸⁶. En ellos se hace patente la especial coyuntura de principios del siglo XX en los que los Estados occidentales están conformando

⁸⁴ OFICINA DEL ALTO COMISIONADO, NACIONES UNIDAS, “El sistema de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas”, *Folleto Informativo n.º 30*, Rev. 1.

⁸⁵ En materia de protección de los menores en el ámbito internacional marca un hito la Sentencia de la Corte Internacional de Justicia, “Caso relativo a la aplicación del Convenio de 1902 sobre la tutela de los niños”, “asunto Boll”. Sentencia de 28.11.1958, *Affaire relative à l'application de la Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs (Pays Bas c. Suède)*.

⁸⁶ En este sentido, el primer texto se remonta a la comúnmente conocida como “Declaración de Ginebra de los Derechos del Niño”, aprobada por la Sociedad de Naciones el 26.9.1924, primera declaración de derechos humanos promulgado por una organización intergubernamental, la cual contiene un conjunto de principios para proteger al menor. Un segundo precedente a destacar es la Declaración de los Derechos del Niño, adoptada por la Organización de los Derechos del Niño, aprobada por la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 1386 (XIV), de 20.11.1959, en la que se desarrolla y revisa el contenido de la mencionada Declaración de Ginebra de 1924. En ella se proclaman diez principios, introduciéndose entre ellos, por primera vez, la referencia explícita al principio del interés superior del menor. Además, se trata del primer texto que hace referencia al menor como sujeto activo titular de derechos. Al respecto vid. BUCK, T.: *International Child Law*, Routledge, Londres, 3ª ed., 2005, p. 12.

sus sistemas de bienestar, en el marco del cual se promueven los derechos sociales que, en el caso de los menores, se proyectan en forma de derechos de protección y provisión⁸⁷.

Será en 1979, declarado por la Asamblea General de Naciones Unidas el Año Internacional del Niño, cuando los Estados toman conciencia de la necesidad de adoptar en el plano internacional un instrumento vinculante relativo a los derechos de los menores, iniciándose los trabajos para la elaboración de un texto vinculante que culminarían con la Declaración Universal de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989⁸⁸ y la aprobación de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989⁸⁹. Un tratado el que, finalmente, se asume y reconoce de forma explícita, el hecho de que los menores no son solo sujetos necesitados de protección sino también participantes activos de la vida social y política⁹⁰. El cual, gracias a su carácter vinculante y a su ratificación cuasi-universal, ha sido el desencadenante de un reconocimiento del estatus del menor en el plano internacional⁹¹.

Así, la CDN constituye el primer instrumento internacional de naturaleza, insistimos, vinculante que desgrana y ampara todos los derechos humanos, civiles, políticos –primera generación de derechos humanos–, económicos, culturales y sociales –segunda generación de derechos humanos– del menor. A su vez, junto con ello, la CDN es el primer tratado en el que los derechos de los menores recibirán un tratamiento global, serán abordados de forma plural en todos sus aspectos y dimensiones. Es la primera Convención amplia y con vocación omnicomprensiva, diseñada en la idea de la existencia de derechos específicamente articulada para proteger y mejorar la posición de los menores⁹². Un texto internacional de

⁸⁷ ALEMÁN BRACHO, C.: “Políticas públicas y marco de protección jurídica del menor en España”, *UNED. Revista de Derecho Político*, n.º 90, 2014, p. 100.

⁸⁸ Aprobada por la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 1836 (XIV), de 20.11.1989.

⁸⁹ La Convención ha sido completada por una serie de protocolos facultativos desarrollados en años posteriores: Protocolo Facultativo sobre la participación de los niños en conflictos armados (aprobado el 25.5.2000, entró en vigor el 12.2.2002); el Protocolo Facultativo sobre la venta de niños, prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía (aprobado el 25.5.2000, entró en vigor el 18.1.2002); y el Protocolo relativo a un procedimiento de comunicaciones, (aprobado el 19.12.2011, entró en vigor el 14.4.2014).

⁹⁰ COWDEN, M.: *Children's Rights. From Philosophy to Public Policy*, Palgrave Macmillan, Gewerbestrasse (Switzerland), 2016, p. 8.

⁹¹ Es un tratado internacional con fuerza vinculante que obliga a los Estados parte respetar sus disposiciones, debiendo inspirar la legislación nacional, así como sus políticas en relación con la infancia. En este sentido, los Estados deben adaptar su legislación interna a los mandatos de la Convención, además de garantizar el cumplimiento efectivo de los derechos contenidos por la misma, tanto a nivel judicial como administrativo.

⁹² BUCK, T.: *International Child Law*, cit., p. 47.

enorme belleza y trascendencia, que combina idealismo y realismo⁹³, al que no se le puede negar el valor de asumir una visión global e integrada de la infancia⁹⁴.

En este contexto, uno de los mayores logros del instrumento es la consolidación del pleno reconocimiento de los menores como sujetos de derechos. Una visión, a la vez que una concepción, que ha implicado un cambio drástico de paradigma respecto a la figura de los menores –niños, niñas y adolescentes- y a su papel en la sociedad⁹⁵. Así, los menores dejan de ser vistos como totalmente dependientes –“propiedad”- de los progenitores, o beneficiarios indefensos, pasando a aproximarse como participantes activos de los asuntos que le conciernen, como seres humanos que tienen capacidad, según su nivel de desarrollo, para participar e involucrarse en los asuntos que le afectan, siendo un individuo con derechos y responsabilidades adaptados a las etapas de su desarrollo⁹⁶. Y, por tanto, capaces de ejercer sus propios derechos en consonancia con la evolución de sus facultades, edad y madurez, así como de participar en la toma de decisiones en relación con los asuntos que le afectan⁹⁷.

Dentro de esta tendencia, la gran novedad introducida por la Convención ha sido añadir a los derechos de protección del menor, en sentido estricto, el reconocimiento y amparo de los derechos de participación de éste como sujeto jurídicamente independiente⁹⁸. En tal sentido, de entre ellos resulta esencial la explicitación, en el artículo 12 de la CDN, del derecho del menor a expresar sus opiniones libremente en todos los asuntos que le afecten, opiniones que deberán recibir la debida consideración “*en función de la edad y*

⁹³ Efectivamente, la CDN combina preceptos con mandatos hacia los poderes públicos muy detallados con otras aspiraciones filosóficas de carácter general. COWDEN, M.: *Children's Rights...*, cit., p. 8.

⁹⁴ CARMONA LUQUE, M.R.: *La Convención sobre los Derechos del niño: Instrumento de progresividad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Dykinson, Madrid, 2011, p. 52.

⁹⁵ Por ejemplo, los niños tendrán pleno derecho a la libertad de expresión (art. 13), a la libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 14), a la libertad de asociación y reunión pacífica (art. 15) etc. También es necesario hacer referencia a la amplia protección de la familia por parte de la Convención, como institución en la que el niño se desarrolla plenamente. Y, por tanto, la obligación de los Estados de adoptar medidas de apoyo a las familias para que se vean garantizados los derechos de los niños. E igualmente, recoge el derecho a la vida privada y familiar del art. 16.

⁹⁶ OTAEGUI AIZPURUA, I.: *La relevancia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la protección de los derechos del menor*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 41.

⁹⁷ En otras palabras, en la consideración del menor como “un sujeto legal e independiente, con pleno estatus jurídico en términos de ciudadanía (derechos civiles, sociales y políticos)”. ALEMÁN BRACHO, C.: “Políticas públicas y marco de protección jurídica del menor en España”, cit., p. 101.

⁹⁸ Se pueden distinguir dos grandes grupos de derechos referidos a la participación del niño: por un lado, los derechos relativos a las formas y condiciones de participación del niño – arts. 12, 13, 14, 15, 31 y 40 de la CDN –; y por otro, los derechos relativos a los requisitos de la participación del niño – arts. 5, 12, 17 y 18 de la Convención –. En este sentido, CARMONA LUQUE, M.R.: *La Convención sobre los Derechos del niño...*, cit., p. 127.

madurez del niño”. En efecto, este precepto hace referencia a la condición jurídica y social del menor, que por un lado carece de la plena autonomía del adulto, pero por otro, es sujeto de derechos. El propio Comité de Derechos del Niño, en su Observación General n°12 (2012) del Comité de Derechos del Niño sobre el derecho del niño a ser escuchado (en adelante Observación General n° 12)⁹⁹ ha señalado que “*el artículo 12 pone de manifiesto que el niño tiene derechos que ejercen influencia en su vida, que no son únicamente derechos derivados de su vulnerabilidad (protección) o su dependencia respecto de los adultos (provisión)*”¹⁰⁰.

Adicionalmente a la consideración del menor como un sujeto activo y participativo en los asuntos que le afectan, el núcleo central de la Convención viene articulado, sin duda, en torno a su artículo 3.1, que consagra el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial en cualquier aproximación a su figura y condición¹⁰¹. De forma literal, el precepto señala que: “*en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los Tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*”.

Del precepto se deriva con claridad que la exigencia de tener en cuenta, de ponderar, el interés del menor como una consideración primordial, en cualquier relación o situación que le afecte, va dirigida a todas las instituciones, tanto públicas como privadas de bienestar social, y específicamente, a Tribunales, autoridades administrativas y órganos legislativos. La CDN, en suma, alude a todos los poderes del Estado, tanto legislativo como ejecutivo y judicial, así como a las instituciones privadas.

Si bien es cierto que la CDN no supone la primera vez que se emplea el concepto de interés superior del menor, sí, en cambio, es la primera ocasión en que se emplea de forma genérica, referida a todos los menores y a todas las situaciones que les afectan. En tal sentido, gracias al impulso de la CDN el interés superior del menor se va a instaurar como el principio

⁹⁹ COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO: “Observación General n.º 12, el derecho del niño a ser escuchado”, 2012, CRC/C/GC/12.

¹⁰⁰ COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO: “Observación General n.º 12...”, *cit.*, párr. 15 a 18.

¹⁰¹ La consideración primordial del interés superior del niño es uno de los valores fundamentales de la Convención. Conforman uno de los cuatro principios generales en la interpretación y aplicación de los derechos del niño, junto con el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y el desarrollo y el derecho del niño a ser escuchado. En este sentido, COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO: “Observación General n° 5 (2003) relativa a las Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 4 y 42 y párrafo y del artículo 44)”, 2003, CRC/GC/2003/5, párr. 12.

rector o guía en la interpretación y evaluación de cualquier medida que afecte a los menores¹⁰².

A pesar de que la CDN no contiene una definición concreta sobre que debe entenderse por interés del menor, algunos autores afirman que establece “un marco normativo que acota – en cierta manera – dicho interés”¹⁰³. De forma que “los artículos de la CDN establecen orientaciones y fijan límites concretos con respecto a la manera en que deben y no deben ser tratados los menores”¹⁰⁴.

Al respecto, y con la finalidad de facilitar la interpretación del artículo 3 de la CDN, el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas se ha pronunciado en su Observación General¹⁰⁵ n° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)¹⁰⁶ (en adelante Observación General n.º 14). Aunque tampoco el Comité ha proporcionado una definición del concepto del interés del menor como consideración primordial, debido al carácter casuístico de este concepto, sí ha proporcionado bases para la comprensión e interpretación del artículo 3 de la CDN. Así, según la interpretación del Comité, el interés superior del menor debe entenderse como un concepto triple: como un derecho, como un principio y como una norma de

¹⁰² Además, la Convención se refiere al “interés superior del niño” en otras disposiciones: el art. 9, párrafos 1 y 3 (separación o divorcio de los padres); el art. 10 (reunión de la familia); el art. 18 (obligaciones de los padres y responsabilidad parental); el art. 20 (niños privados del medio familiar y otros tipos de cuidado); el art. 21 (adopción, la kafala y otras formas de acogimiento); el art. 37 c) (niños en situación de privación de libertad y separación de los adultos durante la privación de libertad), y el art. 40, párrafo 2 b) iii), (relativo a los niños en conflicto con la justicia: garantías procesales, incluida la presencia de los padres en las audiencias de las causas penales relativas a los niños en conflicto con la ley). También se hace referencia al interés superior del niño en el Protocolo facultativo de la Convención relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (preámbulo y art. 8) y el Protocolo facultativo de la Convención relativo a un procedimiento de comunicaciones (preámbulo y arts. 2 y 3).

¹⁰³ OTAEGUI AIZPURUA, I.: *La relevancia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos...*, cit., p. 77.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁵ Sobre el significado y valor de las observaciones generales -interpretación por un órgano creado en virtud de un tratado de derechos humanos de las disposiciones del tratado, de cuestiones temáticas o de los métodos de trabajo del órgano- cuya finalidad en muchas ocasiones es aclarar los deberes de los Estados partes respecto de la presentación de informes en lo relativo a ciertas disposiciones y recomendar métodos para aplicar las disposiciones del tratado, vid. OFICINA DEL ALTO COMISIONADO, NACIONES UNIDAS, “El sistema de tratados de...”, cit., p. 14. A pesar de que las Observaciones Generales del Comité no tienen carácter vinculante, sí poseen gran importancia práctica puesto que establecen los criterios de aplicación e interpretación de los preceptos de la Convención.

¹⁰⁶ COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO: “Observación General n.º 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)”, 2013, CRC/C/GC/14.

procedimiento¹⁰⁷. De hecho, esta triple concepción ha servido de inspiración, tanto para la doctrina, como para la jurisprudencia, e incluso para los legisladores nacionales¹⁰⁸.

En definitiva, se puede concluir que “la universalidad derivada de la Convención respecto al niño y sus posibles circunstancias se proyectará de esa forma en el principio del interés superior del niño, que deviene así un elemento de obligada ponderación siempre que se aborde cualquier tipo de situación en la que los intereses del niño -con carácter general o a título particular; expresamente contemplada en la Convención o derivada implícitamente de sus postulados- pudieran quedar afectados. Y esta es una de las grandes aportaciones de la Convención respecto a dicho principio”¹⁰⁹.

1.1.2 La labor codificadora de la Conferencia de La Haya de DIPr en materia de derechos del menor

En el plano internacional, y en relación con la articulación de textos específicamente relativos a los derechos de los menores, la promulgación de la CDN en el ámbito de Naciones Unidas ha venido acompañada de la destacada labor realizada en seno de la Conferencia de La Haya de DIPr. Una organización internacional que ha sido considerada como “un centro de referencia general en el ámbito de la protección de los menores, destacando el hecho de que no se ha limitado a la elaboración de los Convenios, sino que en los últimos tiempos ha ido incrementando progresivamente lo que, de forma genérica, puede denominarse *monitoring*, englobando todas las tareas realizadas para conseguir el mejor funcionamiento de los instrumentos ya adoptados”¹¹⁰.

Así, desde principios del siglo XX, la Conferencia de La Haya de DIPr ha impulsado un elenco de textos dirigidos a la protección del menor en contextos

¹⁰⁷ Vid. COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO: “Observación General n.º 14...”, *cit.*, párr. 6. Al respecto, vid., por todos, CARDONA LLORENS, J.: “El interés superior del niño a los 4 años de la aprobación de la Observación General 14 del Comité de Derechos del Niño”, en SANZ CABALLERO, S. (dir.): *El interés superior del niño en la jurisprudencia internacional, comparada y española*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 99-110. Igualmente vid., *infra*, Cap. Introductorio, ap. II. 2.3 “La versión predominante: el interés superior del menor como derecho, principio y norma de procedimiento”.

¹⁰⁸ Esta triple concepción ha sido introducida por el legislador español en las reformas de 2015, como posteriormente se expondrá. Vid. *infra* Cap. Introductorio, ap. II. 1.3 “La plasmación de los derechos del menor y el interés superior del menor en la legislación española”.

¹⁰⁹ CARMONA LUQUE, M.R.: *La Convención sobre los Derechos del niño...*, *cit.*, p. 127.

¹¹⁰ BORRÁS RODRÍGUEZ, A.: “La evolución de la protección del niño...”, *cit.*, p. 12.

transfronterizos. Textos que, paulatinamente, han ido también incorporando la perspectiva del menor considerado como sujeto de derechos y que han coadyuvado, de forma directa, al desarrollo y articulación de sus derechos en ámbitos diversos. Distintos, y plurales, son los textos que pueden ser citados, sin ánimo de exhaustividad:

1) Así, como ejemplo de convenios genéricos de protección del menor, destacan el primigenio Convenio de La Haya para regular la tutela de menores, de 12 de junio de 1902¹¹¹, sucedido por el Convenio de La Haya de 1961 sobre competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores hecho, y finalmente, por el actual Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los menores.

2) A su vez, desde la Conferencia de La Haya de DIPr se han impulsado textos convencionales sobre materias específicas que afectan a los menores, como pueden ser los convenios relativos a las obligaciones alimenticias en el ámbito familiar¹¹²; en materia de sustracción internacional de menores –con el exitoso Convenio de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, al que nos referiremos en diversas ocasiones a lo largo de este estudio- o sobre la adopción internacional, con el Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 sobre protección de niños y la cooperación en materia de adopción internacional¹¹³.

1.2 El reconocimiento de los derechos del menor, y del principio del interés superior del menor, en el ámbito regional europeo

Paralelamente al movimiento pro-derechos humanos protagonizado en el plano universal y en el que la organización de las Naciones Unidas, como hemos visto, ha jugado un papel de liderazgo, algunas de las distintas organizaciones internacionales de ámbito regional surgidas tras la II Guerra Mundial han procedido, igualmente, a diseñar sistemas de protección regional de los derechos humanos. En concreto, en el ámbito europeo, el

¹¹¹ *Gaceta de Madrid* de 1.5.1905.

¹¹² En esta materia destacan el Convenio de 2 de octubre de 1973 sobre Reconocimiento y Ejecución de Resoluciones relativas a las Obligaciones Alimenticias, *BOE* de 12.8.1987; el Convenio de 2 de octubre de 1973 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias; Convenio de 23 de noviembre de 2007 sobre Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y otros Miembros de la Familia, *DO L* 1992, de 22.7.2011; el Protocolo de 23 de noviembre de 2007 sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias.

¹¹³ *BOE* de 1.8.1995.

reconocimiento de la figura del menor como sujeto de derechos vino principalmente desarrollado en el Consejo de Europa dentro de su labor de protección de los derechos humanos, uniéndose más tarde la UE a esta tarea. Ello ha supuesto la articulación de un doble sistema europeo de protección de derechos humanos que debe coexistir y compatibilizarse, cuestión que no siempre resulta fácil y, de hecho, se ha mostrado en ocasiones como problemática¹¹⁴.

1.2.1 El desarrollo de los derechos del menor en el Consejo de Europa

Focalizándonos en la tarea desarrollada por el Consejo de Europea en este ámbito, el Consejo ha promovido específicamente los derechos de los menores en el marco de su tarea –general- de promulgación y protección de los derechos humanos en Europa. Y ello, tanto a partir de instrumentos generales de derechos humanos, como de regulaciones específicas sobre temas concretos que afectan a los menores.

1) En tal sentido, el Consejo de Europa presenta como un referente ineludible en materia de protección de derechos humanos al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950¹¹⁵ (en adelante, CEDH). Aunque este Convenio no contiene disposiciones específicas relativas a los menores, su artículo 1 establece que “*todas las personas*” tienen reconocidas los derechos y libertades garantizados por el Convenio. Por consiguiente, el TEDH admite que toda persona física, incluidos los menores, puedan activar los mecanismos legales de protección de los derechos humanos previstos en el CEDH.

En este marco, particular importancia ha protagonizado su artículo 8, el cual recoge el derecho al respeto de la vida privada y familiar¹¹⁶. Dicho precepto impone a los Estados parte determinadas obligaciones positivas encaminadas al respeto de la vida familiar, prevaleciendo el interés superior del menor en los supuestos en los que esté presente¹¹⁷.

¹¹⁴ BUCK, T.: *International Child Law*, cit., p. 107.

¹¹⁵ BOE de 10.10.1979.

¹¹⁶ En relación con este derecho vid, por todos, BÜCHLER, A.: “The Right to Respect for Private and Family Life”, en BÜCHLER, A. y KELLER, H. (eds.): *Family Forms and Parenthood. Theory and Practice of Article 8 ECHR in Europe*, Intersentia, Cambridge – Antwerp – Portland, 2016, pp. 29 -62.

¹¹⁷ Vid. CASADEVALL, J.: *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 341.

2) En el seno del Consejo de Europa, también destaca la Carta Social Europea y la Carta Social Europea revisada¹¹⁸, que completan el CEDH con derechos sociales y económicos. Aunque tampoco contienen disposiciones específicas relativas a los derechos del menor, sin embargo, de nuevo, se entiende como evidente que la Carta es plenamente aplicable a los menores desde su nacimiento¹¹⁹.

3) A su vez, con carácter específico, la protección de la infancia y sus derechos ha constituido un elemento central en el Consejo de Europa. Fundamentalmente, en relación con el papel del menor ante la administración de justicia. Y ello, desde tres enfoques: el menor en procesos civiles de crisis matrimoniales o de pareja, el menor como imputado en el proceso penal, o el menor como víctima y testigo en el proceso penal. Si bien el Consejo de Europa toma como referencia siempre la CDN se puede, sin embargo, afirmar que sus objetivos en relación con la infancia son más ambiciosos, seguramente debido al ámbito territorial europeo, en el que coexisten unas tradiciones jurídicas y culturales que, si bien no son homogéneas, si resultan próximas. Y, en definitiva, también, atendida la finalidad del Consejo de Europa de establecer unos valores democráticos comunes¹²⁰.

En este marco, el Consejo de Europa ha impulsado multitud de trabajos relativos al reconocimiento de los derechos del menor¹²¹. De entre todos ellos, ocupa un lugar central el Convenio europeo sobre el ejercicio de los derechos de los niños de 1996, concebido en su día como un complemento y desarrollo de los derechos contenidos en la CDN. En efecto, el Consejo de Europa tomó como base jurídica el artículo 4 de la CDN –según el cual los Estados Parte están obligados a adoptar todas las medidas legislativas necesarias para

¹¹⁸ Aprobada en Turín, el 18.10.1961 (*BOE* de 26.6.1980). La CSE fue realizada en Turín en 1961 y fue ratificada por España en 1980. La CSE revisada se realizó en Estrasburgo en 1996 y no ha sido ratificada por España.

¹¹⁹ Sí que contiene alguna referencia específica a los derechos de los niños: como por ejemplo, el derecho de protección de niños y adolescente en el ámbito laboral (art. 7); la protección social, jurídica y económica de la familia (art. 16); o derechos dirigidos a la protección social y económica de las madres y de los niños (art. 17.1).

¹²⁰ OTAEGUI AIZPURUA, I.: *La relevancia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos...*, cit., p. 58.

¹²¹ Sin ánimo de exhaustividad, destacan los siguientes textos sobre el reconocimiento de los derechos del menor: Recomendación 874(79) relativa a una Carta Europea de Derechos de la infancia de 4.10.1979; Recomendación R (84)4 sobre responsabilidades paternas; Recomendación 1121 (1990) relativa a los derechos de los niños de 1 de febrero de 1990; Convenio Europeo sobre el estatuto jurídico de los niños nacidos fuera del matrimonio, de 15 de octubre de 1975; Convenio Europeo sobre adopción de menores (revisado) de 27 de noviembre de 2008, *BOE* de 13.7.2011; Convenio europeo de Luxemburgo de 1980; Convenio sobre relaciones personales concernientes a los niños de 15 de mayo de 2003, en vigor desde el 1.9.2005 (también conocido como Convenio de Estrasburgo), firmado por España el 9.10. 2015; el Programa transversal “Construir una Europa para y con los niños”, elaborado en 2006; o la “Estrategia sobre los derechos del niño 2012-2015”.

asegurar la implementación de la Convención- para adoptar un Convenio que desarrollara la puesta en práctica de los derechos garantizados en la CDN. El objetivo principal del citado Convenio es, pues, reforzar los derechos sustantivos contenidos en la CDN mediante el desarrollo de ciertos derechos procesales que van a poder ser ejercidos por los propios menores¹²².

1.2.2 La paulatina asunción de los derechos del menor en la UE

Como es sabido, en un principio la actual Unión Europea contaba con unos objetivos principalmente económicos, lo que condujo a que las materias privadas abordadas por su legislación lo fueran en función de su vinculación a tales objetivos, llevando, consecuentemente, a que las cuestiones relativas al Derecho de familia carecieran tradicionalmente objeto de regulación. No obstante, con el paso del tiempo, la consolidación del mercado interior y el pleno juego de la libertad de movimiento de personas, y con ella, la libertad de movimiento de los trabajadores dio pie a que la UE fuera regulando, de forma puntual, algunas cuestiones relativas a la unidad familiar. Pero, eso sí, tan solo en la medida en que afectaba a la mencionada movilidad de trabajadores.

En tal sentido, paulatinamente, la consolidación de un Mercado interior facilitó la toma de conciencia desde las instituciones de la UE de la necesidad de asegurar la movilidad de las familias para, por ejemplo, coadyuvar a convertir en realmente efectiva la movilidad de los trabajadores. En este marco, y a pesar de las limitaciones del principio de subsidiariedad en relación con la intervención de la UE en cuestiones de Derecho de familia¹²³, los menores comenzaron a ser mencionados de forma incidental y tangencial en relación con ciertos derechos sociales de los trabajadores y el derecho a la reunificación familiar¹²⁴.

No obstante, progresivamente, en el marco del cambio de los textos fundamentales de la UE y del juego de competencias amparados por este cambio y de la conformación de un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia, en el seno de la UE se ha tomado una

¹²² BUCK, T.: *International Child Law*, cit., p. 124.

¹²³ *Ibid.*, p. 127.

¹²⁴ Como ejemplo puede citarse el Reglamento 1612/68 sobre la libertad de movimiento de los trabajadores y sus familias, que fue parcialmente modificado por la Directiva 2004/38 y el Reglamento 1408/71. En el art. 10 del Reglamento 1612/68 se define al niño como a los descendientes menores de 21 años.

mayor concienciación y preocupación respecto a la necesidad de proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes. En tal sentido, y conforme los intereses de la UE fueron dejando de ser exclusivamente económicos y se ampliaron hacia otros objetivos sociales, los derechos de los menores cobraron visibilidad, y fueron adquiriendo un mayor interés para las instituciones de la UE.

Será, así, en el Tratado de Ámsterdam donde los menores aparecerán, por primera vez, explícitamente mencionados en una fuente primaria de derecho de la UE¹²⁵. Avanzado el tiempo, el Tratado de Maastricht de 1992¹²⁶ introducirá el concepto de ciudadanía de la UE que, sin embargo, se articula como un derecho de los adultos, no así de los menores. A pesar de que los menores tienen permitido moverse libremente, dependen de su familia o de los adultos. Lo que, por este motivo, permite seguir afirmando que los derechos de los menores en la UE siguen estando situados en el marco de los derechos de sus progenitores o de sus familias¹²⁷. Finalmente, será en el Tratado de Lisboa donde se plasmarán de forma definitiva el reconocimiento y la protección de los derechos de los menores como uno de los objetivos de la UE, no solo de la política interna sino también de la política externa. En este sentido, el artículo 3.5 del Tratado de Lisboa contiene una referencia explícita a la protección de los derechos del niño¹²⁸.

Junto con su mención expresa en los Tratados Constitutivos de la UE, la protección de los derechos de los menores también se encuentra en otra fuente de Derecho originario de la UE, como es la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹²⁹ (en adelante CDFUE). En efecto, los derechos de los menores en el marco de la UE han sido impulsados gracias a la tendencia general de fortalecimiento de los derechos humanos desde las instituciones de la UE. Esto supuso una nueva dirección de la legislación de la UE, que,

¹²⁵ Concretamente en el art. 13- combatir la discriminación- y en el art. 29 -medidas intergubernamentales para luchar contra el crimen contra niños, protección del niño como sujeto vulnerable y pasivo-.

¹²⁶ Tratado de la Unión Europea, DO C 191, 29.7.1992.

¹²⁷ PETRAŠEVIĆ, T.: "The Rights of Children in the EU", *European Scientific Journal*, 2016, p. 51.

¹²⁸ Art. 3.5 del Tratado de Lisboa: "*en sus relaciones con el resto del mundo, la Unión afirmará y promoverá sus valores e intereses y contribuirá a la protección de sus ciudadanos. Contribuirá a la paz, la seguridad, el desarrollo sostenible del planeta, la solidaridad y el respeto mutuo entre los pueblos, el comercio libre y justo, la erradicación de la pobreza y la protección de los derechos humanos, especialmente los derechos del niño, así como al estricto respeto y al desarrollo del Derecho internacional, en particular el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas*".

¹²⁹ DO C 326/391, de 26.10.2012.

correlativamente, también se focalizó en una mejor regulación de los derechos de los menores.

En la Carta, el principal precepto que se ocupa de los menores es el artículo 24 que señala que:

“Los niños tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tomada en cuenta para los asuntos que les afecten, en función de su edad y madurez.

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

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

A su vez, el artículo 7 de la CDFUE recoge el derecho al respeto de su vida privada y familiar, también de gran importancia para los menores.

A partir de los derechos contenidos en la Carta, se puede inferir que, en el Derecho de la UE, los menores son tratados como sujetos independientes, dotados de sus propios intereses y necesidades, poniendo fin, de esta manera, a su pasada invisibilidad para el legislador europeo¹³⁰. A su vez, y además del reconocimiento de los derechos de los menores en el Derecho originario de la UE, desde sus instituciones se han llevado innumerables iniciativas para mejorar la protección de los menores y garantizar sus derechos¹³¹, y un número relevante de instrumentos europeos que les vinculan o afectan, especialmente los

¹³⁰ PETRAŠEVIĆ, T.: “The Rights of Children in the EU”, *cit.*, p. 52.

¹³¹ Sin ánimo de exhaustividad, algunos ejemplos de programas y planes específicos son: Plan de Acción de la Comisión Europea para los menores no acompañados, en el que aparece una referencia expresa al interés superior del menor; Plan de Acción de la Comisión para la aplicación del Programa de Estocolmo, con una referencia a la mejor protección de los menores en el siglo XXI; en el marco de los trabajos de la Comisión europea, destacan las “Directrices de la UE para la promoción y protección de los derechos del menor”; a su vez, diversas Directivas del Consejo aluden al principio del interés superior del menor en relación con las familias migrantes y los menores migrantes no acompañados, como por ejemplo, la Directiva 2003/9/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003 por la que se aprueban las normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo; Por último, también encontramos múltiples resoluciones del Parlamento Europeo en materia de menores, entre las que destaca la relativa a la Carta Europea de Derechos del Niño, de 10.7.1992, *DOC. A3-0172/92*, aunque carece de carácter vinculante, hace referencias a problemas y posibles soluciones que pueden ser adoptados por los distintos organismos bajo su competencia. El principio del interés superior del menor aparece en el párrafo 15 de la Carta.

relativos al DIPr, se han hecho eco de estos derechos y la necesidad de preservar el interés superior del menor al diseñarlos, interpretarlos y aplicarlos en todos sus extremos.

El Tribunal de Justicia de la Unión se ha hecho eco, de forma continuada, de esta prevalencia en su jurisprudencia en materia de menores. Así, y de modo paradigmático, la STJUE de 14 de enero de 2021, en el asunto C-441/19, *TQ* y *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*¹³² (en adelante asunto *TQ*), el Tribunal, en un supuesto de retorno de un menores de nacionales de un tercer estado que se encuentra en situación irregular en un Estado miembro, afirma de forma taxativa que el “*el artículo 24, apartado 2, de la Carta establece que, en todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o por instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial. Esta disposición, en relación con el artículo 51, apartado 1, de la Carta, afirma el carácter fundamental de los derechos del niño*”¹³³ incluso, insiste, en un supuesto de esta naturaleza. El presupuesto es que por sus propias y peculiares características “*un menor no acompañado no puede ser tratado sistemáticamente como un adulto*”¹³⁴ lo que exige, en cualquier caso en que aparezca involucrado un menor, “*una apreciación general y exhaustiva de la situación del menor*”¹³⁵ para poder identificar el “*interés superior del niño*”¹³⁶ y decidir la vía concreta de actuación en la materia de que se trate. En este caso de retorno de un menor de un tercer Estado que se encuentra irregularmente en un Estado miembro, el interés superior del menor requerirá tomarlo en cuenta en todas las fases del procedimiento¹³⁷, a la vez que exige que “*dicho Estado miembro debe cerciorarse de que en el Estado de retorno se encuentra disponible una acogida adecuada para el menor no acompañado*”¹³⁸

¹³² ECLI:EU:C:2021:9.

¹³³ Asunto *TQ*, párr. 45.

¹³⁴ *Ibid.*, párr. 43.

¹³⁵ *Ibid.*, párr. 46.

¹³⁶ *Ibidem.*

¹³⁷ *Ibid.*, párr. 54.

¹³⁸ *Ibid.*, párr. 60.

1.3 La plasmación de los derechos del menor y el interés superior del menor en la legislación española

El desarrollo internacional y europeo en materia de derechos de los niños, niñas y adolescentes tiene su correlato en España, habiendo inspirado e impregnado a su vez el sistema jurídico español. Como base del sistema encontramos el artículo 39 de la Constitución española, precepto en el que se plasma la protección jurídico-constitucional de la familia¹³⁹. Y en este marco, la obligación de protección del menor tanto por parte de la familia como por parte de los poderes públicos¹⁴⁰. El precepto apunta que,

“1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.

3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.”

Desde una perspectiva del menor resulta especialmente relevante su apartado 4, que, en línea con el mandato del artículo 10.2 del texto constitucional, establece como estándar normativo mínimo aplicable al menor en relación con el reconocimiento y protección de sus derechos en España, el establecido en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos. Consecuentemente, todos los textos mencionados hasta el momento, y aquellos otros que eventualmente pudieran vincular a España en relación con los derechos del menor, conforman el estándar de protección del sistema español, destacando, de forma muy particular, la Convención de Derechos del Niño y su artículo 3 referido a la

¹³⁹ Al respecto vid. RAVETLLAT BALLESTÉ, I: “El modelo constitucional de protección a la familia y a la infancia: el principio de mínima intervención en los asuntos familiares en el sistema normativo español (artículo 39 CE)”, *LA LEY Derecho de familia*, n.º 5, 2015.

¹⁴⁰ Vid. ESPLUGUES MOTA, C. y IGLESIAS BUHIGUES, J.L.: “Lección 12ª. Capacidad y régimen de incapacidades”, *cit.*, p. 413.

consideración primordial del interés superior del menor en todo asunto que le afecte. Así, de hecho, lo reconoce el Tribunal Constitucional en su amplia jurisprudencia en la materia, al señalar, por ejemplo, en su Sentencia 141/2000 de 29 de mayo de 2000¹⁴¹, que explicita que “no deben dejar de ser tenidas en cuenta las normas internacionales de protección de la infancia, que son de aplicación en España. Y, entre ellas, muy en particular, la Convención de la Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (ratificada por España por Instrumento de 30 Nov. 1990) y la Resolución del Parlamento Europeo relativa a la Carta Europea de los Derechos del Niño (Resolución A 3-0172/92 de 8 Jul.), que conforman junto con la Ley Orgánica 1/1996, de 15, de Protección Jurídica del Menor, vigente al tiempo de la sentencia de apelación, el estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional, en desarrollo de lo dispuesto en el art. 39 CE, y muy en particular, en su apartado CUARTO. A estos efectos, el estatuto del menor es, sin duda, una norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos, que constituye un legítimo límite a la libertad de manifestación de las propias creencias mediante su exposición a terceros, incluso de sus progenitores” así como de la consideración del interés del menor como un “interés constitucionalmente supraordenado”¹⁴².

A raíz de lo anterior, el principio del interés superior del menor pasa a ser concebido en nuestro sistema como un principio general, constitucional y rector a la hora de aproximar al menor, a su regulación y a las relaciones y situaciones que le involucran. Y, consiguientemente, y en general, la protección de los menores constituye un principio rector de la política social y económica¹⁴³.

En el plano legislativo, el interés del menor aparece recogido en distintos preceptos del Código Civil bajo esa denominación o similares -artículos 92 “en beneficio de los hijos”; 137.1 “interés del hijo”; 154 “interés de los hijos”; 156.5 “interés del hijo”; 158.6º “salvaguarda de su interés” o 170 “en beneficio e interés del hijo”. Todos ellos, salvo el artículo 170, reformados en tiempos recientes y que refieren a materias tan diversas como la

¹⁴¹ Rec. 4233/1996, ECLI:ES:TC:2000:141.

¹⁴² F.J.5º.

¹⁴³ En este sentido VERDERA IZQUIERDO, B.: *La actual configuración jurídica del interés del menor. De la discrecionalidad a la concreción*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur menor, 2019, p. 32; RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2º ed., 2007, p. 82.

nacionalidad, las crisis matrimoniales, los alimentos entre parientes, la patria potestad, el reconocimiento de la filiación, la guarda y acogimiento, la adopción o la tutela.

Junto con el Código Civil, la protección de los derechos del menor se ha plasmado, de forma muy relevante, en la LO 1/1996, de protección jurídica del menor. Su artículo 2, en su versión original, ya prescribía como principio general la primacía del interés superior del menor “*sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir*”.

Algún tiempo después, en 2015, la LO 1/1996 fue objeto de reforma a través de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia¹⁴⁴ (en adelante LO 8/2015), que conllevó que el legislador español haya incardinado directamente en la normativa española los estándares de protección internacional de los derechos del menor, y en particular, la interpretación del Comité de Derechos del Niño en materias como el principio del interés superior del menor o el derecho del menor a ser oído y escuchado¹⁴⁵. A la vez que alinea las soluciones legislativas con las posiciones mantenidas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años¹⁴⁶.

En esta línea, el artículo 2 de la LO 1/1996 ha sido modificado introduciendo en el sistema español, por vez primera, una regulación exhaustiva del concepto de “interés del menor” como principio esencial que inspira todo el ordenamiento jurídico, a la vez que actúa como norma de procedimiento. De esta suerte, el apartado 1 del mencionado precepto afirma de forma taxativa el papel de referente y norte que cumple el principio en relación con todas las actuaciones que involucren o afecten al menor en nuestro país, señalando en tal sentido que:

“Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten,

¹⁴⁴ BOE de 23.7.2015.

¹⁴⁵ Sobre esta reforma vid. MORENO SANCHEZ-MORALEDA, A.: “La determinación de la filiación mediante gestación de sustitución reconocida en el Derecho internacional privado español”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 9, 2014; MARTÍNEZ CALVO, J.: “La determinación del interés superior del menor tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 8/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 3 ter, 2015, pp. 198 – 206; SÁNCHEZ DE LEÓN GUARDIOLA, P. Y COMANY CARRETERO, F.J.: “El interés superior del menor y el derecho del niño a ser escuchado”, *Actualidad Civil*, n.º 7, 2017, pp. 1-13.

¹⁴⁶ Al respecto vid. GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014.

así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”.

Esta referencia al principio del interés superior del menor como objetivo y guía supremo, en relación con cualquier situación o acción que le involucre, se acompaña del diseño de todo un conjunto de criterios generales que deberán emplearse, tanto en el ámbito público como privado, a la hora de proceder a ponderarlo, interpretarlo y aplicarlo en cada caso concreto que afecte a un menor. Y ello, sin perjuicio de lo establecido en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto¹⁴⁷.

Una ponderación que, siendo común a todos los supuestos que afecten a menores, no puede ser uniforme. Se asume, así, la imprescindible necesidad de tomar en consideración ciertos aspectos de indudable relevancia que pueden individualizar su interpretación, matizando o alterando la proyección del principio en un caso concreto. En este sentido, el apartado 3 del artículo 2 LO 1/1996 enumera ciertos factores y elementos generales, de distinta índole, naturaleza y facilidad de apreciación, que van a modular la aplicación del principio del interés superior del menor en cada concreta situación. Estos elementos deberán ser valorados conjuntamente, atendiendo a los principios de necesidad y proporcionalidad, de forma que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara¹⁴⁸.

¹⁴⁷ En tal sentido, el art. 2.2 LO 1/1996 refiere a la exigencia de atender a:

“a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas.

b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior.

c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia.

d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad”.

¹⁴⁸ Así, el mencionado precepto afirma que habrán de considerarse:

“a) La edad y madurez del menor.

El legislador patrio es plenamente consciente de la interacción que la práctica puede reflejar entre los derechos del menor y los de terceros y, lo que es también muy relevante, del potencial conflicto entre los intereses del menor y de los de aquellos. En este sentido, y al confrontar esta posible tensión, el artículo 2.4 LO 1/1996 señala que en caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes. En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Concluyendo que las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados.

La aceptación plena del principio, y el diseño de cauces para proyectarlo en la práctica, se acompaña del reconocimiento de ciertos derechos del menor en el ámbito procesal. Por un lado, el artículo 2.5 LO 1/1996 se hace ahora eco, y articula, todo un conjunto de garantías en relación con aquellos procesos que afecten al menor, destacando, entre todas ellas, los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado, y a participar en el proceso de acuerdo con la normativa vigente¹⁴⁹. Esta novedosa referencia a las

b) La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, ya sea por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su orientación e identidad sexual, su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante.

c) El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo.

d) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro.

e) La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales.

f) Aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores”.

¹⁴⁹ Art. 2.5 de la LO 1/1996:

“a) Los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado, y a participar en el proceso de acuerdo con la normativa vigente.

b) La intervención en el proceso de profesionales cualificados o expertos. En caso necesario, estos profesionales han de contar con la formación suficiente para determinar las específicas necesidades de los niños con discapacidad. En las decisiones especialmente relevantes que afecten al menor se contará con el informe colegiado de un grupo técnico y multidisciplinar especializado en los ámbitos adecuados.

c) La participación de progenitores, tutores o representantes legales del menor o de un defensor judicial si hubiera conflicto o discrepancia con ellos y del Ministerio Fiscal en el proceso en defensa de sus intereses.

d) La adopción de una decisión que incluya en su motivación los criterios utilizados, los elementos aplicados al ponderar los criterios entre sí y con otros intereses presentes y futuros, y las garantías procesales respetadas.

necesarias garantías del proceso que involucren menores precisamente, como manifestación del interés superior del menor, se acompaña, a su vez, de la no menos novedosa modificación del artículo 9 de la LO 1/1996, en el que se regula la audiencia del menor.

Significativamente, en el año 2015, además de la reforma de la LO 1/1996, también se introdujeron otras novedades legislativas encaminadas a completar el nuevo marco jurídico de protección de la infancia, destacando en tal sentido la promulgación de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia¹⁵⁰ (en adelante Ley 26/2015)¹⁵¹ que tiene por objeto “introducir los cambios necesarios en la legislación española de protección a la infancia y a la adolescencia que permitan continuar garantizando a los menores una protección uniforme en todo el territorio del Estado y que constituya una referencia para las comunidades autónomas en el desarrollo de su respectiva legislación en la materia”¹⁵².

2. La imprescindible aproximación al significado y función de la noción del interés superior del menor

Las páginas anteriores han permitido constatar cómo la aceptación del principio del interés superior del menor como guía y objetivo a lograr y salvaguardar en todas aquellas situaciones que afecten a un menor constituye un lugar común en la legislación, la doctrina y la jurisprudencia comparada en nuestros días. Un principio que se ve dotado de la naturaleza de principio rector de cualquier situación en la que el menor se vea, o pueda verse, involucrado. Sin embargo, y a pesar de esta posición raramente unánime, lo cierto es que

e) La existencia de recursos que permitan revisar la decisión adoptada que no haya considerado el interés superior del menor como primordial o en el caso en que el propio desarrollo del menor o cambios significativos en las circunstancias que motivaron dicha decisión hagan necesario revisarla. Los menores gozarán del derecho a la asistencia jurídica gratuita en los casos legalmente previstos”.

¹⁵⁰ BOE de 29.7.2015.

¹⁵¹ Sobre estas reformas vid. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C.: *El sistema de protección a la infancia y la adolescencia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017; BOCCIO SERRANO, M. J.: *El derecho del niño a la familia natural como principio rector del sistema de protección. La actividad protectora de los poderes públicos en el ordenamiento español*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017; LÁZARO GONZÁLEZ, I.E.: “El interés superior del niño en la reforma del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia”, *Familia y Sucesiones. Cuaderno Jurídico*, n.º 114, 2016, pp. 18-26; LÁZARO GONZÁLEZ, I.E.: “La reforma del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia”, *Familia y Sucesiones. Cuaderno Jurídico*, n.º 111, 2015, pp. 17-23; DURÁN AYAGO, A.: “Aspectos internacionales de la reforma del sistema de protección de menores. Especial referencia a la adopción internacional”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVI, 2016, pp. 415-462.

¹⁵² Exposición de Motivos, I.

esta aceptación no se traduce en la existencia de una definición, ni tan siquiera de una descripción, del mismo. Un factor de relevancia objetiva que ve ésta incrementada si se considera la pluralidad y diversidad de situaciones que involucran al menor en las que resulta imprescindible singularizar y tomar en consideración dicho principio.

2.1 El punto de partida: el interés superior del menor como noción jurídica indeterminada dotada de visiones y significados polimorfos y maleables

Esta ausencia de una noción del principio no es accidental. Resulta especialmente complicado definir con precisión en qué consiste el interés del menor como concepto o, incluso, categoría general. La doctrina ha constatado las “enormes dificultades para fijar una acepción genérica adaptable a la multitud de circunstancias en que se invoca el interés de los menores”¹⁵³. Refiriéndose, igualmente, el principio del interés superior del menor como “un concepto multiforme y susceptible, en principio, de tantas concreciones como operadores jurídicos”¹⁵⁴.

Más aún, y de forma especialmente contundente, se ha llegado a calificar de temerario cualquier intento de definición del principio del interés superior del menor. Un principio que no es susceptible de ser concretado debido a su propia naturaleza y que, de hecho, de intentar serlo, conduciría a la articulación de una noción del interés del menor que necesariamente resultaría potencialmente imprecisa y fraccionada, al omitir potenciales supuestos¹⁵⁵.

En relación con este punto, se han destacado dos caracteres en relación con el interés del menor que impedirían su conceptualización en abstracto. Por un lado, su relativismo, es decir, su directa dependencia con las circunstancias y situación personal del menor afectado en un caso concreto. Y, por otro, su aspecto dinámico, móvil y cambiante,

¹⁵³ NÚÑEZ BOLAÑOS, M., NICASIO JARAMILLO, I.M. y PIZARRO MORENO, E.: “El interés del menor y los supuestos de discriminación en la maternidad subrogada, entre la realidad jurídica y la ficción”, *Derecho Privado y Constitución*, n.º 29, 2015, p. 235.

¹⁵⁴ MOYA ESCUDERO, M.: *Aspectos internacionales del derecho de visita de los menores*, Granada, Comares, 1998, p. 9.

¹⁵⁵ DE TORRES PEREA, J.M.: “Tratamiento del interés del menor en el Derecho alemán”, *Anuario de Derecho Civil*, v. 59, n.º 2, 2006, p. 676.

al aparecer indisolublemente vinculado a la evolución personal y a los cambios vitales del menor¹⁵⁶.

Esta gaseosa realidad implica una complejidad adicional en cualquier proceso de concreción del principio del interés superior del menor en la práctica. En tal sentido, el propio Comité de Derechos del Niño ha reconocido la complejidad que acompaña a esta noción, que exige ser ponderada caso por caso, lo que afecta directamente a su estabilidad y, por ende, a su validez. En tal sentido, el Comité entiende que: “*el legislador, el Juez o la autoridad administrativa, social o educativa podrá aclarar ese concepto y ponerlo en práctica de manera concreta mediante la interpretación y aplicación del artículo 3, párrafo 1, teniendo presentes las demás disposiciones de la Convención*”. Y, precisamente por ello, acepta que el concepto es flexible y adaptable, debiendo ajustarse y definirse “*de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales*”¹⁵⁷.

Igualmente, y como contrapartida, el Comité detecta el posible efecto negativo que se puede derivar, para la estabilidad de cualquier descripción o definición del principio que pueda formularse, del rasgo intrínseco de la flexibilidad. En particular, reconoce que la flexibilidad puede dejar margen a la manipulación, hasta el punto de que “*el concepto de interés superior del niño ha sido utilizado abusivamente por gobiernos y otras autoridades estatales para justificar políticas racistas, por ejemplo; por los padres para defender sus propios intereses en las disputas por la custodia; y por los profesionales a los que no se podía pedir que se tomaran la molestia y desdeñaban la evaluación del interés superior del niño por irrelevante o carente de importancia*”¹⁵⁸.

Sin embargo, si bien no es posible –ni recomendable– la búsqueda de la articulación de una definición –siquiera de una descripción– general y abstracta del interés superior del menor, la doctrina sí ha llegado a precisar su naturaleza jurídica.

1) Así, como punto de partida, es comúnmente aceptado que el principio del interés superior del menor constituye en sí mismo un concepto jurídico indeterminado. De hecho,

¹⁵⁶ RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El interés del menor*, cit., p. 70.

¹⁵⁷ COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO: “Observación General n.º 14...”, cit., párr. 32.

¹⁵⁸ *Ibid.*, párr. 34.

en el sistema español, la propia LO 8/2015 califica el principio del interés superior del menor como un “*concepto jurídico indeterminado*” en su Exposición de Motivos¹⁵⁹.

En este sentido, la doctrina destaca que “el interés del menor constituye, en efecto, en nuestro sistema jurídico y en otros, un concepto jurídico indeterminado, por medio del cual la ley se refiere a una realidad cuyos límites no precisa con exactitud, con lo que intenta definir o delimitar un supuesto concreto que permite que sea precisado luego en el momento de su aplicación”¹⁶⁰. Corresponde, por tanto, al Juez, en la aplicación de la ley, otorgar un contenido efectivo al concepto jurídico indeterminado al valorar el supuesto de hecho y sus datos y circunstancias¹⁶¹.

Esta dificultad no es exclusiva del principio del interés superior del menor, sino que tiene como punto de partida la propia naturaleza del Derecho de familia en el que, como la doctrina admite, la utilización de fórmulas abiertas es inevitable, ya que el cambio social impide la estabilidad de las normas cerradas¹⁶². Consecuentemente, los conceptos jurídicos indeterminados se entienden necesarios para mantener en el tiempo su significado sin el recurso a cambios legislativos, otorgando, además, un mayor dinamismo y flexibilización al propio concepto¹⁶³.

En consecuencia con ello, más que la búsqueda de un concepto o una definición, mayoritariamente la doctrina se centra en estudiar su función o alcance.

Ahora bien, del carácter indeterminado del interés superior del menor no se deriva una arbitrariedad en la interpretación y aplicación de tal principio. Por el contrario, se reivindica el entendimiento del interés superior del niño como “un concepto dinámico que abarca una variedad de temas que cambian constantemente; un concepto jurídico indeterminado, que debe determinarse caso por caso. Sin embargo, hay que tener claro el hecho de que no se trata en ningún caso de un concepto discrecional”¹⁶⁴. Lo que implica que su evaluación e interpretación deberá siempre responder a criterios objetivos.

¹⁵⁹ Exposición de Motivos, II.

¹⁶⁰ RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El interés del menor*, cit., pp. 70 y 71.

¹⁶¹ *Ibíd.*, p. 73

¹⁶² ROCA I TRÍAS, E.: *Libertad y Familia*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2014, p. 237.

¹⁶³ VERDERA IZQUIERDO, B.: *La actual configuración jurídica del interés del menor...*, cit., p. 64.

¹⁶⁴ CARDONA LLORENS, J.: “El interés superior del niño a los 4 años...”, cit., p. 101.

2) Igualmente, se ha señalado que el interés del menor constituye un principio general de Derecho privado, que supone una concreción del mandato constitucional del artículo 29.2 y 3 de la Constitución Española, el cual ordena la protección integral de los hijos menores de edad y de la infancia en general¹⁶⁵.

3) Además, la doctrina se ha referido a este principio como a un estándar jurídico, es decir, como a “un modelo de conducta o actuación jurídico social que se adecua lo que demanda la conciencia social de acuerdo con unos principios y sensibilidad sociales”¹⁶⁶. Recalcándose, en esta línea, el carácter jurídico, y no ético, del estándar del interés superior del menor: es decir, que “responde a valores y criterios jurídicos y sociales (no es una abstracta idea de lo justo o de la conciencia moral) y opera en el ámbito jurídico -respuesta del Derecho a conflictos personales y sociales catalogados como jurídicos-”¹⁶⁷.

El principio se desenvuelve en el sector del Derecho con, quizás, mayor carga metajurídica -el Derecho de la persona y de la familia- lo que conlleva que la moral social y sus valores puedan, en más de una ocasión, contar con un peso notable en la determinación del interés del menor en el caso concreto, tanto en el ámbito privado como en el público. Por ello, y por más que se ha afirmado que la determinación del interés del menor siempre tendrá como límite los derechos de los otros, se admite que este componente ético-social supone que el interés del menor posea una “relación próxima con lo ético”¹⁶⁸.

En efecto, y respecto a esta última idea, el propio Comité de Derechos del Niño ha interpretado que la expresión “consideración primordial” utilizada en la CDN hace referencia a que el interés superior del niño no puede estar al mismo nivel que todas las demás consideraciones y apreciaciones que puedan realizar en relación con los menores en aquellas situaciones que les involucran. Y ello por la propia e intrínseca especial situación que acompaña a los menores (dependencia, madurez, condición jurídica, y a menudo, carencia de voz), y por el consiguiente dato objetivo de que, en última instancia, los menores siempre van a contar con menos posibilidades que los adultos de defender con fuerza sus propios intereses.

¹⁶⁵ En este sentido vid. RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El interés del menor*, cit., p. 81 y DE TORRES PEREA, J.M.: *Interés del menor y derecho de familia. Una perspectiva multidisciplinar*, Iustel, Madrid, 2009, p. 24.

¹⁶⁶ RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El interés del menor*, cit., p. 68.

¹⁶⁷ *Ibidem*.

¹⁶⁸ Reflexiones extraídas de *ibíd*, pp. 68 y 69.

Ahora bien, el Comité reconoce, a su vez, la flexibilidad en la aplicación del interés superior del menor, de manera que si entra en conflicto con otros intereses o derechos de otras personas habrá que intentar armonizar su tratamiento, ponderándose todos los derechos en liza, pero recordando, en última instancia, como hemos visto que hace también el legislador español, que los intereses del menor gozan de máxima prioridad¹⁶⁹.

4) En relación con el punto anterior, la doctrina también ha identificado al principio del interés superior del menor como criterio objetivo. Desde esta óptica, el principio contaría con la finalidad de garantizar el bienestar del menor cuando se plantee un conflicto que le afecte, a través del aseguramiento de la primacía de su interés –siempre que éste comprenda un derecho fundamental- sobre cualquier otro posible interés involucrado.

Si bien la premisa es clara, en este punto, la complejidad reside en concretar qué se entiende lo óptimo para el menor involucrado. Generalmente, el bienestar del menor se identifica con la búsqueda de aquellas condiciones necesarias para que aquel pueda obtener un desarrollo óptimo. Y, precisamente, es en este sentido en el que se perfila el interés del menor como criterio objetivo que nos ayude a comprender mejor cuál puede ser el bien del menor en cada situación en la que aparezca involucrado, desde la perspectiva de la evolución y desarrollo como persona¹⁷⁰.

En esta línea se ha señalado que, “si bien el interés superior del niño es un concepto jurídico indeterminado, su evaluación y determinación en cada caso concreto debe basarse en criterios objetivos. El concepto del interés superior del niño implica garantizar tanto la realización plena y efectiva de los derechos reconocidos en la Convención como el desarrollo holístico del niño”¹⁷¹.

5) De esta suerte, y una vez más partiendo de la idea de que no es posible proporcionar una definición abstracta y cerrada de aquello que constituye el interés superior del menor, la doctrina mayoritaria sí está de acuerdo en afirmar que el contenido de esta noción se identifica con el cumplimiento de los derechos fundamentales del menor en el caso concreto. En este sentido, Roca i Trías ya afirmó que “aunque no es posible una definición fija del interés superior del menor, una aproximación muy segura sobre el contenido del

¹⁶⁹ COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO: “Observación General n.º 14...”, *cit.*, párr. 37 y 39.

¹⁷⁰ DE TORRES PEREA, J.M.: *Interés del menor y derecho de familia...*, *cit.*, p. 23.

¹⁷¹ CARDONA LLORENS, J.: “El interés superior del niño a los 4 años...”, *cit.*, pp. 101 y 102.

mismo sería la garantía de la protección de sus derechos fundamentales en el caso concreto, ya que los mismos, por sus especiales condiciones están impedidos de actuar por ellos mismos”¹⁷². En la misma línea, se han empleado distintas expresiones para reflejar la misma idea, entendiendo el interés superior del menor tanto como fenómeno que engloba los derechos fundamentales del menor¹⁷³, o como un principio garantista que gira en torno a la protección del menor en cuanto a sus derechos como ser humano¹⁷⁴.

En definitiva, todas estas acepciones y perspectivas apuntadas en relación con el principio del interés superior del menor confluyen en la idea de que el principio interviene como un canon de actuación en todo asunto, relación o situación que afecte a un menor. Y, en particular, en aquellos supuestos en los que, además, concurra un conflicto de intereses - entre los propios del menor y eventuales terceros - como por ejemplo en el contexto de una crisis familiar, con el interés de cada progenitor por una modalidad u otra de la custodia y el interés del menor. Por lo que, más que buscar una definición, el principio del interés superior del menor debería contemplarse como un instrumento adecuado para dar solución a los posibles conflictos de intereses que puedan afectar a un menor. Y ello, concretamente, a través de la pauta de que en los distintos supuestos en los que pueda existir un conflicto de intereses entre el menor y su entorno debe prevalecer, precisamente, el interés de éste¹⁷⁵. En definitiva, más que focalizarnos en su definición, la importancia del principio del interés superior del menor recae en su doble función de contrapeso -protección del menor como parte débil- y de control - ante todo peligro o amenaza- en cualquier asunto en el que se vea involucrado¹⁷⁶.

En esta línea, y desde esta óptica del principio del interés superior del menor como concepto jurídico indeterminado cuya finalidad es resolver los conflictos de intereses en el sentido más favorable para el menor, también se ha señalado que “en términos generales y con actitud tópica, en una primera aproximación el *interés del menor* se nos presenta y refiere

¹⁷² ROCA I TRÍAS, E.: “EL «interés del menor» como factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado (contestació)”, *Acadèmia de jurisprudència i legislació de Catalunya*, Barcelona, 1993, p. 69.

¹⁷³ FERNÁNDEZ PÉREZ, A.: “El interés superior del menor: derecho fundamental y/o principio rector del Derecho internacional privado”, en VELASCO RETAMOS, J.M. (Dir.): *Menores extranjeros: problemas actuales y retos jurídicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 33.

¹⁷⁴ NÚÑEZ BOLAÑOS, M., NICASIO JARAMILLO, I.M. y PIZARRO MORENO, E.: “El interés del menor y los supuestos de discriminación ...”, *cit.*, p. 235.

¹⁷⁵ DE TORRES PEREA, J.M.: “Tratamiento del interés del menor ...”, *cit.*, p. 676.

¹⁷⁶ DE TORRES PEREA, J.M.: *Interés del menor y derecho de familia...*, *cit.*, p. 21.

a una ventaja efectiva para el niño o adolescente (componente positivo), conjugada en ocasiones con la evitación de perjuicio o previsible desventaja para él (componente negativo); elementos o componentes que, por ser compatibles, unas veces se presentan conjuntamente (su interés concreto reside en proporcionarle las mejores opciones y evitarle riesgos o perjuicio próximos), otras como alternativos: por ejemplo, evitarle perjuicios verosímiles, males mayores, o elegir para él la opción menos mala ya que no se le puede proporcionar lo mejor posible o deseable. Estas ventajas y perjuicios, opciones y riesgos, pueden ser de muy variada índole y afectar a distintos ámbitos personales del menor”¹⁷⁷.

2.2 La disyuntiva entre la consideración del interés superior del menor en abstracto y en concreto

Fruto de la conceptualización del principio del interés superior del menor como concepto jurídico indeterminado, que debe concretarse en el caso concreto, surge una posible clasificación para su adecuado entendimiento que, además, va a tener una especial importancia en los instrumentos de DIPr. Nos referimos a la distinción entre el interés superior en abstracto y el interés superior del menor en el caso concreto.

El interés superior del menor en abstracto se identifica con aquello que la sociedad cree que es bueno para un determinado grupo de menores –en general y en abstracto – ante una determinada situación. De esta forma, en la ley el legislador introduce la solución normativa que cree que mejor se corresponde con el interés superior del menor – para la generalidad de los casos –.

Por su parte, el principio del interés superior del menor en concreto hace referencia a aquello que constituye el interés de un menor particular ante un supuesto de hecho concreto, atendiendo a las circunstancias y elementos de hecho de dicho caso. Es decir, esta aproximación *in concreto* del interés superior del menor haría referencia a la aplicación efectiva de la norma en una determinada situación¹⁷⁸. De manera que este interés en concreto puede coincidir, o no, con el interés en abstracto.

¹⁷⁷ RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El interés del menor*, cit., pp. 62 y 63.

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 135.

Como se puede intuir, el conflicto jurídico se plantea en aquellos casos en los que el interés superior del menor de un específico menor, en concreto, no resulta coincidente con la solución general prevista en la norma, justificada con el interés superior del menor – en abstracto –. Este potencial conflicto obliga a que las normas que afectan a los menores prevean una respuesta lo suficientemente flexible como para que el operador jurídico posea margen de actuación para la consideración del interés superior del menor en el caso concreto.

2.3 La versión predominante: el interés superior del menor como derecho, principio y norma de procedimiento

La aproximación que, sin duda, está adquiriendo un mayor protagonismo en la delimitación del interés superior del menor es la de su consideración como un concepto triple como derecho subjetivo, principio inspirador del ordenamiento jurídico y norma de procedimiento. Esta interpretación proviene directamente del Comité de Derechos del Niño, en concreto, de su Observación General n.º 14 de 2013, recordemos, relativa al derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, recogido en el artículo 3 de la CDN.

Como apuntábamos, esta propuesta del Comité ha calado no solo en la doctrina, sino también en las mismas legislaciones nacionales, entre las que se encuentra el caso español. Siguiendo lo establecido por el Comité, la LO 8/2015 señala en su Exposición de Motivos que siguiendo la Observación General n.º 14, *“este concepto se define desde un contenido triple. Por una parte, es un derecho sustantivo en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución. Por otra, es un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Pero además, en último lugar, este principio es una norma de procedimiento. En estas tres dimensiones, el interés superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral”*.

Según la interpretación del Comité, el interés superior del menor debe entenderse como un concepto triple: como un derecho, un principio y un procedimiento¹⁷⁹.

1) En primer lugar, el interés superior del menor se considera un derecho sustantivo, esto es, el derecho del menor a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe al sopesar distintos intereses antes de tomar una decisión sobre una cuestión debatida; así como la garantía de que éste se pondrá en práctica siempre que se deba adoptar una decisión que afecte a un niño, un grupo de niños o los niños en general¹⁸⁰. Esta concepción del interés superior del menor, además, implica que el artículo 3 párrafo 1 establece una obligación intrínseca para los Estados que es de aplicación directa (*self-executing*) ante los Tribunales¹⁸¹. Esta afirmación resulta de gran importancia, ya que es la primera vez que se reconoce expresamente el carácter de derecho del interés superior del menor¹⁸².

Siguiendo esta directriz del Comité, y como hemos avanzado, también la legislación española considera actualmente el interés superior del menor, no solo como un principio, “*sino como un derecho sustantivo y, propiamente, como un derecho subjetivo que debe impregnar todo el Ordenamiento, el cual podrá ser alegado como tal derecho ante los Tribunales, siendo directamente aplicable y no exclusivamente un principio hermenéutico. Siendo, por consiguiente, exigible*”¹⁸³. Ahora bien, no toda la doctrina española identifica necesariamente el interés superior del menor como derecho subjetivo propiamente dicho¹⁸⁴.

2) A la concepción anterior debe añadirse la identificación del interés superior del menor como un principio jurídico interpretativo fundamental. Según el Comité, esta visión implica que en aquellas ocasiones en las que una disposición jurídica admita más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés

¹⁷⁹ COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO: “Observación General n.º 14...”, *cit.*, párr. 6.

¹⁸⁰ *Ibid.*, párr. 6 a).

¹⁸¹ CARDONA LLORENS, J.: “La evaluación y determinación del interés superior del niño”, *Revista Española de Derecho Internacional*, v. 65, n.º 2, 2013, p. 254.

¹⁸² OTAEGUI AIZPURUA, I.: *La relevancia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos...*, *cit.*, p. 86.

¹⁸³ VERDERA IZQUIERDO, B.: *La actual configuración jurídica del interés del menor...*, *cit.*, p. 90.

¹⁸⁴ GARCÍA RUBIO, M. P.: “Aproximación al significado, contenido y alcance del interés del menor”, en AA.VV.: *Relaciones transfronterizas, globalización y Derecho. Homenaje al Prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2020, p. 1080.

superior del menor¹⁸⁵. En este contexto, los derechos consagrados en la CDN constituyen el marco para la interpretación¹⁸⁶.

Consecuentemente, el interés superior del menor se configura como un principio general del derecho, y en cuanto tal, cumple la función informativa e interpretativa del ordenamiento jurídico. Por consiguiente, el interés superior del menor es un criterio hermenéutico de interpretación de las leyes, de carácter teleológico o finalista¹⁸⁷. Y, de esta afirmación se deriva que, “desde el punto de vista normativo siempre que se haya de aprobar o aplicar una norma que directa o indirectamente afecte a los menores se deberá ponderar su repercusión en los mismos, sopesando y valorando todas las interpretaciones posibles, tanto: con carácter previo como, una vez aprobada la norma, a efectos interpretativos”¹⁸⁸. De forma más controvertida, se ha llegado a plantear si esta concepción del interés superior del menor, más allá de esta función interpretativa *strictu sensu*, podría además cumplir “una función integrativa o incluso correctora de reglas legales, hasta el punto incluso de llegar a justificar la inaplicación de alguna de ellas en el caso concreto”¹⁸⁹.

3) Por último, el interés superior del menor debe entenderse como una norma de procedimiento. Esta aproximación implica que siempre que deba adoptarse una decisión que afecte a un niño, un grupo de niños o los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el/los niño/s afectados.

Además, esta concepción del interés superior del menor requiere para su evaluación y determinación de garantías procesales. Ello incluye, también, que la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente este derecho. Por ello, deberá explicarse cómo se ha respetado este derecho en la decisión, “*qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos*”¹⁹⁰. Dentro de esta

¹⁸⁵ COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO: “Observación General n.º 14...”, *cit.*, párr. 6 b).

¹⁸⁶ CARDONA LLORENS, J.: “La evaluación y determinación del interés superior del niño”, *cit.*, p. 254.

¹⁸⁷ VERDERA IZQUIERDO, B.: *La actual configuración jurídica del interés del menor...*, *cit.*, p. 94.

¹⁸⁸ *Ibidem*.

¹⁸⁹ GARCÍA RUBIO, M. P.: “¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 13, 2020, p. 24.

¹⁹⁰ COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO: “Observación General n.º 14...”, *cit.*, párr. 6 c).

aproximación del interés superior del menor destacan sus derechos a ser informado, oído y escuchado en todos los asuntos que le afecten.

3. La plasmación del principio del interés superior del menor en las normas del DIPr de menores

Actualmente, el interés superior del menor constituye el principio rector sobre el que se articulan las normas del DIPr que afectan a los menores. En efecto, la doctrina se refiere a este principio como eje de cualquier norma, también las de DIPr, que incida sobre un menor o regule cualquier situación o relación que le afecte, constituyendo el “principio rector” y “principio axiológico básico en la interpretación y aplicación de las normas de DIPr y de Derecho material”¹⁹¹. También se ha señalado que el principio del interés superior del menor ejerce un doble papel aplicativo en este ámbito: por un lado, realiza una función inspiradora en el diseño y articulación de normas positivas, y por otro, ejerce una función de monitorización de los resultados de aplicación de aquellas¹⁹².

Esta influencia del principio del interés superior del menor, junto con las exigencias impuestas por los textos constitucionales e internacionales que recogen los derechos fundamentales del menor, ha llevado a un sector de la doctrina a reconocer el carácter autónomo del DIPr de menores¹⁹³. Tal autonomía, se dice, también se derivaría de los convenios internacionales específicos de DIPr relativos a la protección de menores¹⁹⁴.

En este contexto, alguna autora como Hammje proporciona una aproximación sumamente interesante de la influencia del principio del interés superior del menor en la disciplina de DIPr. La autora parte de la evidente consagración del principio del interés superior del menor como fundamento de toda norma de protección del menor, de manera que éste sea el foco central en la orquestación de cualquier norma que afecte a un menor. También respecto de la normativa de DIPr que, en la búsqueda de los intereses del menor, debe afianzar ante una situación internacional, que se asegure el “bienestar internacional”

¹⁹¹ ESPINOSA CALABUIG, R.: *Custodia y visita de menores...*, cit., p. 31.

¹⁹² Vid. CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho Internacional Privado*, cit., p. 429.

¹⁹³ FERNÁNDEZ PÉREZ, A.: “El interés superior del menor...”, cit., pp. 13-51.

¹⁹⁴ *Ibid.*, pp. 32-33.

del menor¹⁹⁵. Pero, más allá de esta afirmación comúnmente aceptada en la actualidad, la autora se pregunta cuál es la función del principio del interés superior del menor en la disciplina del DIPr. Para ello, realiza una distinción muy oportuna entre interés superior del menor “conflictual” o “espacial”, e interés superior del menor sustantivo o material. A partir de esta distinción analiza por separado cual debe ser la función de cada una de estas dos nociones en relación con el DIPr.

Asentándose en este análisis, se llegaría a la conclusión de que las normas de DIPr no solo tienen una lectura puramente sustantiva del interés superior del menor, sino que también cuentan con una dimensión conflictual. Por un lado, el interés superior del menor conflictual, según la autora, constituye un factor de conexión del DIPr, de forma que puede hacer el papel de punto de conexión y acercamiento entre los distintos ordenamientos jurídicos, reforzando los objetivos y funciones del DIPr, sin por ello ser necesario una armonización material de las legislaciones estatales en materia de familia. Y, en definitiva, el interés conflictual del menor, adoptado mediante instrumentos internacionales, garantizaría así los objetivos de DIPr¹⁹⁶.

3.1 El interés superior del menor como valor material del DIPr

Esta realidad comúnmente aceptada hoy en día, sin embargo, ha sido fruto de una progresión relativamente reciente en el marco de la disciplina internacionalprivatista: evolucionando de normas de carácter neutro, propias del DIPr clásico, a normas materialmente orientadas. Con esta referencia a la noción de materialización entendemos aquel “fenómeno que tiene por objeto establecer puentes y lazos de unión entre la operatoria del DI Privado -en lo que aquí interesa destacar, por lo que se refiere al conflicto de jurisdicciones- y su fuente originaria, esto es, el Derecho sustantivo o material”¹⁹⁷. En efecto, la instauración del interés superior del menor como valor material de las normas de DIPr

¹⁹⁵ HAMMJE, P.: “L’interêt de l’enfant face aux sources internationales du droit international privé”, en AA.VV.: *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l’honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, Paris, 2005, p. 368.

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 367.

¹⁹⁷ VARA PARRA, J.J.: “El interés del menor en los foros de competencia judicial para las acciones de responsabilidad parental en el Reglamento (CE) núm.2201/2003”, *Revista Española de Derecho Internacional*, v. LVIII, n.º 2, 2006, p. 799, quien cita, a su vez, a GONZÁLEZ CAMPOS, J. D.: “Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé. Cours général”, *Recueil des Cours*, t. 287, 2000, n.º. 224.

constituye un ejemplo paradigmático del proceso de materialización que, con carácter general, ha protagonizado esta disciplina jurídica, patentizándose en diversos ámbitos de ésta.

En este contexto, se asume la conclusión de que la finalidad de protección de la persona no debe limitarse a las normas internas, sino que también es necesario hacerla extensiva a las normas de DIPr¹⁹⁸. De forma que los valores y objetivos presentes en el Derecho interno se proyecten directamente, también, en las normas de DIPr, no solo internas, sino también en las fuentes de origen convencional y posteriormente, institucional¹⁹⁹. De hecho, en el ámbito convencional, este proceso ha tenido un plus de complejidad, puesto que, obviamente, solo se podrán incorporar aquellos valores materiales comunes en los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados contratantes²⁰⁰.

Esta transformación debe entenderse desde la óptica de que el DIPr viene influido por la evolución de la sociedad, de forma que el DIPr actual debería ser comprendido a la luz de la evolución no solo de las relaciones privadas internacionales desde ese momento histórico, sino también de las transformaciones del Estado y de la ciencia jurídica²⁰¹.

El surgimiento del Estado social, con su impulso de valores y objetivos sustantivos y materiales, impacta de lleno en la función general y clásica del DIPr. Y así, frente a la tradicional función clásica, objetiva y, hasta cierto punto, neutra, meramente localizadora de la norma conflictual, se produce una creciente materialización de este sector del Derecho. En este marco, y en términos muy generales, se producen ciertas transformaciones que tendrán una especial incidencia en el DIPr. De forma muy notoria, la profundización en el Estado Social y Democrático de Derecho conlleva un incremento de la intervención del Estado en las relaciones privadas. La familia, y, sobre todo, la protección del menor, dejan de ser una cuestión privada y pasa a ser una cuestión de interés público, una obligación del Estado y de los poderes públicos.

¹⁹⁸ Así lo afirma Diago Diago en el caso de la protección de adultos vulnerables en situaciones transfronterizas. DIAGO DIAGO, P.: “La nueva regulación de la protección de adultos en España en situaciones transfronterizas e internas”, *Diario La Ley*, n.º 9779, 2021, p. 5.

¹⁹⁹ HERRANZ BALLESTEROS, M.: *El interés del menor en los Convenios...*, *cit.*, p. 39.

²⁰⁰ *Ibid.*, p. 152.

²⁰¹ GONZÁLEZ CAMPOS, J. D.: “Diversification, spécialisation, ...”, *cit.*, pp. 22-23, n.º. 4.

Uno de los factores que motivará esta evolución, entre otros, será la tendencia hacia la protección de la parte débil en determinadas situaciones, articulando normas que protejan a una determinada categoría de personas. En concreto, en aquellos asuntos en los que se vea involucrado un menor –del que es evidente su calificación como parte débil y objeto de protección²⁰²- se hará patente la necesidad de su protección en todos aquellos asuntos en los que se vea involucrado. También en aquellas situaciones que incorporen elementos de internacionalidad. El incremento de la movilidad de personas, y, por tanto, al aumento de menores extranjeros en Estados distintos de los de su residencia habitual, permite discernir con claridad la –novedosa, tanto en su existencia como en su forma de articularse- preocupación del Estado por regular y proteger a los menores que, por las razones que sean, aparecen vinculados a distintos ordenamientos jurídicos.

En el plano del Derecho internacional privado, este proceso de materialización de las soluciones aportadas se traduce en la tendencia de introducir valores sustantivos para resolver los llamados conflictos de leyes –también, los de jurisdicciones-, un proceso que tiene como consecuencia fundamental el fin de la neutralidad de las normas de DIPr. En lo que podría denominarse un “Derecho Internacional privado postmoderno”, el cual se caracteriza por la procura de “una perfecta combinación entre la técnica legislativa y el resultado equitativo que se busca en el caso concreto, a la vez que se garantice la efectiva continuidad de las relaciones en el espacio”²⁰³.

Profundizando en esta cuestión, en relación específicamente con los menores, Borrás Rodríguez ya insistió en la necesidad de abordar la protección del menor tanto desde la normativa interna y sustancial, como desde una aproximación normativa de DIPr. Efectivamente, en un mundo globalizado, un alto estándar de protección interna puede verse desvirtuado en una situación en la que entren en contacto varios ordenamientos jurídicos. Esta idea le lleva a afirmar que la vía interna, de manera aislada, es incapaz de proteger a los menores involucrados en situaciones transfronterizas.

²⁰² BORRÁS RODRÍGUEZ, A.: “EL «interés del menor» como factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado (discurs d’ingrés)”, *Acadèmia de jurisprudència i legislació de Catalunya*, Barcelona, 1993, p. 14.

²⁰³ MADRID MARTÍNEZ, C.: *La responsabilidad civil derivada de la prestación de servicios. Aspecto internos e internacionales*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2009, p. 223.

Por un lado, las normas materiales internas por sí solas no son efectivas, puesto que éstas necesitan paralelamente de un sistema de DIPr materialmente orientado que garantice el interés superior del menor en situaciones transfronterizas. A su vez, las normas de DIPr de origen nacional corren el riesgo de tampoco resultar plenamente efectivas en una realidad marcada por el incremento constante de las relaciones privadas internacionales que, entre, otros efectos, ponen en contacto a ordenamientos jurídicos articulados sobre bases ideológicas no siempre coincidentes. Ello favorece el impulso a las soluciones internacionales –tanto convencionales como institucionales– como vía imprescindible para garantizar un adecuado estándar de protección del menor²⁰⁴. Una idea, la de la necesaria incorporación del principio del interés superior del menor, como valor material, tanto en la normativa interna como en la internacional de DIPr compartida por otros autores²⁰⁵ que, además, pone de manifiesto como este principio “ha constituido un factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado, en técnicas, valores y mecanismos”²⁰⁶.

Soluciones nacionales, convencionales e institucionales que deberán venir, necesariamente, articuladas –materialmente- en torno al principio del interés superior del menor, como valor supremo de DIPr en relación con el menor. Lo que se traduce en la necesidad de adoptar soluciones flexibles y disposiciones materialmente orientadas²⁰⁷.

3.2 La manifestación del interés superior del menor en los sectores de DIPr

La incorporación del principio del interés superior del menor en las normas de DIPr ha tenido una particular evolución y manifestación en cada uno de sus sectores. De hecho, la doctrina no duda en afirmar que “(D)esde el punto de vista de la técnica del Derecho Internacional privado, la protección de los derechos del niño constituye un excelente banco de pruebas de evolución del Derecho internacional privado: diversificación, especialización, materialización y flexibilización están presentes en todos y cada uno de los apartados

²⁰⁴ BORRÁS RODRÍGUEZ, A.: “EL «interés del menor» como factor de progreso...”, *cit.*, pp. 16-19. Es por ello que para lograr un adecuado nivel de protección es necesaria la unificación entre normas sustantivas y de DIPr. En palabras de la autora, “localización” protectora para alcanzar una solución globalizadora que, en aras de la protección, abarque derecho material interno y DIPr” (*Ibid.*, p. 13).

²⁰⁵ HERRANZ BALLESTEROS, M.: *El interés del menor en los Convenios...*, *cit.*, p. 44.

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 59.

²⁰⁷ BORRÁS RODRÍGUEZ, A.: “EL «interés del menor» como factor de progreso...”, *cit.*, p. 15.

anteriores, girando en torno al eje que significa la consideración del interés superior del menor”²⁰⁸.

Esta asunción del principio se proyecta de forma plural, y con diversos grados de intensidad, en todos los sectores que constituyen el Derecho internacional privado: al diseñar las normas de competencia judicial internacional, de determinación del derecho aplicable o en relación con la eficacia extraterritorial de las resoluciones foráneas.

3.2.1 *El interés superior del menor en el sector de la competencia judicial internacional*

El sector de la competencia judicial internacional ha sufrido una importante evolución en el Derecho de DIPr de menores. Frente a la tradicional relevancia con que ha contado el plano de la determinación del Derecho aplicable, la problemática del conflicto de jurisdicciones ha ido adquiriendo cada vez mayor protagonismo, motivo por el cual se llega a hablar de un cierto desplazamiento del centro de gravedad del conflicto de leyes hacia el conflicto de jurisdicciones²⁰⁹. Esta migración vendría motivada, principalmente, por la creciente preocupación en torno a la búsqueda de la autoridad mejor situada para velar por los intereses del menor ante una determinada situación transfronteriza frente al tradicional discurso conflictual.

Directamente relacionado con la idea anterior, estas normas de competencia judicial internacional relativas al menor, además, vendrían articuladas en torno al criterio de proximidad. Un criterio que parte de la idea de que se debe realizar una localización concreta y no abstracta de la relación de derecho²¹⁰ y, por tanto, tiene por finalidad acercar el órgano jurisdiccional o autoridad competente a la persona, de forma que se consiga un foro protector de la misma²¹¹.

²⁰⁸ BORRÁS RODRÍGUEZ, A.: “La evolución de la protección del niño...”, *cit.*, p. 37.

²⁰⁹ Así lo apuntan HERRANZ BALLESTEROS, M.: *El interés del menor en los Convenios...*, *cit.*, p. 57; HAMMJE, P.: “L’intérêt de l’enfant face aux sources internationales...”, *cit.*, p. 27.

²¹⁰ MAYA BOUYAHIA, S.: *La proximité en droit international privé de la famille*, L’Harmattan, Paris, 2015, pp. 19 y ss.

²¹¹ Según Lagarde, El criterio de proximidad en materia de competencia judicial internacional supone “le rattachement d’un litige aux tribunaux d’un État avec lequel il présent, sinon le lien le plus étroit, du moins un lien étroit”. LAGARDE, P.: “Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain”, *RCADI*, t. 196, n.º 2, 1986, pp. 25 y ss.

También en los asuntos transfronterizos en los que se vea afectado un menor, el principio de su interés superior encuentra su plena consideración en el criterio de proximidad. Así, el razonamiento en términos de proximidad –al albor de la ineludible exigencia de salvaguardar el interés superior del menor–, conduce a tener en cuenta los vínculos geográficos del menor con los distintos ordenamientos jurídicos implicados, eligiendo, entre ellos, aquel que mejor respete la identidad del menor, prevista y protegida por la CDN. Como regla general, el criterio adecuado para proteger la identidad del menor será el de la residencia habitual, como criterio primigenio sobre el que diseñar las normas de competencia judicial internacional y, consecuentemente, concretar la autoridad que va a conocer de las situaciones que le afecten, cediendo en ocasiones en favor de la nacionalidad del menor²¹². Precisamente, en esta vinculación del valor jurídico del interés superior del menor con el criterio de la residencia habitual encontramos la máxima expresión de la materialización de las normas de competencia judicial internacional²¹³.

Con carácter general, pues, se entenderá que la autoridad más próxima al menor será la de su residencia habitual. La doctrina considera que la residencia habitual es “la conexión más realista para determinar la vinculación de un menor con un determinado territorio”²¹⁴, a la vez que resulta, igualmente, la más próxima a él y a sus circunstancias. Y ello porque se entiende que las autoridades del Estado de residencia habitual del menor son las mejor situadas para evaluar su interés superior, ya que es el lugar en el que el menor está integrado, dónde se encuentra su centro de vida, su vida familiar y, en definitiva, es el punto en el que se ubica el centro geográfico de la situación del menor. Efectivamente, el criterio de proximidad conduce a la instauración de la residencia habitual como foro general que mejor garantiza el interés superior del menor.²¹⁵

Sin embargo, y a pesar de la reconocida prevalencia del criterio de la residencia habitual, en ocasiones, el interés superior del menor exige cierta flexibilidad en las normas de competencia. La realidad es plural y rica, y no siempre en todos los supuestos las autoridades de la residencia habitual del menor serán las mejor situadas para hacer frente a las situaciones que involucran a un menor y ponderar su interés superior. Sino que de las

²¹² HAMMJE, P.: “L’*intérêt de l’enfant face aux sources internationales...*”, *cit.*, p. 371.

²¹³ VARA PARRA, J.J.: “El interés del menor en los foros de ...”, *cit.*, pp. 802 – 803.

²¹⁴ BORRÁS RODRÍGUEZ, A.: “La evolución de la protección del niño...”, *cit.*, p. 35.

²¹⁵ HAMMJE, P.: “L’*intérêt de l’enfant face aux sources internationales...*”, *cit.*, pp. 372-373.

circunstancias del caso podría deducirse la conveniencia de recurrir a las autoridades de otro Estado. En efecto, tal y como destaca la doctrina, “el grado de vinculación con el territorio será diferente según las materias y así, por ejemplo, no puede ser la misma vinculación exigida en los supuestos de sustracción internacional de menores que en la materia de alimentos”²¹⁶.

Esta reflexión lleva a afirmar que, argumentando desde la propia identidad del menor sea recomendable, llegado el caso, tener la opción de poder evaluar los vínculos que el menor pueda eventualmente presentar con otro, u otros, Estados, como, por ejemplo, su Estado de origen o, incluso, el de su localización fuera del Estado de su residencia habitual. Ello podría conducir, atendidas las circunstancias, y siempre por razones fundamentadas en la proximidad y en la mejor salvaguarda de los intereses del menor, que la competencia puede ser atribuida excepcionalmente a los órganos jurisdiccionales de nacionalidad del menor o, incluso, a los de su localización.

En todo caso, solo ante determinadas circunstancias excepcionales la residencia habitual deberá ceder en favor de la nacionalidad del menor, cuando así lo justifica el interés superior del menor en un determinado caso concreto. En este sentido, y centrándonos específicamente en el papel de la nacionalidad como criterio alternativo al de la residencia habitual, debe reconocerse que también respecto del menor sigue teniendo un papel importante en aquellas ocasiones en las que, por ejemplo, sea necesario respetar la identidad cultural del menor, favoreciendo así el entendimiento entre culturas jurídicas diferentes²¹⁷.

Otra manifestación de excepcionalidad en la aplicación de la regla general de la residencia habitual del menor serían las denominadas “cláusulas de flexibilización de la competencia”²¹⁸, introducidas, precisamente, en base al principio del interés superior del menor. Como ejemplo de esta técnica podemos citar ciertas figuras de base anglosajona

²¹⁶ BORRÁS RODRÍGUEZ, A.: “La evolución de la protección del niño...”, *cit.*, p. 35.

²¹⁷ HAMMJE, P.: “L’*intérêt de l’enfant face aux sources internationales...*”, *cit.*, pp. 372-373.

²¹⁸ En este sentido vid. a FERNÁNDEZ PÉREZ, A.: “Aproximación al interés superior del menor en el derecho internacional privado español”, *Boletín mexicano de derecho comparado*, v. 51, n.º 151, 2018, p. 8; DURÁN AYAGO, A.: “La protección de menores en la era de la globalización: del conflicto de leyes a las técnicas de flexibilización”, en CALVO CARAVACA A.L. y BLANCO-MORALES LIMONES, P.: *Globalización y Derecho*, Colex, Madrid, 2003, pp. 212-236.

como el *forum non conveniens* o el *forum conveniens*²¹⁹. Institutos que constituirían otro ejemplo de la materialización de las normas de competencia judicial internacional en materia de protección de menores. Pues, en el *forum non conveniens* es un valor material el que desplaza a una norma de competencia²²⁰.

En todo caso, no debe olvidarse que, desde la perspectiva de la evolución de la competencia judicial internacional, también ha tenido una particular trascendencia la creciente vinculación entre el *forum* y el *ius*, especialmente en aquellos sectores en los que se hacen presentes intereses protegidos por el Estado. En particular, en materia de protección de menores, esta vinculación respondería a dos motivos de fondo. De un lado, la búsqueda de la salvaguarda del interés superior. De otro, y relacionado con el anterior, también la voluntad de facilitar la labor de la autoridad competente, la autoridad más próxima al menor y cuyo ordenamiento puede resultar el más efectivo a la hora de afrontar cualquier situación que le involucre, pues ésta conoce mejor su ordenamiento jurídico y, por tanto, lo puede aplicar mejor en interés del menor.

3.2.2 *El interés superior del menor en el sector de la ley aplicable*

Frente al tradicional protagonismo del sector de la determinación de la ley aplicable en materia de protección de menores, las soluciones nacionales e internacionales en relación con el menor y su protección han evolucionado, atribuyendo un especial protagonismo a otros sectores como el de la competencia judicial internacional. Como ya se ha señalado respecto al sector de la competencia, la intención fundamental de este desplazamiento de un sector a otro sería la búsqueda de la autoridad competente más próxima al menor, y a partir de ahí, la aplicación de su normativa²²¹.

Sin embargo, y con independencia de ellos, las alteraciones patentizadas en el sector de la competencia judicial internacional también se han hecho presentes en el sector de la ley aplicable, que ha protagonizado, a su vez, una importante evolución, poniéndose de

²¹⁹ Al respecto vid. *infra* Cap. Segundo, ap. II. 4.2.2 “La transferencia de la competencia a un órgano jurisdiccional mejor situado para conocer del asunto como máximo exponente del interés superior del menor en el caso concreto: la flexibilización de la respuesta”.

²²⁰ VARA PARRA, J.J.: “El interés del menor en los foros de ...”, *cit.*, pp. 802 – 803.

²²¹ BORRÁS RODRÍGUEZ, A.: “La evolución de la protección del niño...”, *cit.*, p. 31.

manifiesto un cambio de perspectiva en las soluciones diseñadas desde la óptica del principio del interés superior del menor.

Fue precisamente en el sector del conflicto de leyes dónde primero se observó la evolución de las normas de DIPr hacia la introducción de valores materiales. Particularmente, el principio del interés superior del menor constituye un ejemplo paradigmático de valor material incorporado como finalidad de la norma de conflicto que le puedan afectar.

En todo caso, y en sintonía con la evolución producida en el sector de la competencia judicial internacional, también en relación con la determinación del Derecho aplicable se ha puesto de manifiesto la transición desde el criterio de la nacionalidad, como factor de conexión, hacia el criterio de la residencia habitual. Recordemos que en materia de persona, familia y sucesiones –esto es, aquellas incardinadas en el estatuto personal, en su acepción amplia– los principios de nacionalidad y del domicilio marcaban tradicionalmente las soluciones aportadas al eventual “conflicto de leyes” suscitado. Sin embargo, lo que al principio constituyó una excepción se ha convertido en la regla general, y como se ejemplifica en el ámbito de la protección del menor, la conexión residencia habitual ha procedido a generalizarse. En este proceso, la tarea de la Conferencia de La Haya de DIPr ha resultado esencial²²².

En efecto, actualmente el criterio de la nacionalidad del menor se considera como un criterio de conexión de carácter rígido, poco realista y neutro que presenta un creciente carácter residual, cuya aplicación como criterio general de conexión, podría suponer la aplicación de una ley diferente al entorno familiar y social del menor. No sería, además, la única consecuencia negativa. Otro argumento en contra es la posible protección desigual entre menores presentes en un mismo Estado, debido justamente a la diferente ley nacional²²³. Frente a ello, el mayor protagonismo de la residencia habitual se inferiría de su flexibilidad y adaptabilidad y de su potencialidad para mejor ponderar el interés superior del menor en el caso concreto, permitiendo seleccionar el ordenamiento jurídico con el que el menor está más estrechamente ligado por su vida familiar y social²²⁴.

²²² BUCHER, A.: *L'enfant en droit international privé, cit.*, p.1.

²²³ *Ibid.*, p. 3.

²²⁴ *Ibidem.*

No sería, sin embargo, el cambio de conexión la única manifestación de este proceso de articular normas de conflicto que adopten el principio del interés superior de menor como su norte: el diseño e incorporación en el ordenamiento jurídico de normas materiales, o la introducción de varios puntos de conexión en una misma norma de conflicto serían otras de las vías materializadoras susceptibles de ser utilizadas por el legislador²²⁵.

En todo caso, la incorporación del interés superior del menor como valor material o finalidad de las normas de conflicto se manifiesta a través de la articulación de instrumentos flexibilizadores del juego de la norma de conflicto, diseñando cláusulas como la que prevé el juego del criterio de los vínculos más estrechos o las cláusulas de excepción, como vías para facilitar una mejor adaptación de las concretas soluciones normativas planteadas a la compleja realidad que puede involucrar a un menor.

3.2.3 El interés superior del menor en el sector de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras

Tampoco el sector del reconocimiento y ejecución de las resoluciones foráneas ha sido ajeno a los desarrollos normativos en relación con la figura del menor. También en él se puede hablar de un proceso de materialización.

En tal sentido, en esta materia ha sido especialmente relevante la creciente influencia de los derechos fundamentales en las normas de DIPr²²⁶. Un sector de la doctrina ha destacado la incidencia de las normas de DIPr en materia de eficacia extraterritorial de resoluciones extranjeras en el cumplimiento efectivo de los derechos humanos, y en particular, del derecho a la vida privada y familiar del artículo 8 del CEDH²²⁷. Así, a título de ejemplo, las normas de DIPr deberán garantizar la consideración del principio del interés

²²⁵ Al respecto vid. HERRANZ BALLESTEROS, M.: *El interés del menor en los Convenios...*, cit., pp. 119 y ss; FERNÁNDEZ PÉREZ, A.: “Aproximación al interés superior del ...”, cit., p. 9.

²²⁶ Al respecto vid., por todos, DISTEFANO, M.: “The Best Interests of the Child Principle at the Intersection of Private International Law and Human Rights”, en BERGAMINI, E. y RAGNI, C. (eds.): *Fundamental Rights and Best Interests of the Child in Transnational Families*, Intersentia, Cambridge – Antwerp – Chicago, 2019, pp. 157-208; ESTEBAN DE LA ROSA, G.: “Método y función del Derecho Internacional privado: hacia la más plena realización de los Derechos Humanos”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 40, 2020, pp. 1-58.

²²⁷ BARATTA, R.: “Derechos fundamentales ...”, cit., pp. 103-126.

superior del menor, asegurando la continuidad del estatus jurídico y familiar de un menor adquirido en el extranjero²²⁸.

Esta obligación de garantizar la efectividad de los derechos del menor deriva directamente de la CDN²²⁹ y cuenta con un efecto colateral, en cuanto la exigencia de asegurar un estándar mínimo de derechos al menor puede conducir, directa y correlativamente, a privar de eficacia en el país a una resolución extranjera, que tenga como consecuencia, precisamente, reducir ese estándar o ponerlo en peligro. En este sentido, un aspecto íntimamente ligado al principio del interés superior del menor en este sector refiere a la noción de orden público internacional, tanto en su vertiente procesal como material, como barrera a la eficacia extraterritorial de las resoluciones foráneas. Respecto de la primera, destaca el derecho del menor a ser oído en todos los asuntos que le afecten; y respecto a la segunda, a la propia alegación del interés superior del menor como excepción del orden público internacional²³⁰.

Con esta idea en mente, la vía más eficaz para asegurar la consecución del interés superior del menor en el sector de reconocimiento y ejecución de resoluciones será evitando la rigidez del sistema. Y ello porque un excesivo formalismo podría llevar al no reconocimiento o ejecución de resoluciones extranjeras, impidiendo así la protección de los derechos del menor garantizados en un determinado ordenamiento jurídico.

Como corolario de lo anterior, la lógica territorial de las soluciones que pueda articular el legislador nacional en este sector se encuentra en la base misma de la aconsejable adopción de convenios internacionales que garanticen el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de protección de menores por los que apuesta un sector importante de la doctrina²³¹. En concreto, los convenios internacionales deben ir encaminados a mejorar la eficacia mediante la simplificación de procedimientos que garanticen la mejor protección del interés superior del menor. Y que puede plasmarse en medidas de unificación del procedimiento de ejecución *stricto sensu*, en la unificación de los procedimientos de *exequátur*, o, incluso, en la supresión del *exequátur*²³².

²²⁸ *Ibid.*, pp.120 y ss.

²²⁹ BORRÁS RODRÍGUEZ, A.: “La evolución de la protección del niño...”, *cit.*, p. 31.

²³⁰ HERRANZ BALLESTEROS, M.: *El interés del menor en los Convenios...*, *cit.*, pp. 229 y ss.

²³¹ FERNÁNDEZ PÉREZ, A.: “El interés superior del menor...”, *cit.*, p. 47.

²³² BORRÁS RODRÍGUEZ, A.: “La evolución de la protección del niño...”, *cit.*, p. 31.

3.2.4 El interés superior del menor en la cooperación entre autoridades

Finalmente, en materia de protección de menores ha sido muy relevante el impulso de la cooperación entre autoridades, sobre todo, mediante el establecimiento y progresiva regulación de autoridades centrales. Estas figuras han resultado ciertamente útiles para agilizar algunos procedimientos relacionados con menores como la sustracción internacional de menores o la adopción internacional ²³³.

III. LA CREACIÓN DE UNA NOCIÓN AUTÓNOMA EN EL PAISAJE JURÍDICO DE LA UE: LA RESPONSABILIDAD PARENTAL Y SU SIGNIFICADO

En la actualidad, la protección del menor en asuntos transfronterizos se ha centrado, en gran parte, en torno a la figura de la responsabilidad parental del menor. Esta noción, ajena a la mayoría de los sistemas jurídicos de los países europeos, entre ellos España, ha cobrado peso hasta imponerse como el término de referencia en la materia.

A grandes rasgos, la expresión “responsabilidad parental del menor” es comúnmente entendida como aquel conjunto de potestades, derechos y responsabilidades en relación con un menor que el Derecho atribuye a sus progenitores o a terceras personas. Este abanico de potestades, derechos y responsabilidades tienen por finalidad la protección y promoción de los derechos y el bienestar de los menores; e incluyen, fundamentalmente, la provisión del cuidado personal, la educación, la administración de la propiedad del menor, y el ejercicio de su representación legal. De esta manera, el consenso en torno a la noción de la responsabilidad parental del menor se sitúa en la idea de que las potestades parentales deben ejercerse en beneficio de los menores, tomando en consideración su interés superior²³⁴.

La clave del entendimiento de la noción descansa, por tanto, en la aceptación del hecho de que la responsabilidad parental del menor abarca un contenido mucho mayor que la regulación de la relación del menor con sus progenitores. Precisamente, el rasgo esencial

²³³ *Ibíd.*, p. 33.

²³⁴ FERRER-RIBA J.: “Parental responsibility in a European Perspective”, en SCHERPE J. M. (ed.): *European Family Law. Family Law in a European Perspective. Volume III*, Elgar, Cheltenham and Northampton, 2016, p. 284.

de la misma es su carácter amplio y abarcador, dotado de la clara finalidad de que ningún menor quede sin protección en un contexto transfronterizo, con independencia de cuáles sean los concretos términos empleados en el sistema jurídico de cada Estado.

Esta es la noción que ha escogido el legislador de la UE para regular la protección del menor en la UE, y que establece los límites del ámbito de aplicación material del Reglamento Bruselas II bis, e igualmente del Reglamento Bruselas II ter. La incorporación de dicho término se remonta al Reglamento Bruselas II, en el que el legislador de la UE decidió seguir la tendencia de otras instituciones, el Consejo de Europa y la Conferencia de La Haya de DIPr, e incardinar esta terminología en el marco jurídico de la UE. Estos orígenes manifiestan como el progresivo protagonismo que ha adquirido este concepto ha venido de la mano del impulso de las instituciones internacionales a través de la elaboración de textos internacionales en la materia. quizás por todo ello, la responsabilidad parental del menor se califica como un concepto europeo y de origen internacional.

1. Los antecedentes: la responsabilidad parental como concepto europeo

A la vez que gráfico es cierto que el surgimiento y la consolidación del término de responsabilidad parental del menor en la regulación de las situaciones privadas transfronterizas que implican la responsabilidad sobre un menor procede de la esfera internacional, ya que esta expresión era minoritaria en las legislaciones nacionales, tanto en Europa como fuera de ella²³⁵. Son la Conferencia de La Haya de DIPr, un organismo con vocación universal que no le ha privado históricamente de un marcado aroma e influencia europea, como el Consejo de Europa o la UE los que comienzan a emplear esta expresión, respectivamente, en el Convenio de La Haya de 1996, el Convenio europeo sobre el ejercicio de los derechos de los niños de 1996 o el Reglamento Bruselas II bis.

En el ámbito de la Conferencia de La Haya de DIPr, el ya mencionado Convenio de La Haya de 1996, procedió en su día a sustituir el término “relación de autoridad” de su predecesor, el Convenio de 1961, por el de “responsabilidad parental”²³⁶. Además, no solo

²³⁵ FERRER-RIBA J.: “Parental responsibility in a European Perspective”, *cit.*, p. 286.

²³⁶ LAGARDE, P.: “Informe 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”, HCCH, 1998, párr. 14.

incorporando esta mención al término de responsabilidad parental sino también recogiendo una descripción de las materias incluidas en la misma que, posteriormente sirvieron de guía para el legislador de la UE²³⁷. El cambio de terminología vino inspirado por el artículo 18 de la CDN, que recoge el principio de que los padres, o en su caso, los representantes legales les incumbe la “responsabilidad” de la crianza y el desarrollo del menor²³⁸.

Como decimos, también en el seno del Consejo de Europa se ha producido un importante desarrollo de la responsabilidad parental del menor. En este ámbito destaca el Convenio europeo sobre el ejercicio de los derechos de los niños de 1996, que hace referencia “*al ejercicio de responsabilidades parentales tales como las que se refieren a la residencia y al derecho de visita respecto de los niños*”²³⁹. Además, dentro de sus numerosos trabajos, han tenido una especial relevancia en el ámbito europeo los “Principios sobre el establecimiento y las consecuencias legales de la filiación (Papel Blanco)”, “*Principles concerning the Establishment and Legal Consequences of Parentage (the White Paper)*”²⁴⁰, originalmente publicados en 2002²⁴¹ (en adelante Principios de 2002 del Consejo de Europa), que recogen en detalle el contenido y alcance de la noción de responsabilidades parentales como un concepto que engloba las tradiciones europeas en la materia.

No solo los centros codificadores han favorecido este cambio. La noción también ha sido desarrollada desde el ámbito doctrinal, destacando el trabajo de la Comisión de Derecho de familia europeo (CEFL)²⁴² que ha llevado a la publicación de los “Principios del

²³⁷ En el Convenio de La Haya de 29.5.1993 sobre protección 15 de niños y la cooperación en materia de adopción internacional, BOE de 1.8.1995, ya aparecía el término responsabilidad parental, pero sin ninguna definición.

²³⁸ Art. 18 de la CDN: “*Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño*”.

²³⁹ Art. 1.3 del Convenio europeo sobre el ejercicio de los derechos de los niños.

²⁴⁰ Vid. CONSEJO DE EUROPA: “Report on Principles concerning the Establishment and Legal Consequences of Parentage (the White Paper)”, Committee of Experts on Family Law (CJ-FA), 23.10.2006, Estrasburgo, CJ-CA (2006) 4e.

²⁴¹ Sobre la base de los referidos Principios de 2002 del Consejo de Europa, se ha trabajado en la elaboración de un texto nuevo que se ha visto reflejado en el documento CONSEJO DE EUROPA: “Draft Recommendation on the Rights and Legal Status of Children and Parental Responsibilities Preamble and Draft Explanatory Memorandum”, *European Committee on Legal Co-Operation (CDCJ)*, Estrasburgo, 12-14.10.2011, CDCJ 2011 15.

²⁴² Sobre esta Comisión vid. BOELE-WOELKI, K.: “The Impact of the Commission on European Family Law (CEFL) on European Family Law”, en SCHERPE J. M. (ed.): *European Family Law. The Impact of Institutions and Organisations on European Family Law. Volume I*, Elgar, Cheltenham and Northampton, 2016, pp. 209-260; BOELE-WOELKI, K.: “The Commission on European Family Law: Taking Stock after Almost 20

Derecho de familia europeo sobre las responsabilidades parentales” (“*Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*”²⁴³, en adelante Principios CEFL²⁴⁴). Estos principios, al igual que los trabajos del Consejo de Europa, utilizan el término plural de “responsabilidades parentales”. Y ello porque la CEFL entiende que con esta referencia plural se expresa con mayor claridad la idea de que el término comprende un conjunto muy diverso de derechos y deberes²⁴⁵.

Gracias a todas estas iniciativas, de distinta naturaleza, procedencia y momento, en el ámbito europeo se están consolidando unos patrones comunes en el desarrollo legal de la materia tratada por parte de las legislaciones europeas. A lo anterior hay que añadir, además, que, aunque esta expresión no es comúnmente empleada en las legislaciones de los Estados miembros de la Unión Europea, su contenido demuestra que sí existe un núcleo común en ellas, aunque ciertamente sus contornos sean variables y no siempre coincidentes. En todas las legislaciones, el concepto de responsabilidad parental conlleva el cuidado y la protección, el mantenimiento de las relaciones personales, la educación la representación legal, la fijación de la residencia del menor, así como la administración de su propiedad²⁴⁶.

Por todo ello, y frente a la diversidad existente en las legislaciones de los países europeos, se ha reconocido como la principal ventaja del concepto “europeo” de responsabilidad parental el hecho de que es un término inclusivo que cubre una gran variedad de instituciones jurídicas y medidas domésticas de protección del menor, sin tener en cuenta su pertenencia al Derecho público o privado, evitando, de esta manera, potenciales problemas de calificación²⁴⁷.

Years”, en BOELE-WOELKI, K. y MARTINY, D. (eds.): *Plurality and Diversity of Family Relations in Europe*, Intersentia, Cambridge, 2019, pp. 3-16.

²⁴³ BOELE-WOELKI, K., et. al.: *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*, Intersentia, Antwerp, 2007, p. 30.

²⁴⁴ Sobre estos principios vid. BOELE-WOELKI, K.: “The CEFL Principles Regarding Parental responsibilities: Predominance of the Common Core”, en BOELE-WOELKI, K. y SVERDRUP, T. (eds.): *European Challenges in Contemporary Family Law*, Intersentia, Antwerp, 2008, pp. 63- 92; BOELE-WOELKI, K. y MARTINY, D.: “The Commission on European Family Law (CEFL) and its Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities”, *ERA Forum*, n.º. 8, 2007, pp. 125-143; ÖRÜCÜ, E. y MAIR, J. (eds.): *Juxtaposing Legal Systems and the Principles of European Family Law on Parental Responsibilities*, Intersentia, Antwerp, 2010.

²⁴⁵ BOELE-WOELKI, K., et. al.: *Principles of European Family Law...*, cit., p. 30.

²⁴⁶ PINTENS, W.: “Chapter I. Scope and definitions”, en MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P. (eds.): cit., p. 76.

²⁴⁷ GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: “Guardianship, custody and parental responsibility”, en BASEDOW, J. et. Al. (eds.): *Encyclopedia of Private International Law. Volume I*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham and Northampton, 2017, p. 866.

Con todo, no deja de ser un concepto todavía en proceso de conformación. Y en tal sentido, un sector de la doctrina experta en Derecho comparado europeo concluye que, a pesar de todos los esfuerzos desde las instituciones y organismos internacionales, Tribunales y la propia doctrina, la noción de la responsabilidad parental continúa siendo compleja por su alta heterogeneidad en las distintas legislaciones europeas²⁴⁸.

2. Hacia la aceptación de una mayor centralidad del menor

El impulso de la noción de la responsabilidad parental en la esfera internacional ha sido coincidente con la evolución de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y en particular, de su consideración como sujetos de derechos. Este desarrollo ha influido en la concepción de las relaciones entre los adultos y los menores de edad, que han sufrido una importante transformación en las últimas décadas. El Derecho de familia, sobre todo aquellos ámbitos en los que se ve involucrado un menor, ha evolucionado de un “derecho sobre” el menor hacia una “responsabilidad hacia” aquel. O, en otras, palabras, la respuesta jurídica ha cambiado su foco y ha dejado de estar anclada en la figura de los progenitores para focalizarse sobre la persona del menor²⁴⁹.

En el marco de este contexto debe analizarse el impulso de la noción de responsabilidad parental como un concepto que manifiesta la centralidad del menor en las relaciones paterno-filiales. Anteriormente, se utilizaban términos como “derechos de los padres”, “potestades de los padres”, “autoridad parental” o “custodia”, todos relacionados en cierta manera a una visión centrada en los progenitores, ahora, y antes, incluso, en la figura del varón como *pater familias*²⁵⁰. Frente a esta terminología, las legislaciones modernas han introducido expresiones que sitúan al menor en el centro de la regulación, como es, precisamente, la noción de responsabilidad parental.

Así, a título de ejemplo en el Derecho anglosajón, el término de responsabilidad parental ya aparecía en la *Child Act* inglesa de 1989 (“*parental responsibility*”); y, en Francia, los términos clásicos “*puissance paternelle*” y “*autorité parentale*” se están

²⁴⁸ FERRER-RIBA J.: “Parental responsibility in a European Perspective”, *cit.*, p. 308.

²⁴⁹ SCHERPE, J. M.: *The Present and Future of European Family Law*, Elgar, Cheltenham and Northampton, 2016, p. 101.

²⁵⁰ Traducido del inglés “parental rights”, “parental care”, “parental powers”, “parental authority” y “custody”. Vid. SCHERPE, J. M.: *The Present and Future of ...*, *cit.*, p. 101.

sustituyendo por el término “*responsabilité parentale*”²⁵¹. En definitiva, el cambio terminológico implica, a la vez que responde a, una aproximación totalmente diferenciada de los problemas planteados en relación con el menor²⁵².

Respecto de la aparición y consolidación del concepto de “responsabilidad parental” en la esfera internacional, la doctrina identifica dos fases en su utilización, identificando la primera, justamente, con el referido cambio de terminología²⁵³.

1) En efecto, en un primer momento, el término “responsabilidad parental” se utilizó como forma de manifestar el mencionado cambio de paradigma en la comprensión de las relaciones paterno-filiales, en las que el menor va a adquirir el papel protagonista y central. Así, la responsabilidad parental supondría un cambio terminológico que refleja más fielmente la nueva realidad social. Mediante esta terminología se refuerza la idea de que los progenitores poseen una “responsabilidad”, y no una “autoridad” o “potestad” sobre los menores, y que, en cuanto tal, busca el interés superior del menor. Por tanto, esta primera fase supondría una actualización terminológica e incluiría los primeros trabajos del Consejo de Europa y el Convenio de La Haya de 1996²⁵⁴.

2) La segunda fase llegaría con la publicación de los ya apuntados Principios de 2002 del Consejo de Europa y la aprobación del Reglamento Bruselas II bis. En estos textos la noción de responsabilidad parental se amplía y pasa a hacer referencia a la posición de cualquier persona cuyos derechos y deberes están relacionados con la promoción y salvaguarda del bienestar de un menor, con independencia de que esta posición cuente con un mayor o menor contenido. Esta creación de un concepto tan abarcador es muy útil a efectos del DIPr y de su articulación y funcionamiento, ya que simplifica considerablemente la calificación de los problemas jurídicos, y, por tanto, garantiza un trato igualitario de los menores involucrados en las relaciones transfronterizas. No obstante, esta noción no ha tenido una acogida tan positiva desde el punto de vista del Derecho de familia material,

²⁵¹ HUET-WEILLER, D.: “De la puissance paternelle à la responsabilité parentale”, en GARIGHOFER, R.: *Le droit de la famille en Europe. Son évolution de l'antiquité jusqu'à nos jours. Actes des journées internationales d'histoire du droit*, Universitaires de Strasbourg, 1992, pp. 405-415.

²⁵² En palabras de Scherpe: “By making responsibility rather than rights the centrepiece of the legislation, the jurisdictions which have done so make it clear that the disputes are not about the right *to/over* a child but rather responsibility *for* a child”. SCHERPE, J. M.: *The Present and Future of ...*, *cit.*, p. 103.

²⁵³ FERRER-RIBA J.: “Parental responsibility in a European Perspective”, *cit.*, pp. 286. y 287.

²⁵⁴ *Ibidem*.

puesto que para la mayoría de las legislaciones nacionales constituye un concepto extraño para su tradición jurídica²⁵⁵.

A pesar de la tendencia a centrar la atención sobre la figura del menor, el derecho del menor continúa estando significativamente influenciado por la figura de sus progenitores.

1) Una primera cuestión que continúa poseyendo importancia es la relación entre los progenitores, ya que, en muchas jurisdicciones, aún es muy relevante su relación, y concretamente, si están casados o no. La ecuación menor-familia-matrimonio sigue estando plenamente vigente. Tradicionalmente, el estado marital de los progenitores jugaba un papel esencial en la determinación de la filiación de un menor, así como de la asignación de su responsabilidad parental; aunque esta realidad se ha ido diluyendo en muchas legislaciones, en algunos Estados perdura²⁵⁶. Concretamente, ciertas legislaciones europeas continúan otorgando automáticamente la responsabilidad parental del menor -tras su nacimiento- exclusivamente a los padres casados o, dicho de otra manera, si la madre no está casada, solo ella se le atribuye a ella la responsabilidad parental del menor²⁵⁷. Sin embargo, hay que reconocer que, con carácter general, la mayoría de las legislaciones europeas han abandonado ese tratamiento diferenciado de los padres, y de los menores, en función del estatus de su relación con la madre²⁵⁸.

2) Igualmente, el género de los progenitores continúa siendo trascendente, ya que en algunas jurisdicciones las parejas del mismo sexo presentan problemas en el ejercicio de la custodia compartida²⁵⁹.

3) En tercer lugar, obviamente los cambios sociales y los avances médicos han incidido también de forma significativa en el entendimiento del Derecho de familia. Entre los avances médicos, particular incidencia han tenido las técnicas de reproducción asistida, con la utilización de gametos donados o la gestación por sustitución. En estos supuestos, los progenitores afectivos podrán no coincidir con los progenitores genéticos o con la madre

²⁵⁵ FERRER-RIBA J.: "Parental responsibility in a European Perspective", *cit.*, p. 287.

²⁵⁶ SCHERPE, J. M.: *The Present and Future of ...*, *cit.*, p. 103.

²⁵⁷ Es el caso, entre otros, de la legislación alemana, la cual excluye al padre no casado de la responsabilidad parental del menor si la madre se opone. Esta disposición ha generado importantes debates que han llegado a plantearse ante el TEDH.

²⁵⁸ BOELE-WOELKI, K., *et. al.*: *Principles of European Family Law...*, *cit.*, p. 65.

²⁵⁹ SCHERPE, J. M.: *The Present and Future of ...*, *cit.*, p. 83.

gestacional. En cuanto a los cambios sociales, es evidente la modificación que todo ello supone en el entendimiento de la familia, con la introducción de modelos familiares no tradicionales, como la posibilidad del divorcio y la creación de núcleos familiares con menores de distinta procedencia, o las relaciones entre personas del mismo sexo²⁶⁰.

Desde el punto de vista de la responsabilidad parental, todas estas transformaciones alteran radicalmente la estructura del modelo relacional familiar tradicional, formada por un padre y una madre, unidos en matrimonio. Llevando, directamente, incluso, a replantear la idea del menor unido a dos progenitores, algo que deja de constituir una realidad incuestionable. Esta evolución sienta las bases para cuestionar el paradigma de la atribución de la responsabilidad parental a “dos” progenitores, modelo entendido en el sentido que solo puede haber dos titulares de la responsabilidad parental del menor²⁶¹. Así, por ejemplo, los Principios de Derecho de familia europeo de la CEFL permiten ya la existencia de más de dos personas como titulares de la responsabilidad parental del menor, a pesar de que ésta no sea la realidad de la mayoría de las legislaciones europeas²⁶². Por ello, algunos autores cuestionan el modelo biparental y plantean la posibilidad de extender la responsabilidad parental del menor a todas aquellas personas que ejerzan una “función parental”, incluyendo, por ejemplo, a la nueva pareja de un progenitor²⁶³.

En todo caso, y al compás de estos cambios acontecidos y de otros, en avance y retroceso, que se producirán en los próximos tiempos, el menor gana centralidad en las relaciones familiares. Una centralidad que viene directamente vinculada al principio del interés superior del menor. Indudablemente, en la actualidad uno de los principios comunes del Derecho de familia europeo, y comparado. Que, sin embargo, sigue generando debates en lo referente a su significado, tanto procedimental como sustantivo, así como en cuanto a su aplicación en la práctica²⁶⁴. Y al que nos referiremos más adelante en este estudio.

²⁶⁰ Sobre estas cuestiones vid., entre otros, DIMSEY, M.: “Multi-parent Families in the 21st Century”, en BOELE-WOELKI, K. y SVERDRUP, T. (eds.): *European Challenges...*, cit., pp. 101-111; VONK, M.: “Towards a New concept of Parenthood: Procreational Responsibility”, en BOELE-WOELKI, K. y SVERDRUP, T. (eds.): *European Challenges...*, cit., pp. 131-155.

²⁶¹ SCHERPE, J. M.: *The Present and Future of ...*, cit., p. 108.

²⁶² BOELE-WOELKI, K., et. al.: *Principles of European Family Law...*, cit., pp. 69 y ss.

²⁶³ SCHERPE, J. M.: *The Present and Future of ...*, cit., p. 108.

²⁶⁴ *Ibid*, p. 83.

3. La noción de la responsabilidad parental y su regulación en el marco jurídico de la UE

La consolidación de la noción de “responsabilidad parental” como noción europea ha venido de la mano de la evolución de las relaciones de familia que acabamos de apuntar, y ha encontrado su consolidación a través de incorporación en el marco jurídico de la UE. En este sentido, y aunque este término se introdujo por primera vez en el Reglamento Bruselas II, fue en el Reglamento Bruselas II bis en el que se desarrolló en profundidad su alcance. Regulación que se ha mantenido en el nuevo texto del Reglamento Bruselas II ter.

3.1 Antecedentes: la regulación en el Reglamento Bruselas II

La utilización de la noción de la responsabilidad parental se remonta al Reglamento Bruselas II, aunque con un alcance muy limitado. Uno de los motivos de peso que llevaron a la incorporación de este término en el Reglamento Bruselas II fueron las disparidades legislativas y terminológicas existentes en las legislaciones de los Estados miembros. De forma que, en la línea de otros textos internacionales, esta noción tuviera “cierta virtualidad unificadora” al ser la empleada por diversos convenios internacionales, y en particular, por el Convenio de La Haya de 1996²⁶⁵.

No obstante, el Reglamento Bruselas II se limitó a introducir la responsabilidad parental a su texto, careciendo de una definición de la misma. Tampoco se hacía referencia a los motivos de su inclusión en su ámbito de aplicación, aunque se deduce que la razón estribaba en que la materia aparecía vinculada a los procedimientos de crisis matrimoniales²⁶⁶. Así, en el Reglamento Bruselas II tan solo aparecían las siguientes referencias: “*el presente Reglamento abarca la responsabilidad parental sobre los hijos de ambos cónyuges en cuestiones estrechamente vinculadas con un procedimiento de divorcio, separación judicial o nulidad*”²⁶⁷. A lo anterior habría que añadir la referencia a los supuestos de sustracción internacional de menores, y a la necesidad de proteger al menor en

²⁶⁵ BORRÁS RODRÍGUEZ, 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 (Texto aprobado por el Consejo el 28 de mayo de 1998) preparado por la profesora Dra. Alegría Borrás Catedrática de Derecho internacional privado de la Universidad de Barcelona”, *DO C* 221/27, de 16.7.1998, párr. 24.

²⁶⁶ ESPINOSA CALABUIG, R.: *Custodia y visita de menores...*, cit., p. 64.

²⁶⁷ Vid. Considerando 11 del Reglamento Bruselas II.

estos supuestos²⁶⁸. La ausencia de un concepto de responsabilidad parental en el plano de la Unión implicaba que cada Juez de cada Estado miembro debía interpretar el concepto y delimitar su alcance²⁶⁹.

Frente a esta limitada regulación, el Reglamento Bruselas II bis implicó un quiebre innegable, suponiendo un antes y un después en la materia estudiada. De entrada, uno de los grandes avances del texto de Bruselas II bis fue la ampliación de su ámbito de aplicación a la responsabilidad parental de todos los menores, poniendo fin al trato discriminatorio del Reglamento Bruselas II, que solo incluía a los hijos comunes del matrimonio. Con ello, el legislador de la UE siguió la influencia de la nueva tendencia en materia de derechos del menor, según la cual, en todos los asuntos que le afecten, el menor debe ser el centro de gravedad. Esto se consiguió gracias, precisamente, a la noción de responsabilidad parental, que gira en torno a la figura del menor, y ya no a consideraciones como la vinculación de los derechos de custodia y visita del menor a un procedimiento relativo a una crisis matrimonial. Así, el ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas II bis se configura en torno a una serie de derechos respecto a los menores cuya atribución, ejercicio o modificación está en liza.

3.2 La responsabilidad parental en los Reglamentos Bruselas II bis y ter

Como se ha apuntado, la consolidación de la noción de la responsabilidad parental en el seno de la UE se materializa en el Reglamento Bruselas II bis. Frente a las importantes limitaciones del Reglamento Bruselas II, el legislador de la UE apuesta en el texto de 2003 por una regulación ambiciosa, en línea con otros textos internacionales y respetuosa con la evolución de los derechos del menor. Todo ello lo consigue a través del envite por la noción de responsabilidad parental, ya empleada, como se ha indicado, por el Convenio de La Haya de 1996. En todos los sentidos, este texto sirvió de referencia al legislador de la UE, pudiendo

²⁶⁸ Considerando 13 del Reglamento Bruselas II: “*uno de los riesgos relativos a la protección de los hijos comunes en las situaciones de crisis matrimoniales es el de que uno de sus padres desplace al hijo o la hija a otro país. Por consiguiente, y conforme, en particular, al Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, debe protegerse el interés superior de los hijos*”.

²⁶⁹ ESPINOSA CALABUIG, R.: *Custodia y visita de menores...*, cit., p. 64.

encontrar un gran paralelismo entre ambos textos en cuanto a la definición de la responsabilidad parental.

De entrada, el Considerando 5 del Reglamento Bruselas II bis afirma que “*con ánimo de garantizar la igualdad de todos los hijos, el presente Reglamento se aplica a todas las resoluciones en materia de responsabilidad parental, incluidas las medidas de protección del menor, con independencia de que estén vinculadas o no a un procedimiento en materia matrimonial*”. Este texto ha sido ahora modificado ligeramente por el Reglamento Bruselas II ter, adaptándolo a un lenguaje y perspectiva más en línea con los derechos de los menores. Así, el nuevo Considerando 7 del Reglamento Bruselas II ter matiza dos extremos: se garantiza la igualdad de todos los menores – ya no de los hijos-. Y, además, se extiende la referencia exclusiva a los procedimientos en materia matrimonial a cualquier otro procedimiento.

Ya en el articulado del texto, y de forma genérica, el Reglamento Bruselas II bis – y en términos idénticos, el Reglamento Bruselas II ter- define expresamente su ámbito de aplicación material en el artículo 1.1 señalando que se aplicará a “*las materias civiles relativas a b) la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental*”. Éste es, pues, el precepto genérico que establece las bases de la responsabilidad parental del menor en el sentido del texto reglamentario, de forma que dicha noción cubre desde la mera existencia de esta potestad -atribución-, todas las formas de ejercicio de la misma -ejercicio, delegación y restricción- hasta su extinción -finalización-.

A continuación, y de forma más específica, los apartados segundo y tercero del mismo precepto complementan dicha referencia genérica mediante la inserción de dos listas de cuestiones, respectivamente, incluidas y excluidas de la noción de responsabilidad parental y, por tanto, del ámbito de aplicación sustantivo del Reglamento Bruselas II bis -y ter-. Asimismo, el artículo 2 del Reglamento Bruselas II bis, e igualmente, del nuevo texto reglamentario, relativo a las definiciones a efectos del texto reglamentario, recoge distintas definiciones de importancia en la determinación de algunos derechos incluidos en el término de la responsabilidad parental²⁷⁰.

²⁷⁰ Concretamente, aps. 7 a 10 del art. 2 del Reglamento Bruselas II bis y aps. 7 a 10 del art. 2.2 del Reglamento Bruselas II ter.

1) Empezando por la definición del artículo 2.7 del texto reglamentario, el Reglamento Bruselas II bis – y ter- clarifica que dentro de la noción de responsabilidad parental recogida en el citado texto se engloban los “*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*”²⁷¹. Se observa, por tanto, que, según el marco jurídico de la UE, el titular de la responsabilidad parental del menor puede ser una persona física o jurídica, quien podrá tener otorgados tales derechos y responsabilidades en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos.

Esta definición de responsabilidad parental no discrimina entre menores, en efecto, su extenso ámbito de aplicación asegura que cualquier situación relacionada con un menor esté cubierta, evitando con ello que, en situación alguna quede el menor en un “limbo legal” respecto a la competencia o a la eficacia extraterritorial de una resolución extranjera²⁷².

2) A continuación, el legislador de la UE, siguiendo el esquema del Convenio de La Haya de 1996²⁷³, no se limita a proporcionar una definición genérica de la responsabilidad parental del menor, sino que, además, la complementa mediante un listado de materias

²⁷¹ En términos muy similares, el art. 1.2 del Convenio de La Haya de 1996 establece que “*a los fines del Convenio, la expresión "responsabilidad parental" comprende la autoridad parental o cualquier otra relación de autoridad análoga que determine los derechos, poderes y obligaciones de los padres, tutores o de otro representante legal respecto a la persona o los bienes del niño*”.

²⁷² ZUPAN, M.: “Scope of Application, Definitions and Relations to Other Instruments (Articles 1, 2 and 59-61)”, en HONORATI, C. (ed.): *Jurisdiction in Matrimonial Matters, Parental Responsibility and International Abduction. A Handbook on the Application of Brussels Iia Regulation in National Courts*, Giappichelli-Peter Lang, Torino-Frankfurt-Main, 2017, p. 17.

²⁷³ Art. 3 del Convenio de La Haya de 1996:

“*Las medidas previstas en el artículo primero pueden referirse en particular a:*

- a) la atribución, ejercicio y privación total o parcial de la responsabilidad parental, así como su delegación;*
- b) el derecho de guarda, incluyendo el derecho relativo al cuidado de la persona del niño y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia, así como el derecho de visita, incluyendo el derecho de trasladar al niño durante un periodo limitado de tiempo a un lugar distinto del de su residencia habitual;*
- c) la tutela, la curatela y otras instituciones análogas;*
- d) la designación y las funciones de toda persona u organismo encargado de ocuparse de la persona o de los bienes del niño, de representarlo o de asistirlo;*
- e) la colocación del niño en una familia de acogida o en un establecimiento, o su protección legal mediante kafala o mediante una institución análoga;*
- f) la supervisión por las autoridades públicas del cuidado dispensado al niño por toda persona que lo tenga a su cargo;*
- g) la administración, conservación o disposición de los bienes del niño”.*

incluidas dentro de esta extensa noción. En concreto, el artículo 1.2 del Reglamento Bruselas II bis – y, ahora, también del Bruselas II ter- numera las siguientes materias:

- “a) al derecho de custodia y al derecho de visita;*
- b) a la tutela, la curatela y otras instituciones análogas;*
- c) a la designación y las funciones de toda persona u organismo en cargado de ocuparse de la persona o de los bienes del menor, de representarlo o de prestarle asistencia;*
- d) al acogimiento del menor en una familia o en un establecimiento;*
- e) a las medidas de protección del menor ligadas a la administración, conservación o disposición de sus bienes”.*

Este listado es meramente ilustrativo, y consecuentemente, no cubre necesariamente todas las cuestiones que potencialmente son susceptibles de entrar dentro del ámbito de aplicación material del Reglamento Bruselas II bis – y ter-. De conformidad con el carácter amplio de la noción de responsabilidad parental, el TJUE ha entendido que el listado de materias incluido en el Reglamento Bruselas II bis no constituye un *numerus clausus*, sino que resulta meramente indicativo. En efecto, el Alto Tribunal, sus Sentencia de 21 de octubre de 2015, en el asunto C-215/15, *Gogova*²⁷⁴, (en adelante asunto *Gogova*) afirma que *“si bien el artículo 1, apartado 2, de dicho Reglamento contiene una enumeración de las materias que el citado Reglamento incluye en el concepto de la «responsabilidad parental», esa enumeración no es exhaustiva, sino meramente indicativa, como lo evidencia el empleo del término «en particular»”*²⁷⁵.

3) Frente al listado anterior, y a pesar de que el rasgo fundamental de la noción de la responsabilidad parental del menor del Reglamento Bruselas II bis es su amplitud, el legislador de la UE ha querido proporcionar claridad acotando los límites de esta noción a través de la incorporación de un listado negativo de materias expresamente excluidas de su ámbito de aplicación. Así, el artículo 1.3 del Reglamento Bruselas II bis – y en los mismos términos, el ter- excluye expresamente del ámbito de aplicación del texto reglamentario: *“a) a la determinación y a la impugnación de la filiación; b) a las resoluciones sobre adopción y medidas que la preparan, ni a la anulación y revocación de la adopción; c) al*

²⁷⁴ ECLI:EU:C:2015:710.

²⁷⁵ Asunto *Gógova*, párr. 27.

nombre y apellidos del menor; d) a la emancipación; e) a las obligaciones de alimentos; f) a los fideicomisos y las sucesiones; g) a las medidas adoptadas a consecuencia de infracciones penales cometidas por los menores”. Una vez más, también en ese punto el Reglamento guarda gran similitud con lo previsto en el Convenio de La Haya de 1996²⁷⁶.

Por consiguiente, y atendiendo a lo dicho hasta el momento, el legislador de la UE, a través del término de “responsabilidad parental” hace referencia, en general, al conjunto de derechos, obligaciones y deberes con respecto del menor por parte de los progenitores de éste, o de un tercero. Con ello, el legislador de la UE mantiene la tendencia de los textos internacionales en la materia, particularmente, los ya mencionados Convenio de La Haya de 1996 y el Convenio del Consejo de Europa de 1996; así como de los principios europeos referentes en la materia, los Principios CEFL y los Principios del Consejo de Europa de 2002.

1) En este sentido, y tomando como referencia el Informe Lagarde²⁷⁷, el Convenio de La Haya de 1996 – y por extensión, el texto reglamentario-, al especificar que las medidas incluidas dentro del ámbito de aplicación del Convenio incluyen la atribución, el ejercicio, la retirada total o parcial y la delegación de la responsabilidad parental, permite deducir que el texto posee la clara vocación de cubrir todas las situaciones que puedan afectar a tal responsabilidad²⁷⁸.

²⁷⁶ Art. 4 del Convenio de La Haya de 1996: “*Están excluidos del ámbito del Convenio:*

a) *el establecimiento y la impugnación de la filiación;*

b) *la decisión sobre la adopción y las medidas que la preparan, así como la anulación y la revocación de la adopción;*

c) *el nombre y apellidos del niño;*

d) *la emancipación;*

e) *las obligaciones alimenticias;*

f) *los trusts y las sucesiones;*

g) *la seguridad social;*

h) *las medidas públicas de carácter general en materia de educación y salud;*

i) *las medidas adoptadas como consecuencia de infracciones penales cometidas por los niños;*

j) *las decisiones sobre el derecho de asilo y en materia de inmigración”.*

²⁷⁷ LAGARDE, P.: “Informe explicativo del Convenio de 19 de octubre de 1996 ...”, *cit.*, párr. 19.

²⁷⁸ Más específicamente, señala el Informe Lagarde que la definición de responsabilidad parental “cubre a la vez la responsabilidad relativa a la persona del niño, la responsabilidad relativa a sus bienes y, de forma general, la representación del niño, sea cual sea la denominación dada a la institución, responsabilidad parental, autoridad parental, poder (puissance) paternal, así como tutela, curatela, administración legal, custodia (custody) y guarda (guardianship). Los derechos y obligaciones a los que se refiere son aquellos que pertenecen al padre y a la madre en virtud de la ley, para cuidar a sus hijos y asegurar su 16 desarrollo, ya se trate de la guarda, de la educación, de la fijación de residencia, o de la vigilancia de la persona del niño, particularmente en sus relaciones”. LAGARDE, P.: “Informe explicativo del Convenio de 19 de octubre de 1996 ...”, *cit.*, párr. 14.

2) Igualmente, la definición del instrumento reglamentario está en línea con los Principios de Derecho europeo en la materia. Por un lado, esta definición se corresponde con los Principios de 2002 del Consejo de Europa, en particular, con el principio 18, relativo a las “responsabilidades parentales”²⁷⁹. Por otro, está en sintonía con la definición proporcionada por los Principios de la CEFL, en los que, al igual que ocurre en los textos internacionales, se ha optado por una noción amplia de la responsabilidad parental del menor²⁸⁰. En efecto, el principio 3:1 la define como el conjunto de derecho y deberes que se refieren al cuidado de la persona y las propiedades de un menor²⁸¹.

Al igual que en estos textos, el concepto de responsabilidad parental del Reglamento Bruselas II bis se proyecta como amplio y abarcador, ya que pretende englobar cualquier institución relacionada con la protección del menor, tal y como se extrae de los artículos 1 (1º b) y 2º) y 2 (7º y 11º) del Reglamento Bruselas II bis- así como del Reglamento Bruselas II ter-

Ahora bien, ninguno de estos textos, y tampoco el instrumento de la UE, definen el contenido de los derechos, potestades y responsabilidades que conforman la responsabilidad parental del menor; sino que esta concreción corresponde a las legislaciones nacionales de los Estados miembros de la UE. Así lo corrobora el Informe Borrás, según el cual, el Reglamento Bruselas II bis ha dejado la definición del concepto de responsabilidad parental al Estado miembro en el que se esté Considerando el asunto en concreto²⁸². En efecto, los

²⁷⁹ Principio 18 de los Principios de 2002 del Consejo de Europa: “*Parental responsibilities are a collection of duties and powers, which aim at ensuring the moral and material welfare of children, in particular:*

· *care and protection*

· *maintenance of personal relationships*

· *provision of education*

· *legal representation*

· *determination of residence and*

· *administration of property”*. CONSEJO DE EUROPA: “Report on Principles concerning...”, *cit.*, pp. 23 y 24.

²⁸⁰ BOELE-WOELKI, K. y MARTINY, D.: “The Commission on European Family Law (CEFL)...”, *cit.*, p. 127.

²⁸¹ Principio 3:1 de los Principios CEFL: “*Parental responsibilities are a collection of rights and duties aimed at promoting and safeguarding the welfare of the child. They encompass in particular:*

(a) *care, protection and education;*

(b) *maintenance of personal relationships;*

(c) *determination of residence;*

(d) *administration of property, and*

(e) *legal representation”*. BOELE-WOELKI, K., *et. al.*: *Principles of European Family Law...*, *cit.*, p. 25.

²⁸² BORRÁS RODRÍGUEZ, A.: “Informe explicativo del Convenio...”, *cit.*, párr. 24.

derechos y deberes de los padres son definidos por la legislación nacional, pero, sin embargo, para la correcta aplicación del Reglamento es necesaria una interpretación autónoma que es proporcionada por el Reglamento Bruselas II bis respecto a su ámbito de aplicación²⁸³.

La amplitud del concepto de responsabilidad parental se presenta, pues, como un lugar de común aceptación que, además, se desprende de una triple perspectiva: 1) los derechos y deberes que son incardinados en esta noción; 2) los titulares susceptibles de ejercer la responsabilidad parental y, 3) los propios menores protegidos por tal noción²⁸⁴. A todos ellos nos referimos seguidamente.

3.3 La delimitación del contenido de la noción de responsabilidad parental en el Reglamento Bruselas II bis

La aceptación misma de la concepción amplia de la responsabilidad parental constituye la base sobre la que debe aproximarse su articulación como un concepto autónomo de Derecho de la Unión, que abarca todas las demandas, medidas o resoluciones en materia de responsabilidad parental. Un concepto que, además, como se ha indicado, no debe interpretarse de manera restrictiva, sino de forma amplia. En este sentido se ha pronunciado el TJUE en distintas ocasiones, en los siguientes términos: “*a este respecto, en el artículo 2, punto 7, del Reglamento nº 2201/2003 el concepto de «responsabilidad parental» es objeto de una definición amplia, en el sentido de que comprende todos 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 (...)*”²⁸⁵.

A partir de estas ideas resulta necesaria una aproximación sobre el contenido y alcance de esta noción en el ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas II bis – y ter-

²⁸³ PINTENS, W.: “Chapter I. Scope and definitions”, *cit.*, p. 73.

²⁸⁴ ESPINOSA CALABUIG, R.: *Custodia y visita de menores...*, *cit.*, p. 78.

²⁸⁵ Asunto *Gogova*, párr. 27.

3.3.1 La responsabilidad parental del menor como noción autónoma del Derecho de la UE: la interpretación del TJUE

El término responsabilidad parental constituye una noción amplia y abarcadora que cuenta con la vocación de cubrir cualquier aspecto relacionado con la protección de un menor. Este extenso ámbito de aplicación material de la responsabilidad parental del Reglamento Bruselas II bis ha llevado, incluso, a plantear interrogantes en relación con ciertas materias normalmente excluidas de los instrumentos de DIPr de la UE, que se sitúan en la frontera del Derecho público. La práctica del Tribunal de Justicia de la Unión en relación con este punto ha sido amplia y diversa, y permite de alguna manera, puntualizar algunos rasgos esenciales del concepto.

1) En este sentido, la STJUE de 21 de octubre de 2015, en el asunto *Gogova*, se presenta como una sentencia particularmente reveladora en la delimitación del concepto de responsabilidad parental. El asunto versaba sobre la solicitud de emisión de pasaporte de un menor, así como la autorización para que un progenitor traslade a éste a otro Estado durante un periodo limitado de tiempo, sin el consentimiento del otro.

Concretamente, el Tribunal de Luxemburgo esclarece que para determinar si una demanda es incardinable en el ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas II bis es necesario centrarse en su objeto²⁸⁶. En el caso concreto del asunto *Gogova*, en el que el Juez debe pronunciarse sobre la necesidad de que el menor afectado obtenga un pasaporte y sobre el derecho del progenitor demandante a presentar una solicitud de expedición de dicho pasaporte y a viajar al extranjero con el menor, sin el consentimiento del otro progenitor, la acción tiene por objeto el ejercicio de la responsabilidad parental y, por ende, se ubica dentro del ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas II bis²⁸⁷.

2) Junto a ello, además de establecer el objeto del litigio como elemento clave en la determinación de la aplicación del Reglamento Bruselas II bis, el TJUE proporciona en el asunto *Gogova* un segundo factor facilitador de la delimitación de la difusa noción de responsabilidad parental. En este sentido, su carácter abarcador es llevado a sus últimas consecuencias al reafirmar el Tribunal de Luxemburgo la idea de que el Reglamento Bruselas II bis se aplica “*a todas las resoluciones*” en materia de responsabilidad parental,

²⁸⁶ *Ibid.*, párr. 28.

²⁸⁷ *Ibid.*, párr. 29.

incluyendo tanto las referidas a la regulación de su ejercicio con carácter general como a las que resuelven un aspecto concreto de tal responsabilidad²⁸⁸.

3) Un tercer elemento de análisis por parte del Tribunal de Justicia de la Unión que ha demostrado suscitar una particular dificultad en la práctica, es la calificación de la “responsabilidad parental del menor” como una “materia civil”. En este sentido, recordemos que la noción de responsabilidad parental del Reglamento Bruselas II bis, como concepto autónomo de Derecho de la Unión, cubre exclusivamente “materias civiles”, concepto que, a su vez, debe interpretarse autónomamente de conformidad con el Derecho de la Unión y los objetivos del Reglamento Bruselas II bis. Esta línea argumentativa ha tenido como consecuencia la inclusión dentro del concepto de “materias civiles” del Reglamento Bruselas II bis de materias normalmente ubicadas en el Derecho público de las legislaciones de los Estados miembros.

Así, la STJUE de 27 de noviembre de 2007, en el asunto C-435/2006, C²⁸⁹, (en adelante asunto C), aparece como el primer asunto que conoció el TJUE en materia de responsabilidad parental, en el que además se suscitó la cuestión relativa a la interpretación del término de responsabilidad parental en relación al concepto de “materias civiles” del Reglamento Bruselas II bis. Este caso versaba sobre una decisión de los servicios sociales en relación con el acogimiento de un menor en una familia, materia normalmente regida por normas de Derecho público en las legislaciones de la mayoría de los Estados miembros. Por este motivo, se planteó la cuestión de su eventual cabida en el ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas II bis.

Frente a esta razonable duda, el Alto Tribunal señaló que *“el artículo 1, apartado 1, del Reglamento n° 2201/2003 debe interpretarse en el sentido de que está comprendida dentro del concepto de «materias civiles», en el sentido de esta disposición, una resolución por la que, en unidad de acto, se decide asumir la guarda inmediata de un menor y ordenar su acogimiento fuera del domicilio de su familia de origen, en una familia de acogida, cuando dicha resolución ha sido adoptada en el marco de las normas de Derecho público relativas a la protección de menores”*²⁹⁰.

²⁸⁸ *Ibid.*, párr. 32.

²⁸⁹ ECLI:EU:C:2007:714.

²⁹⁰ Asunto C, párr. 53.

Esta idea vendrá reiterada en la STJUE de 2 de octubre de 2009, en el asunto C-523/07, A.²⁹¹, (en adelante asunto A.), una muy conocida sentencia del Tribunal de Luxemburgo en la que el TJUE estableció las bases para la determinación de la residencia habitual del menor. Pero, además, en esta sentencia el TJUE sostuvo su posición interpretativa respecto a la delimitación del término “materias civiles” del Reglamento Bruselas II bis. De nuevo, y siguiendo la misma línea argumentativa que en el asunto C²⁹², el Tribunal de Luxemburgo concluye que “una resolución por la que se decide asumir la guarda inmediata de un menor y ordenar su acogimiento fuera del domicilio de su familia de origen cuando dicha resolución ha sido adoptada en el marco de las normas de Derecho público relativas a la protección de menores”²⁹³.

Por último, también la STJUE de 26 de abril de 2012, en el asunto C-92/12 PPU, *Health Service Executive*²⁹⁴, (en adelante asunto *Health Service Executive*), relativa al acogimiento de un menor en un régimen cerrado en otro Estado miembro, hace referencia al concepto de “medidas civiles” del Reglamento Bruselas II bis. En este caso, el TJUE también entiende incluido dentro del ámbito de aplicación material del texto reglamentario a la resolución por la que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que dispone el acogimiento de un menor, en régimen cerrado, en un centro asistencial terapéutico y educativo situado en otro Estado miembro que implique, para su protección, una privación de libertad durante un período determinado²⁹⁵.

Del análisis de todas estas decisiones se deriva que, atendiendo a la existencia de una interpretación autónoma e independiente del término “materias civiles” del Reglamento Bruselas II bis – y ahora del ter-, todos los procedimientos relativos a la responsabilidad parental de un menor deben ser considerados como asuntos civiles. Y particularmente, quedarían incluidas dentro del ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas II bis -y ter- las medidas de Derecho público, como es el caso de la guarda del menor o su acogimiento en centros públicos en caso de abandono, siempre que se trate de medidas que no afecten a

²⁹¹ ECLI:EU:C:2009:225.

²⁹² Asunto A, párr. 22-28.

²⁹³ *Ibíd.*, párr. 29.

²⁹⁴ ECLI:EU:C:2012:255. En relación con esta Sentencia vid., por todos, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 2.ª), de 26 de abril de 2012, asunto C-92/2012, PPU *Health Service Executive* c. S.C., A. C”, *Revista Española de Derecho Internacional*, v. 64, n.º 2, 2012, pp. 234–238.

²⁹⁵ Asunto *Health Service Executive*, párr. 66.

la salud y a la educación, puesto que estas materias están expresamente excluidas del ámbito de aplicación del texto reglamentario. Esta interpretación dista de aquella relativa a las materias civiles y mercantiles, en las que las normas de Derecho público quedan expresamente excluidas. No es el caso de las medidas de protección en el ámbito de la responsabilidad parental de los menores, materia en la que la frontera entre el Derecho privado y el Derecho público se difumina²⁹⁶.

4) Adicionalmente, y como complemento de todo lo anterior, el TJUE ha entendido que incluso un tipo concreto de multas coercitivas, vinculadas al ejercicio de los derechos de visita de un progenitor, deben considerarse incluidas dentro de la noción de responsabilidad parental del Reglamento Bruselas II bis.

En efecto, la STJUE de 9 de septiembre de 2015, en el asunto C-4/14, *Bohez*²⁹⁷, (en adelante asunto *Bohez*) aborda unas multas coercitivas, existentes en la legislación de ciertos Estados miembros, que tienen por objetivo incentivar la efectividad del ejercicio de los derechos de visita. En este sentido, el TJUE afirma que, aunque el Reglamento Bruselas II bis no contenga una referencia relativa a las multas coercitivas, “*del hecho de que esta cuestión no haya sido debatida durante la redacción de dichos reglamentos no puede deducirse que la intención del legislador fuera excluir la ejecución de la multa coercitiva del ámbito de aplicación de éstos. En efecto, dicha medida, dado que contribuye al respeto de las resoluciones dictadas, en cumplimiento de los mencionados Reglamentos, en materia de derecho de visita, forma parte del objetivo de efectividad que persigue el Reglamento n° 2201/2003*”²⁹⁸.

Estas multas coercitivas presentan un carácter accesorio respecto a la obligación principal que garantizan, esto es, a la obligación de la persona que ostenta los derechos de custodia a cooperar en el ejercicio de los derechos de visita del otro progenitor²⁹⁹. Consecuentemente, las resoluciones que contienen las referidas multas coercitivas para garantizar la efectividad de los derechos de visita están dentro del ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas II bis, y por ende, “*forma parte del mismo régimen de ejecución que*

²⁹⁶ DUTTA, A. y SCHULZ, A.: “First Cornerstones of the EU Rules on Cross-Border Child Cases: The Jurisprudence of the Court of Justice of the European Union on the Brussels IIa Regulation From C to *Health Service Executive*”, *Journal of Private International Law*, v. 10, n.º 1, 2014, p. 6.

²⁹⁷ ECLI:EU:C:2015:563.

²⁹⁸ Asunto *Bohez*, párr. 46.

²⁹⁹ *Ibíd.*, párr. 47.

la resolución sobre el derecho de visita que garantiza dicha multa coercitiva y que ésta debe, por ello, declararse ejecutiva conforme a las reglas establecidas por el Reglamento n° 2201/2003”³⁰⁰.

5) Finalmente, un problema adicional que se ha presentado en la práctica de los Estados miembros ha sido la delimitación del ámbito de aplicación en los casos de cuestiones preliminares relacionadas con el estatus del menor. Así, la aplicación del Reglamento Bruselas II bis podría presentarse como problemática cuando aparecen cuestiones preliminares relacionadas con el menor en procedimientos que quedan fuera del ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas II bis, particularmente, en materia de sucesiones o de procedimientos administrativos³⁰¹. En estos supuestos se plantea la duda de si la cuestión preliminar debe regularse por la materia del litigio principal – sucesiones o procedimiento nacional administrativo- o, por el contrario, si quedaría cubierta por el Reglamento Bruselas II bis. En relación con esta problemática, el TJUE ha conocido de dos supuestos.

En la STJUE de 6 de octubre de 2015, en el asunto C-404/14, *Matoušková*³⁰² (en adelante asunto *Matoušková*) se suscita una cuestión en la frontera entre la protección de menores, y por ende, dentro del concepto de la responsabilidad parental del menor, y el Derecho sucesorio. Y ello porque en esta sentencia se incluye dentro del concepto de responsabilidad parental del Reglamento Bruselas II bis la aprobación judicial de los actos o acuerdos a los que llega el tutor de los menores en su interés. Particularmente, el caso se refiere a la aprobación de un acuerdo sucesorio concluido por el tutor de los menores en su nombre. Esta medida no puede considerarse como un aspecto sucesorio, sino como un acto de protección de los menores, es decir, que se lleva a cabo en virtud de la responsabilidad parental que ejerce el tutor sobre los menores.

Así, esta medida se adopta teniendo en cuenta la capacidad jurídica del menor con la finalidad de proteger el interés superior del menor³⁰³. Por tanto, “*el hecho de que la aprobación de que se trata en el litigio principal haya sido solicitada en un procedimiento sucesorio no puede considerarse determinante para que la citada medida esté comprendida en el Derecho sucesorio. La necesidad de obtener la aprobación del Juez de tutelas es una*

³⁰⁰ *Ibíd.*, párr. 53.

³⁰¹ ZUPAN, M.: “Scope of Application, Definitions and ...”, *cit.*, p. 20.

³⁰² ECLI:EU:C:2015:653.

³⁰³ Asunto *Matoušková*, párr. 28.

*consecuencia directa del estado y de la capacidad de los hijos menores y constituye una medida de protección del menor relacionada con la administración, la conservación o la disposición de sus bienes en el marco del ejercicio de la autoridad parental en el sentido del artículo 1, apartados 1, letra b), y 2, letra e), del Reglamento nº 2201/2003*³⁰⁴. Y, en definitiva, que la mencionada medida se encuentra dentro de la noción de responsabilidad parental y no forma parte de la exclusión del artículo 1.3 f) del Reglamento Bruselas II bis, relativa a las medidas sucesorias³⁰⁵.

También muestra esta problemática el ya mencionado asunto *Gogova*, en el que el procedimiento principal, relativo a un procedimiento administrativo nacional, no cubre una cuestión previa relativa a la solicitud de emisión de pasaporte de un menor, puesto que esta materia queda cubierta por la noción de responsabilidad parental del Reglamento Bruselas II bis.

Todas estas decisiones constituyen ejemplos del carácter amplio y abarcador otorgado a la noción de la responsabilidad parental del menor incluida en el Reglamento Bruselas II bis, y ahora en el Reglamento Bruselas II ter. Concepto que, desde una lectura centrada en la persona del menor, atrae cualquier materia que se refiera a la regulación de su protección.

3.3.2 *La concreción de los derechos contenidos en la noción de responsabilidad parental*

El reglamento Bruselas II bis – y en el mismo sentido ahora también el Bruselas ter- en los ya señalados artículos 1 (1º b) y 2º) y 2 (7º y 11º) hacen referencia a toda una serie de materias que entran dentro del concepto de responsabilidad parental. Materias que a continuación abordamos de forma detallada.

³⁰⁴ *Ibid.*, párr. 31.

³⁰⁵ *Ibid.*, párr. 38.

3.3.2.1 La atribución, ejercicio, delegación, restricción y finalización de la responsabilidad parental

El ya mencionado artículo 1.1 de los Reglamentos Bruselas II bis y ter hace referencia a todas las manifestaciones posibles de la responsabilidad parental, como son la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción y la finalización de la misma. Con esta enumeración el legislador de la UE pretende cubrir todas las situaciones posibles de las legislaciones nacionales de los Estados miembros que hagan referencia a la responsabilidad parental del menor.

La concreción de estas nociones vendrá de las legislaciones de los Estados miembros, aunque cabe precisar dos cuestiones.

1) En primer lugar, respecto a la atribución y al ejercicio de la responsabilidad parental, cabe señalar que los instrumentos legales que hacen referencia a la responsabilidad parental del menor, y entre ellos, los Reglamentos Bruselas II bis y ter, no realizan una distinción clara entre la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental del menor³⁰⁶. Sin embargo, esta cuestión constituye un elemento de gran trascendencia en la práctica, y más teniendo en cuenta que esta distinción sí se realiza en algunas legislaciones europeas, entre ellas, la española³⁰⁷.

2) En segundo lugar, la finalización de la responsabilidad parental es susceptible de producirse bien por causas relacionadas con el menor, bien por causas relacionadas con los titulares de la misma. Ambas situaciones son objeto de un tratamiento similar en todos los sistemas legales europeos³⁰⁸.

En relación con el menor, generalmente la responsabilidad parental termina cuando éste alcanza la mayoría de edad, se casa o se registra como pareja de hecho o fallece³⁰⁹.

Desde la óptica de los titulares de la responsabilidad parental, en términos generales ésta finalizaría en caso de fallecimiento de los titulares, por la adopción del menor – cuando

³⁰⁶ En relación con este punto, los Principios CEFL refieren separadamente a la titularidad y al ejercicio de la responsabilidad parental. Pero, a continuación, admiten que los instrumentos legales de los que nace esta noción no son claros en este punto. BOELE-WOELKI, K., *et. al.: Principles of European Family Law...*, *cit.*, p. 77.

³⁰⁷ Vid. *infra* Capítulo Introductorio, ap. III. 4. “La incorporación de la noción de responsabilidad parental en la legislación española”.

³⁰⁸ FERRER-RIBA J.: “Parental responsibility in a European Perspective”, *cit.*, p. 299.

³⁰⁹ Así lo indica el Principio 3:30 de la CEFL.

la responsabilidad parental se transfiera-, así como en los casos en los que lo ordene una autoridad competente.

3.3.2.2 Los derechos de custodia y visita

Los derechos de custodia y visita constituyen la primera materia del listado proporcionado por la normativa de la UE, seguramente, porque constituyen materias típicamente relacionadas con la atribución y el ejercicio de la responsabilidad parental. Dicha importancia ha llevado al legislador de la UE a incorporar los rangos esenciales de ambos conceptos en el articulado del Reglamento Bruselas II bis, manteniéndose en el Reglamento Bruselas II ter.

1) En primer lugar, el artículo 2.9 del Reglamento Bruselas II bis – y ter- señala que los derechos de custodia incluyen, 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*”. Por consiguiente, al igual que el resto de las definiciones contenidas en los textos reglamentarios, el concepto de los derechos de custodia debe ser interpretado de forma independiente a cualquier legislación nacional para ser consistente con una aplicación uniforme de la UE³¹⁰.

Estos derechos han sido interpretados en diversas ocasiones por el TJUE, que ha resaltado la necesidad de interpretarlos de forma independiente a lo señalado en las legislaciones nacionales de los Estados miembros de la UE. Así lo indicó en STJUE de 5 de octubre de 2010, en el asunto C-400/10 PPU, *McB*³¹¹ (en adelante asunto *McB*), en el que el Alto Tribunal interpreta el concepto de custodia como requisito previo para resolver un supuesto de sustracción internacional de menores. En concreto, en el caso se intenta determinar si un padre ostenta derechos de custodia sobre unos menores que han sido trasladados por su madre, para poder calificar dicho traslado como lícito o ilícito. Apuntando que, “*en la medida en que el concepto de «derechos de custodia» se define de este modo en el Reglamento n° 2201/2003, es autónomo del Derecho de los Estados miembros. En efecto, de las exigencias tanto de la aplicación uniforme del Derecho de la Unión como del*

³¹⁰ DANIELI, D.: “Parental Responsibility”, en VIARENGO, I. y VILLATA, F. (eds.): *Planning the Future...*, cit., p. 66.

³¹¹ ECLI:EU:C:2010:582.

principio de igualdad se desprende que el tenor de una disposición del Derecho de la Unión que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto en toda la Unión de una interpretación autónoma y uniforme que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición y el objetivo que la normativa de que se trate pretende alcanzar (sentencia de 17 de julio de 2008, Kozłowski, C-66/08, Rec. p. I-6041, apartado 42 y jurisprudencia citada). Por tanto, a efectos de la aplicación del mismo Reglamento, el derecho de custodia incluye, en cualquier caso, el derecho del titular de ese derecho a decidir el lugar de residencia del menor”³¹².

Ahora bien, el TJUE destaca que una cuestión muy distinta es la designación del titular de dicho derecho de custodia. Al respecto, apunta que el artículo 2.11 del Reglamento Bruselas II bis se limita a señalar que el mismo será adquirido por resolución judicial, por ministerio de la ley o de un acuerdo con efectos jurídicos. Y, en consecuencia, que *“el Reglamento nº 2201/2003 no establece quién es la persona que debe tener un derecho de custodia que pueda hacer ilícito el traslado de un menor en el sentido de su artículo 2, número 11, pero se remite al ordenamiento jurídico del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o su retención por lo que respecta a la designación del titular de este derecho de custodia. De este modo, es el ordenamiento jurídico de dicho Estado miembro el que determina las condiciones en las que el padre biológico adquiere el derecho de custodia de su hijo, en el sentido del artículo 2, número 9, del citado Reglamento, en su caso supeditando la adquisición de este derecho a la obtención de una resolución del órgano jurisdiccional nacional competente que se la confiera”³¹³.*

2) Por su parte, los derechos de visita constituyen unos derechos más acotados que se caracterizan, en términos reglamentarios, por ostentar *“en particular, el derecho de trasladar a un menor a un lugar distinto al de su residencia habitual durante un período de tiempo limitado”* -artículo 2.10 del Reglamento Bruselas II bis y ter-.

³¹² Asunto *McB*, párr. 41.

³¹³ *Ibid.*, párr. 43.

Respecto a la interpretación de los derechos de visita, la STJUE de 31 de mayo de 2018, en el asunto C-335/17, *Valcheva/Babanarakis*³¹⁴, (en adelante asunto *Valcheva*)³¹⁵ plantea si los “derechos de visita” se refieren exclusivamente a los progenitores del menor, o si, por el contrario, también pueden ser titulares los abuelos del menor.

En esta decisión el TJUE establece que el concepto de derechos de visita del artículo 2.10 del Reglamento Bruselas II bis debe interpretarse de manera autónoma, atendiendo a “su tenor, a la estructura y a los objetivos del Reglamento n.º 2201/2003, en particular a la luz de los trabajos preparatorios del mismo, así como a otros actos del Derecho de la Unión y del Derecho internacional”³¹⁶. A lo anterior se añade que esta noción se configura de forma amplia y que, además, el Reglamento no establece ninguna limitación respecto a las personas que pueden disfrutar de tal derecho³¹⁷.

Así, citando los trabajos preparatorios del Reglamento y sus objetivos, el TJUE concluye que el legislador de la UE no quiso restringir el círculo de personas susceptibles de ejercer la responsabilidad parental y, por tanto, de ejercer los derechos de visita. Esta idea iría en sintonía con la evolución de la vida familiar, en la que, como avanzamos en su momento, se ha diversificado los miembros de la familia susceptibles de tener atribuidos derechos de responsabilidad parental³¹⁸. De esta manera, el TJUE alerta que si estas transformaciones no se incluyeran en el ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas II bis se regirían por normas de DIPr no armonizadas, con el consiguiente riesgo de resoluciones contradictorias³¹⁹.

En consecuencia, la noción de derechos de visita del Reglamento Bruselas II bis, como derecho correspondiente a la responsabilidad parental del menor, “*debe entenderse en el sentido de que incluye no solo el derecho de visita de los progenitores a sus hijos, sino también el de otras personas con las que resulte importante que el menor mantenga relaciones personales, en particular sus abuelos, sean o no titulares de la responsabilidad*

³¹⁴ ECLI:EU:C:2018:359.

³¹⁵ Sobre esta sentencia vid. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. y AMMERMAN YEBRA, J.: “El derecho del niño a ser visitado por sus abuelos y el Reglamento 2201/2003 Comentario breve a la STJ de 31 de mayo de 2018, C-335/17: *Christos Babanarakis*”, *LA LEY Unión Europea*, n.º 61, 2018, pp. 1-11.

³¹⁶ Asunto *Valcheva*, párr. 19.

³¹⁷ *Ibid.*, párr. 20 y 21.

³¹⁸ DANIELI, D.: “Parental Responsibility”, *cit.*, p. 67.

³¹⁹ Asunto *Valcheva*, párr. 35.

*parental*³²⁰. Con esta sentencia el TJUE reafirma la importancia de tomar en consideración el interés superior del menor como consideración primordial en todo asunto que le afecte, y en particular, como ya lleva tiempo manifestando la doctrina, que el derecho de visita es un derecho del menor, y no solo un derecho de los progenitores – o de terceras personas³²¹.

3.3.2.3 Otros derechos incluidos en la noción de la responsabilidad parental

El artículo 1.2 del Reglamento Bruselas II bis –y ter- además de los característicos derechos de custodia y visita, añade a las materias cubiertas por la noción de la responsabilidad parental otras figuras.

1) Por un lado, se hace referencia a las instituciones tradicionales de protección de menores como son la tutela, la curatela u otras instituciones análogas.

Un ejemplo de estos supuestos lo encontramos en la STJUE de 19 de septiembre de 2018, en los asuntos acumulados C-325/18 PPU y C-375/18 PPU, *C.E. y N.E.*³²² (en adelante asunto *C.E. y N.E.*), en la que, al abordar la noción de la responsabilidad parental, se ha considerado incluida dentro del ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas II bis una orden judicial de la *High Court of Justice (England and Wales)* (Tribunal Superior de Inglaterra y Gales, Reino Unido) a raíz de la preocupación expresada por las autoridades públicas británicas respecto a la seguridad de tres menores, por la cual decretó su sometimiento a tutela judicial, confiando la guardia y custodia al HCC – autoridad administrativa de protección de menores-. Y, como los progenitores habían trasladado a los menores a Irlanda, ordenó a su vez la restitución de los tres menores en base a dicha tutela judicial.

Particularmente, el TJUE señala que: “*procede observar que el ejercicio por un órgano jurisdiccional de su competencia para ordenar el sometimiento a tutela entraña el ejercicio de derechos asociados al bienestar y la educación de los menores que ordinariamente corresponden a los padres, en el sentido del artículo 1, apartado 2, letra a),*

³²⁰ *Ibíd.*, párr. 33.

³²¹ Vid. en este sentido MOYA ESCUDERO, M.: *Aspectos internacionales del derecho de visita de los menores*, Granada, Comares, 1998, p. 9.

³²² ECLI:EU:C:2018:739. Sobre esta decisión vid., por todos, MERCHÁN MURILLO, A.: “El interés del menor como cuestión de fondo”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 12, n.º 2, 2020, pp. 635-644.

del Reglamento n.º 2201/2003, e incluso lleva asociados aspectos relativos a la custodia y la curatela en el sentido del artículo 1, apartado 2, letra b), de dicho Reglamento. Como ha señalado el órgano jurisdiccional remitente, la transmisión del derecho de custodia a una autoridad administrativa está asimismo comprendida en el ámbito de aplicación del citado Reglamento”³²³.

2) También deben considerarse incluidas dentro de la noción de responsabilidad parental del Reglamento Bruselas II bis -y ter- todas las medidas relacionadas con la representación del menor, y en concreto, “*la designación y las funciones de toda persona u organismo en cargado de ocuparse de la persona o de los bienes del menor, de representarlo o de prestarle asistencia*” (c).

3) En tercer lugar, el Reglamento Bruselas II bis -y ter- incluye en su noción de responsabilidad parental a la institución jurídica del acogimiento del menor. Respecto a esta figura, el Reglamento Bruselas II ter ha restringido ligeramente su ámbito de aplicación. En efecto, mientras que el artículo 1.2.d) del Reglamento Bruselas II bis hace referencia al acogimiento del menor “*en una familia o en un establecimiento*”, el nuevo texto reglamentario se refiere, exclusivamente a los acogimientos “*en un establecimiento o un hogar de acogida*”³²⁴.

4) Por último, el listado de la normativa europea, recordemos, de carácter ilustrativo, incluye dentro del instituto de la responsabilidad parental del menor la protección de su patrimonio, y en concreto de todas aquellas “*medidas de protección del menor ligadas a la administración, conservación o disposición de sus bienes*” (e).

En relación con esta materia, el Considerando 9 del Reglamento Bruselas II bis: “*en lo que respecta a los bienes del menor, el presente Reglamento se aplica únicamente a las medidas de protección del menor, es decir: i) a la designación y las funciones de la persona u organismo encargado de administrar los bienes del menor, de representarlo y de prestarle asistencia, y ii) a las medidas relativas a la administración, conservación o disposición de los bienes del menor. En este contexto y a título de ejemplo, el presente Reglamento debe*

³²³ Asunto C.E. y N.E., párr. 58.

³²⁴ El acogimiento de menores en otro Estado miembro es tratado en detalle en Cap. Tercero, ap. II. 3. “El nuevo modelo de acogimiento del menor en otro Estado miembro del Reglamento Bruselas II ter: mejorando la regulación existente”.

*aplicarse a los casos en los que exista un litigio entre los progenitores a propósito de la administración de los bienes del menor. Las medidas relativas a los bienes del menor que no se refieran a la protección del mismo deben seguir rigiéndose por el” Reglamento (UE) n.º 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 (refundición) (en adelante Reglamento Bruselas I bis)*³²⁵.

En términos muy similares, el Considerando 10 del nuevo texto reglamentario actualiza el texto anterior matizando el ejemplo de aplicación de esta materia: *“en este contexto y a título de ejemplo, el presente Reglamento debe aplicarse a los casos en los que el objeto del procedimiento sea la designación de la persona o institución que vaya a administrar los bienes del menor”*. Y clarificando que, aunque generalmente las medidas relativas a los bienes del menor que no se refieran a la o protección de éste se regirán por el Reglamento Bruselas I bis, en estos casos *“podrían ser de aplicación las disposiciones del presente Reglamento relativas a la competencia para conocer de cuestiones incidentales”*.

Consecuentemente, el ámbito de aplicación material del Reglamento Bruselas II bis – y ter- está limitado exclusivamente a las medidas de protección de la propiedad del menor, y no a cualquier medida en general.

3.3.3 Las materias excluidas del contenido de la responsabilidad parental: especial referencia a la obligación de alimentos

Junto al listado de materias incluidas en su ámbito de aplicación material, los Reglamentos Bruselas II bis y ter incorporan, recordemos, en su artículo 1.3, un grupo de materias expresamente excluidas de su ámbito de aplicación. Al igual que ocurre en relación con las materias incluidas, este listado no es exhaustivo, sino que, por el ámbito y objetivos del Reglamento se puede deducir las materias excluidas del mismo³²⁶.

Con carácter general, este listado es susceptible de ser dividido en dos grupos de materias en función del motivo por el que se produce su exclusión³²⁷:

³²⁵ DO L 351/1, de 20.12.2012.

³²⁶ PINTENS, W.: “Chapter I. Scope and...”, *cit.*, p. 73.

³²⁷ DANIELI, D.: “Parental Responsibility”, *cit.*, p. 68.

1) Por un lado, algunas de estas cuestiones están típicamente reguladas por las legislaciones nacionales de los Estados miembros: se hace así referencia a la filiación, la adopción, el nombre y apellidos, la emancipación, por lo que se puede deducir que todas las materias relacionadas con el estatuto personal están excluidas³²⁸. También se pueden mencionar en este grupo las medidas adoptadas a causa de las infracciones penales cometidas por los menores. En este sentido, parece que no han surgido problemas en la jurisprudencia de los Estados miembros en la aplicación de estas exclusiones³²⁹.

2) Por otro, se encuentran otras materias que han sido reguladas específicamente por la UE en instrumentos distintos al Reglamento Bruselas II bis. Particularmente las materias de derecho de alimentos y sucesiones, que son cubiertas respectivamente, por el Reglamento 4/2009, en materia de obligaciones de alimentos, y por el Reglamento 650/2012, en materia de sucesiones. Esta fragmentación de los procedimientos en distintos reglamentos aún ocasiona problemas ocasionales en los órganos jurisdiccionales nacionales³³⁰.

En relación con estas materias, y a título de ejemplo, el ATJUE de 3 de octubre de 2019, en el asunto C-759/18, *OF*³³¹ (en adelante asunto *OF*), relativo a un divorcio que afecta a un menor, señala que la responsabilidad parental abarca las decisiones relativas al derecho de custodia y a la residencia del menor, pero no incluye la contribución de los padres a los gastos de manutención y educación del hijo, contribución que está comprendida en el concepto de “obligación de alimentos” y consecuentemente, entra dentro del ámbito de aplicación del Reglamento 4/2009³³².

3.3.4 *La delimitación de los titulares de la responsabilidad parental*

Además de las manifestaciones y las materias cubiertas por la noción de la responsabilidad parental, un elemento adicional que conforma su contenido es la titularidad de esta responsabilidad. Al respecto, el marco jurídico de la UE se limita a definir como “titular de la responsabilidad parental” a “cualquier persona, institución u organismo que

³²⁸ PINTENS, W.: “Chapter I. Scope and...”, *cit.*, p. 73.

³²⁹ DANIELI, D.: “Parental Responsibility”, *cit.*, p. 69.

³³⁰ *Ibidem*.

³³¹ ECLI:EU:C:2019:816.

³³² Asunto *OF*, párr. 54.

tenga la responsabilidad parental sobre un menor” – artículo 2.8 del Reglamento Bruselas II bis y ter-.

Del texto reglamentario se deduce, en consecuencia, que el titular de la responsabilidad parental puede ser tanto una persona física como jurídica. Al respecto de este punto existe una clara tendencia hacia la atribución de la titularidad a los progenitores como regla general. Y solo para aquellos casos en los que no sea posible se opta por la intervención de terceras personas, bien familiares, bien por la labor del Estado.

3.3.4.1 La atribución de la responsabilidad parental a los progenitores

Actualmente, está generalmente aceptado que la atribución de la responsabilidad parental corresponde a los progenitores del menor y que, además, debe serlo de forma equitativa. Así lo establece el artículo 18 de la CDN, que reconoce el principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del menor. Sin embargo, y a pesar del reconocimiento de este principio, lo cierto es que éste no se traduce en todos los sistemas legales como una atribución automática a los dos progenitores de la responsabilidad parental del menor³³³.

1) En efecto, en algunos Estados miembros se atribuye a los dos progenitores la responsabilidad parental una vez se ha establecido la filiación. En estos sistemas, como ocurre con el español, se atribuye con carácter general la responsabilidad parental a todos los progenitores, y solo en circunstancias excepcionales se les priva de la misma. Ahora bien, esta atribución de la titularidad de la responsabilidad no tiene porqué ir acompañada de un ejercicio real de la misma³³⁴.

2) En cambio, en otros sistemas legales se atribuye un tratamiento diferenciado a los padres en función de si el menor ha nacido o no dentro de un matrimonio. Estas legislaciones no proporcionan automáticamente la responsabilidad parental a los padres de los menores nacidos fuera de un matrimonio, ya que se presume que, en estos casos, el padre puede no estar interesado en involucrarse en el cuidado del menor. Por este motivo,

³³³ FERRER-RIBA J.: “Parental responsibility in a European Perspective”, *cit.*, p. 292.

³³⁴ *Ibidem.*

condicionan la atribución de la responsabilidad parental del menor a que se confirme tal disposición del padre³³⁵.

Los Principios CEFL establecen que los progenitores, una vez se ha determinado su filiación, deben tener responsabilidades sobre el menor, sin ninguna limitación³³⁶. Este principio, acompañado con una adecuada protección del menor por parte de las autoridades cuando sea necesario, parece estar más acorde con la realidad social actual.

En la misma línea, los Principios de 2002 de la Comisión Europea también recogen en su principio 19 que las responsabilidades parentales deberán, en principio, pertenecer conjuntamente a ambos progenitores. Y, en aquellos casos en los que solo un progenitor posee responsabilidades parentales según la ley, el otro progenitor deberá tener la oportunidad de adquirir dichas responsabilidades parentales, a menos que vaya en contra del interés superior del menor. Es más, el referido principio termina incidiendo en la idea de que la falta de consentimiento, o la oposición del progenitor que sí ostenta por ley la responsabilidad parental, no deberá ser un obstáculo para tal adquisición³³⁷.

A lo anterior se une que el principio 20.1 de los mencionados Principios de 2002 recalca que los progenitores titulares de la responsabilidad parental deberán contar con un igual derecho en el ejercicio de tales responsabilidades y, siempre que sea posible, deberán ejercerlas juntos, a no ser que el interés superior del menor lo aconseje de otro modo. Y, lógicamente, el artículo 20.2 de los Principios contempla la posibilidad de que la responsabilidad parental se ejerza tan solo por un progenitor, o por los dos de forma dividida, cuando se haya acordado por la autoridad competente o por acuerdo entre los progenitores, y siempre sujeto al interés superior del menor³³⁸.

³³⁵ *Ibidem*.

³³⁶ BOELE-WOELKI, K., *et. al.*: *Principles of European Family Law...*, *cit.*, p. 59 y ss.

³³⁷ Principio 19 de los Principios de 2002 del Consejo de Europa:

“1. Parental responsibilities should in principle belong jointly to both parents.

2. In cases where only one parent has parental responsibilities by the operation of law, the other parent should have an opportunity to acquire parental responsibilities, unless it is against the best interests of the child. Lack of consent or opposition by the parent having parental responsibilities should not as such be an obstacle for such acquisition”. CONSEJO DE EUROPA: *“Report on Principles concerning...”*, *cit.*, p. 24.

³³⁸ Principio 20.1 de los Principios de 2002 del Consejo de Europa: *“Parents having parental responsibilities should have an equal right to exercise such responsibilities and whenever possible they should exercise them together unless the best interests of the child otherwise requires”.*

Principio 20.2 de los Principios de 2002 del Consejo de Europa: *“Subject to the best interests of the child, parental responsibilities may be exercised by one parent alone or the exercise may be divided between the two*

3.3.4.2 La atribución de la responsabilidad parental a terceras personas

A pesar de que la regla general sea la atribución de la responsabilidad parental del menor a sus progenitores, la participación en la misma de terceras personas es una posibilidad que se hace presente cada vez con mayor frecuencia.

Dentro de esta tendencia, cuenta con un papel destacado el surgimiento y la consolidación de las formas no tradicionales de familia, que por la lógica de la realidad se van integrando en el modelo de responsabilidad parental de los sistemas legales europeos³³⁹.

Los Principios de 2002 del Consejo de Europa reconocen que la responsabilidad parental es susceptible de ser ejercida por otras personas además de por los progenitores, bien de forma simultánea bien sustituyéndoles³⁴⁰. En el mismo sentido, también los Principios de la CEFL contemplan esta posibilidad³⁴¹.

Este reconocimiento agrupa, al menos, cuatro tipos de situaciones³⁴²:

1) En primer lugar, engloba a las personas que ejercen derechos de visita, siguiendo la idea de que el mantenimiento de las relaciones personales con el menor entra dentro del ámbito de aplicación de la responsabilidad parental. Precisamente, en este punto se ubicaría la Sentencia en el mencionado asunto *Valcheva* del TJUE, en la que se reconoce la titularidad de los derechos de visita a los abuelos del menor y, por tanto, también de la responsabilidad parental.

2) En segundo lugar, incluye asimismo a las personas llamadas a asumir un papel parental en lugar de los progenitores, es decir, a sustituirles. Esto podría ocurrir en caso de fallecimiento o incapacidad de los progenitores, o cualquier otra causa de terminación de la responsabilidad parental.

parents according to the decision of the competent authority or on the basis of an agreement concluded between them". CONSEJO DE EUROPA: "Report on Principles concerning...", *cit.*, p. 24.

³³⁹ En este sentido vid. BOELE-WOELKI, K., BRAAT, B. y CURRY-SUMMER, I. (eds.): *European Family Law in Action. Parental Responsibilities. Volume III*, Intersentia, Antwerp, 2005, pp. 389 y ss.

³⁴⁰ Principio 20.3 de los Principios de 2002 del Consejo de Europa: "*In cases determined by law a person other than a parent may, upon a decision by a competent authority, exercise some or all parental responsibilities in addition to or instead of parents*". CONSEJO DE EUROPA: "Report on Principles concerning...", *cit.*, p. 25.

³⁴¹ Vid. principios 3:9 y 3:17 de los Principios de la CEFL.

³⁴² FERRER-RIBA J.: "Parental responsibility in a European Perspective", *cit.*, pp. 295 y ss.

3) En tercer lugar, también vienen incluidos en la noción de responsabilidad parental las situaciones de acogimiento del menor, tanto en una familia de acogida como en una institución. Estos supuestos responden a la actual idea de que el Estado debe intervenir en la protección del menor en aquellas ocasiones en las que la familia, y en concreto, sus progenitores, no pueden garantizar su cuidado. Los sistemas estatales de protección del menor poseen una regulación muy variada en las legislaciones de los Estados miembros³⁴³. Normalmente, las instituciones de acogida suelen tener atribuidas algunas funciones en materia de responsabilidad parental, que afectan al ejercicio de la misma por parte de los progenitores, con diferente alcance según la situación del caso concreto³⁴⁴.

4) Por último, encontraríamos un cuarto grupo de casos directamente relacionados con la evolución de la sociedad y la creciente complejidad de las relaciones familiares. Nos referimos, en concreto, a la participación de la pareja del progenitor en el ejercicio de la responsabilidad parental del menor. Los sistemas legales están empezando a reconocer la relevancia que puede tener este papel informal en la vida de un menor, puesto que constituye una forma de vida familiar, y por ello, en ciertos casos, puede ser recomendable que estas personas estén habilitadas para asumir algunas funciones de la responsabilidad parental del menor. No obstante, esta tendencia se presenta aún de forma muy desigual en la jurisprudencia de los países europeos³⁴⁵. Al respecto, los principios CEFL se muestran favorables a que la pareja del progenitor que conviva con el menor pueda participar en las decisiones diarias, a no ser que el otro progenitor titular de la responsabilidad parental se oponga³⁴⁶.

3.3.5 *La delimitación de la figura del menor en los Reglamentos Bruselas II bis y ter*

Con el objetivo de completar la aproximación al concepto de responsabilidad parental presente en los Reglamentos Bruselas II bis y ter es necesario hacer referencia a la propia figura del menor como presupuesto para la existencia de la responsabilidad parental sobre su persona. Se trata, ésta, de una dimensión que hasta el momento no estaba

³⁴³ Vid. BOELE-WOELKI, K., BRAAT, B. y CURRY-SUMMER, I. (eds.): *European Family Law in Action...*, cit., pp. 389 y ss.

³⁴⁴ FERRER-RIBA J.: "Parental responsibility in a European Perspective", cit., p. 296.

³⁴⁵ *Ibid.*, p. 298.

³⁴⁶ Vid. principio 3:18 de los Principios CEFL.

armonizada por la normativa de la UE, ya que el Reglamento Bruselas II bis no contiene una definición respecto a que se entiende por menor, y en concreto, no acota un rango de edad en la aplicación del texto reglamentario. En este punto el legislador de la UE se alejó del Convenio de La Haya de 1996, que sí fija el margen de edad en 18 años para su aplicación. En concreto, el artículo 2 del texto convencional señala que *“el Convenio se aplica a los niños a partir de su nacimiento y hasta que alcancen la edad de 18 años”*.

No obstante, este vacío legal ha sido corregido en el nuevo Reglamento Bruselas II ter, añadiendo en su artículo 2, relativo a las definiciones, que el término “menor” se refiere a *“toda persona que tenga menos de 18 años”*³⁴⁷. Este precepto es complementado por el Considerando 17 del nuevo texto reglamentario, que estipula expresamente que, al igual que el Convenio de La Haya de 1996, el Reglamento Bruselas II ter debe aplicarse a todos los menores de 18 años, *“incluso cuando hayan adquirido capacidad antes de esa edad en virtud de su ley personal, por ejemplo en casos de emancipación por matrimonio”*.

A este límite de edad se exceptúan los supuestos de sustracción internacional de menores, con el claro objetivo de alinear el texto reglamentario con lo estipulado en el Convenio de La Haya de 1980. En estos casos, el Considerando 17 del nuevo texto reglamentario señala que *“en el caso de los menores de hasta 16 años, debe seguir aplicándose el Convenio de La Haya de 1980 y, por lo tanto, también el capítulo III del presente Reglamento, que complementa la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 en las relaciones entre los Estados miembros”*.

Dicha modificación supera una disfunción del texto anterior y permite alinear el nuevo texto reglamentario no solo con el Convenio de La Haya de 1996, sino, también, con la mayoría de las legislaciones nacionales en la materia.

En definitiva, al aproximar el contenido y alcance de la noción europea de la responsabilidad parental del menor queda patente su carácter amplio y su vocación unificadora respecto a las diversas instituciones jurídicas existentes en las legislaciones de los Estados miembros. Frente a la inicial novedad de este término, paulatinamente ha ido asentándose en los Estados miembros, tanto en sus órganos jurisdiccionales en la aplicación del instrumento de la UE como en sus propias legislaciones materiales. No obstante, la

³⁴⁷ Vid. art. 2.2.6) del Reglamento Bruselas II ter.

incorporación de un término a la tradición jurídica de muchos sistemas europeos no ha sido siempre pacífica. Precisamente, el ejemplo español manifiesta la alta complejidad en la asimilación de el concepto europeo de responsabilidad parental con las instituciones tradicionales de protección del menor.

4. La incorporación de la noción de responsabilidad parental en la legislación española

A pesar de que la consolidación del término de responsabilidad parental constituye hoy en día una realidad consolidada en la esfera internacional, no se puede llegar a la misma conclusión en el plano nacional, como demuestra el caso particular español. En efecto, la noción de responsabilidad parental es totalmente ajena a nuestro sistema jurídico: tradicionalmente no existía ni en las normas internas de DIPr ni en el Derecho Civil sustantivo.

La trascendencia de esta disparidad entre las fuentes internacionales, tanto convencionales como institucionales, y las instituciones clásicas españolas es relativa. Desde un primer punto de vista, si la noción de responsabilidad parental europea tiene como vocación, precisamente, superar los sistemas nacionales, realmente no es necesaria una plena asimilación de las instituciones españolas, sino simplemente una labor, ciertamente compleja, de saber qué instituciones españolas entran dentro del ámbito aplicativo de las fuentes internacionales. Esta podría haber sido una opción plenamente válida para el caso español. También se podría haber tomado la decisión de modernizar y adaptar la legislación española conforme a las nuevas tendencias europeas y sustituir o agrupar nuestras instituciones nacionales bajo el marco común de la responsabilidad parental.

Frente a estas dos opciones plenamente válidas, el legislador español ha quedado a camino entre ambas. En efecto, como a continuación se desarrolla, el término de responsabilidad parental se ha introducido en la legislación española, pero de una forma poco lineal, por no decir, directamente, parcheada, e incompleta.

4.1 La limitada introducción de la noción de la responsabilidad parental del menor en la legislación española

El término de responsabilidad parental se ha visto introducido por primera vez en el ordenamiento jurídico español a raíz de las reformas llevadas a cabo en 2015 en distintos ámbitos, incluidas las normas de DIPr. Concretamente, el concepto de responsabilidad parental se ha incorporado a nuestro modelo español de competencia judicial internacional a partir de la reforma del artículo 22 *quáter* d) de la LOPJ³⁴⁸, que establece que los Tribunales españoles serán competentes: “*en materia de filiación y de relaciones paterno-filiales, protección de menores y de **responsabilidad parental**, cuando el hijo o menor tenga su residencia habitual en España al tiempo de la interposición de la demanda o el demandante sea español o resida habitualmente en España o, en todo caso, al menos desde seis meses antes de la presentación de la demanda*”³⁴⁹.

Igualmente, en el sector de Derecho aplicable se introduce una referencia al término de responsabilidad parental en la reforma del Código Civil por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (en adelante Ley 26/2015)³⁵⁰. Así, en el artículo 9.4 párrafo segundo del Código Civil se añade una mención a la responsabilidad parental del menor: “*la ley aplicable al contenido de la filiación, por naturaleza o por adopción, y al **ejercicio de la responsabilidad parental**, se determinará con arreglo al 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*”³⁵¹.

No obstante, ninguna de las dos fuentes normativas de DIPr mencionadas incorporan una definición del concepto de responsabilidad parental. Esta ausencia podría comprenderse si en el Derecho sustantivo español existiera dicha figura con una alusión a su alcance y contenido. No obstante, el término de la responsabilidad parental del menor es ajeno a nuestro sistema y, por tanto, no existe tal regulación en el Derecho material. Por este motivo, lo lógico es que el legislador español hubiera aprovechado las reformas de 2015

³⁴⁸ Reformada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21.7 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, *BOE* de 22.7.2015.

³⁴⁹ Negrita nuestra.

³⁵⁰ *BOE* de 29.7.2015.

³⁵¹ Negrita nuestra.

para incorporar no solo el término de responsabilidad parental, sino también avanzar los elementos para concretar su significado, al menos, en los términos que lo hacen las fuentes internacionales.

Frente a esta opción, el legislador español se ha limitado a introducir una referencia más a la responsabilidad parental, pero únicamente en la regulación relativa a la patria potestad, que en España constituye la institución básica en materia de relaciones paterno-filiales. Concretamente, el artículo 154 del Código Civil, en su redacción tras la Ley 26/2015³⁵² establece que:

“Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores.

*La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental (...)”*³⁵³.

En este sentido, los derechos y deberes atribuidos a la patria potestad son: “1.º *Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.* 2.º *Representarlos y administrar sus bienes*”. Es decir, que esta institución hace referencia al conjunto de derechos y obligaciones inherentes al nacimiento de un hijo, la obligación de alimentos, y en general, tomar todas las decisiones relevantes en su vida. Además, el artículo 156 del CC afirma de forma imperativa que la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por un o solo de ellos con el consentimiento expreso o tácito del otro³⁵⁴.

³⁵² Vid. art. 2.8 de la Ley 26/2015.

³⁵³ Negrita nuestra.

³⁵⁴ Art. 156 del CC: “*La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad.*

En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir al padre o a la madre. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años.

En los supuestos de los párrafos anteriores, respecto de terceros de buena fe, se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro.

En defecto o por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro.

Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria

Aunque en un primer momento pudiera parecer positiva esta incorporación en la legislación española de la noción de responsabilidad parental, lo cierto es que, tal y como se ha materializado, podría acabar aportando más confusión que claridad en la ya de por sí complicada asimilación de los conceptos entre la legislación española y la normativa de la UE. Esto se debe, fundamentalmente, a que la referencia a la responsabilidad parental es ciertamente limitada o incompleta, ya que esta noción— tal y como se define en la normativa de la UE— posee un alcance mucho más extenso que la patria potestad³⁵⁵. De hecho, es comúnmente aceptado que la noción de responsabilidad parental no equivale a la figura de la patria potestad española, sino que “la primera es el género, la segunda la especie”³⁵⁶.

Dicho de otra manera, podemos afirmar que el legislador español solo ha hecho referencia a la responsabilidad parental en una institución relevante pero que no cubre todas las facetas del término europeo. A título de ejemplo, y sin ánimo de exhaustividad, de las tres posibles situaciones cubiertas, en términos generales, por el modelo de protección del menor español, todas ellas incluidas en la extensa noción de la responsabilidad parental, el legislador español solo ha hecho referencia a una de ellas. Estas tres situaciones serían³⁵⁷:

1) En primer lugar, la protección realizada en el marco familiar, que se corresponde con la ya mencionada institución de la patria potestad de los hijos no emancipados. Y en la que, como hemos visto, sí se ha incorporado el término de responsabilidad parental.

2) En segundo lugar, el ejercicio de la patria potestad puede verse afectado por la existencia de una situación de crisis que afecte a los propios progenitores del menor. En este contexto de crisis se establecen unas normas para regular la futura situación de los menores,

potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio”.

³⁵⁵ Santana Páez afirma que a pesar de que la noción de responsabilidad parental es un término ajeno a nuestro Derecho civil tradicional, actualmente “son numerosas las sentencias que lo aplican correctamente como un concepto autónomo del Reglamento Bruselas II bis, no coincidente con el contenido y alcance de la patria potestad”. SANTANA PÁEZ, E.: “Experiencias de los Tribunales españoles en materia de responsabilidad parental y retención ilícita de menores: algunos retos y cuestiones controvertidas”, en OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, C. (Dir.): *Justicia civil...*, cit., pp. 233-234.

³⁵⁶ CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho Internacional Privado*, cit., p. 436. Igualmente en este sentido, AÑOVEROS, B.: “The Impact and Application of the Brussels II bis Regulation in Spain”, en BOELE-WOELKI, K. y GONZÁLEZ BEILFUSS, C. (eds.): *Brussels II bis: its impact and application in the member states*, Intersentia, Antwerp, 2007, p. 287.

³⁵⁷ Vid. ESPLUGUES MOTA, C. y IGLESIAS BUHIGUES, J.L.: “Lección 12ª. Capacidad y régimen de incapacidades”, cit., p. 416.

recogidas en los artículos 90 y siguientes del Código Civil, y en los que no aparece referencia alguna a la responsabilidad parental.

3) Y, en tercer lugar, tampoco se incorpora esta noción en las situaciones en las que no hay progenitores o éstos no pueden ejercer la patria potestad por haber sido suspendidos o privados de la misma. En estos supuestos se prevé el nombramiento de un tutor, llegando a ser incluso la administración quien finalmente asuma la tutela y guarda del menor. Todas las medidas de protección del menor, tanto institucional como asistencial, también forman parte del concepto de responsabilidad parental de las fuentes internacionales.

Esta técnica legislativa empleada en las últimas reformas de 2015 es ciertamente cuestionable en un doble sentido. En primer lugar, por la ya apuntada incorrecta –o incompleta– referencia de la responsabilidad parental exclusivamente en el precepto relativo a la patria potestad. En esta línea, se ha señalado que para una correcta acogida y una incorporación plena de este concepto, totalmente desconocido para nuestro sistema, deberían haberse revisado y modificado un mayor número de preceptos³⁵⁸.

Y, en segundo lugar, es llamativo que el legislador español no haya aprovechado la reforma, al igual que han hecho otros Estados de nuestro entorno, para alinear y asimilar la legislación española con la noción europea de responsabilidad parental. En efecto, el modelo español continúa con una terminología anclada en una concepción obsoleta respecto a las relaciones paterno-filiales, en la que primaba la “autoridad” parental frente a la actual perspectiva de la “responsabilidad”³⁵⁹.

Sin duda, esta modificación del legislador español es fruto de la influencia de los instrumentos europeos y a la consolidación de la responsabilidad parental como noción europea que recoge los deberes y derechos relacionados con los menores. Ahora bien, resulta curioso que el legislador español no haya querido desprenderse de la tradicional terminología de la patria potestad, sino que ha optado por asimilarla, o integrarla, en esta noción más genérica, aunque con una técnica legislativa un tanto confusa.

³⁵⁸ En este sentido, Durán Ayago propone, sin ánimo de exhaustividad, los arts. 92.9, 156, 157, 160, 162 y 164 del Código Civil. DURÁN AYAGO, A.: “Responsabilidad parental, relaciones paterno-filiales y protección de menores: ¿tres denominaciones para tres realidades diferentes?”, en GUZMÁN ZAPATER, M. y ESPLUGUES MOTA, C. (dirs.): *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho Internacional privado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, p. 358.

³⁵⁹ La responsabilidad parental sí ha sido introducida en el Código Civil Catalán en su art. 233.8.

En definitiva, da la sensación de que, ciertamente, el legislador español ha buscado incorporar la moderna –y más respetuosa con los derechos del menor– noción europea de responsabilidad parental, pero sin haber realizado previamente la necesaria labor de adaptación de la misma³⁶⁰.

4.2 Las divergencias terminológicas entre los “derechos de guarda y custodia” y los “derechos de custodia” de los instrumentos de DIPr

En el sistema español de protección del menor en el ámbito familiar, y en relación con la patria potestad, son igualmente relevantes los derechos de guarda y custodia del menor en el contexto de la separación, la nulidad y el divorcio recogidos en el artículo 92 del CC. En particular, en aquellos supuestos en los que ambos progenitores no conviven, estos derechos constituyen una facultad inherente o derivada de la patria potestad, y hacen referencia a la persona encargada de los cuidados cotidianos del menor. De forma que la guarda o custodia es susceptible de ser ejercida de manera exclusiva o compartida.

De hecho, conforme al CC, tanto la patria potestad como la guarda y custodia son compartidas por los progenitores desde el nacimiento del hijo y, por tanto, para su modificación debe iniciarse un procedimiento de familia. En caso de no convivencia de ambos progenitores con el menor, generalmente, la patria potestad se ejerce de forma compartida, salvo graves excepciones, mientras que la guarda y custodia, en función de las circunstancias del caso, se ejercerá de un modo u otro³⁶¹. Existiendo en la actualidad, una creciente tendencia jurisprudencial favorable a otorgar la custodia compartida³⁶².

Es evidente que, si hemos afirmado que la guarda y custodia constituye un derecho inherente o incluido a la patria potestad, ésta última también se encuentra integrada dentro de la noción de responsabilidad parental de la normativa de la UE. Esta afirmación no genera mayores problemas, pero no puede decirse lo mismo de la correlación entre la legislación española y el término de los derechos de custodia de los Reglamentos Bruselas II bis y ter –

³⁶⁰ DURÁN AYAGO, A.: “Responsabilidad parental, relaciones paterno-filiales...”, *cit.*, p. 362.

³⁶¹ LÓPEZ-MUELAS, L. y ZABALGO P.: “La regulación de la patria potestad y guarda y custodia en derecho comparado: España, Italia, Inglaterra, Alemania, Chile y EE.UU.”, *Diario LA LEY*, nº 9443, 2019, p. 2.

³⁶² Sobre la evolución de la custodia compartida vid., por todos, MARTÍNEZ CALVO, J.: *La guarda y custodia*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2019; CASADO CASADO, B.: “Custodia compartida y corresponsabilidad parental. Evolución. Valoraciones sobre el cambio de tendencia jurisprudencial”, *Diario LA LEY*, nº 9177, 2018, pp. 1-24.

y de otros textos internacionales como el Convenio de La Haya de 1996 y el Convenio de La Haya de 1980-.

En efecto, recordemos que, según la normativa de la UE, el rasgo esencial de los derechos de custodia es la facultad de elección sobre el lugar de residencia habitual del menor. No obstante, de acuerdo con nuestra normativa, dicha facultad aparece como una manifestación de la patria potestad, y no de los derechos de guarda y custodia, referidos exclusivamente al cuidado diario del menor. Es decir que, según el marco jurídico español, y en la generalidad de los casos, aunque un progenitor tenga atribuidos los derechos de guarda y custodia del menor, lo habitual es que ambos compartan el ejercicio de la patria potestad y, en consecuencia, los dos tengan la potestad de decidir su lugar de residencia. En otras palabras, que los derechos de custodia definidos de conformidad con el Reglamento Bruselas II bis –y ter- se corresponden con la figura española de la patria potestad, y no con los derechos de guarda y custodia. Para mayor complejidad, en otras legislaciones nacionales los derechos de custodia o cuidado del menor sí incluyen el derecho a decidir sobre la residencia habitual del menor³⁶³.

Este desajuste terminológico es susceptible de plantear malentendidos en la práctica, hasta el punto de confundir a un progenitor que crea que está actuando de conformidad con la legalidad vigente.

De hecho, esta problemática cuenta con una particular incidencia en la fijación de la residencia habitual del menor, y por extensión, en la decisión sobre el traslado del menor al extranjero –el llamado fenómeno de la *relocation* -. Y ello porque, si un progenitor traslada unilateralmente a un menor al extranjero de forma ilícita, es decir, infringiendo los derechos de custodia –entendidos como facultad de decidir el lugar de residencia habitual del menor- podría incurrir en un traslado ilícito, esto es, en una sustracción internacional de menores, con las correlativas graves consecuencias no solo civiles sino también penales. En efecto, como la facultad de fijar el lugar de residencia corresponde a los dos titulares de la patria potestad –como regla general-, para trasladar a un menor al extranjero se requiere el

³⁶³ Sobre esta cuestión vid. LÓPEZ-MUELAS, L. y ZABALGO P.: “La regulación de la patria potestad y guarda y custodia en derecho comparado...”, *cit.*, pp. 1-8.

consentimiento de ambos y, en su defecto, la autorización judicial³⁶⁴. Esta cuestión ya no debería generar problemas en la práctica tras los pronunciamientos al respecto del TS³⁶⁵.

Parece que el legislador de la UE, en el proceso de reforma del Reglamento Bruselas II bis, ha tomado conciencia de esta problemática. Y, aunque, como hemos visto, el concepto de derechos de custodia sigue pivotando en torno a la facultad de decisión de la residencia habitual del menor, sí se ha incorporado una bienvenida aclaración en el Considerando 18 del Reglamento Bruselas II ter. En efecto, este Considerando, tras transcribir la definición de los derechos de custodia de conformidad con el texto reglamentario –“a efectos del presente Reglamento, se debe considerar que una persona tiene «derechos de custodia» cuando, con arreglo a una resolución, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos en virtud del Derecho del Estado miembro donde reside habitualmente el menor, un titular de la responsabilidad parental no pueda decidir sobre el lugar de residencia del menor sin el consentimiento de dicha persona”– añade la importante matización de que esto será así “con independencia de los términos utilizados en la legislación nacional”. Y termina recalcando la idea de que “en algunos sistemas jurídicos que mantienen los términos de «custodia» y «visita», el progenitor que no tiene la custodia puede conservar de hecho importantes responsabilidades en cuanto a decisiones que afectan al menor y que van más allá del mero derecho de visita”.

Como se ha expuesto, esta modificación, aunque no resuelve las divergencias terminológicas de fondo, sí las reconoce en el propio texto del Reglamento, facilitando la aplicación del mismo en sistemas como el español. De esta forma, el nuevo Reglamento hace referencia a un supuesto muy habitual en nuestra práctica jurídica, como es el ya expuesto caso de una persona tenga la patria potestad compartida, pero solo ostente los derechos de visita de conformidad con el Derecho español; pero que, a efectos del

³⁶⁴ Al respecto vid. RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “Revisión de la atribución de custodia y la reubicación internacional de menor en interés superior del menor. Comentario a la STS de 18 enero 2017 (RJ 2017, 343)”, *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 106, 2018, pp. 9-21; CALLEJO RODRÍGUEZ, C.: “Determinación del domicilio del menor y su modificación”, *LA LEY Derecho de familia*, n.º 10, 2016, pp. 1-11; LÁZARO GONZÁLEZ, I.E.: “El “derecho de custodia” en la jurisprudencia sobre sustracción internacional de menores”, *Icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n.º 83-84, 2011, pp. 291-336.

³⁶⁵ En particular la STS 642/2012 de 26.10.2012, roj. STS 6811/2012, ECLI: ES:TS:2012:6811 y STS 536/2014, de 20.10 de 2014, STS 4072/2014, ECLI: ES:TS:2014:4072. Al respecto vid. HERRANZ BALLESTEROS, M.: “Traslado del domicilio del menor a otro país. Doctrina del Tribunal Supremo”, en CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (dirs.): *El Tribunal Supremo y el Derecho Internacional Privado. Volumen 2*”, Rapid Centro Color, 2019, pp. 567-586.

Reglamento Bruselas II ter, es titular de los derechos de custodia a los efectos de adoptar decisiones importantes sobre la vida del menor, y en particular, sobre la decisión del lugar de residencia habitual del menor³⁶⁶.

³⁶⁶ En este sentido vid. FORCADA MIRANDA, J.: *Comentarios prácticos al Reglamento (UE) 2019/1111. Competencia, Reconocimiento y Ejecución de Resoluciones en materia Matrimonial, Responsabilidad Parental y Sustracción Internacional de Menores*, Sepín, Madrid, 2020, p. 73. El autor se sorprende de que, a pesar de esta realidad, continúen habiendo determinadas resoluciones españolas en sentido contrario.

CAPÍTULO PRIMERO. LA RESOLUCIÓN DE LAS CONTROVERSIAS TRANSFRONTERIZAS EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PARENTAL EN LA UE: LOS MASC Y LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA COMO OPCIONES CADA VEZ MÁS REALISTAS, COMPLEMENTARIAS Y EFECTIVAS

La realidad de las familias internacionales, caracterizada en muchos casos por su desplazamiento entre distintos Estados, genera una problemática de especial complejidad y dificultad que exige la articulación de respuestas normativas -nacionales e internacionales- que encaucen y faciliten la resolución de las situaciones y cuestiones que las envuelven; en muchas ocasiones, como decimos, intrínsecamente vinculadas a una pluralidad de Estados que, además, no siempre comparten los mismos valores ni las mismas soluciones normativas.

Así, la realidad de las familias transnacionales es variada, compleja y muy dinámica, involucrando todo tipo de intereses y expectativas jurídicas. A partir de esta premisa el objetivo de este Capítulo es analizar los métodos de resolución de controversias transfronterizas en materia de responsabilidad parental en la UE presentes tanto en el Reglamento Bruselas II bis como en el nuevo Reglamento Bruselas II ter, valorando de forma crítica su práctica y los problemas que le han acompañado, y sopesando los cambios introducidos en el nuevo texto de 2019 y su capacidad para encauzar los desajustes existentes hasta el momento. Todo ello a partir de la cuestión subyacente de en qué medida todo este conjunto de disposiciones proporciona un marco jurídico adecuado para las familias internacionales en la UE, y muy en especial, para la protección del interés superior de los menores involucrados en los procesos transfronterizos.

I. EL FOMENTO DE LA MEDIACIÓN COMO VÍA PARA RESOLVER LAS DISPUTAS EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PARENTAL

En el marco de una tendencia global favorable a la exploración de vías alternativas a los Tribunales estatales³⁶⁷, la UE está manteniendo desde hace años una posición

³⁶⁷ Vid. BARONA, S. y ESPLUGUES, C.: “ADR Mechanisms and Their Incorporation into Global Justice in the Twenty-First Century: Some Concepts and Trends”, en ESPLUGUES, C. y BARONA, S.: *Global Perspectives on ADR*, Intersentia, Cambridge, 2014, pp. 7-16.

marcadamente propicia al fomento de las ADRs o MASC como vías para resolver las controversias que puedan surgir en el espacio jurídicamente integrado que conforma la Unión³⁶⁸. En este sentido, y como ejemplo paradigmático de ello, el TFUE, en su artículo 81, antiguo artículo 65 TCE, reconoce el papel trascendente que estos mecanismos poseen en el entramado de justicia civil europeo.

La Unión, dice el precepto en su apartado 1, desarrollará una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basada en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales “y *extrajudiciales*”. Esta cooperación podrá incluir la adopción de medidas de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros. Y se traducirán, tal como afirma el numeral 2 de este artículo 81, “*en particular*” cuando ello resulte necesario para el buen funcionamiento del mercado interior, en la adopción de medidas que garanticen, entre otros, “*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;...*” o “*g) el desarrollo de métodos alternativos de resolución de litigios*”.

Significativamente, este taxativo tenor en favor del fomento de los medios alternativos de resolución de controversias ha sido unidireccional en los últimos tiempos³⁶⁹. Y así, la escasísima actuación de la UE en el ámbito del arbitraje, motivada por una pluralidad de razones de diversa índole y naturaleza³⁷⁰, se ha visto acompañada de una acción cada vez más decidida en el campo de la mediación³⁷¹. Así, a la aprobación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles³⁷², se ha visto acompañada de una aceleración de la actividad en favor de la mediación por parte de la UE que ha colocado a la

³⁶⁸ En este sentido PALAO MORENO, G.: “Cross-border mediation in Spain”, en FORNER I DELAYGUA, J.J., GONZÁLEZ BEILFUSS, C. y VIÑAS FARRÉ, R. (coords.): *Entre Bruselas y La Haya...*, cit., p. 641.

³⁶⁹ Vid. PALAO MORENO, G.: “La mediación familiar internacional”, en LLOPIS GINER, J. M. (coord.): *Estudios sobre la Ley Valenciana de Mediación Familiar*, Editorial Práctica de Derecho, Valencia, 2003, pp. 61-88.

³⁷⁰ Al respecto, y por todos, vid. ESPLUGUES, C.: “International Commercial Arbitration in the EU and the PRC: A tale of Two Continents or 28 + 3 Legal Systems”, en BASEDOW, J. y PISSLER, K.B. (eds.): *Private International Law in Mainland China, Taiwan and Europe*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2014, pp. 409-413.

³⁷¹ No solo en el ámbito civil, sino, también, en otros muchos campos de su actividad normativa. Al respecto, vid., FRA – EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS: *Access to Justice in Europe: An Overview of Challenges and Opportunities*, FRA, Viena, 2010, p. 44.

³⁷² DO L 136, de 24.8.2008.

institución en la agenda legislativa europea y, por ende, en la de muchos Estados miembros que no han dudado, por otra parte, en fomentar su uso³⁷³.

Con todo, los resultados alcanzados, y eso hay que reconocerlo, resultan muy desiguales³⁷⁴. La transposición de la Directiva por los distintos Estados miembros de la UE ha sido muy desigual, generando resultados altamente diversos en el seno de la Unión³⁷⁵. Sin que, además, parezca que haya generado una ampliación de los sectores temáticos susceptibles de ver referidas sus disputas a mediación. Especialmente, en lo referente a disputas transfronterizas.

De hecho, la circulación de los eventuales acuerdos alcanzados en el marco de una mediación en materia civil y comercial en un Estado miembro de la UE en el resto de Estados no queda para nada asegurada en el actual marco jurídico existente³⁷⁶. Debiendo confiarse en el conjunto de instrumentos europeos en materia de DIPr para, en el ámbito material cubierto por ellos³⁷⁷, asegurar dicha circulación, siempre que sean incorporados en una resolución judicial o elevados a escritura pública, atendida la naturaleza puramente contractual que reciben éstos con carácter general en Europa³⁷⁸. Así, la respuesta resulta

³⁷³ Nótese, EUROPEAN COMMISSION: *The 2020 EU Justice Scoreboard, Publications Office of the European Union*, Luxembourg, 2020, p. 20. Sobre el proceso de codificación en la UE vid. PALAO MORENO, G.: “La mediación y su codificación en Europa. Aspectos de derecho internacional privado”, en GÓMEZ COLOMER, J.L., BARONA VILAR, S. y CALDERÓN CUADRADO, P. (coords.): *El derecho procesal español del siglo XX a golpe de tango: Juan Montero Aroca. Liber Amicorum, en homenaje y para celebrar su LXX cumpleaños*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 1337-1352. Sobre la situación en España vid. AZCÁRRAGA MONZÓNIS, C.: “Impulso de la mediación en Europa y España y ejecución de acuerdos de mediación en la unión europea como documentos públicos con fuerza ejecutiva”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 25, 2013, pp. 1-35.

³⁷⁴ A título de ejemplo, se afirma que el impulso de la mediación no se ha traducido en todos los casos en un aumento decidido en el empleo de este mecanismo de solución de conflictos. CHÉLIZ INGLÉS, M.C.: “La UE y la armonización de la regulación en materia de mediación: ¿hacia una mediación obligatoria en todos los Estados miembros?”, *Revista de Estudios Europeos*, n.º 71, 2018, p. 204.

³⁷⁵ Vid. ESPLUGUES, C.: “Civil and Commercial Mediation in the EU After the Transposition of Directive 2008/52/EC”, en ESPLUGUES, C. (ed.): *Civil and Commercial Mediation in Europe. Cross-Border Mediation*, Intersentia, Cambridge, 2014, pp. 519-527.

³⁷⁶ Sobre la circulación de los acuerdos con carácter anterior a la directiva vid. PALAO MORENO, G.: “La libre circulación de acuerdos de mediación familiar en Europa”, en JIMÉNEZ LARA, M. J., IGLESIAS BLANCO, B. (coords.) y CANO BAZAGA, E. (dir.): *La libre circulación de resoluciones judiciales en la Unión Europea: actas de seminarios*, Universidad de Sevilla, Centro de Documentación Europea, Sevilla, 2005, pp. 231-241. Sobre el impacto de la Directiva, vid., por todos AZCÁRRAGA MONZÓNIS, C.: “El (limitado) impacto de la directiva sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles y la mediación obligatoria como medida de promoción”, en BARONA VILAR, S. (coord.): *Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de justicia*, Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2016, pp. 103-118.

³⁷⁷ Vid. ESPLUGUES, C.: “Civil and Commercial Mediation...”, *cit.*, pp. 729-730.

³⁷⁸ Considérese en este sentido, HOPT, K.J. y STEFFEK, F.: “Mediation: Comparison of Laws, Regulatory Models, Fundamental Issues”, en HOPT, K.J. y STEFFEK, F. (eds.): *Mediation Principles and Regulation in Comparative Perspective*, Oxford, OUP, 2013, p. 46.

altamente insatisfactoria y ha llevado a la Unión a plantearse reformar la Directiva, al menos su artículo 6, con vistas a fomentar la circulación de este tipo de acuerdos³⁷⁹.

En este entorno el Reglamento Bruselas II bis, en su artículo 55, menciona que a petición de una autoridad central de otro Estado miembro o de un titular de la responsabilidad parental, las autoridades centrales cooperarán en asuntos concretos con el fin de cumplir los objetivos del Reglamento. Adoptando a tal efecto, ya sea de forma directa o a través de las autoridades públicas u otros organismos, todas las medidas adecuadas, con arreglo a la legislación de dicho Estado miembro en materia de protección de datos personales, entre otros objetivos, “e) *facilitar la celebración de acuerdos entre los titulares de la responsabilidad parental a través de la mediación o por otros medios, y facilitar con este fin la cooperación transfronteriza*”.

Estos acuerdos alcanzados entre las partes, a la vez que los documentos públicos, en cuanto tengan la condición de ejecutivos en un Estado miembro, se verán asimilados a las “*resoluciones judiciales*”³⁸⁰, aunque nada se diga al respecto al definir éstas en el artículo 2.4 del Reglamento³⁸¹. En tal sentido, el artículo 46 del Reglamento Bruselas II bis afirma de forma taxativa que los “*documentos públicos con fuerza ejecutiva formalizados o registrados en un Estado miembro, así como los acuerdos entre las partes que tengan fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen, serán reconocidos y se dotarán de fuerza ejecutiva en las mismas condiciones que las resoluciones judiciales*”.

El Reglamento Bruselas II ter supone un paso adicional en el fomento de la mediación, y cualquier otro medio de resolución alternativa de disputas, como medio de resolución de las controversias surgidas en materia de responsabilidad parental. El legislador europeo acepta que en todos los asuntos que afecten a menores, y en particular en los asuntos de sustracción internacional de menores, “*los órganos jurisdiccionales deben contemplar la posibilidad de llegar a una solución a través de la mediación u otros medios apropiados, con la ayuda, cuando corresponda, de las redes y estructuras de apoyo existentes para la*

³⁷⁹ Vid. ESPLUGUES, C. e IGLESIAS, J.L.: “Mediation and Private International Law: Improving Free Circulation of Mediation Agreements Across the EU”, en EUROPEAN PARLIAMENT – DIRECTORATE-GENERAL FOR INTERNAL POLICIES: The Implementation of the Mediation Directive 29 November 2015. Compilation of In-depth Analysis, Bruselas, 2016, p. 79 y ss.

³⁸⁰ Considerando 22 del Reglamento Bruselas II bis.

³⁸¹ Significativamente, nótese la referencia que realizan los apartados 7 y 11.a) del art. 2 del Reglamento a “*resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos*”.

*mediación en las controversias transfronterizas en materia de responsabilidad parental.*³⁸² Asumiendo, sin embargo, que puede haber supuestos en que la referencia a la mediación no siempre resulta apropiada: tal sería el caso, “*en especial*” de los supuestos de violencia sobre la mujer.

El citado Reglamento reproduce en su artículo 79 la referencia a la adopción por las autoridades centrales requeridas, ya sea de forma directa o por conducto de los órganos jurisdiccionales, de las medidas adecuadas para “*g) facilitar la celebración de acuerdos entre los titulares de la responsabilidad parental a través de la mediación o por otros medios alternativos de resolución de litigios, y facilitar con este fin la cooperación transfronteriza*”.

Pero, a la vez, se avanza en la aceptación de partida del recurso a los mecanismos ADR como forma de resolver las disputas en materia de responsabilidad parental al incorporar un precepto, el artículo 25 del Reglamento Bruselas II ter que aborda, específicamente, el supuesto de la mediación intrajudicial. En este sentido, el artículo señala de forma explícita que lo “*antes posible*” y “*en cualquier fase del procedimiento*”, el órgano jurisdiccional que conozca de la eventual disputa en materia de responsabilidad parental “*invitará a las partes, directamente o, si procede, con la asistencia de las autoridades centrales, a que consideren si están dispuestas a recurrir a la mediación o a otra vía alternativa de resolución de litigios*”. Esta opción, que discurre paralela a la posibilidad que tienen, siempre las partes, de acudir a la mediación extrajudicial, será aceptable a “*menos que ello*”, señala el artículo:

1) “*sea contrario al interés superior del menor*”

2) “*no sea adecuado en el caso particular o*”

3) “*conlleve un retraso indebido del procedimiento.*” En relación precisamente con este último requisito, el Considerando 43 del Reglamento, al aproximar la búsqueda de un acuerdo por las partes señala, a modo de ejemplo, que “*tales esfuerzos no deben prolongar indebidamente el procedimiento de restitución en virtud del Convenio de La Haya de 1980*”.

Subsiste, sin embargo, un problema de base en relación con la circulación de estos acuerdos en el seno de la UE –y que se comparte, también, en el Reglamento Bruselas II bis–, la naturaleza del acuerdo alcanzado y la necesidad de que venga dotado de fuerza

³⁸² Considerando 43 del Reglamento Bruselas II ter.

ejecutiva³⁸³. Algo que no ocurre, recordemos en Europa, donde el acuerdo, como ya hemos señalado, cuenta de forma generalizada con una naturaleza puramente contractual³⁸⁴. En tal sentido, el artículo 2 del Reglamento considera por acuerdo, a efectos del Capítulo IV del Reglamento, *“un documento que no es un documento público, que ha sido firmado por las partes en materias que entran en el ámbito de aplicación del presente Reglamento y que ha sido registrado por una autoridad pública comunicada a la Comisión con este fin por un Estado miembro de conformidad con el artículo 103”* del texto reglamentario.

A partir de esta premisa, que limita severamente los pasos dados por el Reglamento en esta materia, el legislador europeo considera que todos aquellos acuerdos entre partes en materia de responsabilidad parental que tengan fuerza ejecutiva en un Estado miembro *“deben asimilarse a «resoluciones» a efectos de la aplicación de las normas sobre reconocimiento y ejecución”* recogidas en el texto reglamentario³⁸⁵. Algo que realiza el artículo 65.2 exigiendo no solo la mencionada fuerza ejecutiva en el país de origen sino, también, *“que tengan efecto jurídico vinculante”*.

Con todos los avances que el Reglamento Bruselas II ter pueda incorporar en la materia, lo cierto es que el recurso a los Tribunales sigue siendo el modo habitual de resolver las disputas que puedan surgir en materia de responsabilidad parental. Una premisa que se asume por el propio legislador europeo al referir en el texto de 2019 a la mediación intrajudicial, manteniendo silencio a aquella desarrollada fuera de los Tribunales.

³⁸³ Vid. Capítulo Segundo *infra*.

³⁸⁴ En tal sentido, el mencionado Considerando 43 del Reglamento Bruselas II ter, *“Cuando, en el curso de un procedimiento de restitución conforme al Convenio de La Haya de 1980, los progenitores lleguen a un acuerdo no solamente sobre la restitución o no restitución del menor, sino también sobre otras cuestiones de responsabilidad parental, el presente Reglamento debe permitirles, en determinadas circunstancias, convenir en que el órgano jurisdiccional al que se haya recurrido con arreglo al Convenio de La Haya de 1980 sea competente para dar efecto jurídico vinculante a su acuerdo, ya sea incorporándolo a una resolución aprobándolo, o de otra forma prevista por la legislación y el procedimiento nacionales. Los Estados miembros que han concentrado la competencia deben, por consiguiente, considerar la posibilidad de permitir que el órgano jurisdiccional al que se ha sometido el procedimiento de restitución con arreglo al Convenio de La Haya de 1980 ejerza también la competencia acordada o aceptada por las partes en virtud del presente Reglamento en materia de responsabilidad parental si el acuerdo entre las partes se ha alcanzado durante dicho procedimiento de restitución.”*

³⁸⁵ Considerando 70 del Reglamento Bruselas II ter.

II. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PARENTAL: INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR GENÉRICO v. INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN CONCRETO

En el seno de la UE, la movilidad de grupos familiares formados, en ocasiones, por miembros de distintas nacionalidades y orígenes, ha llevado al legislador de la UE a considerar la regulación uniforme de ciertos aspectos del Derecho de familia como necesaria para el adecuado funcionamiento del mercado interior. Así, el legislador de la UE ha buscado proporcionar a las familias de la UE normas uniformes y coherentes que les otorguen una respuesta segura respecto, entre otras, a la cuestión de a qué Tribunales deberán acudir a accionar en el caso de que se les plantee un conflicto en relación con ciertos aspectos y ámbitos que les afectan: en concreto, y fundamentalmente, en relación con la problemática de la responsabilidad parental, una noción dinámica que, en su pluralidad, cubre diversas situaciones dotadas de singularidad propia. En este sentido, el Reglamento Bruselas II bis, y su sucesor, el Reglamento Bruselas II ter, han procedido a articular un sistema de competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental que busca aportar una respuesta previsible, flexible y adecuada en relación con esta compleja problemática.

1. Competencia judicial internacional en materia de “responsabilidad parental”: su significado plural

El nuevo Reglamento Bruselas II ter refiere genéricamente, al igual que hace el Reglamento Bruselas II bis, a la noción de “responsabilidad parental”, un concepto que además de ser desconocido en nuestro ordenamiento jurídico, se presenta como una noción plural en cuanto a su significado, bajo la que se incardinan una pluralidad de realidades y situaciones dotadas en ocasiones de autonomía propia, tal y como ya se ha expuesto³⁸⁶. Ello incide en la valoración de los diversos foros recogidos en el nuevo texto y, con ello, en el entendimiento correcto del sistema competencial diseñado en los Reglamentos Bruselas II bis y ter en materia de responsabilidad parental, al venir estos subordinados al hecho de que bajo el concepto genérico de responsabilidad parental se hace mención, según la

³⁸⁶ Vid. Capítulo Introductorio, ap. III “La creación de una noción autónoma en el paisaje jurídico de la UE: la responsabilidad parental y su significado” *supra*.

circunstancia, hasta a cuatro ámbitos materiales diferenciados, lo que necesariamente incide en su comprensión y funcionamiento.

Así, los Reglamentos diseñan ciertas normas de competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental, que cubren un elenco de foros relativos a cuestiones diversas que, si bien resultan coincidentes en su dimensión familiar, cuentan en ocasiones con sustantividad propia, lo que requiere su tratamiento diferenciado:

1) En primer lugar, en los Reglamentos Bruselas II bis y ter se diseñan normas de competencia judicial internacional “en materia de responsabilidad parental” en sentido estricto, a la que también se le denomina, competencia sobre el fondo del asunto. Este foro genérico en materia de responsabilidad parental engloba todas las cuestiones que se describen en la definición de la noción recogida en los artículos 1.2 y 2.7 del Reglamento Bruselas II bis, cuyo articulado se mantiene incólume en el Reglamento Bruselas II ter.

2) Junto a ello, en segundo lugar, los Reglamentos abordan la competencia judicial internacional en materia de derechos de visita. El legislador de la UE, con la finalidad de proteger especialmente los derechos de visita en el ámbito del espacio de libertad, seguridad y justicia de la UE, ha previsto un foro de competencia judicial internacional en el artículo 9 del Reglamento Bruselas II bis –artículo 8 del Reglamento Bruselas II ter- para revisar específicamente los derechos de visita -y ninguna otra materia de la responsabilidad del menor- siempre que se cumplan unos requisitos muy tasados – que abordaremos más adelante, al tratar el citado foro³⁸⁷.

3) En tercer lugar, los Reglamentos diseñan foros en relación con los supuestos de la sustracción internacional de menores: el legislador de la UE también ha previsto un foro específico para estos casos en un intento de luchar contra este fenómeno y desincentivar a los progenitores de llevar a cabo un traslado o retención ilícita, recogido en el artículo 10 del Reglamento Bruselas II bis -artículo 9 del Reglamento Bruselas II ter³⁸⁸.

4) Por último, y no por ello menos relevante, no hay que olvidar un último foro que sería el relativo a la adopción de medidas provisionales urgentes y de protección en favor de

³⁸⁷ Vid. Cap. Primero, ap. II. 4.1.1.2 “El foro en materia de derechos de visita en caso de un cambio legal de la residencia habitual del menor”, *infra*.

³⁸⁸ Vid. Cap. Primero, ap. II. 4.1.2 “Segunda situación: la protección del foro general de la residencia habitual del menor en supuestos de sustracción internacional de menores”, *infra*.

un menor en un determinado Estado miembro de la UE que, precisamente, presenta novedades en el Reglamento Bruselas II ter. Y ello, sin perjuicio de que, posteriormente, sean eventualmente modificadas por el órgano jurisdiccional del Estado miembro de la UE que tenga competencia sobre el fondo – sobre la responsabilidad parental del menor -.

Como se observa, y reiteramos, la noción de responsabilidad parental es amplia y dinámica, cubriendo realidades dotadas de autonomía que son recogidas y consolidadas en los textos reglamentarios, traducándose en la presencia de una pluralidad de foros diferenciados. De esta suerte, y aunque esta clasificación pueda parecer evidente, resulta extremadamente conveniente tenerla presente en todo momento, y se hará patente a lo largo de la presente Tesis, no solo para evitar las lógicas confusiones, sino para patentizar que frente a las ideas de unidad y unicidad, lo cierto es que bajo el epígrafe de foro de responsabilidad parental se incardinan una pluralidad de foros sobre cuestiones vinculadas a esta noción cuyo diseño y funcionamiento responde a intereses y premisas singulares, y cuyo funcionamiento no siempre va a ser paralelo. Además, esta tipología de materias no solo incide en el sector de la competencia judicial internacional, sino que afecta, igualmente, al sector de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en el que se sigue una lógica similar³⁸⁹.

Asumiendo la existencia de una noción polimorfa que cubriría distintas realidades diferenciadas, aunque interrelacionadas, nos vamos a centrar seguidamente en el análisis del modelo de competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental recogido en el Reglamento Bruselas II bis y su sucesor, el Reglamento Bruselas II ter.

2. El anclaje de las normas de competencia judicial internacional de los Reglamentos Bruselas II bis y ter en el principio del interés superior del menor

El fundamento de toda norma dedicada a los menores estriba, precisamente, en servir a asegurar la máxima salvaguarda del principio del interés superior del menor. Las normas de competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental no son una excepción y comparten, por lo tanto, este objetivo.

³⁸⁹ Al respecto vid. Capítulo Segundo *infra*.

Centrándonos en las concretas respuestas aportadas por el legislador de la UE en los Reglamentos Bruselas II bis y II ter, y en consonancia con el artículo 3.1 del Convenio de Derechos del Niño y el artículo 24.2 de la CDFUE, las reglas de competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental de ambos Reglamentos descansan sobre el respeto al, y la salvaguarda del, principio del interés superior del menor. Principio que en el ámbito de la competencia judicial internacional es plasmado por el legislador de la UE, tal y como se recoge en el Considerando 12 del Reglamento Bruselas II bis y en el 20 del Reglamento Bruselas II ter, en el criterio de proximidad.

En línea con ello, el Reglamento Bruselas II bis articula sus normas y soluciones buscando la protección de aquel. Así, esta idea se refleja claramente en el Considerando 12 del Reglamento, al afirmar que las normas de competencia judicial internacional recogidas en el texto reglamentario “*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*”. Esta mención al principio del interés superior del menor también se plasma en los Considerandos 13³⁹⁰ y 33³⁹¹ y se hace patente en los artículos 15 y 23 del Reglamento Bruselas II bis. Así lo ha corroborado el TJUE, entre otras, en su STJUE de 1 de octubre de 2014, en el asunto C-436/13, *E.*, de 1 de octubre de 2014³⁹² (en adelante asunto *E.*) al señalar que “*la competencia en materia de responsabilidad parental debe determinarse, ante todo, en función del interés superior del menor*”³⁹³.

Como no podía ser de otra forma, este anclaje en el amparo y satisfacción del interés superior del menor es igualmente reiterada en el Reglamento Bruselas II ter, ya que, a lo largo del proceso de reforma del Reglamento Bruselas II bis, el legislador de la UE no ha modificado la lógica descrita, más bien al contrario, su objetivo ha sido, precisamente,

³⁹⁰ “*Para atender al interés del menor, el presente Reglamento...*”

³⁹¹ “*El presente Reglamento reconoce los derechos fundamentales y observa los principios consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Concretamente, pretende garantizar el respeto de los derechos fundamentales del menor enunciados en el artículo 24 de dicha Carta*”.

³⁹² ECLI:EU:C:2014:2246.

³⁹³ Asunto *E.*, párr. 45.

reforzar la ineludible consideración del principio del interés superior del menor en todos los asuntos en materia de responsabilidad parental.

Así se extrae del Considerando 19 del nuevo Reglamento Bruselas II ter, en el que no solo se reitera la idea de que las normas de competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental están concebidas “*en función del interés superior del menor, y deben aplicarse de acuerdo con este*”; sino que, además, se enfatiza una vez más que “*cualquier referencia al interés superior del menor debe interpretarse a la luz del artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta») y de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, tal y como son aplicadas por las legislaciones y procedimientos nacionales*”. Añadiendo en el Considerando 20 que: “*Para salvaguardar el interés superior del menor, la competencia debe en primer lugar determinarse con arreglo al criterio de proximidad. Por consiguiente, son los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el cual el menor tiene su residencia habitual los que deben ser competentes, excepto en ciertas situaciones contempladas en el presente Reglamento, por ejemplo cuando se produce un cambio de residencia del menor o en caso de acuerdo entre los titulares de la responsabilidad parental*”. Con independencia del debate en torno al valor de los Considerandos en los instrumentos europeos, este Considerando viene a reforzar la obligación general de aplicar e interpretar el Derecho de la UE de conformidad con la CDFUE, que se deriva del régimen jurídico post-Tratado de Lisboa³⁹⁴.

De hecho, similares referencias al principio de interés superior del menor como guía y límite del funcionamiento del modelo diseñado en el texto de 2019 se reiteran en los Considerandos 23, 26, 27, 30, 39, 47, 48, 55, 57 y 84 en los que, como hacen diversos preceptos del Reglamento Bruselas II ter -artículos 10, 12, 13, 15, 25, 27, 39, 56, 66 y 68, el interés superior del menor se constituye en la “*consideración primordial*”³⁹⁵ para el funcionamiento del sistema en su conjunto en relación con el menor.

Ahora bien, si nos focalizamos en el modelo de competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental de los Reglamentos Bruselas II bis y ter, observamos

³⁹⁴ Vid. CARPANETO, L.: “Impact of the Best Interests of the Child on the Brussels II ter Regulation”, en BERGAMINI, E. y RAGNI, C. (eds.): *Fundamental Rights...*, cit., p. 275.

³⁹⁵ Considerando 84, Reglamento Bruselas II ter.

como el legislador de la UE toma en consideración el interés superior del menor en un doble sentido³⁹⁶.

1) Por un lado, establece una regla general determinando que, en el conjunto de los casos, el interés superior del menor tiende a identificarse con el criterio de proximidad. Siguiendo esta lógica, y con carácter general, el sistema competencial del Reglamento Bruselas II bis – y ter- atribuye la competencia en materia de responsabilidad parental a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de residencia habitual del menor. Y ello, por entender que estos órganos jurisdiccionales se presentan como los más cercanos a la situación vital del menor, y, por tanto, los mejor situados para poder determinar las cuestiones relativas a su responsabilidad parental. Esta opción competencial en favor de la residencia habitual del menor se corresponde con el principio del interés superior del menor *en abstracto*, es decir, sobre aquello que el legislador – en este caso de la UE – considera que se identifica con el interés superior del menor en el común de los casos. En consecuencia, al emplear el foro de la residencia habitual del menor, implícitamente, ya se habría tomado en cuenta el principio del interés superior del menor, y no será necesario, en principio, justificar los motivos por los que se está empleando el mismo.

2) Por otro lado, el legislador de la UE diseña una serie de matizaciones a esta regla general, buscando lograr el máximo de flexibilidad y adaptabilidad a la compleja realidad práctica, permitiendo que otros órganos jurisdiccionales dentro de la UE, distintos al de la residencia habitual del menor, conozcan de un determinado supuesto cuando se desprenda de las circunstancias que ello redunda, precisamente, en interés del menor. Es decir que, junto con el foro general, el legislador de la UE articula una serie de foros alternativos o complementarios a aquél, para así poder salvaguardar el principio del interés superior *en concreto*; esto es, el interés superior de un menor en un determinado caso, qué no tiene que corresponder, necesariamente, en todos los supuestos y ocasiones, a aquello que se considera mejor para él con carácter general. En estos supuestos, como circunstancias excepcionales que son, sí que será necesario justificar en cada ocasión el que la aplicación de estos foros

³⁹⁶ En este sentido vid. BIAGIONI, G.: “Jurisdiction in matters of parental responsibility between legal certainty and children’s fundamental rights”, *European Papers*, v. 4, n. ° 1, 2019, p. 289.

constituye la opción que mejor garantiza el interés superior del menor en ese particular caso³⁹⁷.

Esta idea explicaría por qué en la mayoría de los foros especiales se añade, de una forma o de otra, una referencia expresa al interés superior del menor. Mención que no aparece de manera explícita ni siquiera en la regla general (aunque es cierto que sí aparece apuntado en los Considerandos, pero no en el precepto relativo a la regla general³⁹⁸). De forma que, al aplicarlos, el Juez deberá realizar un balance de las circunstancias que rodean a la específica situación planteada para asegurarse de que la asunción de competencia constituye la opción más adecuada para garantizar el interés superior del menor³⁹⁹.

En suma, el sistema del Reglamento Bruselas II bis -y ter-, estructurado en torno a la regla general de la residencia habitual del menor y sus excepciones, refleja, con ello, el juego entre la protección del principio del interés superior del menor en abstracto y en el caso concreto. Y esta lógica apoya, en consecuencia, que las normas de competencia en materia de responsabilidad parental deben estar estructuradas en torno a la idea de flexibilidad, tanto en su diseño como en su práctica.

Es, sin duda, este intento de mejora en la consideración del interés superior del menor el que más destaca entre las novedades que introduce el Reglamento Bruselas II ter en el sector de competencia judicial internacional, siguiendo la tendencia general presente en el Reglamento y patentizada igualmente en otras partes del nuevo texto de Bruselas. De hecho, frente al Considerando 12 del Reglamento Bruselas II bis, y el ya citado nuevo Considerando 20 del Reglamento Bruselas II ter refleja este equilibrio en las normas de competencia de forma mucho más precisa, respondiendo, así con ciertas críticas de la doctrina⁴⁰⁰.

³⁹⁷ También incide en esta necesidad de justiciar la concurrencia del interés superior en el caso concreto CARPANETO, L.: “La ricerca di una (nuova) sintesi tra interesse superior del minore «in astratto» e «in concreto» nella riforma del Regolamento bruxelles ii-bis”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n.º 4, 2018, p. 960.

³⁹⁸ Vid. Considerando 12 del Reglamento Bruselas II bis y 20 del Reglamento Bruselas II ter.

³⁹⁹ Vid. FONT i SEGURA, A.: “El progresivo avance...”, *cit.*, p. 287.

⁴⁰⁰ “The term “best interests of the child” is used in different senses, depriving it of sensible meaning. This magical term provides the basis of the jurisdiction rules, but at the same time also the basis for its exceptions. This confusion should be rectified by a rephrasing of the Recitals. It should be clear that the best interests of the child are paramount and that they do not necessarily coincide with the criterion of proximity”, KRUGER, T. y SAMYN, L.: “Brussels II bis: successes and suggested...”, *cit.*, p. 155.

Sin embargo, y sin restarle importancia a este aspecto, lo cierto es que el nuevo Reglamento Bruselas II ter no incorpora una reforma en profundidad de las normas de competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental. De hecho, el sistema competencial del Reglamento se mantiene prácticamente idéntico, siguiendo la regla general y las excepciones del Reglamento Bruselas II bis, conservando, por tanto, la estructura flexible que caracteriza a las normas de competencia en materia de responsabilidad parental en éste⁴⁰¹. Las normas que articulan los foros en materia de responsabilidad no presentan, de esta suerte, modificaciones de gran calado, manteniendo su relevancia dentro de la estructura del Reglamento y limitándose a incorporar ciertas matizaciones y actualizaciones respecto al texto de Bruselas II bis con una presencia, eso sí, de referencias constantes al principio del interés superior del menor y a la necesidad de salvaguarda.

Asumiendo esta premisa, en las próximas páginas procederemos a abordar el sistema de competencia judicial internacional diseñado por el legislador de la UE, incidiendo en algunos de los problemas que ha suscitado su práctica y las respuestas que ha incluido el nuevo Reglamento Bruselas II ter para hacer frente a éstos.

Para ello, seguiremos la estructura, ya apuntada, de las normas de competencia judicial internacional de los Reglamentos Bruselas II bis y ter articuladas en torno al principio de proximidad entre la jurisdicción seleccionada y el objeto de la eventual disputa en materia de responsabilidad parental. A partir de esta premisa, el sistema parte de la regla general de atribución de competencia judicial internacional a los órganos jurisdiccionales de la residencia habitual del menor en materia de responsabilidad parental, para a continuación, flexibilizar tal respuesta con una serie de excepciones a aquella, a través del diseño de una serie de foros especiales que se basan en criterios alternativos, buscando, en última instancia, dar cabida a la consideración del interés superior del menor en el caso concreto.

⁴⁰¹ En este sentido también CARPANETO, L.: “Impact of the Best Interests of the Child on the Brussels II ter...”, *cit.*, p. 275.

3. La triple ecuación interés superior del menor, proximidad y residencia habitual: el foro general en materia de responsabilidad parental

El modelo del Reglamento Bruselas II bis, como también hace ahora el del Bruselas II ter, articula el foro general en materia de responsabilidad parental en torno al criterio de la residencia habitual del menor. Esta opción, recogida en el artículo 8 del Reglamento Bruselas II bis, pasa a estar presente ahora en el Reglamento Bruselas II ter en su artículo 7. Con ello, el legislador de la UE asume la premisa de que los órganos jurisdiccionales del Estado de residencia habitual del menor son los más cercanos a él y a sus circunstancias y, por tanto, los mejor situados para evaluar las cuestiones relativas a la responsabilidad parental.

3.1 La función plural de la residencia habitual del menor en los Reglamentos Bruselas II bis y ter

En efecto, la noción de residencia habitual sería la que mejor permitiría manifestar, a la vez que asegurar, la máxima cercanía entre el eventual órgano jurisdiccional que ha de conocer de la cuestión y el menor y, en cuanto más próximo, el que estaría en mejores condiciones de salvaguardar la protección de sus intereses esenciales.

Es más, esta afirmación cabe realizarla en un doble sentido: la residencia habitual no solo cumple la función de ser el criterio de atribución de la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental, sino que además se ve atribuido un país determinante a la hora de definir qué situaciones constituyen un supuesto de sustracción internacional de menores. Incidiendo, por lo tanto, de forma directa en el ámbito de aplicación de los diversos textos normativos susceptibles de aplicación a la materia y, consecuentemente, en su potencial interacción.

La residencia habitual cumple, así, una doble función legal en los Reglamentos Bruselas II bis⁴⁰² y ter, doble función que será analizada en el presente apartado.

⁴⁰² CHALAS, C.: “Précisions sur la résidence habituelle et la procédure de retour de l'enfant dans le règlement Bruxelles II bis”, *Revue Critique de Droit International privé*, n.º 1, 2018, párr. 7.

3.1.1 *La “idea fuerza” de los Reglamentos Bruselas II bis y ter: la residencia habitual y su vinculación al criterio de proximidad como premisa en relación con la responsabilidad parental*

La competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental en los Reglamentos Bruselas II bis y ter está articulada sobre la premisa de la salvaguarda del principio del interés superior del menor, que en su traslación al ámbito de la competencia judicial internacional se identifica, a su vez, con el axioma de la proximidad. Precisamente, esta ecuación, junto con el objetivo de proporcionar la máxima seguridad jurídica y certeza a las partes involucradas⁴⁰³, son las que justifican directamente la utilización de la residencia habitual del menor como criterio de referencia en los Reglamento Bruselas II bis y ter. Pudiendo afirmarse, de este modo, que todo el sistema de competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental de ambos textos legales se ancla en torno al foro de la residencia habitual del menor.

La elección por el legislador de la UE de la residencia habitual del menor como criterio de referencia se remonta al Reglamento Bruselas II. Sin embargo, este Reglamento tenía la particularidad de restringir su ámbito de aplicación a aquellos conflictos en materia de responsabilidad parental surgidos dentro de un litigio matrimonial. Dentro de esta lógica, el texto reglamentario empleaba el criterio de la residencia habitual del menor para dos situaciones, aportándoles un tratamiento diferenciado: aquellos menores que residían en el mismo Estado en el que se producía el litigio matrimonial (artículo 3.1 del Reglamento Bruselas II), y aquellos otros que residían en un Estado diferente (artículo 3.2 del citado texto)⁴⁰⁴.

Ciertamente, la elección del legislador de la UE del criterio de la residencia habitual del menor no es particular del régimen europeo, ni tampoco singular para la figura del menor, sino que se enmarca en una tendencia generalizada hacia la utilización de este criterio en todas aquellas materias que afectan, en general, a la persona. Tanto en el sector de competencia judicial internacional -como en el sector de ley aplicable-, la residencia habitual se ha instaurado como criterio principal en temas de persona y familia, frente a otros criterios más tradicionales como el domicilio, o especialmente en el ámbito de la ley aplicable, el de

⁴⁰³ BIAGIONI, G.: “Jurisdiction in matters of...”, *cit.*, p. 289.

⁴⁰⁴ ESPINOSA CALABUIG, R.: *Custodia y visita de menores...*, *cit.*, p. 123.

la nacionalidad, en cuanto se considera que fija de una forma más efectiva, realista y, también, fácil de concretar, la vinculación de un sujeto con la colectividad en la que se incardina⁴⁰⁵. En concreto, cuando hablamos de los menores, la residencia habitual del menor se entiende como el criterio que mejor garantiza la protección del menor⁴⁰⁶.

El cambio de tendencia del criterio de la nacionalidad o el domicilio al criterio de la residencia habitual se inicia en el ámbito de la Conferencia de La Haya de DIPr cuando se impulsan los primeros convenios en materia de protección de menores. En este ámbito, la primera referencia a la residencia habitual del menor se remonta al 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 1961⁴⁰⁷ (en adelante Convenio de La Haya de 1961). Años más tarde, el Convenio de La Haya de 1996 en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños consolida esta tendencia, identificando al criterio de la residencia habitual del menor cómo aquel que mejor garantiza la satisfacción del interés superior del menor, en términos generales⁴⁰⁸. La opción realizada por el legislador de la UE en los Reglamentos Bruselas II bis y ter en consecuencia, no es aislada y sintoniza con los textos de La Haya en materia de protección de menores.

La referencia a la residencia habitual del menor, además, conlleva un sutil, pero muy relevante, cambio de enfoque en relación con todos aquellos litigios que afectan a un menor, que proyecta la alteración en la prevalencia de los intereses involucrados a la que hemos asistido en los últimos años. Frente a la idea de “familia” o “progenitores” como entes globales o individuales susceptibles de protección, el menor adquiere individualidad y protagonismo. Se consolida, paulatinamente, la concepción del menor como sujeto de derechos, y, en consecuencia, centro de gravedad en toda norma que le afecte. El recurso al criterio de la residencia habitual en relación con el estatuto personal -tanto en el ámbito de la competencia judicial internacional como de la ley aplicable- refleja la consolidación de una segunda tendencia central en el ámbito de la protección de menores, tanto en el ámbito de la Conferencia de La Haya de DIPr como en los Reglamentos de la UE, los dos que ahora

⁴⁰⁵ Un debate sobre la evolución de los criterios puede verse, entre otros, en BUCHER, A.: *L'enfant en droit international privé*, cit., p.1.

⁴⁰⁶ HERRANZ BALLESTEROS, M.: *El interés del menor en...*, cit., pp. 35 y ss.

⁴⁰⁷ BOE de 20.7.1987.

⁴⁰⁸ Vid. art. 5 del Convenio de La Haya de 1996.

nos interesan. Nos referimos, precisamente, al hecho lógico de que los asuntos que afecten a un menor determinado giren en relación con él y no con sus progenitores y que, por lo tanto, se refieren a su residencia habitual y no a la residencia habitual de los progenitores.

Ahora bien, más allá de esta tendencia generalizada, la residencia habitual del menor en los Reglamentos Bruselas II bis y ter está justificada sobre unos principios muy concretos, y no siempre coincidentes con otros textos internacionales. Tal y como indica el Considerando 12 del Reglamento Bruselas II bis, las normas de competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental están inspiradas no solo en el principio del interés superior del menor sino también, como manifestación de éste, en el criterio de proximidad⁴⁰⁹. Es, precisamente, el criterio de la proximidad el que sitúa a la residencia habitual como el criterio más idóneo para la protección de la persona, y en nuestro objeto de estudio, del interés del menor⁴¹⁰. Se entiende que el órgano jurisdiccional de la residencia habitual del menor es el más próximo al menor, y, en consecuencia, el mejor situado para determinar las cuestiones de la responsabilidad parental que puedan afectar al menor en un determinado caso⁴¹¹. Al igual que se considera, en el ámbito de la ley aplicable, que la ley de la residencia habitual del menor es la más próxima, en el sentido de aparecer más vinculada al menor y a sus circunstancias personales y sociales⁴¹².

⁴⁰⁹ Sobre el criterio de proximidad vid. LAGARDE, P.: “Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain”, *cit.*; MAYA BOUYAHIA, S.: *La proximité en droit international privé de la famille*, *cit.*

⁴¹⁰ Sobre la noción de la residencia habitual en Derecho de familia vid. RICHEZ-PONS, A.: *La résidence en droit international privé (conflits des juridictions et conflits de lois)*, Thèse, Université Jean-Moulin, Lyon III, 2004 ; RICHEZ-PONS, A.: “La notion de résidence”, en FULCHIRON, H. y NOURISSAT, C. (dir.): *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Dalloz, 2005, pp. 149-160; LIMANTE, A.: “Establishing Habitual Residence of Adults under the Brussels IIa Regulation: Best Practices from National Case-Law”, *Journal of Private International Law*, v. 14, n.º 1, 2018, pp. 160-181; HILBIG-LUGANI, K.: “‘Habitual Residence’ in European Family Law: the Diversity, Coherence and Transparency of a Challenging Notion”, en BOELE-WOELKI, K., DETHLOFF, N. y GEPHART, W. (eds.): *Family Law and Culture in Europe*, Intersentia, Cambridge, 2014, pp. 249-262; PÉREZ MARTÍN, L.A.: “Determinación y trascendencia de la residencia habitual en las crisis familiares internacionales”, en GUZMÁN ZAPATER, M. y HERRANZ BALLESTEROS, M. (Dirs.): *Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos: derecho español y de la Unión Europea: estudio normativo y jurisprudencial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 927-964; CARO GÁNDARA, R.: “La determinación de la residencia habitual del demandante y de los menores en litigios sobre crisis matrimoniales y responsabilidad parental accesoria”, en ROBLES GARZÓN, J.A. (Dir.): *Reflexiones jurídicas sobre cuestiones actuales*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 161-174.

⁴¹¹ En este sentido BORRÁS RODRÍGUEZ, A.: “Article 8. General Jurisdiction”, en MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P. (eds.): *cit.* p. 114.

⁴¹² RODRÍGUEZ BENOT, A.: “El criterio de conexión para determinar la ley personal: un renovado debate en Derecho Internacional Privado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 2, n.º 1, 2010, pp. 186-202;

El TJUE ha reflejado esta idea en múltiples ocasiones. Así lo hace, por ejemplo, la STJUE de 15 de febrero de 2017 en el asunto C-499/15, *W. y V.*⁴¹³ (en adelante asunto *W. y V.*), en la que señala que el objetivo del Reglamento es proteger el interés superior del menor: “*Como indica el considerando 12 del Reglamento no. 2201/2003, este Reglamento se ha adoptado con el objetivo de responder al interés superior del menor y, para ello, privilegia el criterio de proximidad. En efecto, el legislador ha estimado que el órgano jurisdiccional geográficamente próximo a la residencia habitual del menor es el mejor situado para apreciar las medidas que han de adoptarse en interés de éste (sentencia de 15 de julio de 2010, Purrucker, C-256/09, EU:C:2010:437, apartado 91). Según los términos de este considerando, son por lo tanto los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que 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*”⁴¹⁴.

En la misma línea, los Tribunales españoles acogen la consideración del criterio de proximidad y de la residencia habitual del menor establecidos en el Reglamento Bruselas II bis. En este sentido, particularmente interesante es la justificación del criterio de proximidad recogida en la SAP de Les Illes Balears 266/2017, de 17 de julio de 2017⁴¹⁵: “*recapitulando en lo anterior, cabe afirmar que el Reglamento establece, por evidentes razones de eficacia en orden a garantizar el adecuado desenvolvimiento del principio "favor filii", el criterio de la proximidad para resolver la cuestiones de responsabilidad parental, sabedor de que el Tribunal natural para la resolución de los conflictos relacionados con menores es el del lugar de su residencia habitual, por varias razones de las que cabe destacar las siguientes: por ser el que mejor puede conocer el contexto personal en que se desarrolla la vida del menor; por ser el que con mayor eficacia y agilidad podrá desarrollar el procedimiento y practicar las pruebas; por ir anudado a dicho principio el efecto disuasorio del traslado ilícito o secuestro internacional del menor al ser, en cualquier caso, el Juez del lugar de su residencia habitual el que habrá de mantener la competencia pese a dicho traslado ilícito; y, finalmente, por ser el que antes podrá ejecutar las resoluciones judiciales, al ser el que*

⁴¹³ ECLI:EU:C:2017:118.

⁴¹⁴ Asunto *W. y V.*, párr. 51.

⁴¹⁵ ECLI:ES:APIB:2017:1344.

*presenta potestad jurisdiccional ejecutoria en el lugar de residencia habitual del menor, sin necesidad de un proceso de control de legalidad o exequatur*⁴¹⁶.

Igualmente interesante resulta la SAP de Barcelona 425/2011, de 21 de julio de 2011, la cual deniega la competencia de los Tribunales españoles por entender que la residencia habitual del menor se encuentra en Alemania, y todo ello, justificado en la mayor proximidad de los Tribunales alemanes, y por tanto, a la mejor protección del interés superior del menor: *“como última consideración, debe constatarse que el **interés superior de las menores** resulta mejor protegido con la competencia de los Tribunales alemanes, pues ese interés inspira, de forma implícita o expresa, toda la legislación internacional, europea, estatal y autonómica. La proximidad de los Tribunales alemanes a su residencia satisface el interés de las menores, al permitir la obtención de los datos relevantes para la resolución de las reclamaciones con mejor conocimiento y menor carga procesal que para los Tribunales españoles, como demuestra, por ejemplo, que el dictamen pericial obrante en autos haya tenido que hacerse solo con la correspondencia de las hijas con su padre y no por exploración personal de las menores. El considerando 12 de Bruselas II bis expresa claramente que la competencia de los Tribunales de la residencia habitual del menor responde al interés de éste e, incluso cuando un Tribunal distinto al de la residencia es competente -sin ser éste el presente caso-, puede declinar su competencia a favor del órgano jurisdiccional mejor situado, según el artículo 15*⁴¹⁷.

La ecuación residencia habitual, mayor proximidad, mejor salvaguarda de los intereses superiores del menor resulta atractiva y aceptada de forma general. Sin embargo, no deja de presentar ciertas debilidades. Una de ellas estriba en que la idea misma de proximidad -una noción geográfica, recordemos- es abstracta y debe ser objeto de un proceso de depuración. Proximidad de quién, proximidad respecto de qué, proximidad cuándo... Por ello, se dice que el criterio de proximidad en materia de competencia judicial internacional supone *“le rattachement d’un litige aux tribunaux d’un État avec lequel il présente, sinon le lien le plus étroit, du moins un lien étroit*⁴¹⁸. El criterio y su uso, por lo tanto, se basa en la idea de que se debe realizar una localización concreta y no abstracta de la relación jurídica⁴¹⁹.

⁴¹⁶ F. J. 2º.

⁴¹⁷ F. J. 5º.

⁴¹⁸ LAGARDE, P.: “Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain”, *cit.*, pp. 25 y ss.

⁴¹⁹ MAYA BOUYAHIA, S.: *La proximité en droit international privé de la famille*, *cit.*, pp. 19 y ss.

En esta línea, la vinculación de las cuestiones de familia a la residencia habitual, tanto en el ámbito de la competencia judicial internacional, como -recordemos- de la ley aplicable, sería, en sí misma y con independencia de los problemas que su concreción en el caso concreto pueda plantear, la expresión misma del criterio de proximidad.

En el ámbito de la competencia judicial internacional, y siguiendo el criterio de proximidad, se entiende que los órganos jurisdiccionales más cercanos al menor son los mejor situados para determinar el interés superior de éste, y que esta cercanía se fija a través del lugar en que se encuentra su residencia habitual. Ello implica partir de una determinada concepción del interés superior del menor, lo que en sí mismo constituye una decisión de política legislativa que debe ser subrayada. En este caso, el principio del interés superior del menor se está interpretando como una necesidad de proximidad geográfica que es, en última instancia, la que nos indica cuál es el órgano jurisdiccional competente en materia de responsabilidad parental. Esencialmente, por “entender que las decisiones sobre su cuidado y bienestar se ven facilitadas en el país donde éste reside, por un simple hecho de cercanía y de inmediación con su entorno”⁴²⁰.

No es éste, sin embargo, el único dato en favor de la residencia habitual. Además de esta interpretación, otros argumentos a favor del foro de la residencia habitual se plantean en términos de economía procesal y de la “buena administración de la justicia”⁴²¹. Este foro ofrece “respuestas jurídicas de calidad”, puesto que son, precisamente, los órganos jurisdiccionales del Estado de residencia habitual del menor quienes tienen más fácil y rápido acceso a los datos y circunstancias del menor, amén de al propio menor. Los Tribunales, pueden, por tanto, realizar pruebas con mayor celeridad y precisión, lo que, en definitiva, supone una “menor carga procesal” respecto a cualquier otro Tribunal más alejado del menor.

⁴²⁰ ESPINOSA CALABUIG, R.: *Custodia y visita de menores...*, cit., pp. 124 y 125.

⁴²¹ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Litigación internacional, responsabilidad parental y foro de la residencia habitual del menor en un Estado miembro. Un estudio jurisprudencial”, en CEBRIÁN SALVAT, A. y LORENTE MARTÍNEZ, I.: *Protección de menores y Derecho Internacional Privado*, Comares, Granada, 2019, pp. 311-312.

3.1.2 *El principio en funcionamiento: la relevancia de la residencia habitual del menor en la sustracción internacional de menores*

La residencia habitual del menor, además de cumplir el objetivo -muy relevante- de ser el criterio de atribución de la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental, desempeña otra función esencial en el terreno específico de la sustracción internacional de menores. Esto es, en la identificación de un traslado o retención ilícita en los términos del Reglamento Bruselas II bis -y ter- y del Convenio de La Haya de 1980.

Dentro de este concreto sector temático, la noción de la residencia habitual del menor sirve, por un lado, para corroborar el desplazamiento geográfico del menor, y por otro, para establece el carácter ilícito de dicho desplazamiento, puesto que se toman como referencia a estos efectos los derechos de custodia del Estado de residencia habitual del menor⁴²². En línea con ello, en los preceptos del Reglamento Bruselas II bis, y también del Bruselas II ter referidos a los supuestos de sustracción internacional de menores, la noción de la residencia habitual del menor juega una función determinante. Su importancia llega hasta el punto de que, en caso de que el Tribunal no aprecie que el menor no tiene la residencia habitual en el Estado al que se solicita la restitución, las normas relativas a la sustracción internacional de menores no van a resultar aplicables⁴²³.

El artículo 2.11 del Reglamento Bruselas II bis y ter, referente a la definición de “*traslado o retención ilícito*” en el texto reglamentario, en primer lugar, articula el entendimiento de la sustracción internacional de menores en torno a la circunstancia geográfica del traslado – o retención - del menor a un lugar distinto al de su residencia habitual.

Junto a ello, además, debe concurrir el segundo requisito de que dicho traslado o retención sea ilícito. En relación con este segundo punto, la noción de la residencia habitual resulta también esencial, ya que el carácter ilícito del traslado o retención se define,

⁴²² CHALAS, C.: “Précisions sur la résidence habituelle...”, *cit.*, párr. 7.

⁴²³ CHÉLIZ INGLÉS, M.C.: *La sustracción internacional de menores y la mediación. Retos y vías prácticas de solución*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, p. 45. Igualmente, sobre la importancia de la determinación de la residencia habitual en casos de sustracción de menores vid. CARRIZO AGUADO, D.: “Particularidades acerca de la autoridad judicial competente en supuestos de sustracción ilícita de menores en aras del Reglamento (CE) 2201/ 2003”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 12, n.º 2, 2020, pp. 2673 y ss.

precisamente, en base a la infracción de los derechos de custodia establecidos de conformidad con la legislación del Estado miembro de residencia habitual del menor – inmediatamente anterior al traslado o retención ilícito -.

A su vez, y en relación con la definición establecida en el artículo 2.11 de ambos Reglamentos, el artículo 11 del Reglamento Bruselas II bis, y el Capítulo III del Reglamento Bruselas II ter delimitan el mecanismo de restitución del menor a los supuestos en los que un menor haya sido trasladado o retenido de forma ilícita del lugar en un Estado miembro distinto al Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual – con anterioridad a dicho traslado o retención ilícita -. Otorgándole, de esta forma, un papel privilegiado a los órganos jurisdiccionales de la residencia habitual del menor, y reforzando, por tanto, el criterio de proximidad.

La relevancia de la noción de la residencia habitual en supuestos de sustracción internacional de menores ha sido destacada por el TJUE en la STJUE de 8 de junio de 2017, en el asunto C- 111/17 PPU, *OL*⁴²⁴ (en adelante asunto *OL*). El Tribunal de Luxemburgo no ha dudado en confirmar que *“La razón es que, con arreglo a la definición de «traslado o retención ilícitos» que figura en el artículo 2, punto 11, de dicho Reglamento y en el artículo 3 del Convenio de La Haya de 1980, mencionada en el apartado 36 de la presente sentencia, la licitud o ilicitud de un traslado o una retención se aprecia en función del derecho de custodia atribuido con arreglo al Derecho del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención. Por lo tanto, en el marco de la apreciación de una demanda de restitución, la determinación del lugar de la residencia habitual del menor precede a la identificación del derecho de custodia eventualmente vulnerado”*⁴²⁵.

Igualmente, la necesidad de fijar la residencia habitual del menor como cuestión previa en todo asunto de sustracción internacional de menores está ampliamente asentada en nuestra jurisprudencia. Como apunta, por ejemplo, la SAP de Barcelona 785/2017, de 3 de octubre de 2017⁴²⁶: *“debe determinarse por tanto el lugar de residencia habitual del menor*

⁴²⁴ ECLI:EU:C:2017:436.

⁴²⁵ Asunto *OL*, párr. 38, 52 y 53.

⁴²⁶ ECLI: ES:APB:2017:10784.

*para determinar si se ha producido sustracción o traslado antes de calificar la sustracción o traslado como lícito o ilícito*⁴²⁷.

De todo lo dicho hasta el momento, es evidente que en la práctica la noción de la residencia habitual jugará un papel clave para asegurar que una solicitud de retorno prospere. Tal y como bien indica Reig Fabado, la residencia habitual “se erige como un criterio clave para apreciar si una demanda de restitución es fundada, ya que esta únicamente podrá prosperar si, inmediatamente antes del traslado o de la retención, el menor tenía su residencia habitual en el Estado miembro al que se solicita su restitución”⁴²⁸. De ahí la importancia de una correcta y clara interpretación de la residencia habitual del menor para asegurar la máxima seguridad jurídica en los ya de por sí complejos supuestos de sustracción internacional de menores.

Podemos anticipar ya, sin embargo, que, como veremos en las próximas páginas, en la práctica, la determinación de la residencia habitual del menor ha resultado particularmente problemática en supuestos de sustracción internacional de menores. Lo que añade, un elemento adicional de dificultad a este tipo de supuestos. A las complejidades de la determinación de la residencia habitual del menor, deben añadirse, en supuestos de sustracción internacional de menores, las propias complicaciones de este tipo de procesos. Nos estamos refiriendo, en particular, al carácter expeditivo de este tipo de procedimientos, el cual supone un incremento de dificultad para el Juez, quién deberá determinar la residencia habitual en un plazo muy limitado de tiempo⁴²⁹.

3.2 El debate sobre la introducción de una definición de residencia habitual en el Reglamento Bruselas II ter: el mantenimiento de la residencia habitual como noción fáctica

La doble función de la residencia habitual del menor en el sistema de normas en materia de responsabilidad parental diseñado en el Reglamento Bruselas II bis y ter sitúa

⁴²⁷ F. J. 3º.

⁴²⁸ REIG FABADO, I.: “La construcción del concepto autónomo de residencia habitual del menor en los supuestos de sustracción internacional de menores”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 11, n.º 1, 2019, p. 886.

⁴²⁹ Por ello, tal y como apunta Reig Fabado: “especialmente, en una demanda de restitución, dado su carácter expeditivo, la concreción de esta debe basarse en elementos que puedan comprobarse de manera rápida y fácilmente y, en la medida de lo posible, que sean unívocos”. *Ibíd.*, p. 887.

esta noción como eje del sistema de competencia judicial internacional y de sustracción internacional de menores. No obstante, y a pesar de la evidente relevancia de esta noción, el Reglamento Bruselas II bis no contiene ningún tipo de definición, descripción o aclaración sobre la misma. Con esta decisión el legislador de la UE sigue la misma tendencia mantenida en los Convenios de La Haya en materia de protección de menores, particularmente del Convenio de La Haya de 1980 y del Convenio de La Haya de 1996. Cuando se redactaron estos Convenios, se consideró que la residencia habitual era un criterio de hecho, por lo que una definición legal carecía de virtualidad práctica⁴³⁰.

Aunque de entrada pueda sorprender esta opción, tal ausencia de definición respondería a la naturaleza misma del criterio de la residencia habitual. Dado que, como punto de partida, la residencia habitual se caracteriza por presentarse como una noción fáctica, cuya determinación se realiza en función de las circunstancias del caso, y que, en consecuencia, huye de una definición apriorística, general y abstracta. Y ello, precisamente, porque se busca la proximidad a través de este carácter fáctico. Frente a los conceptos jurídicos del domicilio o de la nacionalidad, la residencia habitual como noción de hecho consigue acercarse en mucha mayor medida a la situación real de la persona⁴³¹.

La reforma del Reglamento Bruselas II bis ha permitido reflexionar sobre el funcionamiento de este instrumento y su adecuada respuesta a la realidad de las familias internacionales. Dentro de este gran debate, también algunos autores han meditado sobre la noción de la residencia habitual y su formulación en el Reglamento.

Y es que respecto al actual Reglamento Bruselas II bis, y como veremos seguidamente al analizar la amplia jurisprudencia del TJUE en relación con este término, aún cabía aceptar la existencia de un cierto margen de duda en relación con los motivos que habían llevado al legislador de la UE a no introducir una definición de la residencia habitual en el texto reglamentario. Se podría hablar, tal y como especula algún autor, de la presencia de una laguna legal necesitada de ser colmada, de una opción consciente por parte del

⁴³⁰ LIMANTE, A. y KUNDA, I.: “Jurisdiction in Parental Responsibility Matters (Articles 8, 9 and 13, 14)”, en HONORATI, C. (ed.): *Jurisdiction in...*, p. 64.

⁴³¹ En este sentido, Espinosa Calabuig y Moya Escudero alertan sobre la necesidad de no confundir residencia habitual y domicilio. Vid. ESPINOSA CALABUIG, R.: *Custodia y visita de menores...*, cit., pp. 129 y 130; MOYA ESCUDERO, M.: “Sustracción internacional de menores y derecho de relación transfronterizo”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n.º 1, 1998, p. 1781.

legislador o, sin más, de un error de éste⁴³². Todo apunta a que la opción del legislador de la UE fue consciente, es decir, que el Reglamento Bruselas II bis no contiene una definición de la residencia habitual del menor porque, como ha interpretado el TJUE, es una noción fáctica que debe determinarse caso por caso. Si aún quedaba alguna duda al respecto, el proceso de reforma del Reglamento Bruselas II bis la ha terminado de disipar por completo: el texto final del Reglamento Bruselas II ter mantiene la no definición de la residencia habitual del menor, sin ni siquiera contener alguna clarificación o descripción del concepto en algún Considerando.

Durante el proceso de reforma, la Propuesta de la Comisión de 2016 sostuvo la postura de la ausencia de definición de la residencia habitual del menor. Por su parte, el Parlamento Europeo propuso un nuevo Considerando en el que se introdujera la aclaración de que “*el significado del término «residencia habitual» debe ser interpretado caso por caso sobre la base de las definiciones de las autoridades, en función de las circunstancias específicas de cada caso*”⁴³³. Finalmente, como decimos, el texto final del Reglamento Bruselas II ter no ha incluido este texto y se ha optado por reproducir la posición mantenida desde el Reglamento Bruselas II bis.

El carácter fáctico de la residencia habitual del menor ha sido respaldado por la jurisprudencia del TJUE y de los Estados Miembros⁴³⁴; e igualmente, esta interpretación está mayoritariamente asentada en la doctrina⁴³⁵. No obstante, no se trata de una posición que cuenta con un apoyo unánime. Existen autores que no están de acuerdo con la total ausencia de una referencia o aclaración sobre su significado o, de forma más alambicada, respecto al procedimiento a seguir para su concreción en la práctica.

En este sentido, existen autores que echan en falta una clarificación de este concepto en línea, al menos, a como se ha llevado a cabo en el Reglamento (UE) n.º 650/2012 del

⁴³² CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Litigación internacional, ...”, *cit.*, p. 315.

⁴³³ Vid. PARLAMENTO EUROPEO: “Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta...”, *cit.*, enmienda 9.

⁴³⁴ Sobre la interpretación de la noción de residencia habitual en las jurisdicciones de los Estados miembros vid. KRUGER, T.: “Finding a Habitual Residence”, en VIARENGO, I. y VILLATA, F. (eds.): *Planning the Future...*, *cit.*, pp. 117-132.

⁴³⁵ Entre otros, vid. KRUGER, T.: “Finding a Habitual Residence”, *cit.*, pp. 117-132; GUZMÁN PECES, M.: “Problemática en la coordinación de los instrumentos normativos aplicable a la sustracción de menores y en particular a la interpretación de la residencia habitual”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XIV-XV, 2014-2015, pp. 489-522.

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 a la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo⁴³⁶. Así, se acepta que si bien no sería necesario introducir una definición en el texto del Reglamento sí que, al menos, sería interesante describir el concepto a través de una enumeración de las circunstancias y criterios a tener en cuenta para determinar la residencia habitual del menor en el caso concreto, siguiendo la interpretación dada por el TJUE, para así evitar interpretaciones divergentes de los Estados miembros⁴³⁷.

Existen a su vez otros autores que, directamente, abogan por la introducción de un concepto autónomo de la residencia habitual del menor en una dimensión sustantiva y funcional⁴³⁸. Apostándose, incluso, por la creación de un concepto europeo de residencia habitual, en general para el Derecho de familia internacional⁴³⁹. Pérez Martínez apunta, así, que el TJUE debería ir más allá en su posicionamiento y facilitar un concepto autónomo en una doble vertiente sustantiva y funcional. Por un lado, un concepto sustantivo inicial y abierto, para ser completado por un concepto funcional compuesto por diferentes criterios o indicios⁴⁴⁰. Se entiende que la creación de un concepto autónomo de residencia habitual para

⁴³⁶ DO L 201, de 27 de julio de 2012.

⁴³⁷ En este sentido vid. GANDÍA SELLENS, M. A.: “La responsabilidad parental y la sustracción de menores en la propuesta de la Comisión para modificar el RB II bis: algunos avances, retrocesos y ausencias”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVII, 2017, p. 814.

⁴³⁸ Pérez Martínez apuesta por la siguiente definición sustantiva de la residencia habitual de la persona: “La residencia habitual será el lugar en el que, atendiendo al criterio de proximidad, y permaneciendo en un Estado con alguna estabilidad, una persona está integrada en él, ya que mantiene objetivos lazos personales o profesionales con dicho Estado, familiares, vivienda habitual o patrimonio”. En segundo lugar, propone un concepto funcional de la residencia habitual de la persona a partir de criterios, que en el caso de menores podrían ser: “teniendo muy en cuenta las condiciones generales del desarrollo personal y formativo de los menores según su edad en los distintos estados sobre los que se analice su residencia y una escolarización adecuada, se deben valorar el tiempo y el lugar de residencia del menor durante su vida anterior, y muy especialmente, justo antes de la situación que provocó la crisis o el desacuerdo de los padres. Deben analizarse los motivos y tiempos de sus traslados, su edad, madurez, y vinculada a ella su mayor o menor relación con ambos padres o solo con uno de ellos. También se deben analizar sus lazos familiares con otras personas que no sean sus padres y su entorno social y los amigos con los que comparte su vida. Otros factores a valorar, pero con menor importancia, son su nacionalidad y el idioma en el que se expresa. También se debe tener en cuenta la opinión del menor si tiene suficiente madurez, así como los acuerdos anteriores que hayan existido entre los progenitores”. PÉREZ MARTÍN, L.A.: “Propuesta de un concepto de residencia habitual de ámbito europeo en situaciones conflictivas de derecho de familia y sucesiones”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, n.º 18, 2018, pp. 490 y 491.

⁴³⁹ *Ibid.*, pp. 469-494.

⁴⁴⁰ *Ibid.*, pp. 486 y ss.

una mejor protección del principio del interés superior del menor, ya que facilitaría el acceso a la tutela judicial efectiva sin retrasos indebidos⁴⁴¹.

En claro contraste con estas posturas, cierta doctrina manifiesta expresamente su rechazo a la introducción de una definición de la residencia habitual en el proceso de reforma del Reglamento Bruselas II bis. Sosteniendo esta posición en el argumento sólido de que la fortaleza de la residencia habitual es, precisamente, la flexibilidad que otorga a los jueces nacionales de tomar en consideración la concreta situación de cada menor⁴⁴².

Frente a estas posiciones, no parece razonable cuestionar el carácter fáctico de la noción de la residencia habitual, puesto que está sólidamente incardinado en la propia esencia e interpretación de este concepto. Ahora bien, cuestión diferente es la propuesta relativa a la introducción, al menos en un Considerando del nuevo texto reglamentario, de la referencia de que la residencia habitual del menor es una noción de hecho que debe determinarse valorando las circunstancias del caso concreto. Igualmente razonable hubiera sido, dando un paso más, la incorporación en un Considerando de los criterios jurisprudenciales establecidos por el TJUE, en aras a facilitar la concreción de este concepto por parte de los operadores jurídicos. Aunque, lo cierto es que, como es sabido, la jurisprudencia del TJUE que no haya sido recogida en el nuevo texto, continuará siendo de aplicación. Quizá estas consideraciones puedan ser introducidas en una guía de aplicación del nuevo instrumento para orientar a los operadores jurídicos en la determinación de la residencia habitual del menor en el caso concreto.

Con independencia de este debate, y a pesar de que la residencia habitual huye de una definición general y abstracta, la doctrina sí hace referencia a ciertos elementos que ayudan a especificar esta noción en el caso concreto.

1) En primer lugar, como ya se ha apuntado, el punto de partida es que se trata de una noción fáctica, que debe determinarse en función de las circunstancias de cada caso en particular.

⁴⁴¹ PÉREZ MARTÍN, L.A.: “El interés superior de los niños y las niñas, de nuevo sobre la necesidad de la creación del concepto autónomo de su residencia habitual. auto de 24 de octubre de 2019 Sección decimosegunda de la Audiencia provincial de Barcelona”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 12, n.º 2, 2020, pp. 1126 y ss.

⁴⁴² KRUGER, T. y SAMYN, L.: “Brussels II bis: successes and suggested...”, *cit.*, p. 147.

2) Junto a ello, la noción de la residencia habitual del menor gira, como es lógico, en torno a la figura misma del menor. Por lo tanto, como punto de partida se debe tomar en consideración el centro de la vida del menor⁴⁴³. La residencia habitual ha sido definida de forma indistinta como “centre de vie”⁴⁴⁴ o “centre de gravité”⁴⁴⁵ de la persona, haciendo referencia a la presencia real de una persona -en nuestro caso, el menor- en un determinado lugar. En otras palabras, la residencia habitual localiza espacialmente a la persona, en este caso el menor involucrado, en el lugar en el que éste se presenta como más vinculado. La noción, compuesta fundamentalmente de elementos fácticos, excluye toda ficción o suposición en cuanto a la existencia de vínculos entre la relación jurídica y el ordenamiento jurídico designado⁴⁴⁶ que, sin embargo, eso sí, habrá que cotejar en el caso concreto.

3) Sumado a lo anterior, y en la medida en que hablamos de un menor que, en condiciones normales, va a aparecer vinculado a sus progenitores -o las personas o instituciones de las que eventualmente dependa-, resulta imprescindible a la hora de determinar su residencia habitual tomar en consideración su integración social y familiar en un determinado lugar como elemento de referencia del proceso de fijación del contenido de la noción.

4) Adicionalmente, la residencia habitual del menor presupone cierta estabilidad y permanencia en un determinado lugar. Por tanto, el factor del tiempo también será un elemento más a tener en cuenta a la hora de su concreción. Sin embargo, aun siendo relevante, no deviene un criterio determinante. Este factor, en su caso, deberá ir acompañado de otros criterios con vistas a determinar la residencia habitual del menor en un específico Estado. Además, a pesar de que la jurisprudencia en ocasiones habla de lapsos temporales mínimos para fijar la residencia habitual, ello no se ha traducido en la exigencia taxativa del transcurso de un periodo de tiempo mínimo para determinar la misma⁴⁴⁷.

⁴⁴³ En palabras de Espinosa Calabuig: “La noción de la residencia habitual del menor se ve sujeta a una serie de circunstancias fácticas que, a su vez, comportan una apreciación de intereses materiales y morales del menor que pueden determinar el lugar donde éste tiene su centro de vida”. ESPINOSA CALABUIG, R.: *Custodia y visita de menores...*, cit., p. 126.

⁴⁴⁴ FARGE, M.: *Le statut familial des étrangers en France: de la loi nationale à la loi de la résidence habituelle*, l'Harmattan, París, 2003, p. 719.

⁴⁴⁵ GALLANT, E.: *Responsabilité parentale et protection des enfants en droit international privé*, Defrénois, 2004, p. 236.

⁴⁴⁶ MAYA BOUYAHIA, S.: *La proximité en droit international privé de la famille*, cit., p. 72.

⁴⁴⁷ Según Espinosa Calabuig (ESPINOSA CALABUIG, R.: *Custodia y visita de menores...*, cit., p. 128) la jurisprudencia ha venido estableciendo el requisito de seis meses para determinar la residencia habitual.

5) Los criterios expuestos sirven para describir el concepto. Pero, en todo caso, ya lo hemos dicho, la residencia habitual, en concreto la residencia habitual del menor, es un concepto que huye de una definición general y abstracta, y que, en consecuencia, debe determinarse caso por caso. Será el órgano jurisdiccional el que, libremente, deba valorar, caso a caso, cuál es la residencia habitual de un menor en el caso concreto, a partir de elementos objetivos y subjetivos, así como de consideraciones individuales, sociales y familiares. Sin olvidar que, como en cualquier cuestión que afecta a un menor, siempre deberá buscar su bienestar e interés superior⁴⁴⁸.

En este sentido, como hemos ya apuntado, es precisamente este carácter fáctico el que mejor permite asegurar que el foro articulado sea el más próximo a la persona en el caso concreto. Sin embargo, la ausencia de definición y la necesidad de verificarla respecto de cada situación en concreto, puede plantear importantes problemas en su aplicación práctica: algo que, de hecho, ocurre.

Aunque en la mayoría de los supuestos resultará sencillo determinar cuál es la residencia habitual de una determinada persona; de un concreto menor. Siempre encontraremos ciertos casos complejos o límite en los que será sumamente complicado determinar la residencia habitual, máxime si tenemos en cuenta que, en el caso del menor, y aunque se trata de un ser dotado de derechos, su realidad vital, y por tanto, su localización, se encuentra vinculada a su realidad familiar y a la persona de sus progenitores. Esta problemática, común a la noción de la residencia habitual, se ve incrementada por el hecho de estar hablando de menores de edad, quienes objetivamente presentan unas circunstancias y dificultades específicas que influyen en la determinación de esta noción. A esta complejidad, como vamos a ver seguidamente, no ha sido ajena la jurisprudencia del TJUE en la materia.

3.3 El concepto de la residencia habitual del menor en la jurisprudencia del TJUE

En la aplicación práctica del Reglamento Bruselas II bis por parte de los órganos jurisdiccionales de los distintos Estados miembros, la determinación de la residencia habitual se ha presentado como una de las cuestiones que más litigiosidad ha generado y,

⁴⁴⁸ *Ibid.*, p. 126.

previsiblemente, seguirá generando⁴⁴⁹. A título de ejemplo, algunos autores sitúan la ausencia de una definición de la residencia habitual como causa de *forum shopping* y de complejos problemas de litispendencia en el ámbito de la responsabilidad parental y de la sustracción de menores⁴⁵⁰. En concreto, y respecto de la práctica del Reglamento, esta imagen de complejidad se ve claramente respaldada por el número de cuestiones prejudiciales que han sido planteadas ante el TJUE en relación con la determinación de la residencia habitual del menor en el Reglamento Bruselas II bis.

La práctica es amplia, variada y relevante. El Tribunal de Luxemburgo, a partir de un número relevante de pronunciamientos ha ayudado a aclarar el concepto de residencia habitual del menor, proporcionando, además, ciertos criterios generales para su determinación en el caso concreto.

3.3.1 La residencia habitual del menor como concepto autónomo del Derecho de la Unión

Ya hemos avanzado la paradoja que supone que la residencia habitual del menor constituya el eje del sistema competencial en materia de responsabilidad parental y de las disposiciones relativas a la sustracción internacional de menores de los Reglamentos Bruselas II bis y ter, y que, sin embargo, el texto reglamentario no introduzca ningún tipo de definición de tal noción, por las razones ya expuestas.

A pesar de esta ausencia de definición, el TJUE ha afirmado, desde sus primeros pronunciamientos, que la residencia habitual del menor es un concepto autónomo del Derecho de la Unión. Y, ello lo justifica con los siguientes motivos. Por un lado, ningún precepto del Reglamento remite expresamente a la legislación de los Estados miembros para determinar el concepto. Por otro, el Alto Tribunal considera necesaria la interpretación autónoma del concepto de residencia habitual del menor para una adecuada interpretación

⁴⁴⁹ Vid. LIMANTE, A. y KUNDA, I.: “Jurisdiction in Parental Responsibility ...”, *cit.*, p. 64.

⁴⁵⁰ Vid. GUZMÁN PECES, M.: “Cuestiones problemáticas en torno a la litispendencia en el Reglamento (UE) 2201/2003 en el ámbito de las crisis familiares”, *LA LEY Derecho de familia*, n.º 67, 2019, p. 15. En concreto señala que “Son numerosos los casos en los que uno de los progenitores intenta artificiosamente fijar una nueva residencia en otro Estado Miembro, en muchas ocasiones, para dificultar el ejercicio de los derechos de visita por parte del progenitor no custodio. En este sentido, resulta bastante habitual que exista una duplicidad de demandas con el mismo objeto y causa y, ante la dificultad de determinar el lugar donde tiene la residencia habitual el menor, acaba conociendo el órgano jurisdiccional mejor situado (donde se encuentra el menor)”.

uniforme del Derecho de la UE, ya que, como concepto autónomo de Derecho de la UE, corresponde al TJUE su interpretación. Como señala el Alto Tribunal en su Sentencia de 22 de noviembre de 2010, en el asunto C-497/10 PPU, *Mercredi*⁴⁵¹ (en adelante asunto *Mercredi*): “según jurisprudencia reiterada, se desprende de las exigencias tanto de la aplicación uniforme del Derecho de la Unión como del principio de igualdad que el tenor de una disposición de Derecho de la Unión que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance debe ser objeto normalmente en toda la Unión Europea de una interpretación autónoma y uniforme que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de dicha disposición y el objetivo que la normativa de que se trate pretende alcanzar”⁴⁵².

Añadiendo que, “dado que los artículos del Reglamento que mencionan el concepto de «residencia habitual» no contienen ninguna remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar el sentido y el alcance de ese concepto, su determinación debe realizarse atendiendo al contexto en el que se insertan las disposiciones del Reglamento y al objetivo pretendido por éste, en especial el que resulta de su duodécimo Considerando, según el cual las normas de competencia que establece están concebidas en función del interés superior del menor, y en particular en función del criterio de proximidad”⁴⁵³.

La concreción del significado del criterio de residencia habitual como concepto autónomo debe conformarse siguiendo los objetivos y el contexto del texto reglamentario en cuestión, que en los Reglamentos Bruselas II bis y ter se concreta en la búsqueda del interés superior del menor a partir del criterio de proximidad. En línea con lo que hemos apuntados en los apartados anteriores, el TJUE argumenta que, atendiendo a los objetivos del texto reglamentario, son los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la residencia habitual del menor los que se encuentran en una posición más privilegiada para velar por los intereses de éste precisamente por su proximidad geográfica. La ya mencionada Sentencia en el asunto *Mercredi*, en línea con la amplia jurisprudencia del TJUE en la materia⁴⁵⁴, incide en este

⁴⁵¹ ECLI:EU:C:2009:225. Sobre esta Sentencia vid, por todos, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “STJ de 22 de diciembre de 2010, asunto C-497/10 PPU. *Mercredi*”, *Revista Española de Derecho Internacional*, v. LXII, n.º 2, 2010, pp. 251-254.

⁴⁵² Asunto *Mercredi*, párr. 45.

⁴⁵³ *Ibid.*, párr. 46. Nótese, igualmente, la STJUE de 17.10.2018, en el asunto C-393/18 PPU, *UD*, ECLI:EU:C:2018:835 (en adelante asunto *UD*), párrs. 46 y 47.

⁴⁵⁴ Nótese, en este sentido, asunto *A.*, párr. 34 y 35; asunto *W. y V.*, párr. 60; asunto *OL*, párr. 40; STJUE de 28.6.2018, en el asunto C-512/17, *HR*, ECLI:EU:C:2018:513, párr. 40; asunto *UD*, párr. 47.

argumento: “su determinación debe realizarse atendiendo al contexto en el que se insertan las disposiciones del Reglamento y al objetivo pretendido por éste, en especial el que resulta de su duodécimo considerando, según el cual las normas de competencia que establece están concebidas en función del interés superior del menor, y en particular en función del criterio de proximidad”⁴⁵⁵.

1) Como concepto autónomo del Derecho de la UE, requerido de una interpretación propia, el TJUE recuerda, en primer lugar, que la residencia habitual del menor no tiene por qué ser coincidente con los conceptos establecidos en las legislaciones de los diferentes Estados miembros. En consecuencia, a pesar de que en las distintas legislaciones nacionales puedan aparecer nociones próximas al de la residencia habitual, que pueden llegar incluso a superponerse, como pueden ser los de residencia permanente, residencia temporal o, incluso, en lo que pueda tener de similitud, el domicilio, etc., no podrán ser utilizados como tal para definir la residencia habitual del menor recogida en el Reglamento Bruselas II bis⁴⁵⁶.

2) Es más, debido a las peculiaridades e intereses subyacentes que acompañan a la materia de la responsabilidad parental, la interpretación del concepto de la residencia habitual del menor prevista en el Reglamento Bruselas II bis ni siquiera tiene por qué ser coincidente con la interpretación proporcionada por el propio TJUE del concepto de residencia habitual presente en otras materias de Derecho de la UE, como pueden ser Derecho de familia, sucesiones, seguridad social, Derecho tributario o Derecho migratorio. Como señala el Tribunal de Luxemburgo en su Sentencia de 2 de octubre de 2017, en el asunto *A.*: “la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al concepto de residencia habitual en otros ámbitos del Derecho de la Unión europea (véanse, en particular, las sentencias de 15 de septiembre de 1994, *Magdalena Fernández/Comisión*, C-452/93 P, Rec. p. I-4295, apartado 22; de 11 de noviembre de 2004, *Adanez-Vega*, C-372/02, Rec. p. I-10761, apartado 37, y de 17 de julio de 2008, *Kozłowski*, C-66/08, Rec. p. I-0000), no puede trasladarse directamente al marco de la apreciación de la residencia habitual de los menores en el sentido del artículo 8, apartado 1, del Reglamento”⁴⁵⁷.

⁴⁵⁵ Asunto *Mercredi*, párr. 45.

⁴⁵⁶ Vid. LIMANTE, A. y KUNDA, I.: “Jurisdiction in Parental Responsibility...”, *cit.*, p. 65.

⁴⁵⁷ Asunto *A.*, párr. 36.

En definitiva, si bien es cierto que los distintos instrumentos que hacen referencia a esta noción parten de principios comunes, no existe un concepto de “residencia habitual” común a nivel de la UE.⁴⁵⁸

3) Ahora bien, el TJUE ha clarificado que el concepto de residencia habitual del menor que aparece en los distintos preceptos del Reglamento Bruselas II bis sí debe tener una interpretación común y uniforme. Esta afirmación incluye tanto la regla general prevista en el artículo 8 del Reglamento Bruselas II bis como los foros especiales, así como los preceptos referentes a las situaciones de traslado o retención ilícito de un menor en otro Estado miembro – artículos 2.11 y 11 del Reglamento–. La ya citada STJUE de 8 de junio de 2017 en el asunto *OL* lo afirma de forma taxativa al recordar que “según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el concepto de «residencia habitual» debe tener un significado uniforme en el Reglamento n.º 2201/2003. Por lo tanto, la interpretación dada a este concepto en relación con los artículos 8 y 10 de este Reglamento, relativos a la competencia internacional de los órganos jurisdiccionales en materia de responsabilidad parental, es extrapolable al artículo 11, apartado 1, de dicho Reglamento”⁴⁵⁹.

3.3.2 Conformando la noción autónoma de residencia habitual: la residencia habitual del menor como una cuestión de hecho

A partir de las bases mencionadas, y siguiendo la tendencia doctrinal expuesta en relación con la noción de la residencia habitual del menor, el TJUE reitera en numerosas ocasiones que el concepto autónomo de la residencia habitual del menor recogido en el Reglamento Bruselas II bis es “esencialmente una cuestión de hecho”, que debe determinarse en función de las circunstancias del caso concreto: “el concepto de «residencia habitual», en el sentido del Reglamento n.º 2201/2003, refleja esencialmente una cuestión de hecho. Por lo tanto, sería difícilmente compatible con ese concepto considerar que la intención inicial de los padres de que el menor resida en un lugar determinado prima sobre el hecho de que éste haya permanecido de manera ininterrumpida en otro Estado miembro desde su nacimiento”⁴⁶⁰.

⁴⁵⁸ LIMANTE, A. y KUNDA, I.: “Jurisdiction in Parental Responsibility...” *cit.*, p. 65.

⁴⁵⁹ *Ibid.*, párr. 41. En el mismo sentido, STJUE de 9.10.2014, en el asunto C-376/14 PPU, C., ECLI:EU:C:2014:2268, párr. 54.

⁴⁶⁰ Asunto *OL* párr. 51.

A partir de este dato, el TJUE recuerda que corresponde a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros determinar en el caso concreto cuál es el lugar de residencia habitual del menor, realizando un análisis global del conjunto de circunstancias de hecho particulares que acompañan al menor en cada caso. Además, estas circunstancias, como posteriormente se detallará, deben ser esencialmente objetivas⁴⁶¹. Siguiendo esta lógica, el TJUE también ha advertido de que las valoraciones realizadas en un determinado asunto solo pueden extrapolarse a otro caso con extrema “cautela”, puesto que será difícil que las circunstancias de hecho coincidan plenamente⁴⁶².

De lo expuesto se infiere que el Tribunal de Luxemburgo, en línea con lo que debió ser la motivación del legislador de la UE, opta por un concepto flexible de la residencia habitual del menor, a concretar caso a caso según las específicas circunstancias que rodean a cada uno de ellos. Según Lenaerts, el TJUE, con esta ponderación ante las circunstancias del caso concreto, está modulando el principio de seguridad jurídica, de forma que se garanticen las exigencias del principio del interés superior del menor entendido junto con el criterio de proximidad; evitando, con ello, un concepto de residencia habitual del menor fijo y estanco que no necesariamente garantizaría el interés superior del menor en todo caso concreto⁴⁶³.

La residencia habitual del menor, pues, constituye un concepto autónomo del Derecho de la Unión que debe concretarse a través del análisis de los datos objetivos presentes en un específico supuesto. A partir de esta premisa, el TJUE proporciona en sus diversos pronunciamientos una serie de elementos guía para la determinación de esta noción en el caso concreto, ofreciendo, de esta forma, una solución a las situaciones problemáticas planteadas.

⁴⁶¹ Asunto *HR*, párr. 64.

⁴⁶² *Ibid.*, párr. 54.

⁴⁶³ Vid. LENAERTS, K.: “The Best Interest of the Child Always Come First: the Brussels II *bis* Regulation and the European Court of Justice”, *Jurisprudencija/Jurisprudence*, v. 20, n.º 4, 2013, p. 1307.

3.3.3 *Criterios interpretativos para la determinación de la residencia habitual introducidos por el TJUE*

Como decimos, el TJUE mantiene el carácter fáctico de la residencia habitual del menor pero, a partir de las circunstancias concretas que se le presentan y teniendo en cuenta la relevancia del criterio en el sistema de Bruselas II bis -y ahora ter- y su ductilidad, proporciona criterios interpretativos guía que puedan servir a los órganos jurisdiccionales nacionales para interpretar de la manera más uniforme posible la noción de residencia habitual del menor recogida en ambos Reglamentos.

En un intento de clasificación de estos factores, seguiremos la siguiente estructura en el presente apartado. En primer lugar, haremos referencia global al factor de la integración social y familiar del menor como elemento central en el proceso de fijación de la residencia habitual. Y, a continuación, procederemos a exponer otros factores que han ido apareciendo en los diversos relatos fácticos de las cuestiones prejudiciales que han alcanzado al TJUE y que, como veremos, modulan, en mayor o menor medida según las circunstancias, la noción de la residencia habitual del menor. Estos factores son la edad del menor, la voluntad o intención de los progenitores de establecer su residencia habitual de un menor en un determinado Estado miembro y la presencia física del menor.

Antes de entrar a analizar uno por uno y de forma separada cada uno de estos, resulta imprescindible anticipar que el TJUE exige la concurrencia de dos requisitos indispensables -objetivos y subjetivos- para poder afirmar que un menor tiene la residencia habitual en un determinado Estado miembro: por un lado, un criterio objetivo, la presencia física del menor en el territorio, junto con el requisito de cierto grado de integración en el entorno social y familiar. Por otro, un criterio subjetivo: cierto grado de intención (probada) de crear una vida estable en un determinado Estado⁴⁶⁴.

⁴⁶⁴ LIMANTE, A. y KUNDA, I.: “Jurisdiction in Parental Responsibility ...”, *cit.*, p. 68.

3.3.3.1 El criterio básico: la necesaria integración social y familiar del menor

La ya citada STJUE de 2 de octubre de 2009, en el asunto A.⁴⁶⁵, primera sentencia dictada por el TJUE sobre la materia, establece las bases para la determinación de la residencia habitual del menor en el contexto del Reglamento Bruselas II bis. Como dice el Alto Tribunal, “*la mera presencia física del menor en un Estado miembro ... no puede bastar para determinar la residencia habitual del menor*”⁴⁶⁶. Además de la presencia física del menor en un Estado Miembro “*deben tenerse en cuenta otros factores que puedan indicar que dicha presencia no tiene en absoluto carácter temporal u ocasional y que la residencia del menor se traduce en una determinada integración en un entorno social y familiar*”⁴⁶⁷.

Esta idea se ha mantenido contante en la jurisprudencia del TJUE, de forma que como punto de partida, el TJUE establece que “*la residencia habitual del menor, en el sentido del Reglamento n.º. 2201/2003, corresponde al lugar en que se encuentra, en la práctica, su centro de vida*”⁴⁶⁸ Lo que conduce a que el órgano jurisdiccional que conoce del asunto deberá determinar dónde estaba situado dicho centro cuando se interpuso la demanda relativa a la responsabilidad parental respecto del menor.

A partir de esta premisa, establece varios factores básicos a considerar para concretar el lugar de ese centro de vida: la presencia física del menor, el carácter no temporal de la estancia y cierto grado de integración social y familiar del menor en su entorno⁴⁶⁹.

1) Partiendo de la necesaria presencia física del menor en un concreto Estado Miembro de la UE, el Tribunal de Luxemburgo asume que el menor debe tener un cierto grado de integración social y familiar en un determinado Estado miembro que, como hemos señalado antes, permita verificar que tiene allí su “*centro de vida*”⁴⁷⁰. Será precisamente este lugar el que se identifique con su residencia habitual, puesto que el adjetivo de “habitual” hace referencia a cierta estabilidad o regularidad en la residencia⁴⁷¹.

⁴⁶⁵ Para un análisis detallado del caso vid. BORRÁS RODRÍGUEZ, A.: “Article 8. General Jurisdiction”, *cit.*, pp. 112 y ss.

⁴⁶⁶ Asunto A, párr. 33.

⁴⁶⁷ *Ibid.*, párr. 38.

⁴⁶⁸ Asunto HR, párr. 42. Vid., igualmente, párr. 66.

⁴⁶⁹ Así lo destaca BIAGIONI, G.: “Jurisdiction in matters of...”, *cit.*, p. 292.

⁴⁷⁰ Asunto A., párr. 44; asunto *Mercredi*, párr. 47; asunto W. y V., párr. 60; asunto OL, párr. 42.

⁴⁷¹ Asunto *Mercredi*, párr. 44.

2) Ahora bien, el TJUE no se limita a hacer referencia a la idea de integración del menor en un concreto Estado Miembro, sino que, además, detalla una serie de factores que ayudarán a los órganos jurisdiccionales nacionales a concretar dicha integración en cada caso.

En concreto, el Alto Tribunal refiere a los siguientes: *“la duración, la regularidad, las condiciones y las razones de la permanencia en el territorio de un Estado miembro y del traslado de la familia a dicho Estado, la nacionalidad del menor, el lugar y las condiciones de escolarización, los conocimientos lingüísticos y las relaciones familiares y sociales del menor en dicho Estado”*⁴⁷².

Estos factores, entre otros, permitirán al Juez apreciar que la presencia de un menor en un determinado lugar no es meramente temporal u ocasional⁴⁷³. Todos estos elementos fácticos actuarían, así, como “indicios positivos” de la integración del menor, frente a otros “indicios negativos” que se detallarán posteriormente⁴⁷⁴. A partir de ellos, recordemos, serán los órganos jurisdiccionales de cada Estado miembro los que deberán determinar, según las concretas circunstancias que rodean al menor, cuál es su residencia habitual.

3.3.3.2 La matización del criterio básico: factores específicos susceptibles de influir en la determinación de la residencia habitual del menor

El relato fáctico de las cuestiones prejudiciales que han llegado al TJUE ha permitido verificar la presencia de ciertos elementos fácticos presentes en los diversos casos planteados ante el Alto Tribunal y que éste ha reconocido que modulan la determinación de la residencia habitual del menor. A partir de estos elementos fácticos se constata el carácter especial y singular que posee la noción de la residencia habitual del menor, precisamente, por estar hablando de menores de edad, sujetos de derechos propios cuyos intereses esenciales requieren ser salvaguardados y cuyas circunstancias fácticas – vitales, sociales y familiares – presentan una mayor complejidad en la práctica.

⁴⁷² Asunto A., párr. 39.

⁴⁷³ Asunto A., párr. 38; asunto *Mercredi*, párr. 49.

⁴⁷⁴ GUZMÁN PECES, M.: “Problemática en la coordinación de los instrumentos...”, *cit.*, pp. 511 y 512.

En el fondo del debate, como seguidamente veremos, se encuentra la cuestión de fijar el grado de dependencia -y de independencia- de la residencia habitual de un menor en relación con la de sus progenitores – o titulares de la responsabilidad parental -.

A. La edad del menor

La edad del menor aparece como uno de los elementos fácticos ejemplificativos de la singularidad que presenta la determinación de su residencia habitual. Ciertamente, el TJUE ha evidenciado en su jurisprudencia que la edad es un factor relevante a la hora de concretar la integración social y familiar del menor, y, por ende, a la hora de determinar su residencia habitual. Si se ha reconocido la relevancia de la edad de una persona adulta en la determinación de su residencia habitual⁴⁷⁵, en los supuestos de menores de edad esta importancia crece exponencialmente y presenta aristas plurales: a título de ejemplo, es fácil comprobar que los recién nacidos y bebés lactantes no presentan las mismas circunstancias que un adolescente a los efectos de la fijación de su residencia habitual⁴⁷⁶.

La problemática de la edad del menor fue por primera vez planteada en la STJUE de 22 de noviembre de 2010, en el asunto *Mercredi*. El supuesto de hecho del asunto presentaba dos circunstancias peculiares⁴⁷⁷: en primer lugar, se trataba de determinar la residencia habitual de un menor lactante, quién, además, había sido trasladado lícitamente por la madre a otro Estado miembro. En segundo lugar, concurría la circunstancia de que la madre y el menor lactante se encontraban en el nuevo Estado tan solo desde unos días antes de que el padre iniciara, en el antiguo Estado miembro de residencia habitual del menor, un procedimiento relativo a la responsabilidad parental del mismo.

A partir de estas circunstancias, el TJUE hace referencia, por primera vez, a la relevancia de la edad del menor en la determinación de su residencia habitual. En particular, la edad del menor tendrá importancia a la hora de concretar su integración social y familiar, puesto que los factores a tener en cuenta para su determinación variarán en función de su

⁴⁷⁵ LIMANTE, A.: “Establishing Habitual Residence...”, *cit.*, p. 160.

⁴⁷⁶ Ante el TJUE solo ha destacado la importancia de la edad en casos de recién nacidos y menores lactantes, para ver asuntos nacionales en los que se ha debatido sobre la determinación de la residencia habitual de niños mayores o adolescentes vid. LIMANTE, A. y KUNDA, I.: “Jurisdiction in Parental Responsibility ...”, *cit.*, pp. 80 y ss.

⁴⁷⁷ Para un análisis detallado del caso vid. BORRÁS RODRÍGUEZ, A.: “Article 8. General Jurisdiction”, *cit.*, pp. 114-115.

edad. Es decir, que los factores a tener en cuenta para valorar la integración social y familiar de un menor lactante no tendrán por qué coincidir con los de, por ejemplo, un menor en edad escolar: *“el entorno social y familiar del menor, esencial para la determinación del lugar de su residencia habitual, se compone de diferentes factores, variables según la edad del menor. De esa forma, 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”*⁴⁷⁸.

En el caso de un menor de corta edad, como ocurría en el asunto planteado, un menor lactante, el TJUE concluye que su entorno será necesariamente coincidente con su *“entorno familiar”*, el cual estará determinado por la persona o personas que se encargan directamente de su cuidado. Es evidente que un menor lactante comparte el entorno familiar y social de la persona que cuida de él o ella, y de la que depende directamente. En consecuencia, en caso de menores lactantes, la concreción de su residencia habitual dependerá del entorno familiar y social de la persona o personas *“de referencia con las que vive el menor, que lo guardan efectivamente y cuidan de él”*⁴⁷⁹, asumiéndose que el menor lactante *“comparte necesariamente el entorno social y familiar de la o las personas de las que depende”*⁴⁸⁰.

En el caso estudiado, la residencia habitual del menor se determinará, en consecuencia, en función del entorno social y familiar de la madre dado que el menor estaba bajo su guarda y cuidado, debiendo evaluarse, por lo tanto, la integración de esta en su entorno social y familiar. Lo que implica considerar los criterios enunciados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión, así como las razones del traslado de la madre del menor a otro Estado miembro, los conocimientos lingüísticos de ésta o también sus orígenes geográficos y familiares. En concreto, y en relación con este caso, el Alto Tribunal señala como factores a considerar *“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*

⁴⁷⁸ Asunto *Mercredi*, párr. 53.

⁴⁷⁹ *Ibid.*, párr. 54.

⁴⁸⁰ *Ibid.*, párr. 55.

*del menor, los orígenes geográficos y familiares de la madre, así como las relaciones familiares y sociales que mantienen esta y el menor en el mismo Estado miembro*⁴⁸¹.

Al amparo de todos ellos, el TJUE concluyó en esta ocasión, que al tener la madre vocación de permanencia en el nuevo Estado miembro en el que se encontraba con el menor, y haber sido éste lícitamente trasladado, la residencia habitual del menor se encontraría en este nuevo Estado y no procedía su restitución.

Estas reflexiones son reproducidas con posterioridad en la ya mencionada STJUE de 8 de junio de 2017, en el asunto *OL*⁴⁸², un caso centrado, de nuevo, en la determinación de la residencia habitual de un menor lactante. En concreto, el supuesto de hecho versa sobre una petición de restitución de un menor lactante quién ha nacido y vivido durante sus primeros meses de vida en un Estado distinto al de la residencia habitual de sus progenitores, por voluntad de estos⁴⁸³.

Aunque pareciera que la problemática relativa a la determinación de la residencia habitual de menores lactantes ya estaba resuelta por el TJUE, circunstancias peculiares justificaron el planteamiento de otra cuestión prejudicial que culminó en la ya mencionada STJUE de 28 de junio de 2018, en el asunto C-512/17, *HR*⁴⁸⁴ (en adelante asunto *HR*)⁴⁸⁵. En esta nueva sentencia, a lo expuesto con anterioridad se añade que, sin perjuicio de que el entorno de un lactante está determinado, en gran medida, por el progenitor con quien reside diariamente, el otro progenitor -cuando, como aquí ocurría, reside en un lugar diferente- *“también forma parte de dicho entorno, siempre que el menor siga manteniendo un contacto regular con este”*⁴⁸⁶. Consecuentemente, y *“en la medida en que tal relación existe, procede tenerla en cuenta para determinar el lugar en que se encuentra el centro de vida de la menor”*⁴⁸⁷, ponderando su importancia en función de las circunstancias del caso. Particularmente, en el caso concreto del asunto *HR*, se tiene en cuenta favorablemente el

⁴⁸¹ *Ibid.*, párr. 56.

⁴⁸² Para un análisis en profundidad de esta sentencia vid. CHALAS, C.: “Précisions sur la résidence habituelle...”, *cit.*, pp.115-125.

⁴⁸³ Asunto *Mercredi* párr. 52 a 56.

⁴⁸⁴ ECLI:EU:C:2018:513.

⁴⁸⁵ Para un análisis en detalle de esta sentencia vid. BOICHÉ, A.: “Définition de la “résidence habituelle” du nourrisson dans le cadre de l’application du Règlement “Bruxelles II bis”. Cour de justice de l’Union européenne, 28 juin 2018, n° C-512/17 –*HR c/ KO*”, *Actualité Juridique Famille*, n.º 9, 2018, pp. 465-467.

⁴⁸⁶ Asunto *HR*, párr. 48.

⁴⁸⁷ *Ibidem*.

hecho de que el menor resida en la misma ciudad que el progenitor con el que no convive, y mantengan contacto semanalmente⁴⁸⁸.

Correlativamente a todo lo mencionado hasta el momento, en esta sentencia ejemplifica también algunas circunstancias fácticas que se entiende carece de relevancia de cara a valorar la residencia habitual del menor lactante. Se trata de los orígenes geográficos del progenitor que ejerce efectivamente la guarda y custodia del menor, y de las relaciones que este último mantiene con su familia en el Estado miembro en cuestión. En este supuesto entiende el Tribunal de Luxemburgo que no pueden ocultar, a efectos de determinar el lugar en que está situado el centro de vida del menor, las circunstancias objetivas que indican que este residía de manera estable con dicho progenitor en otro Estado miembro en la fecha de interposición de la demanda relativa a la responsabilidad parental⁴⁸⁹.

En consecuencia, la sentencia declara de forma taxativa que los orígenes geográficos del progenitor no pueden tener prioridad frente a las circunstancias objetivas del caso concreto suscitado: esto es, que el menor reside de manera estable con el progenitor en otro Estado miembro. Como tampoco los vínculos de carácter cultural del menor o su nacionalidad pueden tener una importancia preponderante en perjuicio de consideraciones geográficas objetivas⁴⁹⁰. Todo ello responde y es acorde a la lógica de la determinada concepción de la salvaguarda del interés superior del menor adoptada por el legislador de la UE, articulada en torno al criterio de proximidad⁴⁹¹.

B. La voluntad o intención del progenitor de establecerse con el menor en otro Estado

Un segundo criterio a considerar con vistas a fijar la localización de la residencia habitual y que, como ocurre con el de la edad del menor, resulta igualmente problemático, es el relativo a la voluntad o intención del progenitor de establecerse con el menor en otro Estado. Un criterio subjetivo que se ha identificado por la jurisprudencia del TJUE a la hora de fijar el significado de residencia habitual. Se trata de fijar la voluntad o intención del – o

⁴⁸⁸ Asunto *HR*, párr. 49.

⁴⁸⁹ *Ibid.*, párr. 56.

⁴⁹⁰ *Ibid.*, párr. 60.

⁴⁹¹ *Ibid.*, párr. 59.

de los progenitores – de establecerse con el menor en un Estado miembro diferente – al de su previa residencia habitual -.

El Tribunal de Luxemburgo ha tenido oportunidad de afrontar distintos supuestos en los que se ha suscitado tanto la existencia de una voluntad de trasladarse a un país diferente expresada en el pasado –con anterioridad a que se haya cambiado la residencia habitual–, como proyectada hacia el futuro –esto es, la intención futura de cambiar de residencia habitual-. De nuevo, el resultado alcanzado se ha visto afectado en la práctica del TJUE por la edad del menor.

Así, en primer lugar, y si volvemos a la problemática apuntada en el apartado anterior en relación con la determinación de la residencia habitual de menores lactantes, el TJUE sí ha reconocido un alto grado de relevancia a la voluntad o intención del progenitor que se ocupa de su cuidado de alterar su lugar de residencia. Una voluntad que, eso sí, deberá venir expresada a través de ciertas circunstancias externas objetivas.

Ciertamente, es una afirmación lógica si retomamos la idea de que la residencia habitual del menor lactante está estrechamente relacionada con el entorno social y familiar de la persona encargada de su cuidado. Este es el motivo que lleva al Tribunal de Luxemburgo, en el asunto *A*, a apuntar que: “*la intención del responsable parental de establecerse con el menor en otro Estado expresada a través de circunstancias externas, como la compra o alquiler de una vivienda en el Estado miembro de destino, pueden ser un indicio del traslado de la residencia habitual*”⁴⁹².

Por consiguiente, en el caso de menores lactantes, la voluntad del titular de la responsabilidad parental de cambiar su residencia habitual a otro Estado miembro, acompañado de circunstancias objetivas externas, constituye un factor de peso para la determinación de la residencia habitual del menor. Y ello, con independencia del eventual hecho de que tanto la madre como el menor se encuentren en el nuevo Estado miembro durante un periodo corto de tiempo, tal y como ocurre en el asunto *Mercredi*⁴⁹³.

En este caso, en concreto, el Tribunal consideró que la ausencia de un elemento objetivo como es el factor temporal para probar la “*habitualidad*” de la residencia, se

⁴⁹² Asunto *A*., párr. 40. Vid., igualmente, asunto *Mercredi*, párr. 50.

⁴⁹³ Asunto *Mercredi*, párr. 41 a 51.

sustituye por un elemento subjetivo como es la intención del progenitor – aunque el TJUE siempre exige alguna circunstancia externa que refuerce dicha intención-. En tal sentido, añade, la *“compra o alquiler de una vivienda en el Estado miembro de destino, pueden ser un indicio del traslado de la residencia habitual”*⁴⁹⁴.

Pero, recordemos una vez más, que sin perjuicio del peso efectivo que ha tenido la voluntad del progenitor en los asuntos apuntados, se debe recalcar, de nuevo, que la valoración de la residencia habitual del menor depende de las circunstancias del caso concreto. Precisamente por este motivo, el TJUE en otras decisiones y ante la concurrencia de elementos fácticos alternativos, ha matizado la relevancia de la voluntad de los progenitores en distintos sentidos. Y, así, en términos generales, el Tribunal de Luxemburgo ha considerado que una sobreestimación de la intención de los padres puede menoscabar el principio de seguridad jurídica⁴⁹⁵. En la práctica, ello ha tenido un importante impacto:

1) En primer lugar, la voluntad o intención de los progenitores no puede ser un elemento fáctico decisivo, por sí solo, para determinar la residencia habitual de un menor en un determinado Estado miembro. La voluntad, según el TJUE, actúa como un indicio relevante – podríamos decir que positivo –, pero que siempre debe ir acompañado de otras circunstancias externas. Por este motivo, en el asunto *HR*, el TJUE no admite como elemento fáctico relevante el hecho de que el progenitor cuidador del menor manifieste su voluntad futura de establecerse junto con el menor en otro Estado miembro – por mucho que sea el de su nacionalidad -. En este caso concreto concurren otros factores de mayor peso, como la presencia del menor en el Estado miembro en cuestión desde su nacimiento, su escolarización, o el hecho de que mantenga una estrecha relación con el progenitor con el que no convive – y que también reside en dicho Estado miembro-: *“la voluntad del progenitor que ejerce, en la práctica, la guarda del menor de establecerse con este, en el futuro, en el Estado miembro del que es nacional dicho progenitor, conste o no dicha voluntad, no puede, por sí sola, tener como consecuencia el establecimiento de la residencia habitual del menor en ese Estado miembro. Como alega el Gobierno checo, en circunstancias como las controvertidas en el litigio principal, la cuestión de determinar dónde se situaba, cuando se interpuso la demanda relativa a la responsabilidad parental*

⁴⁹⁴ *Ibid.*, párr. 50.

⁴⁹⁵ BIAGIONI, G.: “Jurisdiction in matters of...”, *cit.*, p. 293.

respecto del menor, la residencia habitual de este no puede confundirse con la de un eventual traslado futuro de dicha residencia habitual a otro Estado miembro. El hecho de que este progenitor haya tenido, en dicha fecha, la voluntad de establecerse en el futuro en su Estado miembro de origen no permite, por consiguiente, concluir que el lugar de residencia del menor esté situado en tal fecha y de esa fecha en adelante en dicho Estado."⁴⁹⁶.

2) En segundo lugar, añade el Alto Tribunal, es lógico que la intención o voluntad de los progenitores debe vincularse necesariamente con las cuestiones relativas a la responsabilidad parental y el ejercicio de los derechos de guarda y custodia del caso concreto.

a) En este sentido, el TJUE ha afirmado que el hecho de que el menor esté bajo la guarda y custodia de un solo progenitor – en la práctica – no puede significar que solo cuente la voluntad de este progenitor. De tal manera que, si los dos progenitores son titulares de la guarda y custodia del menor, en el sentido del Reglamento Bruselas II bis, también deberá valorarse la intención de ambos. Como explicita el Tribunal de Luxemburgo en la mencionada sentencia en el asunto *HR*, *“la circunstancia de que un menor esté, en la práctica, bajo la guarda y custodia de uno de sus progenitores no significa que la intención parental se limite en todos los casos únicamente a la voluntad de este último. En efecto, siempre que ambos progenitores sean titulares del derecho de guarda y custodia respecto del menor, en el sentido del artículo 2, punto 9, del Reglamento n.o 2201/2003 y pretendan ejercer dicho derecho, debe tenerse en cuenta la voluntad de ambos por separado”*⁴⁹⁷.

b) Una segunda cuestión que se ha planteado ante el TJUE es el carácter no firme de una resolución en materia de responsabilidad parental. Es el caso de la STJUE de 9 de octubre de 2014, en el asunto C-376/14 PPU, C.⁴⁹⁸ (en adelante asunto C.) en la que una sentencia provisional – pero ejecutiva- otorga a la madre la responsabilidad parental y la habilita a cambiar de residencia habitual junto con el menor, sentencia que posteriormente es revocada. Pues bien, el TJUE concluye que la provisionalidad de la sentencia es un factor que afecta negativamente en la constatación de que se ha producido un cambio de residencia

⁴⁹⁶ Asunto *HR*, párr. 65.

⁴⁹⁷ *Ibid.*, párr. 63.

⁴⁹⁸ ECLI:EU:C:2014:2268.

habitual del menor. Argumentando, una vez más, que la voluntad del progenitor no puede ser el único elemento a tomar en cuenta en un determinado caso. La provisionalidad constituiría, por tanto, un ejemplo de un factor que actúa como un indicio “negativo” en la determinación de la residencia habitual del menor⁴⁹⁹. El Alto Tribunal afirma en este sentido que “cuando el traslado del menor ha tenido lugar conforme a una resolución judicial ejecutiva provisionalmente, que fue revocada posteriormente por una resolución judicial que fijaba la residencia del menor en el domicilio del progenitor que permanece en el Estado miembro de origen, el órgano jurisdiccional del Estado miembro al que fue trasladado el menor, al que se ha presentado una demanda de restitución de éste, debe comprobar, evaluando todas las circunstancias específicas del caso, si el menor aún tenía su residencia habitual en el Estado miembro de origen inmediatamente antes de la retención ilícita alegada. En esa evaluación se debe tener en cuenta el hecho de que la resolución judicial que autorizaba el traslado podía ser ejecutada provisionalmente y había sido recurrida en apelación”⁵⁰⁰.

Todo el argumentario anterior lleva a concluir que la voluntad del o de los progenitores es susceptible de contar con un papel muy relevante en la determinación de la residencia habitual del menor. No obstante, esta circunstancia nunca tendrá un peso determinante en exclusiva, sino que siempre deberá valorarse conjuntamente con el resto de las circunstancias del caso concreto, y únicamente entonces, se alcanzará un resultado sobre si la voluntad de los progenitores posee entidad suficiente para la determinación de la residencia habitual del menor.

C. La circunstancia geográfica objetiva de la presencia física del menor en un Estado miembro

El tercer y último factor relevante especificado por la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo hasta el momento con vistas a fijar la residencia habitual del menor es el criterio objetivo de la presencia física del menor en el Estado miembro en el que se pretende determinar su residencia habitual. Se trata de un dato de enorme relevancia que, además, ha sido objeto de los pronunciamientos más recientes del TJUE en materia de responsabilidad

⁴⁹⁹ GUZMÁN PECES, M.: “Problemática en la coordinación de los instrumentos...”, *cit.*, pp. 511 y 512.

⁵⁰⁰ Asunto C. y M., párr. 57.

parental, señalando, en esencia, que la presencia física del menor constituye un requisito indispensable para poder establecer su residencia habitual en un concreto Estado miembro.

Si retomamos el asunto *A*, recordemos, primer asunto que conoció el TJUE sobre la cuestión, en el año 2009, el Alto Tribunal se limitó a establecer que, junto a la presencia física del menor en un determinado Estado miembro, era necesario valorar otras circunstancias -en particular, la integración social y familiar del menor- para comprobar que la presencia no es meramente temporal⁵⁰¹.

Más adelante, en el asunto *W. y V.*, de 2017, la exigencia anterior se ve desarrollada y clarificada. El TJUE exige como mínimo necesario para la determinación de la residencia habitual del menor en un determinado Estado miembro que el menor haya estado presente en dicho Estado. Consecuentemente, en el caso concreto del asunto *W. y V.*, por mucho que una de las nacionalidades del menor fuera la de un específico Estado miembro de la UE -en este supuesto, Lituania-, nunca se podrá fijar su residencia habitual en éste, puesto que nunca se había encontrado físicamente en él: *“el mero hecho de que una de las nacionalidades del menor V sea la de dicho Estado miembro no basta para considerar que este menor tenga en él su residencia habitual, en el sentido del Reglamento n.º 2201/2003”*⁵⁰². En cambio, añade, el Alto Tribunal, *“la presencia física del menor V en otro Estado miembro, a saber, el Reino de los Países Bajos, junto a uno de sus progenitores y durante varios años, de conformidad con una resolución firme, concretamente la resolución del Vilniaus miesto apylinkės teismas (Tribunal de Distrito de Vilna) de 8 de octubre de 2013, tiene entidad suficiente para acreditar que el menor V reside habitualmente en dicho Estado miembro y para atribuir a los órganos jurisdiccionales del mismo la competencia para conocer de las acciones en materia de responsabilidad parental y de obligaciones de alimentos relativas a ese menor. Sólo podría ser de otro modo si existieran circunstancias que entrañasen excepciones a la regla de competencia general del lugar de residencia habitual”*⁵⁰³.

Pareciera que con el asunto *W. y V.* ya quedaba establecida con claridad la postura mantenida por parte del TJUE respecto del requisito de la presencia física del menor como condición necesaria para determinar su residencia habitual. No obstante, el TJUE, al abordar

⁵⁰¹ Asunto *A*, párr. 38. El TJUE ha reiterado esta idea posteriormente en el asunto *Mercredi*, párr. 49; asunto *C. y M.*, párr. 51; asunto *W. y V.*, párr. 60; asunto *OL*, párr. 43; y asunto *HR*, párr. 41.

⁵⁰² Asunto *W. y V.*, párr. 63. Nótese, igualmente, los párrs. 61 y 62.

⁵⁰³ *Ibid.*, párr. 64.

dos supuestos de hecho muy peculiares en sus Sentencias de 8 de junio de 2017, en el asunto *OL*, y la STJUE de 17 de octubre de 2018, en el asunto C-393/18 PPU, *UD*⁵⁰⁴ (en adelante asunto *UD*), se ha visto forzado a clarificar, de nuevo, el grado de importancia que posee el elemento fáctico de la presencia física del menor en un Estado miembro con vistas a concretar su residencia habitual.

La peculiaridad de ambos supuestos reside en que en los dos se debe determinar la residencia habitual de un menor de corta edad que ha residido en un único Estado desde su nacimiento. A pesar de esta indiscutible conexión geográfica entre el menor y el territorio de un concreto Estado, en ambas ocasiones, los órganos jurisdiccionales nacionales plantean al TJUE la posibilidad de no tomar en consideración esta circunstancia como elemento determinante para la fijación de la residencia habitual del menor, ante la existencia de otros factores de peso que pondrían en duda la naturaleza determinante de tal vínculo⁵⁰⁵.

- a. La prevalencia de la presencia física del menor sobre la voluntad inicial de los progenitores

El primero de los dos supuestos apuntados es el ya mencionado asunto *OL*, de 2017, en el que, recordemos, concurren, además, los elementos fácticos de la corta edad del menor y de la voluntad común inicial de los progenitores. Los hechos son particularmente relevantes para entender la problemática generada: los progenitores residen habitualmente en Italia, sin embargo, antes de que nazca la niña, durante los últimos meses de embarazo, deciden trasladarse a Grecia para estar acompañados por la familia de la madre, con el compromiso de que una vez naciera la niña volverían a Italia. Meses después del nacimiento, ésta solo ha estado físicamente presente en Grecia y nunca en Italia. Frente a la negativa de la madre a regresar con la menor, el padre solicita que se declare que hay una retención ilícita de aquella y que se ordene su retorno a Italia.

A pesar de las peculiares circunstancias que rodean al supuesto de hecho, el TJUE se mantiene firme en su postura mantenida hasta el momento y afirma que “*en tales circunstancias, adoptar como criterio preponderante la intención inicial de los progenitores*

⁵⁰⁴ ECLI:EU:C:2018:835.

⁵⁰⁵ Al respecto, BIAGIONI, G.: “Jurisdiction in matters of...”, *cit.*, p. 292.

de que la madre regresase acompañada de la menor a un segundo Estado miembro, que era el de la residencia habitual de aquéllos antes del nacimiento de la menor, estableciendo con ello de hecho una regla general y abstracta de que la residencia habitual de un lactante es necesariamente la de sus padres, iría más allá de los límites del concepto de «residencia habitual», en el sentido del Reglamento n.º 2201/2003, y sería contrario a la lógica interna, a la eficacia y a la finalidad del procedimiento de restitución. Por último, el interés superior del menor no conduce a una interpretación como la propuesta por el órgano jurisdiccional remitente”⁵⁰⁶.

Se observa como el TJUE evita de forma drástica que la noción de la residencia habitual del menor pueda convertirse en un concepto general y abstracto, y para ello, se ampara en la concepción del interés superior del menor, ligada al criterio de proximidad. En virtud de tal concepción, apunta el TJUE, se debe partir necesariamente de una mínima presencia física del menor en un Estado miembro como requisito previo para fijar la residencia habitual en dicho Estado y, en consecuencia, para poder entrar a valorar cualquier otra circunstancia fáctica que presente el caso concreto.

b. La prevalencia de la presencia física del menor a pesar de una presunta vulneración de los derechos fundamentales

Sin embargo, esta situación se matiza en la última de las dos sentencias mencionadas, la 17 de octubre de 2018, el asunto *UD*⁵⁰⁷. El supuesto de hecho presenta ciertas particularidades que no se habían hecho patentes en los casos suscitados con anterioridad ante el Tribunal de Luxemburgo. Particularmente significativos son los dos siguientes hechos:

⁵⁰⁶ Asunto *OL*, párr. 50.

⁵⁰⁷ Para un análisis en detalle de esta sentencia vid. BIAGIONI, G.: “Jurisdiction in matters of...”, *cit.*, pp. 285-295; PÉREZ MARTÍN, L.A.: “Residencia habitual de los menores y vulneración de derechos fundamentales. Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 2018, asunto c-393/18, PPU”, *La Ley Unión Europea*, n.º 66, 2019, pp.1-17; CAMPUZANO DÍAZ, B.: “Una nueva sentencia del TJUE sobre el concepto de residencia habitual en el marco del Reglamento 2201/2003: Sentencia de 17 de octubre de 2018, UD y XB, as. 393/18 PPU”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 11, n.º 2, 2019, pp. 462-471; GONZÁLEZ MARIMÓN, M.: “Un paso más en el proceso de armonización del derecho privado europeo: la concreción por el TJUE del concepto de residencia habitual del menor recogido en el Reglamento Bruselas II bis”, *Revista Boliviana de Derecho*, Julio, n.º 30, 2020, pp. 470-495.

1) Por primera vez, nos encontramos ante un supuesto de hecho en el que la menor se encuentra presente en un Estado tercero a la UE, y, por tanto, la fijación de su residencia habitual resulta absolutamente determinante para la aplicación del foro general del Reglamento Bruselas II bis.

2) Y, en segundo lugar, la madre alega una presunta vulneración de sus derechos fundamentales y de los de la menor. Concretamente, la madre alega que ha sido retenida contra su voluntad en un tercer Estado (en Bangladesh) debido a la violencia y presiones ejercidas por el padre de la menor, motivo por el cual termina dando a luz en dicho Estado – y no en Reino Unido donde parecía previsible que hubiera ocurrido el alumbramiento de acuerdo con las circunstancias del caso -. Según la versión de la madre, sería esa presión del padre la que ha evitado que la menor y la madre se hayan trasladado finalmente a Reino Unido⁵⁰⁸.

De este conjunto de factores se desprende que, por vez primera, el TJUE debe valorar si una presunta vulneración de los derechos fundamentales, amparados por el CEDH, puede constituir un factor capaz de contrarrestar la prioridad dada hasta el momento a la presencia física del menor en un lugar– como exponente de los criterios de proximidad y de seguridad jurídica⁵⁰⁹.

Llamativamente, ni siquiera estas circunstancias excepcionales son suficientes como para desvirtuar el requisito -necesariamente previo a la determinación de la residencia habitual del menor- de la presencia física del menor en un Estado miembro. Sorprendentemente, a pesar de que el TJUE llega a reconocer que, seguramente, si no hubieran existido estas presiones del padre, la niña hubiera nacido en Reino Unido, estas circunstancias “*carecen de pertinencia*” en la determinación de la residencia habitual del menor ya que: “*el artículo 8, apartado 1, del Reglamento n.o 2201/2003 debe interpretarse en el sentido de que un menor debe haber estado físicamente presente en un Estado miembro para que pueda considerarse que reside habitualmente él, en el sentido de esta disposición. Circunstancias como las controvertidas en el litigio principal, en caso de quedar demostradas —a saber, por un lado, las presiones ejercidas por el padre sobre la madre, que tuvieron como consecuencia que esta diera a luz a la menor en un Estado tercero y*

⁵⁰⁸ Asunto UD, párr. 43.

⁵⁰⁹ BIAGIONI, G.: “Jurisdiction in matters of...”, *cit.*, p. 293.

*permaneciera con ella en dicho Estado desde su nacimiento y, por otro lado, la vulneración de los derechos fundamentales de la madre o de la menor—, carecen de pertinencia a este respecto*⁵¹⁰. Se entiende, pues, que en ningún caso la voluntad de un progenitor puede tener un peso preponderante frente a las “*circunstancias geográficas objetivas*”, como es el hecho de que la niña nunca llegó a estar físicamente presente en Reino Unido⁵¹¹.

El TJUE llega a esta conclusión afirmando que es la solución más conforme con el principio del interés superior del menor y el criterio de proximidad en los que se asienta el Reglamento Bruselas II bis -también, el Bruselas II ter-. Y que, por el contrario, cualquier otra interpretación superaría los límites del concepto de residencia habitual del menor previsto en el citado texto legal, como noción de hecho. Para reforzar su argumentación, el Tribunal de Luxemburgo señala que, realmente, el Reglamento sí que ofrece una respuesta para los casos en los que ningún órgano jurisdiccional sea competente en virtud de las competencias de los artículos 8 al 13 del Reglamento Bruselas II bis, puesto que, residualmente, se podría acudir al artículo 14 del texto reglamentario, según el cual, podrían ser competentes los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro de conformidad con su Derecho interno: “*el Reglamento n.º. 2201/2003 ya establece un mecanismo que permite a los Estados miembros proteger los intereses de los menores incluso en el caso de litigios no comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 8, apartado 1, de dicho Reglamento*”⁵¹².

En definitiva, el TJUE mantiene sus argumentaciones previas relativas al concepto de la residencia habitual del menor del Reglamento Bruselas II bis, incluso en un supuesto límite como el descrito.

- c. La jurisprudencia del TJUE como corolario a la coexistencia de una pluralidad de aproximaciones diversas, por parte de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, a la problemática en torno al criterio de la presencia física del menor

La cuestión de la valoración del criterio de la presencia física del menor con vistas a fijar su residencia habitual ha sido suscitada en diversos Estados miembros de la Unión,

⁵¹⁰ Asunto *UD*, párr. 70.

⁵¹¹ *Ibid.*, párr. 53 y 62.

⁵¹² *Ibid.*, párr. 66.

alcanzándose resultados disimilares en cuanto a su carácter determinante o no en la determinación de la residencia habitual. Como decimos, las respuestas aportadas son múltiples y permiten constatar la complejidad y actualidad de estos casos problemáticos. Conviene citar, a modo ejemplificativo, algunos de ellos, coincidentes todos entre sí, en el hecho de que no se planteó cuestión prejudicial alguna ante el TJUE en relación con ellos.

Un primer ejemplo de lo dicho es la Sentencia del Tribunal Supremo del Reino Unido en asunto *In the matter of A (Children) (AP)*, de 9 de septiembre de 2013⁵¹³. El supuesto de hecho versa sobre un matrimonio con tres hijos que reside habitualmente en Reino Unido, en el que el padre decide trasladarse a Pakistán. Con posterioridad, la madre se traslada temporalmente con los hijos a este país, contando siempre con la intención de retornar a Reino Unido. En el transcurso de esta estancia nace su cuarto hijo. La madre inicia los procedimientos para solicitar el retorno de los menores a Reino Unido, puesto que alega que ha sido forzada a quedarse en Pakistán.

En este contexto, se plantea la difícil cuestión de si el recién nacido puede tener la residencia habitual en Reino Unido a pesar de no haber estado nunca físicamente en este Estado. Los órganos jurisdiccionales de Reino Unido se declararon competentes en virtud de su Derecho interno – por la nacionalidad del menor-, tal y como prevé el artículo 14 del Reglamento Bruselas II bis.

Durante la resolución del litigio se expusieron las posturas a favor⁵¹⁴ y en contra⁵¹⁵ de la necesidad de presencia física del menor. Particularmente interesante resulta el argumento de que la concepción de la residencia habitual como cuestión de hecho pierde fuerza si se entiende, a su vez, que esta noción no es utilizada en los diferentes instrumentos internacionales que la emplean como una mera descripción de una situación fáctica, sino como un test legal que sirve para identificar cuál es el Estado más próximo al menor y, por tanto, el mejor situado para conocer de las cuestiones relativas a la responsabilidad parental⁵¹⁶. Ya sabemos que esta línea argumental no será la seguida por el TJUE.

⁵¹³ United Kingdom Supreme Court, de 9.9.2012, asunto *In the matter of A (Children) (AP)*, [2013] UKSC 60 [2013] 3 WLR 761. Al respecto, vid. AAVV: *International Issues in Family Law...*, *cit.*, pp. 42 y ss.

⁵¹⁴ *Ibid.*, párr. 55.

⁵¹⁵ *Ibid.*, párr. 90, 91 y 92.

⁵¹⁶ *Ibid.*, párr. 93. Nótese AAVV: *International Issues in Family Law...*, *cit.*, p. 46.

La cuestión de la presencia física se ha suscitado igualmente ante los Tribunales de los Países Bajos, en concreto, el Tribunal Supremo de este país abordó la cuestión en su Sentencia de 17 de junio de 2011⁵¹⁷. Confrontado con unos hechos muy similares a los planteados ante el Tribunal Supremo Británico⁵¹⁸, el Tribunal Supremo holandés concluye en este caso que todos los hermanos tienen la residencia habitual en Holanda, a pesar de que el recién nacido no hubiera tenido nunca presencia física en este Estado miembro. El Tribunal holandés llega a esta conclusión en base a la escasa edad del menor y su consecuente dependencia con el progenitor que se ocupa de su cuidado – en este caso la madre, quién nunca había tenido la intención de abandonar Holanda permanentemente, a pesar de algunas de sus acciones⁵¹⁹. Se observa cómo hay una disparidad entre los pronunciamientos de ambos Tribunales quienes, frente a unos hechos similares, toman posturas contradictorias en cuanto a la necesidad de presencia física de un menor para la fijación de su residencia habitual.

De forma análoga, también el Tribunal Supremo de Francia abordó un supuesto relacionado con la presencia física del menor en 2011⁵²⁰. Aunque el caso se refiere a sustracción internacional de menores en el que era de aplicación el Convenio de La Haya de 1980, de nuevo encontramos un supuesto similar a los planteados en Holanda y Reino Unido: el nacimiento de un menor en Francia durante un traslado temporal de la madre a este país, cuando la residencia habitual de la pareja estaba ubicada en Estados Unidos, donde tenían la intención común de que residiera el menor⁵²¹. Ante estos hechos, la *Cour de cassation*

⁵¹⁷ Judgement Dutch Supreme Court, 17.6.2011, ECLI:NL:2011:BQ4833. Este asunto ha sido extraído de AAVV: *International Issues in Family Law...*, cit., pp. 42 y ss.

⁵¹⁸ Brevemente los hechos son los siguientes: se trata de una pareja con dos hijos residente en Holanda en la que, tras una crisis de la pareja, el padre se traslada a Grecia. La madre, con la intención expresa de salvar la relación, se traslada temporalmente con los hijos a Grecia, periodo en el que nace el tercer hijo común de ambos. La madre, al no conseguir una reconciliación con el padre, retorna con los tres hijos a Holanda. Posteriormente, el padre inicia un procedimiento de retorno del menor por entender que se ha producido un traslado ilícito de los menores.

⁵¹⁹ AAVV: *International Issues in Family Law...*, cit., p. 47.

⁵²⁰ *Cour de cassation Français* (première chambre civile) 26.10.2011, n° 10-19.905, D. 2011. 2656. Sobre esta resolución vid. FIORINI, A.: “The Habitual Residence and the New Born – A French Perspective (Current Developments Private International Law)”, *International and Comparative Law Quarterly*, v. 61, n.º 2, 2012, pp. 530-540.

⁵²¹ Los datos son los siguientes: una pareja residente en Estados Unidos tenía decidido – como es lógico – que el futuro hijo que iban a tener residiría en el mismo país. Sin embargo, la madre, estando embarazada, se traslada a Francia. Una vez nace el niño en Francia, el padre alega que se está produciendo una retención ilícita y solicita el retorno inmediato al lugar de su residencia habitual – según el padre Estados Unidos -. Esto lo motiva por la custodia compartida que ostentan los progenitores y la voluntad común inicial de ambos de que

francesa concluye que las circunstancias del nacimiento del menor en Francia y la voluntad unilateral de la madre de quedarse en este país, no bastan para modificar la residencia habitual inicial del menor en Estados Unidos. Por tanto, este es un ejemplo – previo a la jurisprudencia del TJUE – en el que se opta por una aproximación legal del concepto de la residencia habitual del menor, frente a la aproximación fáctica de esta noción⁵²².

En definitiva, los tres pronunciamientos expuestos evidencian la incertidumbre y disparidad generada en la praxis comparada europea en torno a las situaciones en las que un menor nace en un determinado Estado de una manera que podríamos calificar de accidental o, quizás, artificial, y, posteriormente, por unas razones o por otras, se plantea la duda de si este menor puede tener la residencia habitual en otro Estado en el que nunca ha residido pero al que, de alguna manera, pertenece, por encontrarse allí radicados sus progenitores. Los Tribunales franceses y holandeses toman una aproximación legal del concepto de la residencia habitual del menor, relativizando la necesidad de presencia física ante la concurrencia de unas circunstancias de hecho de mayor que estiman tienen mayor peso. En el caso de los Tribunales franceses se da prioridad a la intención común de los progenitores, mientras que para los holandeses prevalece la dependencia del recién nacido respecto de su cuidador principal. De forma opuesta, los Tribunales de Reino Unido optan por mantener la interpretación fáctica de la noción de la residencia habitual del menor, impidiendo la fijación de la residencia habitual sin el requisito de la presencia física del menor en dicho Estado⁵²³.

d. La proyección de la jurisprudencia del TJUE en relación con la presencia física del menor en la realidad de las familias internacionales: la distinta respuesta jurídica frente a la movilidad de mujeres embarazadas y recién nacidos

Esta última decisión no ha dejado indiferente a nadie y, de hecho, es objeto de valoraciones contradictorias y, en ocasiones, encontradas. Un sector de la doctrina ha cuestionado esta postura del TJUE, coincidiendo en la conveniencia de que este Tribunal hubiera realizado, al menos, un análisis y valoración más en profundidad de los hechos

su hijo tuviera la residencia habitual en el lugar que residían ambos – Estados Unidos -, y que el padre no había consentido un cambio de esta residencia habitual.

⁵²² CHALAS, C.: “Précisions sur la résidence habituelle...”, *cit.*, párr. 10.

⁵²³ KRUGER, T. y SAMYN, L.: “Brussels II bis: successes and suggested...”, *cit.*, p. 147.

descritos en el caso, de cara a futuros supuestos similares en las que esta rígida postura pueda conducir a soluciones injustas⁵²⁴. Se sugiere que quizá hubiera sido deseable que el TJUE hubiera entrado a analizar en profundidad cuál es la relevancia de una presunta vulneración de los derechos fundamentales recogidos en la CEDH en la determinación de la residencia habitual del menor en el sentido del Reglamento Bruselas II bis. Realmente, y a pesar del carácter fáctico de la residencia habitual del menor, estamos ante “una configuración técnico-jurídica vinculada a su reconocimiento en la normativa europea y su desarrollo por la jurisprudencia” y que “se concreta fácticamente en la presencia física del menor... Y en esta delimitación técnico-jurídica debe analizarse el concepto de «residencia hipotética», esto es, la que se hubiera tenido en un Estado de la Unión de no existir una vulneración de sus derechos fundamentales”⁵²⁵.

Otros autores, sin embargo, respaldan la decisión del TJUE, argumentando que puede entenderse como un signo de deferencia, tanto a las decisiones del legislador de la UE, en cuanto a la forma de protección de los derechos fundamentales, como a las propias técnicas de DIPr. En este último sentido, el TJUE estaría amparando el principio de seguridad jurídica, como uno de los objetivos prioritarios, precisamente, del establecimiento de unas normas de competencia judicial internacional unificadas en la UE⁵²⁶. Adicionalmente, se ha considerado que el TJUE ha alcanzado un justo equilibrio entre los elementos objetivos y subjetivos, al no permitir que estos últimos tengan un peso decisivo, sin estar contrarrestados por un elemento objetivo⁵²⁷.

Sin desconocer que esta postura refuerza la seguridad jurídica y la previsibilidad para los operadores jurídicos a la hora de proceder a la determinación de la residencia habitual del menor en el marco del Reglamento Bruselas II bis -y ter-, quizá el TJUE podría haber buscado una solución más garantista de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados en el caso concreto. Partiendo, básicamente, del argumento lógico de que la circunstancia objetiva de la presencia física de la menor no concurre en el supuesto ante él

⁵²⁴ Pérez Martín coincide en señalar que hubiera sido recomendable “un análisis más sosegado” de unos hechos tan alarmantes como una presunta vulneración de derechos fundamentales, sobre todo de cara a futuros supuestos de hecho similares. Vid. PÉREZ MARTÍN, L.A.: “Residencia habitual de los menores y vulneración...”, *cit.*, p. 8.

⁵²⁵ *Ibid.*, pp. 7 y 8.

⁵²⁶ BIAGIONI, G.: “Jurisdiction in matters of...”, *cit.*, pp. 294-295.

⁵²⁷ KRUGER, T. y SAMYN, L.: “Brussels II bis: successes and suggested...”, *cit.*, p. 147.

planteado, precisamente, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales de la madre. En este sentido, siguiendo la interpretación de la residencia habitual como noción fáctica, se podría haber optado por tomar en consideración la vulneración de los derechos fundamentales de la progenitora como una circunstancia objetiva a valorar.

Lo cierto es que las distintas resoluciones descritas permiten apreciar la compleja realidad que pueden vivir ciertas familias internacionales en la práctica diaria, y los problemas susceptibles de generarse a la hora de proceder a la potencial incardinación de la problemática surgida al amparo de ellas en el ámbito de aplicación de los distintos textos legales aplicables. Así como a su interpretación dependiendo de las concretas circunstancias del supuesto planteado.

En un gran número de casos, presumiblemente, contaremos con familias internacionales en las que los menores han estado físicamente presentes en un solo Estado miembro, en el que, además, se encuentran integrados. Tampoco será excesivamente compleja la determinación de la residencia habitual de un menor cuando su familia decide el traslado de su residencia habitual a otro Estado miembro. Pero estos serán los menos. En este sentido, la realidad práctica adquiere una dimensión altamente compleja cuando los progenitores están en desacuerdo respecto a cuál es la residencia habitual de un menor. En estos supuestos la fijación de su residencia habitual es determinante, no solo para el establecimiento de la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental, sino también, recordemos, para la consideración de un traslado como lícito o ilícito. En este sentido, uno de los progenitores, si traslada al menor sin el consentimiento del otro progenitor, puede incurrir en un supuesto de sustracción internacional de menores –o al menos ser denunciado por ello por el otro progenitor– simplemente por una disputa en relación con la residencia habitual del menor.

Del elenco de resoluciones apuntadas resulta evidente que las situaciones que presentan un plus de complejidad, aún no resueltas, o que pueden generar futuros problemas, son aquellas en las que los protagonistas son menores lactantes y/o recién nacidos. La escasa edad de estos sujetos dificulta la determinación de su centro de vida, de su integración social y familiar. Por ello, es lógica la afirmación del TJUE de que en estos supuestos es muy relevante la integración social y familiar del progenitor cuidador. Sin embargo, la reciente exigencia del TJUE de la necesaria presencia física del menor en un Estado miembro puede

distorsionar algunos casos extremos planteados en la práctica afectando, en última instancia, a los derechos del menor.

El requisito necesario de la presencia física del menor resulta – para la generalidad de los casos – un requisito lógico, e incluso conveniente, para garantizar una mínima certeza y seguridad jurídica en relación con la concreción de la residencia habitual del menor y de su exacto significado. Ahora bien, como se apuntaba, quizá pueda generar resultados injustos en ciertos supuestos límite relativos a recién nacidos. La reflexión sería la siguiente: el TJUE ha señalado que la mera presencia física del menor es requisito necesario, pero no suficiente, para la determinación de la residencia habitual en un Estado miembro. Entonces, ¿qué ocurre con los menores recién nacidos que solo han estado físicamente presentes en un Estado – miembro o tercero -, y por supuesto, hay una discrepancia entre los progenitores? Según la firme jurisprudencia del TJUE, la residencia habitual solo se podrá fijar en dicho Estado.

Algunas situaciones resultan, en este sentido, especialmente problemáticas en potencia. Podemos, así, señalar al menos dos:

1) Por un lado, casos en los que la madre embarazada –con o sin consentimiento del otro progenitor– se traslada a otro Estado, y el menor nace en el nuevo Estado, y se plantea la determinación de su residencia habitual en ese momento.

2) Y, por otro, los supuestos en los que la madre es retenida contra su voluntad – con distinto grado de presión, coacción o incluso violencia – en un determinado Estado, de manera que nace su hijo o hija y entonces se plantea la cuestión relativa a la determinación de su residencia habitual.

En ambos casos, uno de los progenitores alega que el menor debería tener su residencia habitual en un Estado en el que el recién nacido nunca ha tenido presencia física, pero por motivos contrarios – o ajenos- a su voluntad. Ya conocemos la respuesta que ha proporcionado el TJUE: ninguna de las circunstancias apuntadas, destacando la presunta vulneración de los derechos fundamentales, es relevante en la determinación de la residencia habitual del menor a efectos del Reglamento Bruselas II bis – y ahora el ter-. Por tanto, si un progenitor, a pesar de estas circunstancias, trasladara al recién nacido a otro Estado, estaría incurriendo en un supuesto de sustracción internacional de menores, con las graves consecuencias que tiene, recordemos, no solo en materia civil sino también, en muchos Estados, en materia penal.

Llegados a este punto, es relevante reflexionar en el hecho de que, en el caso de que el menor no hubiera nacido y, por tanto, estuviéramos hablando de la movilidad de una mujer embarazada, la respuesta jurídica cambiaría radicalmente. Y no es que se pretenda, ni mucho menos, cuestionar la libertad de movimiento de una mujer embarazada, sino que esta situación se emplea en términos comparativos para denunciar la rigidez del criterio de la presencia física de los menores recién nacidos en la fijación de su residencia habitual. Una vez es alumbrado el niño o niña, el requisito de presencia física impide cualquier otra consideración de las circunstancias del caso concreto.

En consecuencia, en la práctica, se puede producir la paradoja de una respuesta totalmente diferenciada en el caso de una madre embarazada que se traslade de un día para otro a cualquier otro Estado, y un progenitor que se traslade con un recién nacido⁵²⁸. Sin duda, las personas de la vida real no son, en la actualidad, conscientes de la importante diferenciación a este respecto que se deriva de la interpretación del TJUE de la noción de la residencia habitual del menor.

La complejidad apuntada se ve adicionalmente incrementada en ciertos casos:

1) Así, por ejemplo, en aquellos supuestos en que en la familia implicada está compuesta por varios hermanos. Un traslado de esta familia puede desencadenar en la paradoja de que un recién nacido cuente con una residencia habitual distinta a la de sus hermanos mayores. Esta afirmación es susceptible de generar graves consecuencias en la práctica.

Así, cuenta con una incidencia directa en la determinación de la competencia judicial internacional, ya que contaríamos con órganos jurisdiccionales competentes de distintos Estados para determinar la responsabilidad parental de los hermanos. Es evidente que en la práctica no resulta adecuado que haya dos Tribunales competentes para los mismos hermanos, ni en interés superior del menor (que aconseja que los hermanos vivan juntos), ni de los progenitores, ni por economía procesal. Lo lógico es que, si se está determinado la

⁵²⁸ Alertan también sobre esta problemática CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Convenio de La Haya de 25 octubre 1980 y sustracción internacional de menores. algunas cuestiones controvertidas”, en AA.VV.: *El Derecho Internacional privado entre la tradición y la innovación. Libro homenaje al Profesor Doctor José María Espinar Vicente*, Iprolex, Madrid, 2020, pp. 191-192.

responsabilidad parental de unos hermanos tras, por ejemplo, una crisis de pareja, sea un único órgano jurisdiccional el que conozca del asunto.

A su vez, el tratamiento de este problema adquiere una dimensión diferenciada en función de si estamos hablando de una movilidad entre Estados miembros o con un Estado tercero.

a) Si este traslado del menor se diera entre Estados miembros de la UE, posiblemente podría solucionarse vía el artículo 15 del Reglamento Bruselas II bis, concentrando la competencia en materia de responsabilidad parental de los distintos hermanos a través de la transferencia de la competencia.

b) Más complicado aún sería el supuesto en el que el recién nacido tenga su residencia habitual en un tercer Estado, mientras que los hermanos mayores mantengan su residencia habitual en un Estado miembro. Sumando a lo anterior, además, que varios casos en la práctica que relatan episodios de violencia o coacción hacia las madres para permanecer en los terceros Estados en cuestión, como evidencian los casos expuestos en este apartado, y concreto, el asunto *UD* del TJUE. En estos casos, quizá el foro residual del artículo 14 del Reglamento Bruselas II bis podría aportar una solución adecuada al caso.

2) Siguiendo con el mismo supuesto, relativo a una familia en la que los hermanos cuentan con distinta residencia habitual, concurre un segundo problema más allá de la concentración de la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental, que hace referencia a un posible caso de sustracción internacional de menores.

Si los hermanos mayores se trasladan temporalmente a un nuevo Estado, en el que nace el hermano menor, puede darse la paradoja en la práctica, como ocurre en el asunto *UD* del TJUE, que un progenitor pueda trasladar lícitamente a los hermanos mayores –que mantienen la residencia habitual en el primer Estado– pero no pueda trasladar al recién nacido –que no tiene la residencia habitual en el primer Estado por falta de presencia física en éste–. Dado que, en caso de producirse este traslado sin el consentimiento del otro progenitor, podría incurrir en un supuesto de traslado ilícito. En este escenario la solución sería más complicada porque, como es sabido, la regla general es el retorno del menor al lugar de su residencia habitual, con excepciones muy tasadas en las que habría que justificar – y probar –.

3) Finalmente, todas las reflexiones anteriores adquieren una dimensión adicional de complejidad si se proyectan sobre las situaciones de alegación de violencia de género en relación con un supuesto de sustracción internacional de menores, situaciones que están adquiriendo una concienciación y preocupación creciente en la doctrina⁵²⁹. Nos referimos al tratamiento de los casos de sustracción internacional de menores en los que la madre sustractora alega una situación de violencia de género, precisamente, como causa de la huida del Estado de residencia habitual, llevándose con ella al menor o menores. Dentro de este delicado debate sobre cómo garantizar una adecuada respuesta al problema suscitado, la cuestión de la determinación de la residencia habitual deviene esencial. Y ello, al menos, en dos supuestos:

a) Por un lado, si la madre embarazada que sufre violencia de género huye antes de que nazca su hijo, no podríamos estar hablando de sustracción internacional de menores, ya que el menor no ha nacido, y por descontado, la madre tiene libertad de movimiento. Por el contrario, si la madre huye con un recién nacido, según la jurisprudencia del TJUE, parece claro que sí estaríamos ante un supuesto de sustracción internacional de menores, porque el recién nacido solo ha tenido presencia física en un determinado Estado. De cara a la práctica, esta diferenciación puede resultar clave en el asesoramiento hacia mujeres víctimas de violencia de género que busquen huir de esa situación mediante un cambio de residencia habitual a otro Estado miembro.

b) Por otro lado, en el supuesto en el que la madre sea retenida contra su voluntad por su pareja en un Estado distinto al de su residencia habitual, la interpretación del TJUE respecto a la necesidad de presencia física del menor podría colocar en un callejón sin salida a una madre víctima de violencia de género que es retenida hasta el nacimiento de su hijo en ese tercer Estado, puesto que entonces, no podría huir con su hijo sin riesgo de ser denunciada por sustracción internacional de menores. En cambio, si consigue huir antes del nacimiento del hijo, podría verse amparada por la protección del nuevo Estado, sin incurrir en un supuesto de sustracción internacional de menores, insistimos de nuevo, con posibles consecuencias no solo civiles sino también penales.

⁵²⁹ Al respecto vid. Cap. Cuarto.

Todas estas potenciales situaciones que son susceptibles de plantearse en la práctica nos llevan a cuestionar la rigidez de la necesidad de presencia física del menor como requisito previo para establecer la residencia habitual del menor en el marco del Reglamento Bruselas II bis, establecida por el TJUE. Así, sin restarle importancia a este requisito, si partimos de la premisa de que la residencia habitual del menor constituye una noción fáctica que debe establecerse en función de las circunstancias del caso concreto, esta evaluación debería permitir, ante circunstancias muy justificadas, que la falta de presencia física de un menor recién nacido pudiera superarse en ciertos supuestos relevantes como puedan ser, por ejemplo, en el caso de una presunta vulneración de los derechos fundamentales de la madre, como se alegó en el asunto *UD* del TJUE.

3.4 La interrelación del concepto de residencia habitual del Reglamento Bruselas II bis con otras fuentes: la residencia habitual en los Convenios de La Haya de 1996 y de 1980

La aproximación fáctica al problema realizada por el TJUE le ha permitido zanjar, hasta el momento, la problemática en torno a si en ciertos asuntos extremos, en los que se debe determinar la residencia habitual de un recién nacido, no podría sustituirse el requisito previo de la presencia física del menor por otros criterios subjetivos como la voluntad de sus progenitores. Atendida la complejidad de las situaciones abordadas y la pluralidad de circunstancias e intereses presentes en ella, resulta imprescindible resaltar la idea de “hasta el momento”. La práctica es compleja y la posibilidad de situaciones que presenten divergencias respecto de las planteadas hasta el momento es plenamente factible.

Sea cual sea la valoración que merezca la práctica jurisprudencial del Tribunal de Luxemburgo, especialmente en lo referente a algunas de sus últimas Sentencias referidas a menores lactantes, lo cierto es que el TJUE zanja definitivamente -al menos por ahora- las últimas posibles dudas sobre el carácter totalmente fáctico de la noción de la residencia habitual en el Reglamento Bruselas II bis. En efecto, a pesar de que el TJUE empezó resolviendo los asuntos desde una postura más abarcadora, en la que cabía interpretar que ciertos elementos jurídico-fácticos podían tener relevancia en un caso concreto, en los últimos asuntos ha dejado claro que predomina el elemento fáctico de la presencia física del

menor como requisito necesario para la determinación de la residencia de un menor en un determinado Estado miembro de la UE⁵³⁰.

No podemos, empero, sino incidir en la idea de “por ahora” que acabamos de apuntar en el párrafo anterior. La realidad supera con creces a la ficción en muchas ocasiones, y no resulta imprevisible que, en el futuro, arriben al Tribunal de Justicia de la UE en los que se susciten situaciones diferentes a las planteadas hasta el momento ante él. La interacción entre los Reglamentos de Bruselas II bis y ter y ciertos textos convencionales en materia de menores son, en este sentido, susceptibles de añadir un plus de conflictividad a esta cuestión.

Hasta ahora, se ha hablado del concepto de la residencia habitual del menor exclusivamente en el Reglamento Bruselas II bis. Sin embargo, a la complejidad ya apuntada, en la práctica concurre una complejidad adicional en aquellas ocasiones, no inhabituales, en que interrelacionan diversas fuentes institucionales y convencionales, como es el caso, precisamente, de la responsabilidad parental del menor, y muy en particular, de la sustracción internacional de menores. Uno de los mayores puntos de fricción en esta interacción de fuentes es, sin duda, las diferencias en las definiciones de las nociones que aparecen recogidas en los distintos textos normativos, cuyo ejemplo paradigmático es, precisamente, la noción de la residencia habitual del menor. Y ello por varias razones.

1) Una dificultad inicial, ya lo hemos avanzado respecto de los Reglamentos Bruselas II bis y ter es la inexistencia de una definición de la residencia habitual del menor, situación que comparten los Reglamentos Bruselas II bis y ter con el Convenio de La Haya de 1996 y el Convenio de La Haya de 1980. De esta ausencia de definición en los textos convencionales se derivan toda una serie de consecuencias.

2) Un segundo dato a considerar es el hecho de que el concepto de residencia habitual en cada caso concreto lo deben determinar las autoridades de cada Estado parte del Convenio. Y ello se topa con las conocidas divergencias existentes entre los sistemas jurídicos de los Estados parte, así como con las respectivas concepciones sociales y culturales que repercuten directamente, por ejemplo, en el entendimiento de cómo se articula

⁵³⁰ DEL SER LÓPEZ, A. y CARRIZO AGUADO, D. : “Reglas de competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental: análisis del foro de la “residencia habitual del menor” y estudio de la “competencia residual””, *Revista Aranzadi Unión Europea*, n.º 10, 2019, p. 59.

la idea de integración del menor, o como se conforma en un caso concreto su interés superior. Así lo ha manifestado recientemente, el Tribunal Supremo de Estados Unidos, en su sentencia de 25 de febrero de 2020 en el asunto *Monasky v. Taglieri*⁵³¹, un caso sobre sustracción internacional de menores que involucra la interpretación de la noción de residencia habitual en el Convenio de La Haya de 1980⁵³². Precisamente el Tribunal hace referencia a la disparidad en la interpretación del Convenio que puede producirse debido la existencia de distintos Estados parte, y en consecuencia, a la conveniencia de partir de una interpretación armoniosa con el resto de Estados contratantes asumiendo que “[t]he ‘clear trend’ among our treaty partners is to treat the determination of habitual residence as a fact-driven inquiry into the particular circumstances of the case.”⁵³³.

3) A lo anterior se suma la problemática evidente de la ausencia de un Tribunal supranacional que proporcione una interpretación uniforme de las nociones previstas en los textos convencionales, papel que sí encontramos en el Reglamento Bruselas II bis gracias a la interpretación del TJUE.

En definitiva, a la ya de por sí compleja determinación de la residencia habitual del menor en los Reglamentos Bruselas II bis y ter, se añade la posible divergencia que puede existir entre la terminología del texto reglamentario y la noción, por ejemplo, prevista en el Convenio de La Haya de 1980, en un caso particular de sustracción internacional de menores, en los que, como es sabido, se aplican ambos instrumentos conjuntamente⁵³⁴.

3.5 La irremediable complejidad de la noción de la residencia habitual del menor

De lo expuesto anteriormente, no cabe duda de que la noción de la residencia habitual del menor genera constantes problemas en su aplicación práctica. Su complejidad reside en su carácter adaptable y flexible, a la vez virtud y debilidad de este concepto. Por un lado, precisamente esa adaptabilidad y esa flexibilidad están buscadas intencionadamente

⁵³¹ 140 S. Ct. 719 (2020).

⁵³² *Ibid.*, p. 726.

⁵³³ *Ibid.*, p. 726, citando *Office of the Children’s Lawyer v. Balev*, [2018] 1 S.C.R. 398, 421 párr. 43 (Can.).

⁵³⁴ Para un análisis en profundidad de la noción de la residencia habitual del menor en los Convenios de La Haya vid.: SCHUZ, R.: “Habitual Residence of Children under the Hague Child Abduction Convention: Theory and Practice”, *Theory and Practice, Child and Family Quarterly*, v. 13, n.º 1, 2001; REIG FABADO, I.: “La construcción del concepto autónomo...”, *cit.*; CHÉLIZ INGLÉS, M.C.: *La sustracción internacional de menores y la mediación...*, *cit.*, pp. 44 y ss.

para acercarse al máximo a la situación real de la vida del menor; pero, por otro lado, la determinación caso por caso disminuye la previsibilidad de la respuesta, y, por tanto, la seguridad jurídica. Estamos, una vez más, ante la eterna paradoja de los conceptos jurídicos indeterminados. Y, como en cualquier asunto que afecta a un menor, la complejidad se multiplica puesto que, al ya de por sí complicado panorama de la determinación de la residencia habitual de la persona, se añade el principio del interés superior del menor. Por tanto, el operador jurídico debe, en la práctica, saber interpretar y adecuar al caso concreto no uno, si no dos conceptos jurídicos indeterminados.

El TJUE ha realizado una gran labor de clarificación de la residencia habitual del menor en procedimientos transfronterizos. Para ello, ha optado por una interpretación teleológica del Reglamento Bruselas II bis -extrapolable, ahora, al Reglamento Bruselas II ter-, centrando su argumentación en el principio del interés superior del menor identificado con el criterio de proximidad. Sobre esta base ha ido estableciendo una serie de criterios que, sin lugar a duda, sirven de guía para la determinación de la residencia habitual del menor en la práctica. Los factores analizados disminuyen el nivel de incerteza e inseguridad jurídica que ocasionan conceptos fácticos como la residencia habitual del menor.

De hecho, una manifestación evidente de que las directrices proporcionadas por el TJUE han sido acogidas por los órganos jurisdiccionales nacionales la encontramos en su constante utilización por parte de los Tribunales españoles. También de la jurisprudencia española se extrae el recurrente desacuerdo entre los progenitores, y consecuente alta litigiosidad, respecto a la residencia habitual del menor, clave tanto en los procedimientos de responsabilidad parental como en los relativos a la sustracción internacional de menores⁵³⁵.

En esta línea, particularmente ilustrativa del reflejo de la incorporación de los criterios del TJUE por parte de la jurisprudencia española es la ya citada SAP de Barcelona

⁵³⁵ En las AP innumerables casos en materia de responsabilidad parental parten de la discusión en torno al lugar de residencia habitual del menor, algunos ejemplos son, SAP de Valencia 803/2017, de 26.9.2017, ECLI: ES:APV:2017:2558 (discusión sobre la residencia habitual de dos menores de corta edad entre Italia y España); SAP de Alicante 61/2019, de 8.2.2019, ECLI: ES:APA:2019:422 (discusión sobre la residencia habitual del menor entre España y Bélgica); SAP de Madrid 276/2020, de 27.5.2020, ECLI: ES:APM:2020:4731A (discusión sobre la residencia habitual del menor entre España y Bélgica); SAP de Barcelona 785/2017, de 3.10.2017, ECLI: ES:APB:2017:10784, (discusión sobre la residencia habitual del menor entre Reino Unido y España en caso de sustracción de menores); SAP de Barcelona 425/2011, de 21.7.2011 (discusión sobre la residencia habitual del menor entre España y Bélgica).

785/2017, de 3 de octubre de 2017, la cual enumera de forma sistemática las claves de la noción de la residencia habitual del menor establecidas por el TJUE, como ser una cuestión de hecho, y depender de factores como la integración social y familiar del menor, la estabilidad, la edad de los menores, o la voluntad de los progenitores⁵³⁶. A Y, es más, lo anterior viene acompañado por una posterior aplicación dichos criterios al caso concreto planteado, concluyendo que de los elementos del caso que el menor recién nacido tiene su residencia habitual en Reino Unido, por ser el lugar de residencia habitual de sus progenitores, y corresponderse, por tanto, con su entorno familiar⁵³⁷.

Igualmente ilustrativo resulta el AAP de Barcelona 388/2019, de 16 de octubre de 2019⁵³⁸, el cual cita en su argumentación las diversas sentencias del TJUE en la materia: “*el art. 8 del Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, opta por el fuero de la residencia habitual del menor, que hay que entender, en una interpretación autónoma, referido al "centro de intereses del menor" (SSTJUE de 2 de abril de 2009, asunto A, y 22 de diciembre de 2010, asunto Mercedi c. Chaffe) y este mismo Tribunal ha declarado que el menor debe haber estado físicamente presente en un Estado miembro para que pueda considerarse que reside habitualmente en él. La residencia habitual corresponde al lugar en que se sitúa, en la práctica, el centro de vida del menor (SSTJUE 28 de junio de 2018, asunto C-512/17 y*

⁵³⁶ SAP de Barcelona 785/2017, de 3.10.2017, F.J. 3°.

⁵³⁷ “*En el supuesto contemplado, pese a que la madre sostiene que su traslado al Reino Unido en 2014 era temporal, los datos fácticos objetivos contradicen la intención expresada por cuanto empezó a trabajar nada más trasladarse a vivir al Reino Unido en julio de 2014, se quedó embarazada y el niño nació en NUM000 de 2016, dos años después de trasladarse a Reino Unido. La duración de la permanencia de ambos cónyuges en el Reino Unido y su integración laboral denota estabilidad y regularidad de la residencia, es decir, habitualidad y el niño nace en el Reino Unido, en el entorno familiar formado por su padre y su madre con quien convive durante los primeros meses de vida hasta que la madre se traslada a España y se instala en DIRECCION000 con intención de quedarse sin el consentimiento del padre. El empadronamiento en DIRECCION000 no determina la residencia habitual al constituir un dato meramente administrativo que no va acompañado de circunstancias fácticas que le den contenido a estos efectos, pues se mantiene un empadronamiento pero no se reside en la vivienda ni constituye ésta la base fáctica de la unidad familiar. La permanencia en el Reino Unido del matrimonio no se ha probado que haya sido forzada por el esposo, ni que la esposa se haya visto obligada en contra de su voluntad a vivir en dicho Estado. En el interrogatorio reconoció que viajó dos veces a España y aunque argumenta que regresó por miedo a las amenazas que contra su familia había vertido su esposo, no hay dato o elemento objetivo alguno que permita dar veracidad a la existencia de dichas amenazas que de existir no han impedido a la Sra. Clemencia regresar a España en octubre de 2016 cuando el menor tenía cinco meses de edad, negándose a regresar al Reino Unido*” SAP de Barcelona 785/2017, de 3 de octubre de 2017, F.J. 3°.

⁵³⁸ ECLI: ES:APB:2019:7771A.

17 de octubre de 2018, asunto C-393/18), hasta el punto que si un menor ha nacido y permanecido con su madre de manera ininterrumpida durante varios meses, por voluntad común de sus progenitores, en un Estado miembro distinto de aquel en el que éstos tenían su residencia habitual antes del nacimiento del menor, la intención inicial de los progenitores en cuanto al regreso de la madre con el menor a este último Estado miembro no permite considerar que ese menor tiene en dicho Estado miembro su "residencia habitual", en el sentido del citado Reglamento (STJUE de 8 de junio de 2017, asunto C-111/17)»⁵³⁹.

A mayor abundamiento, otro ejemplo en el que se citan y aplican adecuadamente los criterios establecidos por el TJUE es la SAP de Madrid 276/2020, de 27 de mayo de 2020⁵⁴⁰, en la que se deniega la competencia de los Tribunales españoles por tener el menor su residencia habitual en Bélgica, y, por tanto, corresponder a estos últimos Tribunales la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental de conformidad con el artículo 8 del Reglamento Bruselas II bis⁵⁴¹. Así, la Audiencia provincial concluye que *“en efecto, el art. 8 del citado Reglamento confiere la competencia judicial a los Tribunales del Estado de la residencia habitual del menor en el momento de plantear la demanda. La residencia habitual debe partir de elementos fácticos, como la presencia con carácter permanente y la integración del menor en un entorno social y familiar demostrada con elementos como la duración, la regularidad, las condiciones y las razones de la permanencia en el territorio de un Estado miembro y del traslado de la familia a dicho Estado, la nacionalidad del menor, el lugar y las condiciones de escolarización, los conocimientos lingüísticos y las relaciones familiares y sociales del menor en dicho Estado. En todo caso, la determinación de la residencia habitual de un menor en un Estado miembro específico requiere, como mínimo, que el menor haya estado físicamente presente en ese Estado miembro. En el presente caso, los dos menores residen en Bruselas desde 2016, habiendo sido autorizada la madre a trasladarse a Bélgica con los niños por auto de fecha*

⁵³⁹ F.J. 1.

⁵⁴⁰ ECLI: ES:APM:2020:4731A.

⁵⁴¹ Los Tribunales españoles en términos generales no tienen problemas en denegar su competencia judicial internacional en base al art. 8 del Reglamento Bruselas II bis cuando identifican la residencia habitual del menor en otro Estado. En este sentido vid., otros ejemplos son las SAP de Barcelona 425/2011, de 21.7.2011 (menor con residencia habitual en Alemania) y el ya citado AAP de Barcelona 388/2019, de 16.10.2019, (menor con residencia habitual en Bolivia).

27 de junio de 2016, dictado en autos 14/2016. Desde entonces, los menores residen allí con la madre, y allí están escolarizados, estando fijadas unas visitas y estancias con el padre”⁵⁴².

En definitiva, y en términos generales, los Tribunales españoles determinan correctamente la residencia habitual del menor en aplicación del Reglamento Bruselas II bis⁵⁴³. Y, por tanto, la jurisprudencia del TJUE parece aportar una respuesta acertada que soluciona los problemas planteados en la práctica, facilitando la labor de los órganos jurisdiccionales nacionales, aunque, no por ello, reduciendo la alta litigiosidad y complejidad que la determinación de la residencia habitual genera en la práctica.

Quizá con esta idea de limitar la inseguridad jurídica, el TJUE ha marcado unos límites muy claros al concepto de la residencia habitual del menor en el marco de los Reglamentos de Bruselas II bis y ter. Estos límites son, por un lado, el criterio objetivo de la presencia física de un menor en un Estado miembro; y por otro, el criterio subjetivo de la integración del menor en el Estado miembro. Dentro de estos límites el TJUE afirma que encontramos una noción de la residencia habitual del menor que cumple con los objetivos y contexto del Reglamento: el ya mencionado principio del interés superior del menor entendido como criterio de proximidad.

Ahora bien, al entrar en juego el principio del interés superior del menor, nunca podremos afirmar que esta interpretación sea la más idónea en todos los casos. Y ello, porque, aunque sí se pueda entender, como se ha apuntado, que es una solución que garantiza el interés del menor en la generalidad de los casos – principio del interés superior del menor en abstracto -; puede que, en un determinado caso concreto, el interés de ese menor particular recomiende salirse de estos límites establecidos por el TJUE – principio del interés superior del menor en concreto.

Ejemplo claro de esta argumentación, es sin duda, el polémico asunto *UD*, en el que, como se ha detallado *supra*, la presunta vulneración de los derechos fundamentales es precisamente el motivo por el cual no se da el requisito de la presencia física del menor en

⁵⁴² F. J. 2º.

⁵⁴³ Evidentemente, siempre se encuentran resoluciones que no aplican correctamente el Reglamento Bruselas II bis, a título de ejemplo, vid. la SAP de Lugo 44/2018, de 11.4.2018, ECLI:ES: APLU: 2018:41, comentada en OTAEGUI AIZPURÚA, I.: “La errónea determinación de la competencia judicial internacional cuando los hijos residen en Estados miembros diferentes: Sentencia de la AP de Lugo no 44/2018, de 11 de abril de 2018”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 11, n.º 1, 2019, pp. 870-876.

un Estado miembro, por lo que, para este asunto, no sería descabellado pensar que, quizá, el principio del interés superior del menor en el caso concreto exige superar este obstáculo, y finalmente, poder determinar la residencia habitual del menor en el Estado miembro solicitado por la madre. Así como otros supuestos complejos o límite relativos, esencialmente, a casos de recién nacidos y una ausencia de acuerdo de los progenitores sobre el lugar su residencia habitual.

Sin duda, son casos complejos que, en la actualidad, pueden seguir generando problemas en la práctica, lo cual no impide afirmar que, en términos generales, la respuesta dada por el TJUE clarifica la excesiva incertidumbre del concepto de residencia habitual del menor en el Reglamento Bruselas II bis. Por todo ello, se concluye que la complejidad en la determinación de la residencia habitual del menor es intrínseca a su propia naturaleza como concepto fáctico, pero, no por ello deja de ser el criterio que mejor responde al principio del interés superior del menor, y en consecuencia, se considera acertada la línea de continuidad en el Reglamento Bruselas II ter respecto a este concepto.

4. Las excepciones a la regla general: la relativización del criterio de la residencia habitual del menor

La realidad práctica presenta una enorme riqueza y se proyecta en los dos Reglamentos Bruselas II (bis y ter) a través de la articulación de excepciones a la regla general de la residencia habitual, en las que la mención a este concepto, o bien se relativiza o bien, sin más, se obvia. El primer grupo de matizaciones a la regla general se refieren a los supuestos de alteración de residencia habitual del menor – legal o ilegal-, mientras que la segunda categoría de foros supone el diseño, sin más, de excepciones a la regla general optando por otros criterios distintos a la residencia habitual, como puedan ser la autonomía de la voluntad.

De esta suerte, la premisa que identifica con carácter general que el foro de la residencia habitual del menor es el que mejor garantiza su interés superior, se flexibiliza a través de la articulación de una serie de excepciones en las que, en determinadas circunstancias, el mencionado interés superior del menor en el caso concreto aconseje acudir a los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro.

4.1 Las matizaciones al foro general en materia de responsabilidad parental en caso de alteración de la residencia habitual del menor: cambio legal vs. traslado ilícito

En la vida del menor pueden concurrir múltiples situaciones que conlleven un cambio en su residencia habitual. Ello se traduce, siguiendo con la lógica del foro general de la residencia habitual del menor, en la presencia de potenciales situaciones diversas que afecten a esta regla general y a su fundamento, en particular, aquellas que aparecen relacionadas con un cambio de la localización del menor implicado.

Efectivamente, en el contexto actual es habitual que un menor, acompañado de sus progenitores, o, en su caso, de los titulares de la responsabilidad parental se traslade a otro Estado para iniciar allí una nueva vida, modificando, en consecuencia, su residencia habitual. Varias son los escenarios que pueden derivarse en el marco de este movimiento⁵⁴⁴.

1) Existe un primer grupo de situaciones referidas a aquellos supuestos en los que la familia del menor, en su conjunto, se traslada a otro país. Permanece unida y, por lo tanto, no hay problemas, en principio, relacionados con el ejercicio de la responsabilidad parental. Incluso, puede darse el caso, de que se produzca el traslado de uno de los progenitores a otro país, llevándose al menor, pero con el pleno acuerdo del otro progenitor.

2) Cuestión distinta es que es la unidad familiar no continúe unida y se desplacen algunos de sus miembros con el menor o menores a distintos países, sin el consentimiento del otro progenitor y, en ocasiones, en contravención de los derechos de custodia y visita reconocidos a éstos.

En el primer grupo de casos –permanencia de la familia unida, o existencia de un acuerdo entre los titulares de la responsabilidad parental respecto del eventual traslado del menor o menores implicados-, no se generarán mayores problemas o controversias. Esta situación es relativamente sencilla, y solo será necesario determinar qué órgano jurisdiccional es competente en el caso de que surja alguna cuestión relacionada con la responsabilidad parental del menor implicado: el órgano jurisdiccional de la antigua residencia habitual del menor, o el órgano jurisdiccional del Estado de la nueva residencia habitual del menor.

⁵⁴⁴ BORRÁS RODRÍGUEZ, A.: “Article 9. Continuing jurisdiction of the child’s former habitual residence”, en MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P. (eds.): *cit.*, p. 120.

Desgraciadamente, en los supuestos en los que la familia no continúa unida, y solo uno de los progenitores –o, en su caso, de los titulares de la responsabilidad parental-, desea un cambio de residencia y llevarse al menor con él o ella, alterando de esta forma su residencia. En este caso, la problemática deviene altamente compleja, no solo desde un punto de vista jurídico, sino también psicológico y social, puesto que la resolución de este conflicto va a afectar directamente a la vida del menor y a su estabilidad emocional.

En esta segunda hipótesis, en la que hay una falta de acuerdo entre los progenitores, la complejidad de los asuntos crece exponencialmente; particularmente, como decimos, si este cambio se ve propiciado por la voluntad de solo uno de los progenitores e implica el traslado del menor. En defecto de acuerdo, es obvio que los titulares de la responsabilidad parental litigarán, antes y después de que se produzca efectivamente el traslado, para hacer valer sus pretensiones. Ello supone, en última instancia, que dentro de este segundo supuesto quepa distinguir dos situaciones distintas en función de la licitud o la ilicitud del eventual traslado, y del momento en que éste se plantee, en las que ya anticipamos que hay un tratamiento jurídico muy diferenciado.

1) El supuesto tipo refiere habitualmente al caso en que un progenitor, quién ostenta los derechos de custodia -entendidos como facultad de decidir el lugar de residencia habitual del menor-, tiene la intención de trasladarse a otro Estado – por los motivos personales o profesionales que tenga a bien-, y desea hacerlo llevándose al menor. Sin embargo, tal cambio implicará que el otro titular de la responsabilidad parental – quién tiene reconocidos también derechos de custodia– intuya o sienta la existencia del potencial peligro de no poder ejercer con normalidad su derecho a mantener relaciones con su hijo o hija y se oponga a ello. Como consecuencia de esta oposición, y con anterioridad al traslado efectivo del menor, el progenitor interesado acude al órgano jurisdiccional competente para solicitar la autorización pertinente. Si bien la determinación del órgano jurisdiccional competente recibe una respuesta “europea”, la decisión final susceptible de ser adoptada se va a ver afectada por la normativa interna en materia de autorización del cambio de residencia habitual del menor.

Son estas las llamadas “*relocation disputes*”, muy tratadas en los ordenamientos jurídicos anglosajones y no tan tratadas en la doctrina española⁵⁴⁵. En estos casos, los progenitores acudirán a los órganos jurisdiccionales de su residencia habitual – anterior a cualquier cambio – para que diriman la controversia y decidan sobre si el menor puede cambiar o no su residencia habitual, adoptando la decisión final, una vez más, en función del interés superior del menor. En relación con estas cuestiones, como decimos, no existe una regulación internacional específica, debiendo acudirse al Derecho sustantivo de cada Estado⁵⁴⁶. No obstante, los instrumentos de DIPr sí pueden tener una incidencia indirecta en estos supuestos, al determinar la jurisdicción competente en materia de responsabilidad parental.

2) A su vez, existe una segunda situación que no es sino la otra cara de una misma moneda⁵⁴⁷: la sustracción internacional de menores. Un progenitor, bien intencionadamente, bien por falta de asesoramiento, puede trasladar o retener ilícitamente a un menor en un Estado distinto al de su residencia habitual. En relación con este supuesto, considerado como muy dañino para el menor, tanto en los textos internacionales como en las legislaciones nacionales hay una respuesta muy contundente que trata de desincentivar estas iniciativas y lograr el retorno del menor en el menor tiempo posible⁵⁴⁸.

Con vistas a hacer frente a toda esta compleja realidad, los Reglamentos Bruselas II bis y ter introducen ciertos foros orientados a facilitar y unificar la respuesta en el seno de la UE. En este sentido, y a partir de la prevalencia del foro general de la residencia habitual del menor, las primeras dos excepciones que prevé el sistema competencial de los Reglamentos Bruselas II bis y ter son las motivadas, justamente, por un cambio de

⁵⁴⁵ Siguiendo a GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: “El traslado lícito de menores: las denominadas *relocation disputes*”, *Revista Española de Derecho Internacional*, v. LXII, n.º 2, 2010, pp. 51-75.

⁵⁴⁶ Sobre la situación en España vid. RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “Revisión de la atribución de custodia ...”, *cit.*, pp. 9-21; HERRANZ BALLESTEROS, M.: “Traslado del domicilio...”, *cit.*, pp. 567-586; VALVERDE MARTÍNEZ, M. J.: “Reflexiones críticas y prácticas en torno al régimen jurídico del cambio nacional y transfronterizo del domicilio del menor de edad”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 12, n.º 2, 2020, pp. 795-817; CALLEJO RODRÍGUEZ, C.: “Determinación del domicilio del menor y su modificación”, *LA LEY Derecho de familia*, n.º 10, 2016, pp. 1-11; GONZÁLEZ DEL POZO, J. P.: “La facultad de decidir el lugar de residencia del menor bajo custodia exclusiva de uno de los progenitores”, *Diario La Ley. Sección Doctrina*, n.º 6886, pp. 1-24; LÁZARO GONZÁLEZ, I.E.: “El “derecho de custodia” en la jurisprudencia sobre sustracción internacional de menores”, *Icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n.º 83-84, 2011, pp. 291-336.

⁵⁴⁷ Vid. GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: “El traslado lícito de menores...”, *cit.*, p. 73.

⁵⁴⁸ Vid. *infra* Cap. Cuarto.

localización del menor. La diferenciación del tratamiento de la respuesta viene determinada por el carácter lícito o ilícito del traslado del menor a otro Estado miembro.

En caso de ser lícito el traslado, debido a un cambio legal de la residencia habitual del menor, se prevén matizaciones al foro general, amén de una respuesta específica para el supuesto de la modificación de los derechos de visita, precisamente, en relación con esta alteración de la residencia habitual. Por su parte, caso de tratarse de un traslado o retención ilícita, se habrá incurrido en un supuesto de sustracción internacional de menores, y, por tanto, se activará una respuesta que, como se verá, pretende proteger y reforzar la competencia en materia de responsabilidad parental en favor de los órganos jurisdiccionales de residencia habitual del menor – con carácter previo al traslado o retención ilícita -.

4.1.1 Primera situación: el cambio legal de la residencia habitual del menor

Como hemos visto, la movilidad internacional de familias es susceptible de generar en la práctica complejas cuestiones jurídicas que suscitan, directamente, la necesidad de contar con reglas claras y previsibles para determinar los órganos competentes para conocer de las posibles disputas que puedan surgir en el marco de este desplazamiento.

4.1.1.1 El foro general en materia de responsabilidad parental en caso de cambio legal de la residencia habitual del menor

De entre ellas, uno de los interrogantes determinantes que surge en la práctica es la relativa a qué órganos jurisdiccionales son los competentes en materia de responsabilidad parental en caso de un cambio legal de la residencia habitual del menor. La respuesta evidente es que este supuesto se ubica dentro de la regla general del foro de la residencia habitual, simplemente, habrá que afirmar que son competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la nueva residencia habitual del menor. Para ello, de entrada, habrá que confirmar los elementos de hecho que permitan afirmar que se ha producido tal cambio en la residencia habitual del menor.

Sin embargo, y partiendo de la base de que esta cuestión esté clara, pueden surgir otro tipo de problemas. En particular, esta respuesta puede no ser tan automática en los casos en los que ya se haya iniciado algún tipo de procedimiento en materia de responsabilidad

parental en el Estado miembro de previa residencia habitual del menor, es decir, con anterioridad al cambio legal de su residencia habitual.

La respuesta a este potencial problema nos la ofrece, precisamente el principio de *perpetuatio iurisdictionis* o *perpetuatio fori* recogido en los Reglamentos Bruselas II bis y ter. En efecto, tanto el artículo 8 del Reglamento Bruselas II bis como el artículo 7 del nuevo Reglamento Bruselas II ter fijan temporalmente la concreción de la residencia habitual del menor en el momento en el que se inicia el asunto. Así, este último establece que: “*los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro serán competentes en materia de responsabilidad parental respecto de un menor que resida habitualmente en dicho Estado miembro en el momento en que se acuda al órgano jurisdiccional*”⁵⁴⁹. Según este principio, la competencia se determina en el momento en el que se presenta un asunto ante el órgano jurisdiccional del Estado miembro de residencia habitual del menor⁵⁵⁰. Y, consecuentemente, después de iniciado el asunto, aunque el menor cambie de residencia habitual, este cambio no afectará a la competencia judicial internacional asumida por el órgano jurisdiccional⁵⁵¹.

En este sentido, el TJUE, en su Sentencia de 22 de noviembre de 2010 en el asunto *Mercredi*, ha corroborado que la residencia habitual de menor debe determinarse en el momento en el que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional en cuestión, de conformidad con el artículo 8 del Reglamento Bruselas II bis, al explicitar que, “*debe observarse con carácter previo que, según el artículo 8, apartado 1, del Reglamento, la competencia del órgano jurisdiccional de un Estado miembro en materia de responsabilidad parental respecto a un menor que se traslada lícitamente a otro Estado miembro se determina conforme al criterio de la residencia habitual de ese menor en el momento en que se presenta el asunto ante el citado órgano jurisdiccional*”⁵⁵². En consecuencia, una vez iniciado un procedimiento en materia de responsabilidad parental en un Estado miembro, un

⁵⁴⁹ Mientras que en el art. 8 Reglamento Bruselas II bis se habla del “*momento en que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional*”, En el art. 7 del Reglamento Bruselas II ter cambia la terminología al “*momento en que se acuda al órgano jurisdiccional*”, ampliando, por lo tanto, el potencial elenco de materias abordadas por éste.

⁵⁵⁰ En palabras de Boer: “It is considered a principle of procedural law that a court may continue to exercise jurisdiction until it has rendered a judgment that is final and no longer open to appeal, even if in the meantime there has been a change in the circumstance on which jurisdiction was originally based”. DE BOER, T. M.: “What we should not expect ...”, *cit.*, p. 15.

⁵⁵¹ LIMANTE, A. y KUNDA, I.: “Jurisdiction in Parental Responsibility...”, *cit.*, p. 65.

⁵⁵² Asunto *Mercredi*, párr. 42.

posterior cambio legal de su residencia habitual no afectaría a la competencia judicial internacional del órgano jurisdiccional con vistas a la resolución de dicho procedimiento.

No obstante, en contraposición a esta solución aportada por el legislador de la UE, el Convenio de La Haya de 1996 proporciona un tratamiento diferenciado al cambio de residencia habitual del menor. En efecto, su artículo 5.2 señala taxativamente que “*en caso de cambio de la residencia habitual del niño a otro Estado contratante, son competentes las autoridades del Estado de la nueva residencia habitual*”. De forma que, en virtud del sistema convencional, las autoridades de la nueva residencia habitual del menor adquieren competencia desde el momento mismo del cambio, y consecuentemente, no entra en juego el principio *perpetuatio fori*⁵⁵³. Esta particularidad del Convenio de La Haya de 1996 es susceptible de generar problemas de articulación entre ambos instrumentos internacionales.

Precisamente, durante el proceso de reforma del Reglamento Bruselas II bis se apuntaron algunos problemas de articulación en este punto, sobre todo, en relación con los menores que se trasladan de un Estado miembro a un a un tercer Estado exclusivamente parte del Convenio de La Haya de 1996. En este caso, en virtud del artículo 8 del Reglamento Bruselas II bis los órganos jurisdiccionales del Estado miembro continuarían siendo competentes hasta la finalización del proceso, mientras que en virtud del artículo 5.2 del Convenio de La Haya de 1996 serían competentes las autoridades del Estado de nueva residencia habitual del menor⁵⁵⁴. Por este motivo, el diferente tratamiento entre la normativa de la UE y la convencional ha sido criticada por un sector de la doctrina, quienes han resaltado las potenciales consecuencias negativas de este principio en el funcionamiento del Reglamento Bruselas II bis, llevándolos a plantear, de cara a la reforma del texto reglamentario, si no una supresión del principio *perpetuatio fori*, al menos una flexibilización del mismo en ciertos casos⁵⁵⁵.

⁵⁵³ En este sentido BORRÁS RODRÍGUEZ, A.: “Article 9. Continuing jurisdiction...”, *cit.*, p. 117; AAVV: *International Issues in Family Law...*, *cit.*, p. 33; LOWE, N. y NICHOLLS QC, M.: *The 1996 Hague Convention...*, *cit.*, p. 38; VARA PARRA, J.J.: “El interés del menor en los foros de ...”, *cit.*, p. 815; DE BOER, T. M.: “What we should *not* expect ...”, *cit.*, p. 15.

⁵⁵⁴ En detalle sobre esta problemática CAMPUZANO DÍAZ, B.: “El nuevo Reglamento ...”, *cit.*, p. 109.

⁵⁵⁵ Muy crítico con este sistema es de Boer, quién entiende que el legislador de la UE introdujo el principio *perpetuatio fori* pensando en desplazamientos intra-europeos, no desplazamientos con terceros Estados. Sobre todo, en este grupo de casos, el autor entiende que se pueden producir consecuencias negativas para el interés del menor y del criterio de proximidad. Fundamentalmente, el riesgo de procedimientos paralelos y la denegación del reconocimiento y ejecución de la eventual sentencia del Estado miembro de la UE. DE BOER,

En relación con la regla sobre *perpetuatio iurisdictionis*, y quizá motivada precisamente por esta disparidad entre la respuesta reglamentaria y convencional, la Propuesta de la Comisión de 2016 pretendió introducir una modificación sustancial afectando a los supuestos en los que se produce un cambio legal de la residencia habitual del menor. Así, se incorporó el siguiente texto al borrador del precepto relativo a la regla general de la residencia habitual: “*cuando un menor cambie legalmente de residencia de un Estado miembro a otro y adquiera una nueva residencia habitual en este último, serán competentes las autoridades del Estado miembro de la nueva residencia habitual*”⁵⁵⁶. Esta nueva alusión, que careció de mañana, hubiera tenido un importante impacto sobre el alcance de la Jurisdicción del órgano jurisdiccional de la antigua residencia habitual del menor⁵⁵⁷, además de haber matizado el principio de *perpetuatio iurisdictionis* tal y como venía interpretándose hasta el momento, por parte del propio TJUE, recordemos el mencionado asunto *Mercredi*, la solución recogida el Reglamento Bruselas II bis.

En línea con esta proposición, y con el objeto de ratificar esta posición con mayor rotundidad, en el Considerando 15 de la Propuesta de la Comisión de 2016 se establecía que la competencia debe seguir al menor “*cuando aún no haya causas pendientes, y también en las causas pendientes*”, desvirtuando consiguientemente, y de forma evidente, el paradigma del principio de *perpetuatio iurisdictionis* mantenido hasta el momento por el TJUE. El Considerando continuaba señalando que “*cuando haya una causa pendiente, las partes podrán acordar, en aras de la eficacia de la justicia, que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que se esté sustanciando el procedimiento conserven su competencia hasta que se haya dictado una resolución definitiva, siempre que esto redunde en el interés superior del niño. Esta posibilidad reviste una particular importancia cuando el procedimiento esté cercano a su conclusión y uno de los progenitores desee trasladar su domicilio a otro Estado miembro con el menor*”⁵⁵⁸.

T. M.: “What we should *not* expect ...”, *cit.*, pp. 15 -18. Igualmente, VAN LOON, H.: “The Brussels IIa Regulation: towards a review?”, *cit.*, p. 192.

⁵⁵⁶ COMISIÓN EUROPEA: “Propuesta...”, *cit.*, p. 39.

⁵⁵⁷ Así lo afirma RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “La refundición del Reglamento Bruselas II bis: de nuevo sobre la función del Derecho Internacional privado europeo”, *Revista Española de Derecho Internacional*, v. 69, n.º 1, 2017, p. 158.

⁵⁵⁸ COMISIÓN EUROPEA: “Propuesta...”, *cit.*, Considerando 15.

Consecuentemente, y con independencia del valor indicativo con que cuentan los Considerandos de los instrumentos europeos, este Considerando vendría a dejar a la autonomía de la voluntad de las partes la decisión sobre la transferencia o no de la competencia a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de nueva residencia habitual del menor, aunque limitada a que aparezca justificada en aras al interés superior del menor.

Algunos autores apuntaron el carácter positivo de la Propuesta de la Comisión de 2016 en relación con la transferencia de la competencia en caso de cambio legal de la residencia habitual del menor incluso en casos de existencia de una causa pendiente⁵⁵⁹. Y ello porque este cambio iría en consonancia con lo establecido en el artículo 5.2 del Convenio de La Haya de 1996, de forma que se estarían alineando las soluciones del Reglamento y del Convenio, evitando posibles conflictos⁵⁶⁰.

Sin embargo, frente a la postura rompedora de la Comisión, el Parlamento Europeo reaccionó ante las posibles implicaciones que podía conllevar la propuesta normativa en caso de que ya hubiera una causa pendiente en el momento en el que el menor cambia legalmente su residencia habitual. Para hacer frente a esta problemática, el Parlamento aceptó la enmienda tendente a añadir al texto de la Comisión la siguiente matización: *“a menos que las partes acuerden, antes del cambio de residencia, que sigan siendo competentes las autoridades del Estado miembro en el que el menor residía habitualmente hasta entonces”*⁵⁶¹. Lo que implicaba que también el Parlamento aceptaba el juego de la autonomía de la voluntad en la decisión de la determinación de la competencia en supuestos de un cambio legal en la residencia habitual del menor.

Adicionalmente, y dentro de todos estos cambios propuestos, el Parlamento Europeo propuso añadir un nuevo apartado en el artículo 7 de la Propuesta de la Comisión de 2016, haciendo referencia a los supuestos en los que ya se haya iniciado un proceso en materia de responsabilidad parental: *“en caso de causas pendientes en materia de derechos de custodia y visita, seguirán siendo competentes las autoridades del Estado miembro de*

⁵⁵⁹ Vid. RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “La refundición...”, *cit.*, p. 158.

⁵⁶⁰ *Ibidem*.

⁵⁶¹ Vid. PARLAMENTO EUROPEO: “Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta...”, *cit.*, enmienda 35.

*origen hasta la conclusión del proceso, a menos que las partes acuerden que se debe poner fin al proceso*⁵⁶².

Finalmente, en las enmiendas a los Considerandos de la Propuesta de la Comisión de 2016, el Parlamento muestra su preocupación frente a las posibles estrategias fraudulentas de las partes en supuestos de reubicación internacional de menores. Para evitar esta clase de conductas, establece que *“los procesos pendientes en materia de derechos de custodia y de visita deben concluirse por medio de una resolución definitiva para que las personas a quienes corresponda la custodia no lleven al menor a otro país con el fin de evitar así una resolución judicial desfavorable de una autoridad, a menos que las partes acuerden que se debe poner fin al proceso pendiente”*⁵⁶³. Rechazando, en consecuencia, la proposición de la Comisión de remitir la competencia a los Tribunales del Estado miembro de nueva residencia habitual del menor, a pesar de haberse iniciado un procedimiento en el Estado miembro de su anterior residencia habitual, aunque manteniendo en la autonomía de la voluntad de las partes la decisión final sobre la transferencia o no de la competencia.

Sin embargo, esta discrepancia entre las posturas de la Comisión y el Parlamento no se reflejó en la Propuesta de la Presidencia del Consejo de la UE de 2018 en la que simplemente se optó por mantener la regulación del Reglamento Bruselas II bis y, por tanto, no abordar los problemas de articulación en este punto con el Convenio de La Haya de 1996⁵⁶⁴.

No obstante, y aunque estas consideraciones no se han reflejado en el nuevo artículo 7 del Reglamento Bruselas II ter, finalmente en el texto definitivo sí se ha introducido un Considerando, el 21, que recoge una respuesta en relación con los supuestos de cambio legal de la residencia habitual del menor. Siguiendo la lógica de las propuestas del Parlamento, el Considerando sugiere una solución diferenciada en función de la existencia o no de una causa pendiente en el momento en el que se produce un cambio en la residencia habitual del menor, apuntando que:

⁵⁶² PARLAMENTO EUROPEO: “Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta...”, *cit.*, enmienda 36, relativa a la introducción de un apartado 1 bis en el art. 7.

⁵⁶³ *Ibid.*, enmienda 10.

⁵⁶⁴ PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE LA UE: “Orientación general ...”, *cit.*, art. 7.

1) Para aquellas situaciones en que no se ha iniciado ningún procedimiento en el Estado miembro en el que el menor tiene su residencia habitual antes del cambio de ésta, el legislador de la UE finalmente ha optado por trasladar la competencia al Estado miembro de nueva residencia habitual del menor. De forma que la competencia “sigue” al menor, solución que se justifica en aras del criterio de proximidad. Parece una opción acertada que clarifica una cuestión lógica pero que no aparecía expresamente recogida en el Reglamento Bruselas II bis⁵⁶⁵.

2) Por el contrario, si ya hay un procedimiento en curso en el Estado miembro de residencia habitual del menor – previo al traslado lícito -, los órganos jurisdiccionales de dicho Estado mantendrán la competencia hasta que el procedimiento haya concluido en una resolución definitiva o en otra forma, todo ello justificado en aras de “*la seguridad jurídica y la eficiencia de la justicia*”. Se rechaza, en consecuencia, la propuesta de la Comisión de trasladar la competencia a pesar de haber un procedimiento iniciado en el Estado miembro de antigua residencia habitual del menor. Y, a su vez, la posibilidad planteada de dejar en manos de la autonomía de la voluntad de las partes la opción de trasladar la competencia poniéndole fin al procedimiento en curso.

El legislador de la UE, empero, sí deja la puerta abierta a una posible transferencia de la competencia a pesar de la existencia de una causa pendiente. No obstante, a diferencia de lo que apuntaban las propuestas de la Comisión y del Parlamento, no deja esta facultad en manos del acuerdo de las partes sino del órgano jurisdiccional que está conociendo del asunto a transferir. Opción razonable que, sin embargo, se plasma en una redacción un tanto imprecisa susceptible de generar dudas futuras en torno a su interpretación. Efectivamente, el Considerando 21 del nuevo Reglamento Bruselas II ter señala literalmente que “*El órgano jurisdiccional en el que se esté sustanciando el procedimiento debe, no obstante, estar facultado en determinadas circunstancias para transferir la competencia al Estado miembro en el que el menor esté viviendo a raíz de un traslado lícito*”.

Del texto citado no se deducen con claridad cuáles podrían ser dichas “*determinadas circunstancias*”, y si, por ejemplo, una de ellas puede ser, tal y como apostaban las propuestas de la Comisión y el Parlamento, la autonomía de la voluntad de las

⁵⁶⁵ En este sentido CARPANETO, L.: “Impact of the Best Interests of the Child on the Brussels II ter...”, *cit.*, p. 275.

partes. O, adicionalmente, si se podrían incardinar en este punto las situaciones de traslado del menor a un Estado exclusivamente parte del Convenio de La Haya de 1996. En todo caso, es evidente es que esta última posibilidad de transferir la competencia vendría a matizar el tradicional principio de la *perpetuatio iurisdictionis*⁵⁶⁶, aunque, sin duda, de forma mucho menos acentuada que en las propuestas estudiadas.

Con todo, esta nueva referencia expresa, recogida en el mencionado Considerando 21 del Reglamento Bruselas II ter a la forma de proceder en caso de un cambio legal de residencia habitual de un menor debe ser acogida positivamente. Efectivamente, son muchas las familias internacionales que cambian su residencia habitual en el transcurso de su normal devenir, generándose potenciales problemas en la determinación de la competencia judicial internacional. En este sentido, no debe olvidarse igualmente la potencial utilización de la transferencia de la competencia de los artículos 15 del Reglamento Bruselas II bis y 12 y 13 del Reglamento Bruselas II ter⁵⁶⁷.

También parece acertada la postura final en relación con la existencia de una causa pendiente en el Estado miembro de anterior residencia habitual del menor. Como regla general, el mantenimiento de su competencia hasta que finalice el procedimiento, sin duda, dota de un estándar mínimo de seguridad jurídica y certeza a una situación compleja. Ahora bien, se considera igualmente adecuada la introducción de una cierta flexibilidad en esta regla general, permitiendo que en distintas circunstancias el órgano jurisdiccional que está conociendo del asunto esté facultado para transferir la competencia.

Sin embargo, finalmente el nuevo Reglamento Bruselas II ter no ha solucionado, directamente, el problema de articulación con el Convenio de La Haya de 1996. En este sentido, mientras que algunos autores entienden que se ha desperdiciado una oportunidad de

⁵⁶⁶ Vid. HONORATI, C.: “La proposta di revisione del regolamento bruxelles II-bis: Più tutela per i minori e più efficacia nell'Esecuzione delle decisioni”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, v. 52, n.º 2, 2017, p. 251.

⁵⁶⁷ Recalca la importancia que puede jugar este foro en estos casos GANDÍA SELLENS, M. A.: “El Régimen Europeo de responsabilidad parental: su funcionamiento y las principales propuestas de cambio a raíz de la modificación del Reglamento Bruselas II bis”, *LA LEY Derecho de familia*, n.º 17, 2018, pp. 2 y 3.

alinearse ambos instrumentos⁵⁶⁸, quizá la respuesta adoptada alcance un adecuado equilibrio entre seguridad jurídica y flexibilidad⁵⁶⁹.

No obstante, la redacción final de esta excepción, como apuntamos, ha quedado recogido en un Considerando -no en el articulado-, cuyo valor, insistimos, es muy reducido, y, además, su redacción resulta demasiado imprecisa, sin determinar claramente a qué circunstancias se refiere, y, en consecuencia, minando la inicial seguridad jurídica que se deriva del taxativo inicio del tenor Considerando.

Veremos sí en la futura aplicación del Reglamento esta cuestión suscita problemas y qué respuesta nos ofrece el TJUE y, por ende, el grado de relevancia otorgado al Considerando que, insistimos, no cuenta con valor jurídico, y donde se coloca aquello respecto de lo que no se alcanza acuerdo para colocarlo en el articulado. Sin restarle importancia a la introducción de esta aclaración, los cambios en la residencia habitual de un menor – y de su familia – seguirán generando problemas potenciales en la práctica, puesto que no siempre es sencillo determinar si una familia internacional ha modificado su residencia habitual, y en caso afirmativo, tampoco es fácil asegurar que dicho cambio se ha producido con el consentimiento de todos los titulares de la responsabilidad afectados por tal cambio. En definitiva, el órgano jurisdiccional al que se le plantee la cuestión de transferir – o establecer su competencia- porque se ha producido un cambio legal en la residencia habitual del menor, deberá ser especialmente escrupuloso y examinar rigurosamente la legalidad de dicho cambio⁵⁷⁰.

⁵⁶⁸ En esta línea, desde el proceso de reforma: DE BOER, T. M.: “What we should *not* expect ...”, *cit.*, pp. 15-18; VAN LOON, H.: “The Brussels IIa Regulation: towards a review?”, *cit.*, p. 192; RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “La refundición...”, *cit.*, p. 156; RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “El nuevo Reglamento (UE) 2019/1111 en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores”, *LA LEY Derecho de familia*, n.º 26, 2020, p. 5.

⁵⁶⁹ En esta línea, Campuzano Díaz entiende que la modificación del foro general del art. 7 del Reglamento Bruselas II ter podría haber supuesto un factor adicional de inseguridad jurídica, y por tanto, concluye que el legislador de la UE ha priorizado la seguridad jurídica en la aplicación del foro general, frente a la opción de mejorar la articulación con el Convenio de La Haya de 1996. Y que, en todo caso, la problemática surgida en estos casos quizá podría solucionarse con los mecanismos flexibilizadores tanto del Reglamento como del Convenio de La Haya de 1996, en particular, la transferencia de la competencia. CAMPUZANO DÍAZ, B.: “El nuevo Reglamento ...”, *cit.*, pp. 110-111.

⁵⁷⁰ Advierte de esta necesidad de rigor del Juez HONORATI, C.: “La propuesta ...”, *cit.*, p. 251.

4.1.1.2 El foro en materia de derechos de visita en caso de un cambio legal de la residencia habitual del menor

Como hemos apuntado hasta el momento, se considera prudente que la competencia judicial en materia de responsabilidad parental acompañe al menor en caso de un cambio legal de su residencia habitual. Sin embargo, también resulta lógico que, cuando el propio cambio suscite alguna controversia entre los titulares de la responsabilidad parental, tal controversia pueda ser dirimida en el Estado miembro anterior al cambio de residencia. En concreto, un cambio lícito de la residencia habitual del menor es muy probable que desencadene una solicitud de modificación de los derechos de visita.

Efectivamente, en el supuesto de que uno de los titulares de la responsabilidad parental no se traslade junto con el menor al lugar de nueva residencia habitual, quizá requiera de una adaptación de los derechos de visita a esta nueva situación, con vistas a asegurar su disfrute efectivo y pleno de éstos. En este supuesto específico y bastante habitual en la práctica, que este progenitor deba acudir a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la nueva residencia habitual del menor, con objeto de adaptar tales derechos de visita no parece que resulte la opción más lógica. Derechos de visita que, además, seguramente hayan sido decididos por los órganos jurisdiccionales del Estado de antigua residencia habitual del menor, en el que permanece dicho progenitor⁵⁷¹.

El Reglamento Bruselas II bis ofrece una respuesta específica para estos supuestos, frecuentemente planteados en la práctica. El artículo 9 del citado texto mantiene anclada la competencia judicial internacional en materia de los derechos de visita en el Estado miembro de la antigua residencia habitual del menor durante los tres meses siguientes a su traslado, siempre que el titular de estos derechos de visita continúe teniendo su residencia habitual en dicho Estado miembro. Con ello, el texto reglamentario salvaguarda los derechos del titular de los derechos de visita, permitiéndole litigar en el Estado en el que reside, frente a un cambio de las circunstancias como es el traslado de la residencia habitual del menor. Ciertamente, este precepto es innovador respecto al Convenio de La Haya de 1996, en el que, como hemos visto, en caso de cambio legal de la residencia habitual del menor, el artículo 5.2 del mismo transfiere la competencia directamente a los órganos jurisdiccionales

⁵⁷¹ En este sentido BORRÁS RODRÍGUEZ, A.: “Article 9. Continuing jurisdiction...”, *cit.*, p. 118.

del nuevo Estado. Por consiguiente, en el caso de que el menor se trasladara a un Estado exclusivamente parte del Convenio de La Haya de 1996 el titular del derecho de visita no dispondría de esta posibilidad⁵⁷².

En el mismo sentido que su predecesor, el Reglamento Bruselas II ter recoge el mantenimiento de la competencia en materia de derechos de visita en su artículo 8. Este precepto reproduce el mismo texto que el Reglamento Bruselas II bis con tan solo una pequeña, pero relevante, modificación relativa al sujeto legitimado para modificar la resolución en materia de derechos de visita. Mientras que el artículo 9 del Reglamento Bruselas II bis habla del “*titular del derecho de visita con arreglo a la resolución judicial sobre el derecho de visita*”, el artículo 8 del Reglamento Bruselas II ter cambia la terminología a “*la persona a la que la resolución ha concedido el derecho de visita*”, ampliándolo, por tanto, a otros posibles interesados como, por ejemplo, los abuelos u otros familiares del menor que hayan podido obtener derechos de visita⁵⁷³.

Adicionalmente, por tanto, el artículo 8 del Reglamento Bruselas II ter, en línea con el Reglamento Bruselas II bis, plasma el principio de la *perpetuatio jurisdictionis*, manteniendo la competencia en favor de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de antigua residencia habitual del menor para que se puedan modificar los derechos de visita de éste. No obstante, este principio se ve sometido, al igual que ocurría en su predecesor, a tres condiciones muy delimitadas de naturaleza diversa:

1) En primer lugar, se introduce un requisito temporal, concretado en la presentación de la solicitud en el transcurso de un máximo de tres meses desde que el menor haya cambiado la residencia⁵⁷⁴.

⁵⁷² En este sentido CAMPUZANO DÍAZ, B.: “El nuevo Reglamento ...”, *cit.*, p. 107.

⁵⁷³ Esta modificación ha sido introducida a finales del proceso de reforma, puesto que ni el texto de la Comisión ni el del Parlamento Europeo hacían referencia a esta cuestión.

⁵⁷⁴ Vid. Art. 9.1 del Reglamento Bruselas II bis y 8.1 del Reglamento Bruselas II ter. Un ejemplo en el que dicho requisito se considera incumplido es la SAP de Asturias 56/2018, de 23.5.2018, ECLI:ES:APO:2018:641A: “*Esta excepción a la regla general recoge por tanto una perpetuatio iurisdictionis de los Tribunales del Estado de la anterior residencia habitual si bien limitada en el tiempo a los 3 meses siguientes al cambio de residencia, razón por la cual, como acertadamente razona la Juez de primera instancia, se trata de una regla que no resulta aplicable al caso examinado al haber transcurrido ampliamente dicho plazo desde finales del 2013 en que tuvo lugar el traslado de la residencia a Portugal hasta la presentación de la demanda que nos ocupa*” (F.J. 2º). Igualmente, entiende que no concurren los requisitos del art. 9 la anteriormente citada SAP de Madrid 276/2020, de 27.5.2020: “*Desde entonces, los menores residen allí con la madre, y allí están escolarizados, estando fijadas unas visitas y estancias con el padre. Ese traslado, lícito en consecuencia, avoca a la aplicación de lo dispuesto en el art. 9 del R. UE 2210/2003 que señala que*

2) En segundo lugar, se requiere la presencia de un requisito espacial, consistente en la exigencia de que el titular del derecho de visita siga residiendo habitualmente en el Estado miembro de previa residencia habitual del menor⁵⁷⁵.

3) Y, por último, un requisito subjetivo, según el cual el titular de los derechos de visita se podrá acoger al foro del artículo 9.2 del Reglamento siempre que no haya aceptado la competencia del Estado miembro de la nueva residencia habitual del menor⁵⁷⁶.

A estos requisitos se añaden dos presupuestos sobre los que se asienta el precepto:

1) En primer lugar, que se produzca un cambio legal de la residencia habitual del menor de un Estado miembro de la UE a otro.

2) Así como, en segundo lugar, la existencia de una previa resolución judicial sobre los derechos de visita del menor, emitida por los órganos jurisdiccionales de antigua residencia habitual del menor⁵⁷⁷.

Correlativamente, y como consecuencia del mandato del artículo 9 del Reglamento Bruselas II ter, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de nueva residencia habitual del menor no podrán ser competentes en materia de derechos de visita mientras se cumplan los requisitos citados⁵⁷⁸.

" cuando un menor cambie legalmente de residencia de un Estado miembro a otro y adquiera una nueva residencia habitual en este último, los 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 dictado 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" Conforme al Reglamento, existe una perpetuatio iurisdictionis de la jurisdicción española durante un límite temporal de tres meses, siempre que el titular del derecho de visita continúe residiendo en España, y éste no haya aceptado la competencia del Estado miembro de la nueva residencia habitual. Con ello se evita que el progenitor no custodio tenga que desplazarse a otro Estado, en este caso, Bélgica, para instar una modificación de medidas, para lo cual se le da ese plazo de tres meses, siempre que no se someta expresamente a los Tribunales de la nueva residencia del menor, en cuyo caso, no se aplicaría tal excepción conforme al párrafo 2 de dicho precepto.

Así pues, los Tribunales españoles siguieron siendo competentes durante los tres meses siguientes al cambio de residencia, esto es, hasta el 1 de diciembre de 2016, si el cambio se produjo en la fecha señalada en la resolución judicial. A partir de la fecha resultante, la competencia para la modificación corresponde a los Tribunales belgas, por ser el lugar de la residencia habitual de los niños”(F.J. 2º).

⁵⁷⁵ Vid. Art. 9.1 del Reglamento Bruselas II bis y 8.1 del Reglamento Bruselas II ter.

⁵⁷⁶ ESPINOSA CALABUIG, R.: *Custodia y visita de menores...*, cit., p. 131 y QUIÑONES ESCÁMEZ, A.: “Nuevas normas comunitarias en materia de responsabilidad parental (Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 27.11.2003)”, *InDret*, n.º 4, 2004, p. 7.

⁵⁷⁷ De ello advierte LIMANTE, A. y KUNDA, I.: “Jurisdiction in Parental Responsibility ...”, cit., p. 84.

⁵⁷⁸ En este sentido, y como ejemplo de la aplicación de este foro por parte de los Tribunales españoles, se pronuncia la SAP de Barcelona 352/2017, de 7.4.2017, ECLI: ES:APB:2017:3937.

La finalidad de este precepto es, como se intuye fácilmente, la de aportar respuestas previsibles y ciertas a la modificación del régimen de visitas como consecuencia, precisamente, del cambio de residencia habitual del menor. La política subyacente en el artículo 9 del Reglamento de 2019 -en línea con el mandato del artículo 8 del Reglamento Bruselas II bis- es animar a los titulares de la responsabilidad parental del menor a adaptar los derechos de visita a la nueva situación, preferiblemente, antes del traslado del menor, y, en caso de no ser capaces de llegar a un entendimiento, plantear la cuestión ante el órgano jurisdiccional que dictó la resolución en materia de responsabilidad parental, y que, por tanto, conoce el asunto⁵⁷⁹. De esta forma, se garantiza al titular de los derechos de visita que pueda solicitar la adaptación del régimen de visitas a la nueva situación sin tener que litigar en un Estado miembro distinto al de su residencia habitual⁵⁸⁰.

El foro no es inocuo y no ha estado exento de debate. En los primeros momentos de aplicación del Reglamento Bruselas II bis, se llegó a plantear la idoneidad o justificación de este foro si atendemos, exclusivamente, a una perspectiva articulada sobre la protección de los intereses del menor, ya que es fácilmente visible que este foro está dirigido, *a priori*, a proteger los intereses del progenitor titular de los derechos de visita, siguiendo esta norma una finalidad comunitaria de facilitar el ejercicio de los derechos de visita ⁵⁸¹. Ahora bien, sin negar que esto sea cierto, no tiene por qué concluirse que no se está protegiendo el interés del menor. Más bien al contrario, el principio del interés superior del menor también se identifica, por supuesto, por la protección y garantía de uno de los derechos fundamentales del menor como es su derecho a mantener relaciones con ambos progenitores, derecho recogido en el artículo 18 del Convenio sobre los Derechos del Niño:

⁵⁷⁹ COMISIÓN EUROPEA: “Guía práctica para la aplicación del nuevo “Reglamento Bruselas II bis”, p. 28. Versión *on line* disponible en http://publications.europa.eu/resource/cellar/f7d39509-3f10-4ae2-b993-53ac6b9f93ed.0007.01/DOC_1, último acceso el 10.3.2020.

⁵⁸⁰ *Ibid.*, p. 28.

⁵⁸¹ Así se expone en VARA PARRA, J.J.: “El interés del menor en los foros de ...”, *cit.*, pp. 814 y 815; RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “El nuevo Reglamento Comunitario ...”, *cit.*, p. 7.

4.1.2 Segunda situación: la protección del foro general de la residencia habitual del menor en supuestos de sustracción internacional de menores

Como señalamos con anterioridad, el foro general de la residencia habitual del menor se ve alterado, con mayor o menor intensidad, en aquellos supuestos en los que se produce un traslado de éste. El impacto en la regla general difiere según se trate de una situación de traslado legal -a las que hemos referido hasta el momento- o ilegal. Por su propia naturaleza la trascendencia de esta última situación es especialmente relevante y cuenta con una incidencia directa en la conformación del foro en materia de responsabilidad parental.

Hasta el momento hemos estado refiriéndonos a situaciones en las que se producía un cambio legal en la residencia habitual del menor. Se ha observado como estos supuestos son susceptibles de generar cuestiones en la praxis que necesitan de un marco legal que prevea tales situaciones. Pero, si profundizamos en la materia, y entramos a valorar aquellas situaciones en las que se produce un traslado o retención ilícita del menor, esto es, con infracción de los derechos de custodia del menor⁵⁸², los problemas crecen exponencialmente en complejidad y relevancia.

La sustracción internacional de menores cuenta con una problemática especial desde el punto de vista social y sistémico⁵⁸³. Los graves problemas que objetivamente genera en relación con el menor se ven acentuados por el hecho de que en relación con su regulación interactúan distintos textos legales de naturaleza, origen y ámbito diverso. El legislador europeo es consciente de ello y le ha llevado a introducir normas en materia de sustracción internacional de menores en el Reglamento Bruselas II bis, que aparecen igualmente mantenidas en el nuevo Reglamento Bruselas II ter.

Los Reglamentos Bruselas II bis y ter prevén un foro específico para estos casos. Este foro, al igual que el resto de normas en materia de sustracción internacional de menores previstas en su día en el Reglamento Bruselas II bis, y ahora recogidos en el nuevo texto de 2019, es el resultado de un compromiso político al que se llegó durante el proceso de elaboración del texto reglamentario, entre aquellos Estados miembros partidarios de regular

⁵⁸² Vid. art. 2.11 del Reglamento Bruselas II bis, igualmente, art. 2.11 del Reglamento Bruselas II ter.

⁵⁸³ Sobre los efectos negativos de la sustracción internacional de menores vid., entre otros, LORENTE MARTÍNEZ, I.: *Sustracción internacional de menores. Estudio jurisprudencial, práctico y crítico*, Dykinson – Universidad de Murcia, Madrid, 2019, pp. 14 y ss.

de forma específica la sustracción internacional de menores entre Estados miembros de la UE, y aquellos otros que entendían que la regulación existente –esencialmente, el Convenio de La Haya de 1980– era suficiente para hacer frente a este tipo de situaciones⁵⁸⁴. Finalmente, se llegó a esta solución de compromiso que, en materia de determinación de la competencia judicial internacional, se traduce en un refuerzo de la competencia del Estado miembro de origen –Estado de residencia habitual del menor anterior al traslado o retención ilícita-. Y en la cesión de la competencia en favor de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro requerido –Estado en el que se encuentra el menor ilícitamente– solo tras la concurrencia de unos requisitos muy estrictos⁵⁸⁵.

Consecuentemente, este foro en materia de sustracción internacional de menores, más que una excepción al foro general de la residencia habitual del menor, debe entenderse como un fortalecimiento de éste; esto es, como una forma de asegurar la protección o garantía del menor por parte de los órganos jurisdiccionales de su residencia habitual. En muchas ocasiones, el progenitor sustractor busca trasladar a, o retener a los menores en otro Estado con el objetivo de burlar la competencia de los Tribunales del Estado de residencia habitual de los menores – anterior a la sustracción ilícita-. Sobre todo, cuando considere que en este nuevo país en el que se encuentra puede conseguir una resolución más beneficiosa en materia de responsabilidad parental.

Esta forma de actuar es habitual en aquellos progenitores que retornan al Estado de su nacionalidad, y piensan que el resultado del proceso en su lugar de origen puede ser más beneficioso en cuanto a los derechos de custodia. O, por ejemplo, en cuanto al permiso para que los menores residan en un nuevo Estado, cuestión que hubiera sido potencialmente más difícil –o así lo consideran los progenitores sustractores- si se hubiera litigado en el Estado de residencia habitual de los menores que, en muchas ocasiones, además, puede coincidir con el de la nacionalidad del otro progenitor⁵⁸⁶. De esta manera, la finalidad del foro recogido en el Reglamento Bruselas II bis es desincentivar a los progenitores de llevar a

⁵⁸⁴ Sobre este proceso vid. VAN LOON, H.: “The Brussels IIa Regulation: towards a review?”, *cit.*, p. 185 y MCELEAVY, P.: “The new Child Abduction Regime in the European Union: Symbolic Relationship or Forced Partnership?”, *Journal of Private International Law*, v. 1, n.º 1, 2005, pp. 5-34.

⁵⁸⁵ LENAERTS, K.: “The best interest of the child always come first...”, *cit.*, p. 1312.

⁵⁸⁶ Por descontado, la motivación de cada sustractor es muy variable y dependerá del caso concreto. En este sentido BEAUMONT, P. y MCELEAVY, P.: *The Hague Convention on International Child Abduction*, Oxford University Press, Oxford, 1999, p. 11.

cabo sustracciones de menores con la única motivación de modificar, por la vía de hecho, los órganos jurisdiccionales competentes para decidir sobre la responsabilidad parental del menor⁵⁸⁷.

Con este objetivo, el artículo 10 del Reglamento Bruselas II bis -reproducido en el artículo 9 del Reglamento Bruselas II ter en términos prácticamente idénticos- procede a reforzar el foro general de la residencia habitual del menor en casos de sustracción internacional de menores, a través de la reinterpretación del criterio de la residencia habitual. Evitando, principalmente, como hemos apuntado, que un mero traslado o retención ilícita implique un cambio de la residencia habitual del menor⁵⁸⁸.

De esta suerte, los preceptos señalados diseñan un sistema de doble competencia con una regla general seguida de dos excepciones: la regla general consiste, precisamente, en el mantenimiento de la competencia en favor de los órganos jurisdiccionales del Estado de residencia habitual del menor, seguida de dos excepciones en las que se permite el cambio de la jurisdicción en favor de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la nueva residencia habitual del menor, siempre que se cumplan unos requisitos muy tasados.

Este sistema no está redactado de forma novedosa por parte del legislador de la UE, sino que está directamente inspirado por los textos del Convenio de La Haya de 1980 y el Convenio de La Haya de 1996. Por ello, se afirma que el Reglamento Bruselas II bis adopta una vía continuista respecto al mecanismo de cooperación establecido en el Convenio de La Haya de 1980 que, a su vez, es tomado como base para la redacción del foro de competencia judicial internacional recogido en el Convenio de La Haya de 1996.

Partiendo del Convenio de La Haya de 1980, éste diseña un mecanismo de cooperación entre autoridades basado en la obligación por parte de las autoridades del Estado contratante en el que se encuentra el menor ilícitamente de ordenar el retorno inmediato del

⁵⁸⁷ Al igual que el objetivo de desincentivar la sustracción de menores es propio del Convenio de La Haya de 1980. En este sentido vid. JIMÉNEZ BLANCO, P.: *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 16 y ss.

⁵⁸⁸ En palabras de Jiménez Blanco: “El art. 10 del Reglamento no está destinado a configurar nuevas reglas de competencia cuando se producen sustracciones intracomunitarias, sino a administrar correctamente el foro de la residencia habitual con vistas a evitar beneficios del secuestrador...”. *Ibid.*, p. 174.

menor como regla general⁵⁸⁹. Además, esta obligación general viene completada por una serie de excepciones tasadas en las que se permite denegar su retorno⁵⁹⁰.

El sistema competencial articulado en el Reglamento Bruselas II bis y ter encaja plenamente con el sistema convencional de La Haya de 1980, sobre todo, en el juego entre la regla general y las excepciones. En el caso del Convenio, para resolver sobre el retorno o no del menor, en el caso del Reglamento, para fijar el cambio o no de competencia judicial internacional en un supuesto de sustracción internacional de menores. Esta similitud también se refleja en el Convenio de La Haya de 1996, cuyo artículo 7, recoge en términos similares la regla general de mantenimiento de la competencia en favor de los órganos jurisdiccionales del Estado de residencia habitual del menor anterior al traslado o retención ilícita, acompañada de ciertas condiciones que permiten la modificación de tal competencia en caso de un cambio de residencia habitual del menor⁵⁹¹.

Recordemos que el Convenio de La Haya de 1980 no contiene normas de competencia judicial internacional, ya que opta por un sistema de cooperación internacional entre autoridades centrales. Lo anterior viene exceptuado por la denominada competencia judicial implícita -o negativa- derivada del artículo 16 del Convenio⁵⁹². En virtud de este precepto, las autoridades del Estado contratante al que ha sido trasladado o retenido ilícitamente el menor no podrán decidir sobre el fondo del derecho de custodia, a no ser que se decida el no retorno del menor en virtud del Convenio o haya transcurrido un tiempo razonable. Es por esta razón que la previsión de una norma específica de competencia para

⁵⁸⁹ Art. 12 del Convenio de La Haya de 1980: “*Artículo 12: Cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el artículo 3 y, en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado contratante donde se halle el menor, hubiera transcurrido un periodo inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor.* La autoridad judicial o administrativa, aún en el caso de que se hubieren iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un año a que se hace referencia en el párrafo precedente, ordenará asimismo la restitución del menor salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente. Cuando la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido tenga razones para creer que el menor ha sido trasladado a otro Estado, podrá suspender el procedimiento o rechazar la solicitud de retorno del menor.”

⁵⁹⁰ Vid. arts. 12, 13 y 20 del Convenio de La Haya de 1980.

⁵⁹¹ Al respecto, vid. PATAUT, E.: “Article 10. Jurisdiction in cases of child abduction”, en MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P. (eds.): *cit.*, p. 124. Vid. art. 7 del Convenio de La Haya de 1996.

⁵⁹² Art. 16 del Convenio de La Haya de 1980: “*Después de haber sido informadas de un traslado o retención ilícitos de un menor en el sentido previsto en el artículo 3, las autoridades judiciales o administrativas del Estado contratante a donde haya sido trasladado el menor o donde esté retenido ilícitamente, no decidirán sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que no se reúnen las condiciones del presente Convenio para la restitución del menor o hasta que haya transcurrido un periodo de tiempo razonable sin que se haya presentado una solicitud en virtud de este Convenio.*”

supuestos de sustracción internacional de menores tanto del régimen convencional como del institucional es una de las principales innovaciones en esta materia respecto al sistema diseñado por el Convenio.

Para un encuadre de las soluciones dentro del modelo, resulta interesante aproximar con detalle el funcionamiento, tanto de la regla general, como de las dos excepciones mencionadas, con independencia de la referencia específica a la sustracción internacional de menores que incorporamos en el *Capítulo Cuarto* de esta Tesis.

4.1.2.1 La salvaguarda del foro general de la residencia habitual del menor en los supuestos de sustracción internacional de menores: el interés superior del menor en abstracto

Tal y como se ha tenido oportunidad de introducir, el artículo 10 del Reglamento Bruselas II bis –y el nuevo artículo 9 del Reglamento Bruselas II ter- refuerzan la regla general de la competencia en favor de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de residencia habitual del menor anterior a su retención o traslado ilícito. Esta potestad solo se extinguirá cuando el menor haya adquirido una residencia habitual en otro Estado miembro. Por tanto, los mencionados preceptos refuerzan la regla general del artículo 8 del Reglamento Bruselas II bis y 7 del Reglamento Bruselas II ter –el llamado “Juez de origen”-, impidiendo que se desvirtúe la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental (la llamada competencia sobre el “fondo del asunto”) a través de un traslado o retención ilícito⁵⁹³. En otras palabras, en virtud de ambos preceptos un traslado o retención ilícita de un menor no afectaría a la determinación Tribunal competente, salvo en ciertas circunstancias muy tasadas⁵⁹⁴.

Consecuentemente, los artículos 10 del Reglamento Bruselas II bis y 9 del Bruselas II ter impiden, expresamente, que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que se encuentra el menor ilícitamente resuelvan sobre cuestiones relativas a la responsabilidad parental del menor afectado. En el caso de que se plantee un procedimiento de retorno, de conformidad con el Convenio de La Haya de 1980, en el Estado miembro en el que se

⁵⁹³ LOWE, N., EVERAL QC, M. y NICHOLLS, M.: *The New Brussels II Regulation. A supplement to International Movement of Children*, Family Law, Bristol, 2005, p. 18.

⁵⁹⁴ HONORATI, C. y LIMANTE, A.: “Jurisdiction in Child Abduction Proceedings (Article 10, 11)”, en HONORATI, C. (ed.): *Jurisdiction in...*, cit., p. 105.

encuentra ilícitamente el menor, los órganos jurisdiccionales de este Estado deberán limitarse a pronunciarse sobre el retorno o no del menor, en base a la regla general y a las excepciones del texto convencional, tal y como queda complementado por los Reglamentos Bruselas II bis y ter⁵⁹⁵. Sin embargo, no deberán entrar a valorar el fondo del asunto en materia de responsabilidad parental, ya que, como decimos, dicha competencia la mantiene el órgano jurisdiccional de residencia habitual del menor anterior a la sustracción ilícita.

Esta situación ha sido valorada por el TJUE que ha procedido a corroborar esta solución en el ATJUE de 10 de abril de 2018, en el asunto C-85/18 PPU, CV⁵⁹⁶, (en adelante asunto CV), confirmando que el órgano jurisdiccional de un Estado miembro en el que se encuentra ilícitamente el menor no es competente para conocer de una demanda sobre la custodia del menor, a falta de toda indicación de que el otro progenitor haya dado su conformidad con el traslado del menor o no haya presentado demanda de restitución de este último: *“el artículo 10 del Reglamento n° 2201/2003 y el artículo 3 del Reglamento n° 4/2009 deben interpretarse en el sentido de que, en una situación como la del litigio principal, en la que un menor que tenía su residencia habitual en un Estado miembro haya sido trasladado ilícitamente por uno de sus progenitores a otro Estado miembro, los órganos jurisdiccionales de ese otro Estado miembro no son competentes para pronunciarse sobre una demanda relativa al derecho de custodia o a la fijación de una pensión alimenticia respecto de dicho menor, a falta de toda indicación de que el otro progenitor haya dado su conformidad con el traslado del menor o no haya presentado demanda de restitución de este último”*⁵⁹⁷.

4.1.2.2 Excepciones que permiten modificar la residencia habitual del menor aún partiendo de un supuesto de sustracción internacional de menores: en búsqueda del interés superior del menor en el caso concreto

A pesar de que la finalidad principal del artículo 10 del Reglamento Bruselas II bis –artículo 9 del nuevo texto reglamentario- es reforzar la competencia en favor de los órganos jurisdiccionales de residencia habitual del menor con carácter previo al traslado o retención

⁵⁹⁵ Al respecto vid. *infra* Cap. Cuarto.

⁵⁹⁶ ECLI:EU:C:2018:220.

⁵⁹⁷ Asunto CV, párr. 57.

ilícita, el mismo precepto deja abierta, seguidamente, la posibilidad de que se produzca una alteración en la residencia habitual del menor, que conlleve, a su vez, un cambio en el Tribunal competente en materia de responsabilidad parental. En otras palabras, se permite, en circunstancias muy tasadas y en aras a asegurar un cierto grado de flexibilidad de las soluciones diseñadas, que un traslado o retención inicialmente ilícito, en cierta forma, se consolide, y desencadene un cambio en la residencia habitual del menor que suponga, además, un cambio de competencia sobre el fondo.

El legislador de la UE, en el proceso de reforma del Reglamento Bruselas II bis, no se ha planteado modificar esta lógica de una regla general acompañada de ciertas excepciones. Sin embargo, sí se debe, al menos, dejar apuntado que esta no es la única opción que se ha llegado a barajar para regular esta cuestión. Un ejemplo de ello es la antigua Propuesta de modificación del Reglamento presentada en mayo de 2002⁵⁹⁸, previa a la aprobación del Reglamento Bruselas II bis. Esta Propuesta apostaba por reconocer la competencia exclusiva del Juez del Estado miembro de origen respecto a la decisión de retorno (o no) del menor, atribuyendo al Juez de destino exclusivamente la competencia para dictar medidas provisionales de protección. Sin embargo, finalmente esta vía fue rechazada⁵⁹⁹.

El sistema recogido en los Reglamentos de Bruselas II bis y ter, articulados sobre una regla general y ciertas excepciones, tiene como objeto, en lo relativo a la excepción en materia de sustracción de menores, flexibilizar la respuesta aportada mediante un reparto de competencias entre los dos Estados miembros potencialmente afectados por una sustracción de menores⁶⁰⁰. De manera que, a pesar de que en primera instancia este foro de competencia judicial internacional responda a la finalidad de luchar contra la sustracción internacional de menores, identificándose con ello con la mejor forma de proteger el interés superior del menor en la generalidad de los casos, ante ciertas circunstancias justificadas, finalmente cede y permite una valoración del principio del interés superior del menor y de su protección en el caso concreto.

⁵⁹⁸ Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental derogando el Reglamento (CE) no 1347/2000 y modificando el Reglamento (CE) no 44/2001 en materia de alimentos, (2002/C 203 E/27) COM(2002) 222 final — 2002/0110(CNS) (Presentada por la Comisión el 3 de mayo de 2002).

⁵⁹⁹ Vid. ESPINOSA CALABUIG, R.: *Custodia y visita de menores...*, cit., p. 266.

⁶⁰⁰ JIMÉNEZ BLANCO, P.: *Litigios sobre la custodia y sustracción...*, cit, p. 169.

Dicho de otra forma, los artículos 10 del Reglamento Bruselas II bis y 9 del Bruselas II ter, buscan encontrar el equilibrio entre la finalidad de desincentivar los supuestos de sustracción internacional de menores – y evitar el fomento del *forum shopping*- y el criterio de proximidad que, recordemos, aconseja que sean los órganos jurisdiccionales más cercanos al menor los que tengan la competencia en materia de responsabilidad parental⁶⁰¹.

Así, ambos Reglamentos atribuyen la competencia en materia de responsabilidad parental a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor ha sido trasladado o retenido –inicialmente de forma ilícita–, siempre que el menor haya adquirido en este lugar su nueva residencia habitual y, además, concurren una de las dos situaciones previstas por los artículos 10 y 9, respectivamente, de los Reglamentos Bruselas II bis y ter, que exigen la reunión de ciertos requisitos tanto sustantivos como temporales⁶⁰². Por tanto, la mera adquisición de una nueva residencia habitual no constituiría, por sí sola, una justificación para la transferencia de la competencia en favor de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que se encuentra ilícitamente el menor.

Ambos textos abordan, de esta forma, dos situaciones distintas:

1) En primer lugar, ambos preceptos prevén aquellas situaciones en que el menor ha adquirido la residencia habitual en el Estado miembro en el que ahora se encuentra y todos los titulares del derecho de custodia han dado su conformidad a dicho traslado: “*toda persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia haya dado su conformidad al traslado o a la retención*”⁶⁰³.

Lógicamente, si todos los responsables del derecho de custodia –recordemos, entendido como el derecho a decidir sobre la residencia habitual del menor – están de acuerdo en el traslado, éste dejará de tener el carácter de ilícito y será posible la convalidación de la situación por la vía amistosa. El problema en la práctica residirá en cómo garantizar la validez del consentimiento del progenitor no sustractor.

2) Junto a ello, en segundo lugar, y de forma alternativa al anterior, los artículos 9.b) y 10.b) de los Reglamentos de Bruselas II ter y bis, respectivamente, plantean la situación en la que el menor ha adquirido la residencia habitual en el Estado miembro en el

⁶⁰¹ HONORATI, C. y LIMANTE, A.: “Jurisdiction in Child Abduction Proceedings...”, *cit.*, p. 106.

⁶⁰² JIMÉNEZ BLANCO, P.: *Litigios sobre la custodia y sustracción...*, *cit.*, p. 170.

⁶⁰³ Art. 10.a) Reglamento Bruselas II bis y art. 9.a) Reglamento Bruselas II ter.

que se encuentra ilícitamente tras haber residido en dicho Estado miembro como mínimo un año desde que el titular de la custodia tuvo o pudo tener conocimiento del paradero del menor. Habiéndose integrado el menor en su nuevo entorno y, además, se cumple alguna de las condiciones objetivas mencionadas en el precepto, esencialmente, relacionadas con la inactividad del progenitor no sustractor: “o bien, b) 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”, siempre, eso sí, que se cumplan ciertas condiciones previstas por ambos preceptos. En consecuencia, para poder transferir la competencia en esta segunda situación será imprescindible la concurrencia de ciertos requisitos previstos en ambos preceptos:

A) Primero, que haya transcurrido el plazo de al menos un año desde que el titular de la custodia haya tenido o hubiera debido tener conocimiento del paradero del menor. Así, esta situación está pensando en la realidad del menor, ya que un año constituye un lapso temporal bastante razonable para que éste ya haya podido integrarse en su nuevo medio. Y, por tanto, el principio del interés superior del menor y el criterio de proximidad aconsejen transferir la competencia al nuevo Estado miembro, a pesar de haberse originado el traslado por una acción ilícita de un progenitor⁶⁰⁴.

B) Ahora bien, como precisan los artículos 10.b) del Reglamento Bruselas II bis y 9.b) del Bruselas II ter, no basta con el requisito temporal del transcurso de un año, sino que debe concurrir un segundo requisito sustantivo: probar que el menor está integrado en el nuevo medio. Esta noción es un concepto jurídico indeterminado por lo que será el juzgador quién deba dilucidar, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, si el menor está efectivamente integrado en este nuevo medio.

C) Junto a ello, los mencionados preceptos de ambos Reglamentos -10.b) y 9.b), respectivamente, del Bruselas II bis y ter- añaden la existencia de una cierta inactividad del progenitor no sustractor en la activación de los mecanismos legales para solicitar el retorno del menor, o una actividad infructuosa. En relación con ello, el Reglamento Bruselas II bis

⁶⁰⁴ Arts. 10.b) del Reglamento Bruselas II bis y 9.b) del Bruselas II ter.

prevé explícitamente cuatro situaciones, que –ahora- han sido ligeramente modificadas por el Reglamento Bruselas II ter. En concreto, dichas condiciones son:

a) Que en dicho plazo no se haya presentado una demanda de restitución del menor ante la autoridad judicial del Estado miembro en donde se encuentre éste⁶⁰⁵.

b) Que el titular del derecho de custodia haya desistido de la demanda presentada, sin interponer otra en el plazo antes indicado⁶⁰⁶.

c) Que se haya archivado la demanda de restitución del menor que se hubiere presentado, al amparo del artículo 11.7), ante el órgano jurisdiccional del Estado miembro de la residencia habitual del menor inmediatamente antes de la sustracción o traslado⁶⁰⁷. La redacción de esta condición ha sido ligeramente modificada en el artículo 9 del Reglamento Bruselas II ter, en los siguientes términos: *“iii) que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro haya denegado una demanda de restitución presentada por el titular del derecho de custodia por motivos distintos de los contemplados en el artículo 13, apartado 1, letra b), o el artículo 13, apartado 2, del Convenio de La Haya de 1980 y que la resolución ya no sea susceptible de recurso ordinario”*⁶⁰⁸.

d) Que dichos órganos jurisdiccionales hubieren dictado una resolución sobre la custodia que no implique la restitución del menor⁶⁰⁹. En relación con este punto, la STJUE de 1 de julio de 2010, en el asunto C-211/10 PPU, *Povse*⁶¹⁰, (en adelante asunto *Povse*), el TJUE clarificó que la resolución sobre la custodia que no implique la restitución del menor debe ser necesariamente una resolución definitiva dictada por los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de origen y en tal sentido: *“el artículo 10, letra b), inciso iv), del Reglamento debe interpretarse en el sentido de que una medida provisional no constituye una «resolución sobre la custodia que no implique la restitución del menor», a efectos de la citada disposición, y no puede servir de fundamento para transferir la competencia a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro al que el menor ha sido trasladado ilícitamente”*⁶¹¹.

⁶⁰⁵ Art. 10 b) i) del Reglamento Bruselas II bis y art. 9 b) i) del Reglamento Bruselas II ter.

⁶⁰⁶ Art. 10 b) ii) del Reglamento Bruselas II bis y art. 9 b) ii) del Reglamento Bruselas II ter.

⁶⁰⁷ Art. 10 b) iii) del Reglamento Bruselas II bis.

⁶⁰⁸ Art. 9 b) iii) del Reglamento Bruselas II ter. Negrita nuestra.

⁶⁰⁹ Art. 10 b) iv) del Reglamento Bruselas II bis y art. 9 b) v) del Reglamento Bruselas II ter.

⁶¹⁰ ECLI:EU:C:2010:400.

⁶¹¹ Asunto *Povse*, párr. 47.

e) A estas cuatro situaciones, previstas en el artículo 10 del Reglamento Bruselas II bis, hay que añadir una condicional adicional introducida *ex novo* en el artículo 9 del Reglamento Bruselas II ter: “*que no se haya acudido a ningún órgano jurisdiccional según lo dispuesto en el artículo 29, apartados 3 y 5, en el Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos*”⁶¹².

En definitiva, el artículo 10 del Reglamento Bruselas II bis, al igual que hace el 9 del Bruselas II ter, permite, de forma condicionada, la transferencia de la competencia en materia de responsabilidad parental al órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que el menor se encuentra tras acceder al mismo de forma ilícita. Con ello, se pretende reforzar la competencia del órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen, pero con ciertas excepciones a favor del órgano jurisdiccional del Estado miembro de destino⁶¹³. Esto supone *de facto* una confirmación del acto ilícito protagonizado por el progenitor sustractor, desvirtuando, en cierto sentido, la lógica general de desincentivar y mitigar los casos de sustracción internacional de menores, aunque para ello se atiende, en última instancia, al interés de un menor que ahora se encuentra integrado en una realidad social y familiar distinta. Atendida la relevancia de este dato, es evidente, por tanto, que este cambio de competencia solo producirse si se dan razones objetivas de gran calado y plenamente probadas y justificadas y, además, partiendo de una interpretación restrictiva al estar concebido el cambio de la competencia como la excepción a la regla general⁶¹⁴. De lo contrario, todo el sistema se pondría en riesgo, debilitando el foro general de la residencia habitual del menor.

Y son precisamente diversas y objetivas las razones de peso que se recogen en la solución articulada. Razones que vienen a mostrar la realidad de que el menor tiene su nuevo centro de vida y de intereses en el Estado miembro en el que se encuentra ilícitamente. Esta condición restrictiva de la opción diseñada se patentiza, y refuerza, no solo con la exigencia de la adquisición de la residencia habitual del menor, sino también con el requisito del transcurso mínimo de un año, de la integración efectiva del menor en el nuevo medio, así

⁶¹² Art. 9 b) iv) del Reglamento Bruselas II ter.

⁶¹³ Vid. REIG FABADO, I.: “Incidencia del Reglamento 2201/2003 en materia de sustracción internacional de menores: interacción con el Convenio de La Haya de 1980”, en LLORIA GARCÍA, P. (dir.): *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar*, Iustel, Madrid, 2008, p. 231.

⁶¹⁴ Así lo señaló expresamente el TJUE en el asunto *Povse*, párr. 45.

como de los requisitos que aseguran que el progenitor no sustractor no ha solicitado –o ha solicitado infructuosamente– su retorno. Todas estas condiciones patentizarían el cambio, como decíamos, del centro de vida del menor y, por ende, tanto el principio del interés superior del menor como el principio de proximidad estarían respaldando tal transferencia de la competencia: buscando que el órgano jurisdiccional sea el más cercano a la realidad del menor.

Sin embargo, en la práctica, y al igual que sucede en el Convenio de La Haya de 1996 y el Convenio de La Haya de 1980, que emplean términos muy parecidos, no será tan sencillo delimitar algunos de los conceptos tan difusos y vagos empleados, especialmente el de la integración en el nuevo medio del menor, que requerirá de un análisis caso por caso. O también, una vez más, justificar que el menor ha adquirido una nueva residencia habitual⁶¹⁵. A pesar de ello, este criterio de competencia ha funcionado correctamente, en términos generales, en la práctica, en parte, seguramente, por estar en sintonía con los mecanismos previstos en los instrumentos convencionales de la Conferencia de La Haya⁶¹⁶.

4.1.2.3 La problemática en torno a la competencia para decidir sobre el retorno o no del menor en un supuesto de sustracción internacional de menores

La finalidad y el funcionamiento del foro previsto en caso de un traslado o retención ilícita ha quedado plenamente esclarecido. Fundamentalmente, este foro está orientado a proteger el criterio general de competencia establecido en el Reglamento en favor de los órganos jurisdiccionales de la residencia habitual del menor. No obstante, el Reglamento Bruselas II bis no aclara quién tiene competencia para conocer del procedimiento específico en materia de sustracción internacional de menores: la decisión sobre si el menor debe o no retornar al Estado miembro de su residencia habitual previa al traslado o retención ilícita que, además, se tomará de conformidad con el Convenio de La Haya de 1980.

⁶¹⁵ Para un análisis en profundidad sobre los supuestos de no restitución del art. 10 del Reglamento Bruselas II bis y su vinculación al Convenio de La Haya de 1980 y al Convenio de La Haya de 1996 vid. JIMÉNEZ BLANCO, P.: *Litigios sobre la custodia y sustracción...*, cit, pp. 181 y ss.

⁶¹⁶ Ello no empece, sin embargo, a que en su praxis se haya detectado una incorrecta aplicación del sistema, que algunos autores atribuyen a una cierta falta de confianza mutua entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE al dilucidar cuál de ellos es el competente en un caso concreto. FORCADA MIRANDA, J.: *Sustracción internacional de menores y mediación familiar*, cit., p. 70.

Efectivamente, en los supuestos de sustracción internacional de menores, tradicionalmente se ha distinguido tajantemente entre el procedimiento sobre el fondo del derecho de custodia del menor – sobre la responsabilidad parental-, y el procedimiento de retorno del menor. Esta distinción se remonta al sistema configurado por el Convenio de La Haya de 1980, el cual recoge un mecanismo de cooperación que centra su objeto únicamente en la decisión sobre el retorno o no del menor, dejando expresamente excluidas las cuestiones relativas al fondo de los derechos de custodia. Se entiende que ante un supuesto de traslado o retención ilícita, la regla general será que el Estado en el que se encuentra ilícitamente el menor ordenará su retorno en el menor tiempo posible; y, posteriormente, las cuestiones en torno a los derechos de custodia se decidirán, en su caso, en el Estado de residencia habitual del menor.

Sabiendo que el Reglamento Bruselas II bis toma como referencia al Convenio de La Haya de 1980, y estructura sus soluciones intra-UE sobre su sistema, en las normas de competencia judicial internacional del Reglamento Bruselas II bis, y también en las del Reglamento Bruselas II ter, se echa en falta una referencia expresa sobre qué Tribunales de la UE son competentes para conocer, precisamente, de una solicitud de retorno del menor tras un traslado o retención ilícita, basada en el Convenio de La Haya de 1980.

Reflexionando sobre esta cuestión, surgen dudas respecto a si el foro del artículo 10 del Reglamento Bruselas II bis – 9 del ter-, que refuerza la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de residencia habitual del menor, incluye en su ámbito material esta decisión sobre el retorno del menor. E, igualmente, sobre si existe –o debería existir- una competencia expresa en favor de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que se encuentra ilícitamente el menor para decidir sobre su retorno. Conviene que aproximemos ambas cuestiones.

A. Análisis de la competencia de los órganos jurisdiccionales de residencia habitual del menor anterior al traslado o retención ilícita

El foro previsto para supuestos de sustracción internacional de menores responde adecuadamente a la filosofía de protección del foro de la residencia habitual del menor. Sin embargo, hay un punto que el texto reglamentario parece no aclarar de manera suficiente, siendo susceptible de suscitar importantes dudas en torno al contenido y alcance del

mencionado foro. La problemática sería la siguiente: el artículo 10 del Reglamento Bruselas II bis, y en los mismos términos el artículo 9 del Reglamento Bruselas II ter, se refieren en genérico a la “*competencia en caso de sustracción de menores*”. No obstante, no se aclara expresamente si esta competencia en materia de sustracción de menores se está refiriendo, en general, a la responsabilidad parental, o, con carácter específico, a la decisión sobre el retorno del menor, o a una combinación de ambas, suscitando una potencial duda terminológica. De forma que podrían plantearse al menos tres opciones diversas al abordar su interpretación:

1) En primer lugar, cabría asumir que el precepto hace referencia a la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental entendida en su totalidad – o competencia sobre el fondo del asunto -. Esto es, tal y como es concebida por la regla general del artículo 8 del Reglamento Bruselas II bis – y 7 del Reglamento Bruselas II ter-.

2) Junto a ello, en segundo lugar, otra posibilidad sería entender que el precepto se refiere a la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental, pero excluyendo potencialmente de este ámbito la competencia para decidir sobre el retorno del menor.

3) También cabría la posibilidad de considerar que el precepto estuviera refiriéndose exclusivamente a la competencia para decidir sobre el retorno del menor. De hecho, un sector de la doctrina entiende que el foro del artículo 10 del Reglamento Bruselas II bis, y, por lo tanto, también el 9 del Reglamento Bruselas II ter, se refiere a la competencia para decidir sobre el retorno o no del menor⁶¹⁷.

Estas tres posibilidades reflejan, por tanto, la ambigüedad del Reglamento en este ámbito. Al aproximarlas, la primera de ellas, es decir, que el foro se refiera a la responsabilidad parental, es la que más se ajusta al tenor literal del precepto. En este sentido, el artículo 10 del Reglamento Bruselas II bis, al igual que hace el artículo 9 del Bruselas II ter, señala que “*los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que residía*

⁶¹⁷ En esta línea ESPINOSA CALABUIG, R.: *Custodia y visita de menores...*, cit., p. 139. “Partiendo de la definición del traslado ilícito resulta esencial la concreción del Tribunal que será competente para declarar si en efecto dicho traslado puede ser calificado como ilícito y, sobre todo, para ordenar, en su caso, la restitución del menor al país del que fue ilícitamente trasladado. A este respecto, la regla general es la atribución de la competencia judicial internacional a los Tribunales de la residencia habitual del menor anterior a la comisión del secuestro...”; y GUZMÁN PECES, M.: “Problemática en la coordinación de los instrumentos...”, cit., p. 497.

*habitualmente el menor inmediatamente antes del traslado o retención ilícitos **conservarán su competencia...***⁶¹⁸. Parece evidente que la utilización del verbo “conservar” no deja duda sobre la referencia a la competencia en materia de responsabilidad parental, esto es, a la conservación del foro general del artículo 8 del Reglamento Bruselas II bis -y del art. 7 del Bruselas II ter-⁶¹⁹. Así se deduce, además, de la Guía de aplicación del Reglamento Bruselas II bis, en la que se especifica que “*el artículo 10 asegura que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que el menor residía habitualmente inmediatamente antes del traslado o la retención ilícitos («Estado miembro de origen») **conserven su competencia para decidir sobre el fondo del asunto también a partir de ese momento***”⁶²⁰.

Una vez esclarecido que el artículo 10 del Reglamento Bruselas II bis -y, recordemos, también el 9 del Reglamento Bruselas II ter- referiría a la competencia en materia de responsabilidad parental, sigue persistiendo la duda de si este precepto incluye en su ámbito de aplicación la pregunta característica en materia de sustracción internacional de menores: la de si un determinado órgano jurisdiccional es competente para pronunciarse sobre el retorno – o no retorno de un menor – ante un traslado o retención ilícita. Esto es, no queda claro si la competencia para decidir sobre el retorno -o no- del menor queda comprendida en el mantenimiento del foro en materia de responsabilidad parental –o sobre el fondo del asunto– en favor de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de residencia habitual del menor, con carácter previo al traslado o retención ilícita. O si, por el contrario, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que se encuentra ilícitamente el menor pueden llegar a ser competentes, exclusivamente, para decidir sobre el retorno del menor.

En este sentido parece obvio que, si afirmamos que el artículo 10 del Reglamento Bruselas II bis – y 9 del ter- se está refiriendo a la competencia genérica en materia de

⁶¹⁸Negrita Nuestra.

⁶¹⁹ En este sentido también parece pronunciarse Borrás: “En el art. 10 se mantiene la competencia de las autoridades del Estado de residencia anterior al desplazamiento o retención hasta que no haya adquirido una nueva residencia habitual y concurren determinadas condiciones...”. BORRÁS, A.: “La sustracción internacional de menores: del Convenio de La Haya de 1980 al Reglamento Bruselas II ter”, en AA.VV.: *El Derecho Internacional privado ...*, cit., p. 171. E igualmente, Jiménez Blanco: “El art. 10 Reglamento 2201/2003 establece un reparto competencial entre los Tribunales de la residencia habitual anterior del menor y los Tribunales de la nueva residencia habitual, cuando ésta se ha adquirido como consecuencia de una sustracción intracomunitaria”. JIMÉNEZ BLANCO, P.: *Litigios sobre la custodia y sustracción...*, cit., p. 169.

⁶²⁰ COMISIÓN EUROPEA: “Guía práctica para la aplicación del nuevo “Reglamento Bruselas II bis”, cit., p. 49 (negrita nuestra).

responsabilidad parental, ésta también incluye la decisión sobre el retorno. Es decir, dentro del ámbito material de la competencia en materia de responsabilidad parental estaría necesariamente comprendida esa facultad para decidir sobre el retorno de un menor a su residencia habitual tras un traslado o retención ilícito⁶²¹. Esta afirmación estaría en consonancia con la finalidad del legislador de la UE de reforzar el papel del órgano jurisdiccional del Estado miembro de residencia habitual del menor, como Juez que tiene la última palabra de decidir sobre su responsabilidad parental, y sobre su retorno en supuestos de sustracción internacional de menores. Consecuentemente, esta opción encontraría respaldo tanto desde una interpretación sistemática de los foros como desde una interpretación finalista de los objetivos del Reglamento.

B. Análisis de la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que se encuentra ilícitamente el menor

Sin embargo, si trasladamos el foco de atención al Estado miembro en el que se encuentra ilícitamente el menor, queda abierta la cuestión de si el Reglamento Bruselas II bis -e igualmente, el Bruselas II ter- otorga competencia judicial internacional a sus órganos jurisdiccionales para decidir sobre el retorno -o no- del menor tras un traslado ilícito, según lo establecido en el Convenio de La Haya de 1980. Este punto afecta a la comprensión del modelo articulado por el Reglamento, ya que el texto reglamentario no se pronuncia expresamente al respecto.

Esta problemática se remonta a la propia lógica de funcionamiento del Convenio de La Haya de 1980. Recordemos que el Reglamento Bruselas II bis remite al Convenio de La Haya de 1980 para resolver los procedimientos de restitución de menores. De forma que este instrumento se aplica completado por lo establecido en el Reglamento Bruselas II bis. Por su parte, el Convenio de La Haya de 1980 no incorpora normas en materia de competencia judicial internacional, sino que opta por el diseño de un sistema de cooperación entre autoridades. Este sistema se basa, principalmente, en que los Estados contratantes asumen la obligación de que, como regla general, sus autoridades ordenen el retorno del

⁶²¹ En esta línea, Lorente Martínez habla de las normas de competencia judicial internacional para decidir sobre los derechos de custodia y visita del menor, que implican una decisión de retorno, incluyendo al art. 10 del Reglamento Bruselas II bis. LORENTE MARTÍNEZ, I.: *Sustracción internacional...*, cit., p. 217.

menor al lugar de su residencia habitual – previo a un traslado o retención ilícita -, siempre que no concurran una de las excepciones previstas. Pero, se insiste, es una obligación que asumen los Estados, no una norma de competencia judicial internacional⁶²².

El Reglamento Bruselas II bis diseña sus normas en materia de sustracción internacional de menores a partir del sistema del Convenio de La Haya de 1980. El artículo 11.1 del texto reglamentario comienza señalando que cuando se “*solicite a las autoridades competentes de un Estado miembro que se dicte una resolución con arreglo al Convenio de La Haya de 1980, con objeto de conseguir la restitución de un menor...*”. Concretamente, hace referencia al procedimiento de retorno del menor y a la posibilidad de que el órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que se encuentra ilícitamente el menor, aplicando el Convenio, dicte una resolución ordenando o no el retorno del menor.

En palabras de la propia Comisión Europea: “*el órgano jurisdiccional del Estado miembro requerido ante el que se presente una solicitud de restitución del menor aplicará el Convenio de La Haya de 1980 tal y como queda completado por el Reglamento*”⁶²³. Sin embargo, el artículo 11 del Reglamento Bruselas II bis no hace referencia expresa a la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que se encuentra ilícitamente el menor para decidir sobre el retorno – o no retorno del menor-. Si bien, es cierto que, desde el punto de vista sistemático, el artículo 11 del texto reglamentario está ubicado dentro de la Sección 2ª del Capítulo II, dedicada a la competencia en materia de responsabilidad parental. Por tanto, surge la duda de si, en virtud del Reglamento, se atribuye competencia a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que se encuentra ilícitamente el menor para decidir sobre su retorno, o si, por el contrario, dicha cuestión debe determinarse en función del Derecho interno de los Estados miembros.

Por su parte, el Reglamento Bruselas II ter no ha clarificado este aspecto, perdurando el silencio mantenido por el Reglamento Bruselas II bis en relación con esta cuestión. No obstante, desde el punto de vista sistemático sí se ha producido una modificación respecto al texto anterior. En el nuevo Reglamento de 2019 las previsiones relativas a la sustracción internacional de menores se encuentran en un Capítulo específico

⁶²² En profundidad sobre el sistema de fuentes en materia de sustracción internacional de menores y la relación entre el Reglamento Bruselas II bis y el Convenio de La Haya de 190 vid. *infra* Cap. Cuarto, ap. I.

⁶²³ COMISIÓN EUROPEA: “Guía práctica para la aplicación del nuevo “Reglamento Bruselas II bis””, *cit.*, p. 49.

fuera, por tanto, del Capítulo relativo a las normas de competencia⁶²⁴. Adicionalmente, se ha clarificado la relación entre el Reglamento y el Convenio de La Haya de 1980, aspecto que podría ayudar a resolver las dudas respecto de a qué se refiere el Reglamento cuando alude a la decisión sobre el retorno que toman los órganos jurisdiccionales del Estado requerido en virtud del Convenio de La Haya de 1980.

Concretamente, el artículo 22 del Reglamento Bruselas II ter indica que las normas en materia de sustracción internacional de menores del Reglamento “*serán de aplicación y complementarán el Convenio de la Haya de 1980 cuando una persona, institución u organismo que invoque una violación del derecho de custodia solicite, directamente o con la asistencia de una autoridad central, al órgano jurisdiccional de un Estado miembro que dicte con arreglo al Convenio de La Haya 1980 una resolución por la cual se ordene la restitución de un menor de dieciséis años que haya sido trasladado o retenido de forma ilícita en un Estado miembro distinto del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos*”.

Observamos cómo se sigue haciendo referencia a las resoluciones sobre el retorno del menor en aplicación del Convenio de La Haya de 1980 por el órgano jurisdiccional del Estado miembro requerido, pero sin hacer una mención expresa a la competencia judicial internacional de los mismos para conocer sobre este punto. Parece, pues, que el legislador de la UE está dando por supuesta tal competencia en favor de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro requerido. Si, efectivamente, esta es su postura, hubiera sido conveniente esclarecer esta cuestión en el nuevo Reglamento, introduciendo en el Capítulo relativo a las normas de competencia judicial internacional una referencia expresa a la competencia de los órganos jurisdiccionales ante los que se presenta una solicitud de retorno en virtud del Convenio de La Haya de 1980, para conocer exclusivamente sobre esta cuestión. Sin perjuicio de que la competencia sobre el fondo corresponda a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de residencia habitual anterior a la sustracción ilícita.

Como trasfondo de esta cuestión se encuentra la discusión en torno a si el procedimiento de retorno del menor establecido por el Convenio de La Haya de 1980 es una materia incluida en el concepto genérico de la responsabilidad parental del menor. Así

⁶²⁴ Vid. Cap. III del Reglamento Bruselas II ter.

debería ser, al tratarse de dos cuestiones indisolublemente ligadas. La sustracción internacional de menores es consecuencia de una infracción de los derechos de custodia del menor que se materializa con un cambio ilícito de su residencia habitual. Y ambas cuestiones están cubiertas por el concepto de responsabilidad parental.

Frente a esta postura, ciertos autores se decantan por afirmar que, legalmente, el procedimiento de retorno del menor del Convenio de La Haya de 1980 y la competencia judicial internacional sobre el fondo –en materia de responsabilidad parental– constituyen cuestiones completamente desconectadas e independientes⁶²⁵. Siguiendo esta interpretación, que quizá sea la que permita un entendimiento y una aplicación más sencilla del Reglamento, las decisiones sobre el retorno del menor no se incardinarían dentro del ámbito de aplicación de la materia de “responsabilidad parental” y, por tanto, la competencia judicial internacional en la materia no cubre estas cuestiones.

Sumado a lo anterior, cierto sector de la doctrina sí que hace referencia a la diferenciación entre la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental y la competencia para decidir sobre el retorno del menor tras un supuesto de traslado o retención ilícita. Y en tal sentido, entienden que el artículo 11 del Reglamento Bruselas II bis contiene las normas de competencia judicial para decidir sobre el retorno del menor⁶²⁶.

Sin embargo, el artículo 11 no parece concretar de forma expresa los Tribunales competentes en la materia, sino más bien diseña normas procesales destinadas a modular la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 que, recordemos una vez más, no recoge normas de competencia judicial internacional. Adicionalmente, se debe constatar que este argumento quizá ya no sea válido en el Reglamento Bruselas II ter, al haber extraído la referencia al procedimiento de retorno del menor del Capítulo relativo a la competencia judicial internacional y haberlo trasladado a un Capítulo independiente.

Lo cierto es que ambas interpretaciones tienen cabida dentro del Reglamento Bruselas II bis, visto el silencio que guarda al respecto de la competencia para decidir sobre el retorno del menor en virtud del Convenio de La Haya de 1980. Lo mismo puede afirmarse del Reglamento Bruselas II ter, con el matiz señalado respecto a la creación de un Capítulo independiente a las normas de competencia. En definitiva, se trata de una cuestión que parece

⁶²⁵ PATAUT, E.: “Article 10. Jurisdiction in cases of child abduction”, *cit.*, p. 123.

⁶²⁶ GANDÍA SELLENS, M. A.: “El Régimen Europeo...”, *cit.*, p. 3.

pasar desapercibida para el legislador de la UE, quién directamente da por supuesto que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros pueden conocer de solicitudes de retorno de conformidad con el Convenio de La Haya de 1980, pero sin establecer previamente su competencia a tal efecto. Una ausencia de visibilidad que se manifiesta de forma generalizada en la doctrina, que tampoco entra a valorar esta cuestión⁶²⁷.

Frente a esta aparente indiferencia, entendemos necesario abordar directamente esta problemática puesto que, de lo contrario, se añade un interrogante más al ya de por sí complicado régimen en materia de sustracción internacional de menores. El legislador de la UE ha perdido la oportunidad de clarificar esta cuestión en el nuevo texto reglamentario. La solución más sencilla hubiera sido optar por que el órgano jurisdiccional competente en materia de responsabilidad parental, por extensión, debe poder decidir sobre el retorno o no del menor en un caso de sustracción internacional de menores. Paralelamente, el Reglamento debería clarificar que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros tienen competencia para conocer de una solicitud de retorno de conformidad con el Convenio de La Haya de 1980. Cuestión que hubiera quedado resuelta con la introducción de un foro de competencia pensando específicamente en esta última situación.

4.2 Foros especiales en materia de responsabilidad parental: en búsqueda del interés superior del menor en el caso concreto

El modelo diseñado por el Reglamento en relación con la responsabilidad parental es amplio y complejo, plasmándose en una pluralidad de foros que intentan abordar, con carácter global, las distintas situaciones susceptibles de surgir en este sector. En tal sentido, junto al foro general de la residencia habitual del menor -y sus correlativas matizaciones-, se diseñan otros referentes a la responsabilidad parental, agrupados por su carácter especial y excepcional frente a aquel. Foros que ya no están centrados en la residencia habitual del menor -ni en un cambio de ésta-, que, recordemos, se identifica con el interés superior del menor *en abstracto*. Sino en situaciones excepcionales, que deben ser escrupulosamente

⁶²⁷ A título de ejemplo, Lorente Martínez denomina al mecanismo de retorno del Reglamento Bruselas II bis “acción de restitución directa del menor mediante alteración del Convenio de La Haya de 1980. Sin embargo, no entra a valorar la cuestión de la competencia. LORENTE MARTÍNEZ, I.: *Sustracción internacional...*, cit., p. 204.

justificadas en aras al aseguramiento del interés superior del menor en un determinado caso concreto. Por tanto, foros de competencia flexibles que buscan salvaguardar el respeto al principio del interés superior del menor *in concreto*.

Estamos, específicamente, ante el foro relativo a la elección de las partes, del foro relativo a la remisión a un órgano jurisdiccional mejor situado para conocer del asunto, y, por último, de dos foros residuales que actúan como cierre del sistema de competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental. Todos ellos comparten el hecho de estar basados en el principio de flexibilidad característico de las cuestiones en materia de responsabilidad parental, intentando aportar una respuesta adaptada a la complejidad intrínseca que presenta esta materia.

4.2.1 La autonomía de la voluntad en materia de responsabilidad parental: el interés superior del menor como límite

Un primer foro que actúa como excepción a la regla general de la residencia habitual del menor es el foro de la prórroga de la competencia o de elección de las partes. Este foro utiliza como criterio de determinación de la competencia a la autonomía de la voluntad de los titulares de la responsabilidad parental, permitiendo, en ciertos casos, litigar en un Tribunal distinto al de la residencia habitual del menor. De entrada, el foro plantea la siempre interesante cuestión de la necesaria reflexión sobre la pertinencia de la propia autonomía de la voluntad en Derecho de familia, para luego valorar, específicamente, la propia idoneidad de este foro en relación con la materia de la responsabilidad parental.

En la actualidad, la autonomía de la voluntad aparece dotada de un protagonismo creciente en el ámbito del Derecho de familia⁶²⁸. Tradicionalmente, en esta materia la elección de las partes respecto a los Tribunales competentes y la ley aplicable se presentó como muy restringida, cuando no prohibida. Sin embargo, actualmente encontramos una tendencia hacia una mayor apertura en este sentido, aunque siempre manteniendo ciertas

⁶²⁸ González Beilfuss habla de una “tendencia emergente” fruto, sobre todo, de los nuevos Reglamentos de familia de la UE, pero que, sin embargo, aún “no puede decirse que se trate de una facultad ampliamente admitida y mucho menos que haya alcanzado el rango de principio general”. GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: “Reflexiones en torno a la función de la autonomía de la voluntad conflictual en el Derecho internacional privado de familia”, *Revista Española de Derecho Internacional*, v. 72, n.º 1, 2020, pp. 101-102.

restricciones o condiciones, atendidas las peculiaridades de la materia y el interés público latente en muchos de sus ámbitos⁶²⁹.

Esta tendencia emergente, sin embargo, no ha resultado en el diseño de una regulación uniforme en este sector temático, más bien al contrario, ni en el plano internacional ni, tampoco, en el seno de ámbitos jurídicos integrados como pueda ser la UE. Así, por ejemplo, en las normas de DIPr de Familia de la UE la regulación de la autonomía de la voluntad es desigual. A título de ejemplo, el Reglamento Bruselas II bis no permite la elección de los cónyuges del Tribunal competente para resolver su crisis matrimonial, mientras que sí que permite la prórroga de la competencia en ciertos supuestos concretos en cuestiones de responsabilidad parental. Por su parte, el Reglamento 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 recoge un foro de sumisión, que sin embargo no podrá ser empleado cuando estén involucrados menores de edad⁶³⁰. La regulación también es diferente en materia de régimen económico matrimonial y de las parejas de hecho registradas⁶³¹.

Como decimos, esta disparidad en la respuesta jurídica se incrementa si tomamos en consideración, a su vez, los instrumentos de origen convencional. A título de ejemplo, y

⁶²⁹ Sobre la autonomía de la voluntad en Derecho de familia vid., entre otros: GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: *Party Autonomy in International Family Law*, Brill-Nijhoff, Leiden – Boston, 2020; JAYME, E.: “Party autonomy in International Family and Succession Law: New tendencies”, *Yearbook of Private International Law*, v. 11, 2009, pp. 1-10; GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: “The Role of Party Autonomy in Pursuing Coordination”, en VIARENGO, I. y VILLATA, F. (eds.): *Planning the Future ...*, cit., pp. 243-257; WALKER, L.: “Party Autonomy, Inconsistency and the Specific Characteristics of Family Law in the EU”, *Journal of Private International Law*, v. 14, n.º 2, 2018, pp. 225-261; DIAGO DIAGO, P.: “El matrimonio y su crisis ante los nuevos retos de la autonomía de la voluntad conflictual”, *Revista Española de Derecho Internacional*, v. 66, n.º 2, 2014, pp. 49-79; GRAY, J.: *Party Autonomy in EU Private International Law*, Intersentia, Cambridge – Antwerp – Chicago, 2021.

⁶³⁰ Vid. art. 4.3 del Reglamento 4/2009.

⁶³¹ Vid. Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104. En esta materia, vid., por todos, QUINZÁ REDONDO, P.: “La Unión Europea y el Régimen Económico Matrimonial: ¿Hacia dónde vamos?”, en GARCÍA ÁLVAREZ, L. y MARTÍN RODRÍGUEZ, J.M. (coords.): *El mercado único en la Unión Europea. Balance y perspectivas jurídico-políticas*, Dykinson, Madrid, 2019, pp. 71-80; IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G. (coords.): *Régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas en la Unión Europea. Comentarios a los Reglamentos (UE) nº 2016/1103 y 2016/1104*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019; PALAO MORENO, G.: “Los Reglamentos (UE) 2216/1103 y 2016/1104, por los que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la Ley aplicable, el reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales y en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas”, en INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT (ed. lit.): *Els Reglaments europeus i l'evolució del Dret català de contractes, família i successions*, Documenta Universitaria, Girona, 2019, pp. 147-180.

por todos, el Convenio de La Haya de 1996 no admite la autonomía de la voluntad en materia de la responsabilidad parental del menor⁶³².

La creciente complejidad existente en relación con el marco normativo de las familias transfronterizas constituiría un factor a argumentar en favor de la aceptación del juego de la autonomía de la voluntad en esta materia. La certeza y seguridad que aporta este criterio constituye un dato determinante a valorar⁶³³. Las respuestas aportadas, sin embargo, y como hemos visto, son dispares.

Focalizándonos en la UE y en relación, específicamente, con las normas de competencia judicial internacional, efectivamente, los Reglamentos de DIPr en materia de familia presentan foros de jurisdicción dispares y no siempre coherentes. En la práctica, esta fragmentación puede tener como consecuencia que una familia, ante una crisis matrimonial, deba resolver las distintas cuestiones jurídicas planteadas en relación con ella en distintos Estados miembros: el divorcio en sí, la responsabilidad parental del menor, el régimen económico matrimonial o las obligaciones de alimentos. Es evidente que para la realidad de una familia es mucho más recomendable concentrar la litigación de cuestiones conexas en un mismo Estado, algo que no necesariamente se logra a través de las respuestas normativas diseñadas. Frente a este riesgo de fragmentación y de potencial incoherencia en los planteamientos y soluciones aportadas, la elección de foro por las partes aparecería, de partida, y con todas las limitaciones que eventualmente se le pudieran incorporar, como una solución susceptible de proporcionar seguridad jurídica y certidumbre a las familias transfronterizas.

No todo son ventajas, sin embargo. Habiendo resaltado las bondades de la autonomía de la voluntad en el marco del Derecho de familia, no se deben dejar de lado los potenciales riesgos que posee la misma, derivados de las especiales características de la materia tratada, y de los intereses y valores en ella subyacentes. El correcto funcionamiento de la autonomía de la voluntad se basa sobre la presunción de la igualdad negocial de las

⁶³² Para un estudio en profundidad sobre la distinta aproximación de la regulación de la autonomía de la voluntad en sistema de DIPr de familia en la UE vid. WALKER, L.: “Party Autonomy, Inconsistency and ...”, *cit.*, pp. 227-240.

⁶³³ Así, por ejemplo, Diago Diago entiende que una mayor autonomía de la voluntad en el sector de la ley aplicable podría ayudar a la resolución de los “conflictos ocultos” en el marco del escenario del Islam en Europa. DIAGO DIAGO, P.: “El Islam en Europa y los conflictos ocultos en el ámbito familiar”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 30, 2015, pp. 2 y 23 y ss.

partes⁶³⁴. No obstante, a diferencia del Derecho contractual, en el marco de la familia las relaciones no son horizontales, ni están basadas en la independencia y la igualdad, sino que su nota característica es la interdependencia⁶³⁵. Las relaciones familiares se desarrollan en un contexto emocional caracterizado por la cooperación, el altruismo y la solidaridad⁶³⁶. Esta interdependencia, junto con los desequilibrios de poder, pueden impedir que un individuo actúe autónomamente. A ello habría que sumarle la dimensión del género que, entre otras cuestiones, plantea la problemática de las desigualdades estructurales en relación con el trabajo y el cuidado que implica⁶³⁷.

Por ello, frente al mito de la autonomía, se ha desarrollado la teoría de la vulnerabilidad⁶³⁸, con una especial relevancia, entre otros, en el ámbito del Derecho de familia: teoría que se focaliza en la función social de la familia y en su lógica interna. Esta teoría coloca en el centro el mundo de los cuidados, que tradicionalmente se han repartido de forma desigual por razones de género⁶³⁹. Sin entrar en la valoración de si la dedicación a las tareas de cuidado es una elección o un condicionamiento, esto “no legitima la injusticia que puede generarse en caso de ruptura familiar, pues esa dedicación no benefició únicamente al cuidador, sino a toda la familia y a la sociedad en general en la medida en que esta confía a la familia el cuidado de la dependencia”⁶⁴⁰. No obstante, en las relaciones familiares no se puede identificar una parte débil, ya que la vulnerabilidad no deriva de las partes sino de la propia naturaleza de la relación familiar⁶⁴¹.

⁶³⁴ Sobre la autonomía de la voluntad en este ámbito vid por todos PALAO MORENO, G.: “La autonomía de la voluntad y la resolución de las controversias privadas internacionales”, en PRATS ALBENTOSA, L. (coord.): *Autonomía de la voluntad en el derecho privado: Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado. V.5 (Derecho Internacional Privado e Interregional)*, Wolters Kluwer, Madrid, 2012, pp. 817-956.

⁶³⁵ Sobre la interdependencia en las relaciones familiares vid., entre otros, FINEMAN, M. A.: *The Autonomy Myth: A Theory of Dependency*, The New Press, 2005; BARLOW, A.: “Solidarity, autonomy and equality: mix messages for the family?”, *Child and Family Law Quarterly*, v. 27, 2015, pp. 223-235; SVERDRUP, T.: “Family, Solidarity and the Mind-set of Private Law”, *Child and Family Law Quarterly*, v. 27, 2015, pp. 237-247; GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: *Party Autonomy ...*, cit., p. 193 y ss.

⁶³⁶ WALKER, L.: “Party Autonomy, Inconsistency and...”, cit., pp. 244-245.

⁶³⁷ *Ibid.*, p. 247. En profundidad sobre los roles de género y su incidencia en la autonomía de la voluntad en Derecho de familia GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: *Party Autonomy ...*, cit., p. 201 y ss.

⁶³⁸ La teoría de la vulnerabilidad ha sido desarrollada por Fineman, M. A. FINEMAN, M. A.: *The Autonomy Myth: A Theory of Dependency*, The New Press, 2005; FINEMAN, M. A.: “Equality, Autonomy, and the Vulnerable subject in Law and Politics”, en FINEMAN, M. A. y GREAR, A.: *Vulnerability. Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics*, Ahgate, Bew York, 2013, pp. 13-27.

⁶³⁹ GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: “Reflexiones en torno a la función de la autonomía...”, cit., pp. 110 y ss.

⁶⁴⁰ *Ibid.*, pp. 110 y 111.

⁶⁴¹ *Ibid.*, p. 113.

Todas estas consideraciones han de trascender y contar con un impacto directo en el proceso de elaboración de las normas de DIPr en general, y al valorar el eventual papel susceptible de jugar por la autonomía de la voluntad en este ámbito, en particular. No obstante, las especiales características de las relaciones familiares no conllevan necesaria y directamente la prohibición de la autonomía de la voluntad, sino que conducen a favorecer el establecimiento de una regulación justa que pondere estas peculiaridades. En esta línea, ciertos autores proponen una autonomía de la voluntad “conjunta” o “consensuada” en el momento en el que el caso se presenta ante el Juez⁶⁴². Es una solución justa que impide que una parte se vea obligada por un pacto anterior acordado durante la relación sentimental, en la que las desigualdades de poder son más fuertes.

Realizada esta puntualización, todo lo señalado hasta el momento favorecería la aceptación de la autonomía de la voluntad como constituyendo un principio sobre el que articular la adecuada gestión de los conflictos en el ámbito de las relaciones familiares. Focalizándonos específicamente en la elección de foro en materia de responsabilidad parental, el juego de la autonomía de la voluntad en este ámbito aparecería plenamente justificada por razones de diversa naturaleza.

La autonomía de la voluntad en materia de responsabilidad parental encontraría una primera justificación en razones de economía procesal y de concentración de asuntos, que se rigen por la regla de la conexidad. Efectivamente, se considera beneficioso que ciertas materias concretas relacionadas entre sí se conozcan ante los Tribunales de un mismo Estado miembro. De lo contrario, se produciría el eventual fraccionamiento de la cuestión en distintos Estados miembros, pudiendo desembocar en resoluciones incompatibles. Con ello, además, se mantendría la política mantenida en otros instrumentos europeos en relación con esta misma idea de economía procesal⁶⁴³.

Directamente relacionado con el punto anterior, este foro de la autonomía de la voluntad estaría justificado, adicionalmente, desde la perspectiva del interés de las eventuales partes: los titulares de la responsabilidad parental. El pacto entre las partes permite reducir la incertidumbre provocada por la dispersión y fragmentación de las normas de DIPr en materia de Derecho de familia, concentrando todas las cuestiones conexas de una

⁶⁴² WALKER, L.: “Party Autonomy, Inconsistency and...”, *cit.*, pp. 250 y ss.

⁶⁴³ Al respecto, por ejemplo, vid. el Reglamento 4/2009 en materia de derecho de alimentos.

relación familiar ante un mismo órgano jurisdiccional, y facilitando, consecuentemente, la resolución del litigio. Ofreciéndoles, por lo tanto, un grado adicional de seguridad jurídica.

Ahora bien, una vez llegados a este punto, particularmente delicada es la cuestión de la admisibilidad de la autonomía de la voluntad en relación con asuntos que afectan a menores de edad. Concretamente, se debate si la autonomía de la voluntad en estos casos resultaría compatible con la salvaguarda del interés superior del menor como consideración que debe primar en todos los asuntos en los que se ve involucrada la figura de un menor. La duda que se suscita es la siguiente, si en todo asunto que afecta a un menor, debe tomarse como centro de gravedad a éste, y resolver en base a su interés superior, como se justifica la aceptación del juego de la autonomía de la voluntad de los titulares de la responsabilidad parental del menor.

La regla general del foro de la residencia habitual del menor en materia de responsabilidad parental se sustenta en la visión de este foro como aquel que mejor garantiza, en la generalidad de los casos, el principio del interés superior del menor, entendido en su vertiente de proximidad. La autonomía de la voluntad de los titulares de la responsabilidad parental rompe con esta lógica y supone una excepción/matización a ella. En efecto, el criterio de proximidad cede ante un pacto entre los progenitores del menor para litigar ante los órganos jurisdiccionales de un determinado Estado miembro, distinto al de la residencia habitual del menor. Un pacto en el que no necesariamente la salvaguarda del mencionado interés superior del menor puede constituir el objetivo último.

En tal sentido, la excepcionalidad del foro en este ámbito supone que la autonomía de la voluntad de los progenitores siempre deberá venir condicionada o justificada, en última instancia, en la mejor o más amplia protección de los intereses del menor afectado. De ahí que la elección de foro por los progenitores deberá ir acompañado de una exhaustiva justificación de las razones que llevan a considerar que el interés superior en dicho supuesto concreto recomienda alejarse del principio del interés superior en abstracto, identificado con la proximidad del foro de la residencia habitual del menor. En caso contrario, podría ser aplicado en exceso y sin justificación, poniendo en riesgo la mencionada lógica de protección del menor⁶⁴⁴. No obstante, en la práctica será difícil demostrar cuál es la

⁶⁴⁴ Vid. FONT i SEGURA, A.: “El progresivo avance...”, *cit.*, p. 289.

verdadera intención de los cónyuges al acogerse a este foro, así como justificar por qué este foro responde mejor al interés superior del menor, o, por el contrario, no lo hace.

Todo lo anterior conduce a afirmar que, en materia de responsabilidad parental, la autonomía de la voluntad de los progenitores vendrá siempre limitada por el propio principio del interés superior del menor en el caso concreto. Lo que, como siempre, conduce directamente a la pregunta de cómo se interpreta este principio en su función de límite de la elección de foro de los titulares de la responsabilidad parental y, la correlativa cuestión, de quién se encarga de realizar tal valoración, y de las consecuencias de no aceptar la elección formulada por las partes.

4.2.1.1 La prórroga de la competencia en el Reglamento Bruselas II bis: una tímida introducción de la autonomía de la voluntad en materia de responsabilidad parental

En el Reglamento Bruselas II bis la autonomía de la voluntad viene amparada en el su artículo 12, en términos de prórroga de la competencia. Excepcionalmente, el Reglamento permite en dos ocasiones la prórroga de la competencia en favor de los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro que no son los de la residencia habitual del menor, como consecuencia de un acuerdo entre los titulares de la responsabilidad parental. Un primer supuesto refiere a la conexidad con un procedimiento relativo a una crisis matrimonial, mientras que el segundo supuesto aborda la existencia de una vinculación estrecha del menor con el órgano jurisdiccional ante el que se ha planteado la demanda.

Consecuentemente, puede afirmarse que el Reglamento Bruselas II bis permite la autonomía de la voluntad, pero de forma muy limitada, justamente, para evitar un exceso de la aplicación de este foro en detrimento del general de la residencia habitual del menor. Precisamente por ello, los supuestos en los que se permite la prórroga de la competencia están muy acotados, buscando, fundamentalmente, que todos los responsables de la responsabilidad parental estén de acuerdo y, además, que esta prórroga beneficie siempre al menor, utilizando para ello distintos criterios que potencialmente conectan al menor con el Estado miembro en cuestión.

Significativamente, la regulación de la autonomía de la voluntad en el Reglamento Bruselas II ter presenta unos rasgos propios a los que referiremos tras analizar las soluciones recogidas en el texto de Bruselas II bis.

A. *La prórroga de la competencia en el ámbito de las causas matrimoniales vinculadas a responsabilidad parental*

Como primera manifestación del juego de la autonomía de la voluntad en este ámbito, el Reglamento Bruselas II bis prevé, en los apartados 1 y 2 de su artículo 12, la posibilidad de prorrogar la competencia en favor del órgano jurisdiccional del Estado miembro que está conociendo sobre una causa de separación, nulidad o divorcio, siempre que éste aparezca vinculado con una cuestión de responsabilidad parental.

El Reglamento cubre, así, un caso muy usual en la práctica diaria: fruto de una crisis matrimonial o de pareja, las partes desean resolver en un mismo Tribunal tanto las cuestiones referentes a la crisis matrimonial o de pareja como las relativas a la responsabilidad parental de los menores a cargo, junto con las cuestiones relativas a la obligación de alimentos. La relación de conexidad entre ambas cuestiones es evidente, y de ahí, la conveniencia de que se tramiten conjuntamente. Pensando, además, en las complicaciones que se pueden generar para una familia si se debe litigar en dos Estados distintos.

Consecuentemente, la principal finalidad de este foro es la concentración de procedimientos, y, en consecuencia, la búsqueda de una mayor economía procesal, tanto desde el punto de vista de la administración de justicia como de las partes⁶⁴⁵. Con ello, se estaría favoreciendo la reducción de la dispersión de litigios⁶⁴⁶, evitando procedimientos paralelos sobre cuestiones conexas y, la posible existencia de soluciones contradictorias. De esta manera, la intención del legislador de la UE es buscar un compromiso entre el foro de la residencia habitual del menor, aparentemente el más capacitado para satisfacer con mayor plenitud la búsqueda del interés superior del menor, y la conveniencia de que, al menos en determinados casos, se concentre la competencia para decidir ciertas cuestiones de la responsabilidad parental del menor que suelen surgir aparejados en los procedimientos relativos a las crisis matrimoniales⁶⁴⁷.

⁶⁴⁵ GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: “Prorogation of Jurisdiction (Article 12)”, en HONORATI, C. (ed.): *Jurisdiction in...*, cit., p. 186.

⁶⁴⁶ ESPINOSA CALABUIG, R.: *Custodia y visita de menores...*, cit., p. 150.

⁶⁴⁷ PATAUT, E.: “Article 12. Prorogation of jurisdiction”, en MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P. (eds.): cit., p. 151.

La búsqueda del equilibrio entre dos objetivos no equiparables y, tampoco, alternativos, en los que, además, no necesariamente aparecen involucrados los mismos intereses y expectativas, exige asegurar que el órgano jurisdiccional seleccionado cuente con una mínima conexión con el menor afectado en el caso concreto, en un intento de preservar la sustantividad y autonomía de sus intereses. En este sentido, para asegurarla, y más allá de la conexión razonable con los titulares de la responsabilidad parental, se exige, además, la concurrencia de ciertas condiciones previstas en el mencionado artículo 12.1 del Reglamento Bruselas II bis. En concreto, que:

1) Al menos uno de los cónyuges debe ejercer la responsabilidad parental sobre el menor.

2) Todos los titulares de la responsabilidad parental deben haber aceptado la competencia en el momento de someter el asunto ante el órgano jurisdiccional.

3) Además, la última condición exige que la competencia responda al interés superior del menor. Esta sería la condición de cierre que pretende asegurar que esta competencia se ejerce en protección o beneficio del menor y no por conveniencia exclusiva de los cónyuges.

La excepcionalidad de este foro se manifiesta adicionalmente en las causas de su cese previstas en el apartado 2 del artículo 12 del Reglamento Bruselas II bis. El precepto afirma de forma taxativa que la competencia ejercida en virtud del apartado 1 del precepto cesará en tres supuestos descritos por el propio precepto:

1) En cuanto sea firme la resolución estimatoria o desestimatoria de la demanda de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial, o

2) En cuanto sea firme una resolución sobre responsabilidad parental, en aquellos casos en que en el momento indicado en el apartado inmediatamente anterior aún estén en curso procedimientos relativos a la responsabilidad parental, o

3) En los dos casos anteriores, en cuanto hayan concluido los procedimientos por otras razones.

En concordancia con la finalidad apuntada anteriormente respecto a este foro, relativa a la concentración de procedimientos, este foro es recurrentemente empleado ante nuestros Tribunales para resolver procedimientos de responsabilidad parental vinculados a

una separación o divorcio, en las que, además, se solicita la respectiva obligación de alimentos de los menores a cargo. A título de ejemplo de la aplicación de este foro puede citarse la SAP de Barcelona 823/2019, de 2.12.2019⁶⁴⁸, la cual justifica su competencia en los siguientes términos: “*además, el artículo 12 del Reglamento permite la prórroga de la competencia a los Tribunales del estado miembro en que se ejerza la competencia con arreglo al artículo 3 a las cuestiones relativas a la responsabilidad parental vinculadas a dicha demanda cuando uno de los cónyuges ejerza la responsabilidad parental sobre el menor y la competencia haya sido aceptada expresamente o de cualquier forma inequívoca por los cónyuges o por los titulares de la responsabilidad parental en el momento de someter el asunto al órgano jurisdiccional y responda al **interés superior del menor**. Como aquí ha ocurrido aceptando ambas partes la competencia de los Tribunales Españoles*”⁶⁴⁹.

B. La prórroga de la competencia por vinculación estrecha del menor con un Estado miembro

La segunda situación de excepción a la regla general de la residencia habitual del menor prevista en el artículo 12.3 del Reglamento Bruselas II bis se refiere a la prórroga de la competencia en favor de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que se haya presentado un procedimiento distinto al relativo a las causas matrimoniales. Prórroga que, se subordina, de nuevo, al cumplimiento de una serie de condicionantes que vienen a garantizar que dicha competencia atiende a la preservación de los intereses del menor involucrado.

1) En primer lugar, el Reglamento exige que el menor esté estrechamente vinculado a tal Estado miembro⁶⁵⁰. Entre otras razones, el Reglamento señala que dicha vinculación puede afirmarse cuando al menos uno de los titulares de la responsabilidad parental resida en el Estado miembro, o cuando el menor sea nacional del mismo.

⁶⁴⁸ ES:APB:2019:15815.

⁶⁴⁹ F. J. 2º. Otros ejemplos que demuestran la frecuente aplicación de este foro se encuentran en: la ya citada SAP de Barcelona 425/2011, de 21.7.2011; SAP de Salamanca 486/2006, de 29.11.2006; SAP de Barcelona 10/2015, de 8.1.2015; SAP de León 308/2017, de 6.9.2017, ECLI: ES:APLE:2017:857. Sobre esta cuestión vid. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M.: “Crisis familiar, responsabilidad parental y alimentos...”, *cit.*, pp. 784-794.

⁶⁵⁰ Letra a) del art. 12.3 del Reglamento Bruselas II bis.

En relación con este foro, no deja de resultar sorprendente como, frente a la tendencia generalizada a abandonar cualquier mención al criterio de la nacionalidad, en este precepto se introduce como una suerte de garantía última de protección del menor⁶⁵¹. De hecho, en la STJUE de 19 de abril de 2018, en el asunto C-565/16, *Saponaro*⁶⁵², (en adelante asunto *Saponaro*), se hace referencia a ciertos posibles elementos, adicionales, del caso concreto que refuerzan la vinculación del menor con un determinado Estado miembro señalando que: “*en el presente asunto, existe tal acuerdo entre los progenitores del menor. Por otra parte, además de la nacionalidad del menor, que es la del Estado miembro del órgano jurisdiccional elegido, el órgano jurisdiccional remitente indica que la residencia del causante en el momento de su fallecimiento y el patrimonio de este, objeto de la sucesión, estaban situados en dicho Estado miembro. Se desprende asimismo de la resolución de remisión que este era el caso igualmente del pasivo de la herencia*”⁶⁵³.

2) En segundo lugar, el artículo 12.3 del texto reglamentario exige que todas las partes del procedimiento, “*en el momento de presentar ante el órgano jurisdiccional*” hayan aceptado “*expresamente o de cualquier otra forma inequívoca*” la competencia⁶⁵⁴.

3) Finalmente, se reitera explícitamente la referencia a la necesidad de ponderar que dicha competencia responde al interés superior del menor en ese caso concreto⁶⁵⁵.

La finalidad del artículo 12.3 del Reglamento Bruselas II bis es ligeramente distinta a la prórroga de la competencia a los órganos competentes en materia de crisis matrimoniales. Este foro estaría justificado directamente en el principio de autonomía de la voluntad de las partes, así como en la flexibilidad necesaria para afrontar la materia de la responsabilidad parental, que contiene procedimientos sobre cuestiones muy diversas, permitiendo, a través de esta prórroga, que los titulares de la responsabilidad parental acudan a los órganos jurisdiccionales más vinculados con el caso concreto⁶⁵⁶. Así lo indicó

⁶⁵¹ En detalle sobre la función de la nacionalidad en el Reglamento Bruselas II bis vid. REIG FABADO, I.: “La creciente incidencia de la nacionalidad del menor y los problemas en la concreción de la residencia habitual en la sustracción internacional de menores: hacia una interpretación sistemática del modelo Bruselas II Bis y Ter”, en MOYA ESCUDERO, M. (Dir.): *Plurinacionalidad y Derecho Internacional Privado de la familia y sucesiones*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, p. 549 y ss.

⁶⁵² ECLI:EU:C:2018:265.

⁶⁵³ Asunto *Saponaro*, párr. 36.

⁶⁵⁴ Letra b) del art. 12.3 del Reglamento Bruselas II bis.

⁶⁵⁵ Igualmente, letra b) del art. 12.3 del Reglamento Bruselas II bis.

⁶⁵⁶ GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: “Prorogation of Jurisdiction (Article 12)”, *cit.*, p. 187.

expresamente el TJUE en la STJUE de 21 de octubre de 2015, en el asunto C-215/15, *Gogova*⁶⁵⁷, (en adelante asunto *Gogova*) al señalar que “*el criterio de competencia fijado en el artículo 12, apartado 3, de este constituye una excepción al criterio de proximidad, conforme al cual corresponde en primer lugar a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la residencia habitual del menor conocer de las acciones en materia de responsabilidad parental respecto a ese menor, criterio que se expresa en el artículo 8, apartado 1, de dicho Reglamento. Esta excepción pretende reconocer cierta autonomía a las partes en materia de responsabilidad parental*”⁶⁵⁸.

Desde una perspectiva procesal, ha surgido igualmente la duda de si es necesaria la existencia de un procedimiento previo ante el órgano jurisdiccional en el que se pretende la prórroga de la competencia. En el antes referido asunto *L.* se clarificó que la prórroga de la competencia del artículo 12.3 del Reglamento Bruselas II bis puede acordarse por las partes “*sin que sea necesario que el procedimiento en esta materia tenga conexión con otro procedimiento que ya esté pendiente ante el Tribunal al que se pretende atribuir la competencia por extensión*”⁶⁵⁹. Con esta interpretación, el TJUE amplió considerablemente el ámbito de aplicación material de la prórroga de la competencia tal y como estaba diseñada en el artículo 12 del Reglamento Bruselas II bis, dejando en un segundo plano la referencia a un necesario procedimiento principal para activar tal prórroga de la competencia, y convirtiéndolo así, en una prórroga general⁶⁶⁰.

C. La prórroga de la competencia cuando el menor tiene la residencia habitual en un Estado tercero no parte del convenio de La Haya de 1996

Alejándose de la lógica de los dos supuestos anteriores, centrados dentro de la UE, el Reglamento Bruselas II bis da solución a una situación en la que el menor tiene su residencia habitual en un tercer Estado que, además, no es parte del Convenio de La Haya

⁶⁵⁷ ECLI:EU:C:2015:710.

⁶⁵⁸ Asunto *Gogova*, párr. 41.

⁶⁵⁹ Asunto *L.*, párr. 45.

⁶⁶⁰ En este sentido, GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: *Party Autonomy...*, cit., p. 160. Jiménez Blanco también entiende que esta medida favorece la autonomía de la voluntad en materia de responsabilidad parental. JIMÉNEZ BLANCO, P.: “Nota a la STJ (Sala 2ª) de 1 de octubre de 2014, asunto C-436/13, *E. y B.* y STJ (Sala 3ª) de 11 de noviembre de 2014, asunto C-656/13, *L. y M.*”, *Revista Española de Derecho Internacional*, v. 67, n.º 2, 2015, p. 201.

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 este caso, el artículo 12.4 del Reglamento Bruselas II bis permite expresamente la prórroga de la competencia en favor de los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro. Es más, el Reglamento no solo lo permite, sino que lo incentiva, señalando que, en tal caso, se presupone que la prórroga será en interés del menor, sobre todo –“*en especial*” dice el precepto- cuando resulte imposible iniciar un procedimiento en el tercer Estado en cuestión.

La finalidad de este foro, en definitiva, es viabilizar la resolución del asunto por los Tribunales de la UE, aunque para ello sea necesario alejarse de la regla general de la residencia habitual del menor. Sin embargo, al contrario que en los casos anteriores, no se establecen condiciones para restringir la prórroga, sino que se facilita en aquellas ocasiones en las que los progenitores, en ejercicio de su libre albedrío, se pongan de acuerdo, por entender que, de esta forma, se protegen los intereses del menor⁶⁶¹.

De forma ilustrativa, los Tribunales españoles han aplicado este precepto en relación con la prórroga de la competencia del 12.3 del Reglamento Bruselas II ter, en los que se ha apreciado que dado que a pesar de que el menor tenía su residencia habitual en un tercer Estado no parte del Convenio de La Haya de 1996, se daban los requisitos para aplicar la prórroga de la competencia del artículo 12.3 del mismo⁶⁶². En este sentido, el ya citado AAP de Barcelona 388/2019, de 16 de octubre de 2019, resuelve la competencia de los Tribunales españoles en un caso relativo a un menor con residencia habitual en Bolivia – no parte del Convenio de La Haya de 1996-, mientras que sus progenitores residen en España, en el que la progenitora interpone una demanda por la que se solicita la patria potestad en exclusiva para tramitar el pasaporte. Así, aunque el Juzgado de primera instancia deniega la

⁶⁶¹ No obstante, un sector de la doctrina alerta que este foro podría ser considerado como un foro exorbitante por parte del Estado tercero en el que reside el menor. En este sentido GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: *Party Autonomy...*, *cit.*, p. 304; DE BOER, T. M.: “What we should *not* expect ...”, *cit.*, p. 14.

⁶⁶² En profundidad sobre la competencia de los Tribunales españoles en aplicación del Reglamento Bruselas II bis en el caso de menores residentes en terceros Estados vid. HERRANZ BALLESTEROS, M.: “Competencia judicial internacional de las autoridades españolas sobre menores con residencia habitual en terceros Estados”, en AA.VV.: *El Derecho Internacional privado...*, *cit.*, pp. 401-410.

competencia de los Tribunales españoles, la AP revisa su competencia en base al artículo 12.3 del Reglamento Bruselas II bis⁶⁶³.

D. Los problemas de aplicación práctica planteados por la prórroga de la competencia: los requisitos procesales

Tanto el artículo 12.1 como 12.3 del Reglamento Bruselas II bis incorporan dos requisitos procesales comunes que se deben reunir para que el Juez designado pueda aceptar la prórroga de la competencia. Estos requisitos son que las partes del procedimiento -titulares de la responsabilidad parental– hayan aceptado expresamente o de manera inequívoca la competencia. Y, en segundo lugar, que la prórroga de la competencia beneficie al interés superior del menor en dicho caso concreto, circunstancia que deberá valorar, en última instancia, el Juez. Ambos requisitos han generado problemas en su aplicación práctica, que han conducido al planteamiento de distintas cuestiones prejudiciales ante el TJUE, generándose una jurisprudencia que, como veremos, ha sido incorporada en el nuevo Reglamento Bruselas II ter.

Estos problemas se han focalizado, esencialmente, en relación con la verificación de la aceptación de la competencia de manera explícita o de cualquier otra manera inequívoca y con la valoración de la satisfacción del principio del interés superior del menor por el órgano jurisdiccional elegido, dando lugar a una amplia práctica jurisprudencial que ha abordado diversas cuestiones planteadas en ambos ámbitos.

a. La aceptación de la competencia de manera explícita o de cualquier otra forma inequívoca

El requisito del consentimiento expreso de las partes para mostrar su conformidad con la prórroga de la competencia es uno de los que ha demostrado tener más complejidad

⁶⁶³ Un caso similar se resuelve en la SAP de Barcelona 407/2019, 4.6.2019, ES:APB:2019:6647, relativo a una menor residente en Bolivia, cuya madre titular de la responsabilidad parental y residen en España, y su padre reside en Bolivia y ha aceptado la competencia.

en la práctica⁶⁶⁴. En particular, se han presentado varias cuestiones prejudiciales ante el TJUE para clarificar diversos aspectos procesales relacionados con la manifestación del consentimiento en la aplicación del artículo 12 del Reglamento Bruselas II bis, cuyos apartados 1 y 3 exigen, recordemos que la competencia haya sido aceptada expresamente o de cualquier forma inequívoca en el momento de presentar el asunto ante el órgano jurisdiccional.

1) Una primera cuestión que ha suscitado dudas interpretativas es la referente a la interpretación de la fórmula “*aceptación expresa o de cualquier otra forma inequívoca*”. Al respecto, el TJUE ha puesto de manifiesto que el carácter inequívoco de la aceptación de la competencia por todas las partes debe interpretarse restrictivamente. Concretamente, en el ya apuntado asunto *Gogova* el Alto Tribunal señala que: “*el criterio de competencia fijado en su artículo 12, apartado 3, constituye una excepción al criterio de proximidad, conforme al cual corresponde en primer lugar a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la residencia habitual del menor conocer de las acciones en materia de responsabilidad parental respecto a ese menor, criterio que se expresa en el artículo 8, apartado 1, de dicho Reglamento. Como señaló el Abogado General en el punto 64 de su opinión, esta excepción pretende reconocer cierta autonomía a las partes en materia de responsabilidad parental. El requisito relativo al carácter inequívoco de la aceptación por todas las partes en el procedimiento de la competencia de los órganos jurisdiccionales ante los que se ha planteado el litigio debe interpretarse, por tanto, de manera estricta*”⁶⁶⁵.

De forma consistente con la necesaria interpretación restrictiva, el TJUE concluye que el hecho de que un Tribunal de un Estado miembro de la nacionalidad común de los cónyuges sea competente para pronunciarse en materia de divorcio de conformidad con el artículo 3.1.b) del Reglamento Bruselas II bis, aunque el demandante haya presentado la demanda en materia de responsabilidad parental “*no puede considerarse que concurra el requisito relativo a la aceptación de la competencia previsto en el citado artículo 12,*

⁶⁶⁴ Así lo entienden también GANDÍA SELLENS, M. A.: “El Régimen Europeo...”, *cit.*, p. 4; CAMPUZANO DÍAZ, B.: “Los acuerdos de elección de foro en materia de responsabilidad parental: un análisis del art. 10 del Reglamento (UE) 2019/1111”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 40, 2020, p. 4.

⁶⁶⁵ Asunto *Gogova*, párr. 41.

*apartado 1, letra b), desde el momento en que el procedimiento no tiene por objeto la responsabilidad parental y la parte demandada no ha comparecido*⁶⁶⁶.

En sentido contrario, el Tribunal de Luxemburgo sí ha considerado como consentimiento inequívoco el hecho de que ambas partes hayan presentado una demanda conjunta, tal y como ocurrió en el asunto *Saponaro*. Así, “...*procede señalar que, si los dos progenitores de un menor presentan conjuntamente una solicitud ante el mismo órgano jurisdiccional, manifiestan la misma voluntad de presentar un asunto ante este último y, con ello, su acuerdo con la elección del órgano jurisdiccional competente. A falta de otros datos que contradigan esta conclusión, la aceptación debe considerarse «inequívoca» en el sentido del artículo 12, apartado 3, letra b), del Reglamento n.º 2201/2003*”⁶⁶⁷.

2) A su vez, y muy unido con el punto anterior, en la práctica jurisprudencial se ha planteado también el momento en el que el órgano jurisdiccional debe comprobar la aceptación de la competencia por las partes.

Esta cuestión fue abordada en la STJUE de 1 de octubre de 2014, en el asunto C-436/13, *E.*⁶⁶⁸ (en adelante asunto *E.*), en la que el TJUE clarificó que el órgano jurisdiccional elegido por los titulares de la responsabilidad parental de conformidad con el artículo 12 del Reglamento Bruselas II bis debe comprobar al inicio del procedimiento que las partes aceptan de manera expresa dicha competencia. Concretamente, el momento procesal coincide con el necesario control de la competencia en materia de responsabilidad parental que debe hacer cada órgano jurisdiccional de un Estado miembro al iniciarse un procedimiento en la materia: “*se desprende, por lo tanto, ... que la competencia de un órgano jurisdiccional en materia de responsabilidad parental debe ser verificada y determinada, en cada caso particular, en el momento en que se promueve un procedimiento ante él, lo que significa que no se mantiene una vez que concluye un procedimiento pendiente*”⁶⁶⁹.

Esta idea se vio reforzada en la STJUE de 12 de noviembre de 2014, en el asunto C-656/13, *L.*⁶⁷⁰, (en adelante asunto *L.*), en la que el Alto Tribunal insiste en la necesidad de

⁶⁶⁶ Asunto *OF*, párr. 45 y ATJUE de 16.1.2018, asunto C-6044/17, *PM*, ECLI:EU:C:2018:10, párr. 35.

⁶⁶⁷ Asunto *Saponaro*, párr. 25.

⁶⁶⁸ ECLI:EU:C:2014:2246.

⁶⁶⁹ Asunto *E.*, párr. 40.

⁶⁷⁰ ECLI:EU:C:2014:2364.

acreditar que el consentimiento de todas las partes del procedimiento sea expreso o, si no lo es, resulte inequívoco. Fijando, para ello, un límite temporal ligado al momento de inicio del procedimiento regulado en el artículo 16 del Reglamento Bruselas II bis⁶⁷¹: a más tardar, en el momento en que se presenta el escrito de demanda ante el órgano jurisdiccional elegido: “*el claro tenor literal del artículo 12, apartado 3, letra b), del Reglamento nº 2201/2003, interpretado a la luz del citado artículo 16 del mismo Reglamento, exige que se acredite que la extensión de la competencia en cuestión ha sido objeto del consentimiento expreso —o cuando menos inequívoco— de todas las partes en el procedimiento, a más tardar en el momento en que se presente ante el Tribunal elegido el escrito de demanda o un documento equivalente*”⁶⁷².

No obstante, a pesar de la jurisprudencia del TJUE citada, la doctrina coincide en poner de relieve la ausencia de unas pautas claras sobre cómo deducir que las partes efectivamente han aceptado la prórroga de competencia de forma expresa o de cualquier otra forma inequívoca⁶⁷³. De hecho, esta formulación ha llevado a plantear si la sumisión tácita tendría cabida en el foro de la prórroga de la competencia del artículo 12 del Reglamento Bruselas II bis. Sin embargo, parece evidente que la jurisprudencia expuesta del TJUE impide la posibilidad de aceptar la sumisión tácita en estos supuestos, tal y como ha apuntado la doctrina⁶⁷⁴.

⁶⁷¹ Art. 16 del Reglamento Bruselas II bis: “*1. Se considerará iniciado un procedimiento ante un órgano jurisdiccional:*

a) desde el momento en que se le presente el escrito de demanda o documento equivalente, a condición de que posteriormente el demandante no haya dejado de realizar lo necesario para que la notificación o traslado de dicho escrito o documento al demandado,

o bien

b) si dicho escrito o documento ha de ser objeto de notificación o traslado antes de su presentación al órgano jurisdiccional, en el momento en que lo reciba la autoridad encargada de la notificación o traslado, a condición de que posteriormente el demandante no haya dejado de realizar lo necesario para la presentación del documento al órgano jurisdiccional”.

⁶⁷² Asunto *L.*, párr. 56.

⁶⁷³ GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: “Prorogation of Jurisdiction (Article 12)”, *cit.*, p. 193 y 194; PATAUT, E. y GALLANT, E.: “Article 12. Prorogation of jurisdiction”, en MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P. (eds.): *cit.*, p. 162; CAMPUZANO DÍAZ, B.: “Los acuerdos de elección de foro...”, *cit.*, p. 18.

⁶⁷⁴ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho Internacional Privado*, *cit.*, p. 408; CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho Internacional Privado*, *cit.*, pp. 442 y ss; DURÁN AYAGO, A.: “Ejercicio de los derechos de custodia y visita en un mundo globalizado: riesgos y disfunciones. Especial referencia al *forum divortii* en el contexto europeo”, en CEBRIÁN SALVAT, A. y LORENTE MARTÍNEZ, I.: *Protección de menores...*, *cit.*, p. 98; CAMPUZANO DÍAZ, B.: “La propuesta de reforma...”, *cit.*, p. 101; CAMPUZANO DÍAZ, B.: “Los acuerdos de elección de foro...”, *cit.*, p. 21.

Como evidencia de las dudas que suscita el consentimiento de las partes en la prórroga de la competencia del artículo 12 del Reglamento Bruselas II bis encontramos una interpretación desigual por parte de la jurisprudencia española. De hecho, la doctrina ha llegado a señalar que en España prevalece una interpretación “laxa” respecto a la posibilidad e prórroga del artículo 12.1 del Reglamento Bruselas II bis, explicada seguramente por la tendencia a la concentración de las cuestiones accesorias en el proceso de divorcio⁶⁷⁵.

Como ejemplo de rechazo de la concurrencia de la aceptación de las partes encontramos la SAP de Barcelona 400/2018, de 31.5.2018⁶⁷⁶, en el que la AP entendió que no eran competentes los órganos jurisdiccionales españoles en base al artículo 12 del Reglamento Bruselas II bis ya que la demandada había sido emplazada por edictos y no había aceptado la competencia. Adicionalmente, la ya citada SAP de Barcelona 425/2011, de 21.7.2011, entiende que no puede aplicarse el artículo 12 del Reglamento Bruselas II bis por sumisión tácita: “*Así pues, la alegación de sumisión tácita que hace el demandante no puede admitirse, pues no cabe la sumisión tácita. Cabe la sumisión expresa o presunta por actos inequívocos antes de la demanda (junto con otros requisitos, artículos 12.1.b. y 12.3.b. de Bruselas II bis)*”⁶⁷⁷.

En cambio, al igual que el caso *Saponaro*, se acepta la competencia en base al artículo 12 del Reglamento Bruselas II bis en la AAP de Gipuzkoa 131/2018, de 5 de octubre de 2018⁶⁷⁸, ya que se presenta una demanda de divorcio de mutuo acuerdo, junto con las cuestiones relativas a la responsabilidad parental de los menores implicados.

No obstante, la doctrina ha localizado ciertas resoluciones en las que se omite la aceptación expresa o inequívoca de las partes en el momento de presentar el asunto ante el Tribunal elegido, y que atienden a las actuaciones procesales de las partes para deducir su voluntad en sentido afirmativo o negativo⁶⁷⁹. Por ejemplo, se ha considerado afirmativamente la voluntad de la parte demandada del hecho de que haya contestado la

⁶⁷⁵ En esta línea GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: “Experiencias de los Tribunales españoles en los procesos relativos a crisis matrimoniales: algunos retos y cuestiones controvertidas”, en OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, C. (Dir.): *Justicia civil...*, cit., pp. 202-203.

⁶⁷⁶ ECLI:ES:APB:2018:5395.

⁶⁷⁷ F.J. 3º.

⁶⁷⁸ ECLI:ES:APSS:2018:839A.

⁶⁷⁹ Así lo afirma CAMPUZANO DÍAZ, B.: “Los acuerdos de elección de foro...”, cit., p. 20.

demanda aceptando la competencia⁶⁸⁰, o por haber presentado de forma tardía la declinatoria⁶⁸¹. Por el contrario, en otros casos se ha considerado en sentido negativo la voluntad de las partes en atención a la actuación procesal de las partes, como, por ejemplo, por haber planteado declinatoria⁶⁸² o la excepción de litispendencia⁶⁸³.

3) Un tercer aspecto problemático ha sido el relativo a la duración o extensión de la prórroga de la competencia. Es decir, al momento en que debe considerarse cesada o extinguida la competencia en materia de responsabilidad parental de los órganos jurisdiccionales beneficiados por la prórroga. Como cuestión central del antes mencionado asunto *E.*, el Tribunal de Luxemburgo estableció que la prórroga de la competencia en favor de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro – ante quién los titulares de la responsabilidad parental han incoado de común acuerdo un procedimiento- se extingue al recaer una resolución firme en el marco de dicho procedimiento, y, en consecuencia, no es válida para iniciar uno nuevo. En tal sentido, el Alto Tribunal explicita que, *“la competencia en materia de responsabilidad parental, prorrogada, en virtud del artículo 12, apartado 3, del Reglamento n° 2201/2003, en favor de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro ante quien los titulares de la responsabilidad parental han incoado de común acuerdo un procedimiento, se extingue al recaer una resolución firme en el marco de dicho procedimiento”*⁶⁸⁴.

4) Por último, han surgido dudas interpretativas sobre el concepto de parte recogido en el artículo 12 del Reglamento Bruselas II bis. Atendiendo a la finalidad del foro de la prórroga de la competencia, parecía intuirse que el concepto de “parte” hacía referencia, exclusivamente, a los titulares de la responsabilidad parental del menor. No obstante, en la STJUE de 19 de abril 2018, en el ya mencionado asunto C-565/16, *Saponaro*, el TJUE llega a afirmar que la expresión *“todas las partes del procedimiento”* incluye a *“un fiscal que, según el Derecho nacional, tiene la condición de parte procesal en acciones como la del*

⁶⁸⁰ AAP de Barcelona 388/2019, de 16.10.2019, ya citado; AAP de Teruel 182/2010, de 25.11. 2010, ECLI: ES:APTE:2010:48A.

⁶⁸¹ SAP de Zaragoza 504/2013, de 29.10.2013, ECLI: ES:APZ:2013:2102.

⁶⁸² AAP de Valencia 162/2019, de 10.4.2019, ECLI: ES:APV:2019:1513A; SAP de Palma de Mallorca 226/2016, de 5.7.2016, ECLI:ES:APIB:2016:1287;

⁶⁸³ AAP de Lleida 170/2018, de 27.9.2018, ECLI: ES:APL:2018:476A.

⁶⁸⁴ *Ibid.*, párr. 50.

*litigio principal y representa el interés del menor constituye una parte en el procedimiento*⁶⁸⁵.

Con ello, el Tribunal de Luxemburgo está aceptando que en aquellos sistemas en los que haya una parte encargada de velar por el interés superior del menor, como es el caso español⁶⁸⁶, las partes deberán contar también con su consentimiento. Restringiendo, por un lado, la autonomía de la voluntad de los progenitores, pero, por otro, actuando como un doble control de la salvaguarda del principio del interés superior del menor.

Todas las cuestiones anteriores han sido tenidas en cuenta por el legislador de la UE, quién, como veremos, las ha incorporado en el texto del nuevo Reglamento, mejorando la sistemática del precepto y aclarando las cuestiones que habían requerido de una interpretación por parte del TJUE.

b. La valoración de la satisfacción del principio del interés superior del menor por el órgano jurisdiccional elegido

Los dos supuestos del artículo 12.1 y 12.3 del Reglamento Bruselas II bis exigen la concurrencia que la prórroga de la competencia esté en consonancia el principio del interés superior del menor. Lo que en la práctica se traduce en la exigencia que acompaña al órgano jurisdiccional designado de comprobar que, en el caso concreto ante él planteado, tal prórroga beneficia a los mencionados intereses superiores del menor. Tras proceder a realizar este escrutinio, es facultad del órgano jurisdiccional aceptar o no la prórroga de la competencia. En consecuencia, el acuerdo alcanzado por las partes del procedimiento no es vinculante para el órgano jurisdiccional, quién estará facultado para rechazar la prórroga de la competencia si estima que ésta es contraria a los intereses del menor⁶⁸⁷.

Esta idea de subordinación a la satisfacción en el caso concreto del principio del interés del menor ha sido reiterada en distintas ocasiones por el TJUE. Así, por ejemplo, en

⁶⁸⁵ Asunto *Saponaro*, párr. 29.

⁶⁸⁶ Al respecto, nótese el art. 6.1.6º de la LEC, el cual hace referencia a la capacidad para ser parte del Ministerio Fiscal, respecto de los procesos en que, conforme a la ley, haya de intervenir como parte. Adicionalmente, Posteriormente, la intervención del Ministerio Fiscal se precisa en el art. 749 de la LEC, ubicado en el Título Primero “*De los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores*”, Capítulo I “*De las disposiciones generales*” del Libro IV “*De los procesos especiales*”.

⁶⁸⁷ GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: “Prorogation of Jurisdiction (Article 12)”, *cit.*, p. 194.

su Sentencia en el asunto *E.*, de 1 de octubre de 2014, el Alto Tribunal explicita que “*cuando se inicie un procedimiento ante un órgano jurisdiccional con arreglo al artículo 12, apartado 3, del Reglamento nº 2201/2003, únicamente puede preservarse el interés superior del menor examinando, en cada caso particular, si la prórroga de competencia que se pretende es conforme con ese interés superior*”⁶⁸⁸.

En este mismo sentido se manifiesta la decisión del Tribunal de Luxemburgo en los asuntos *L.* y *Saponaro*, al reafirmar que la prórroga de la competencia recogida en el artículo 12.3 del Reglamento Bruselas II bis “*no podrá ser contrario en ningún caso al interés superior del menor y que el respeto de este requisito debe comprobarse en cada caso concreto*”⁶⁸⁹.

Adicionalmente, la decisión en el apuntado asunto *Saponaro* constituye un ejemplo de un supuesto en el que la prórroga de la competencia se entendió que respondía al interés superior del menor. Particularmente, el TJUE considera que elementos de hecho como “*la circunstancia de que la residencia del causante en el momento de su fallecimiento, su patrimonio, objeto de la sucesión, y el pasivo de la herencia estuvieran situados en el Estado miembro del órgano jurisdiccional elegido permite considerar, a falta de elementos que demuestren que la prórroga de la competencia podría incidir negativamente sobre la situación del menor*” permiten confirmar que la prórroga de la competencia responde al interés superior del menor⁶⁹⁰.

4.2.1.2 La consolidación de la autonomía de la voluntad en materia de responsabilidad parental en el Reglamento Bruselas II ter: de la “prórroga” de la competencia a la “elección” de foro

El sistema de la prórroga de la competencia es sustituido en el Reglamento Bruselas II ter por una fórmula de autonomía de la voluntad más abierta. Este foro electivo fue introducido desde un inicio en la Propuesta de la Comisión de 2016, de forma que durante el proceso de negociación tan solo ha sufrido pequeñas modificaciones respecto a la propuesta inicial, fundamentalmente relacionadas con la incorporación más detallada de la

⁶⁸⁸ Asunto *E.*, párr. 47.

⁶⁸⁹ Asunto *L.*, párr. 49 y 58 y asunto *Saponaro*, párr. 33.

⁶⁹⁰ Asunto *Saponaro*, párr. 40.

jurisprudencia del TJUE tanto en la redacción del precepto como de sus Considerandos explicativos.

De esta suerte, el artículo 10 del nuevo texto reglamentario se refiere expresamente a la elección de foro en materia de responsabilidad parental. El cambio de terminología dota a la nueva disposición de una apariencia de gran novedad. Aunque, es evidente que este foro no es sino la sustitución del anterior artículo 12 del Reglamento Bruselas II bis.

En este sentido, el artículo 10 del Reglamento Bruselas II ter mantiene los requisitos del artículo 12 del Reglamento Bruselas II bis pero, ciertamente, modificando considerablemente la estructura, y también su filosofía y la amplitud en las respuestas del antiguo precepto⁶⁹¹. El cambio fundamental, en primer lugar, sería la ya mencionada alteración de la terminología utilizada, en el que se deja de hacer cualquier referencia a una prórroga de la competencia y se habla directamente de elección de foro⁶⁹². Correlativamente, el segundo cambio vendría motivado por la desaparición de las dos situaciones de prórroga de la competencia, y su sustitución por una posibilidad general de elección de foro en supuestos de responsabilidad parental. No obstante, a pesar de que estas dos situaciones ya no aparecen en el precepto, sí se sigue haciendo referencia a las mismas en el nuevo Reglamento, aunque ya no en el articulado sino en el Considerando 23 del Reglamento Bruselas II ter: “[e]n condiciones específicas determinadas en el presente Reglamento, debe ser posible que la competencia en materia de responsabilidad parental sea también establecida en un Estado miembro donde haya pendiente un procedimiento de divorcio, separación legal o nulidad matrimonial entre los progenitores o en otro Estado miembro con el que el menor tenga un vínculo estrecho, (...)”.

Esta nueva regulación, con una regla única, elimina el supuesto del artículo 12.4 del Reglamento Bruselas II bis, que, recordemos, permite prorrogar la competencia en favor de los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro cuando el menor tenga su residencia habitual en un Estado tercero no parte del Convenio de La Haya de 1996.

⁶⁹¹ Están de acuerdo en afirmar que el art. 10 del nuevo Reglamento mantiene la esencia del art. 12 del Reglamento Bruselas II bis: GANDÍA SELLENS, M. A.: “La responsabilidad parental...”, *cit.*, p. 814; RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “La refundición...”, *cit.*, p. 158.

⁶⁹² Destacan también la introducción de forma directa de la elección de foro en materia de responsabilidad parental FORCADA MIRANDA, J.: *Comentarios ...*, *cit.*, p. 126.

A. La aceptación limitada de la autonomía de la voluntad: su subordinación a la concurrencia de tres requisitos

El artículo 10 del Reglamento Bruselas II ter, rubricado ahora, recordemos, como “*elección del órgano jurisdiccional*”, unido a la acotación de la prórroga de la competencia a dos supuestos determinados, da la impresión de entrada, de estar ante una regulación más proclive al juego de la autonomía de la voluntad de las partes en materia de responsabilidad parental. Sin embargo, y tal como señala el numeral 1 del precepto, la elección sigue estando limitada al cumplimiento de ciertos requisitos fijados en el precepto: “*los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro tendrán competencia en materia de responsabilidad parental cuando se cumplan las siguientes condiciones:*”.

Este condicionamiento se traduce en la presencia de tres requisitos cumulativos, que guardan notable similitud con el tenor del antiguo artículo 12 del Reglamento Bruselas II bis, ya que son, justamente, los siguientes: 1) la estrecha vinculación del menor con el Estado miembro en cuestión; 2) la aceptación de todas las partes de la elección de foro; 3) y, por último, como no, que tal elección de foro responda al interés superior del menor.

a. La estrecha vinculación del menor con el Estado miembro en cuestión

Focalizándonos en el primero de los tres requisitos mencionados, el artículo 10.1) a) del nuevo Reglamento exige que exista una estrecha vinculación entre el menor y el Estado miembro en cuestión. Esta vinculación viene especificada por el propio texto del Reglamento y en este sentido, el precepto detalla a continuación, no de forma exhaustiva – “*en especial por el hecho de que*”-, sino de manera ejemplificativa, algunos supuestos que se consideran como vinculación estrecha. Al tratarse de una lista que no es exhaustiva, y al igual que ocurría en el antiguo artículo 12 del Reglamento Bruselas II bis, las partes podrán plantear otros factores que estimen oportunos en el caso particular. En concreto, los criterios recogidos en el artículo 10.1) a) del nuevo texto reglamentario son los siguientes:

1) Que al menos al menos uno de los titulares de la responsabilidad parental tenga en el Estado miembro en cuestión su residencia habitual.

2) Que dicho Estado miembro sea la antigua residencia habitual del menor.

3) Que el menor sea nacional de dicho Estado miembro.

b. La libre aceptación la competencia por todas las partes

Junto a ello, en segundo lugar, el artículo 10.1) b) del Reglamento requiere que las partes, o cualquier titular de la responsabilidad parental, hayan pactado libremente la competencia. Para ello, y como novedad, el nuevo texto reglamentario distingue entre dos modalidades de manifestación de la voluntad de las partes. Así, el artículo 10.1) b) del Reglamento Bruselas II ter refiere, alternativamente, a que:

1) Las partes han convenido libremente en la competencia, al menos en el momento de presentar el asunto ante el órgano jurisdiccional⁶⁹³. En esta primera modalidad tendrían cabida, por tanto, los acuerdos de elección de foro⁶⁹⁴. En consecuencia, según la nueva regulación las partes podrían celebrar un acuerdo de elección de foro en materia de responsabilidad parental, de cara a futuros conflictos⁶⁹⁵.

Esta primera situación se asimilaría a la redacción de los apartados 1 y 3 del artículo 12 del Reglamento Bruselas II bis, en el que se cumple con la exigencia fijada por el TJUE en su día en la Sentencia en el asunto *L.*, y que ya hemos abordado con anterioridad⁶⁹⁶, referida al momento temporal en el que se debe comprobar la existencia de un pacto entre las partes. Límite temporal que en el nuevo Reglamento vendrá fijado por su artículo 17⁶⁹⁷.

⁶⁹³ Art. 10.1) b) i) del Reglamento Bruselas II ter.

⁶⁹⁴ Así lo entiende también GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: *Party Autonomy...*, cit., p. 306.

⁶⁹⁵ Esta nueva regulación presenta el gran inconveniente de que el nuevo Reglamento Bruselas II ter continúa sin permitir los acuerdos de elección de foro en materia de crisis matrimoniales, ya que continuará operativo el listado de foros alternativos del art. 3 – también del nuevo Reglamento –, la cual impide cualquier estrategia de planificación futura, más allá del acuerdo de los cónyuges en un momento próximo a la presentación de la demanda. En este sentido CAMPUZANO DÍAZ, B.: “Los acuerdos de elección de foro...”, cit., p. 23. En profundidad sobre los acuerdos de elección de foro en materia de crisis matrimoniales vid. QUINZÁ REDONDO, P.: “Party Autonomy in International Jurisdiction in Respect of the Personal and Financial Consequences of Cross-Border Marriages”, en FORNER I DELAYGUA, J.J. y SANTOS, A. (ed. Lit.): *Coherence of scope...*, cit., pp. 253-276.

⁶⁹⁶ Vid. *supra* Asunto *L.*, párr. 45.

⁶⁹⁷ Art. 17 del Reglamento Bruselas II ter:

“Iniciación del procedimiento

Se considerará iniciado un procedimiento ante un órgano jurisdiccional:

a) desde el momento en que se le presente el escrito de demanda o documento equivalente, a condición de que posteriormente el demandante no haya dejado de realizar lo necesario para la notificación o traslado de dicho escrito o documento al demandado;

b) si dicho escrito o documento ha de ser objeto de notificación o traslado antes de su presentación al órgano jurisdiccional, en el momento en que lo reciba la autoridad encargada de la notificación o traslado, a condición de que posteriormente el demandante no haya dejado de realizar lo necesario para la presentación del escrito o documento al órgano jurisdiccional; o

En relación con el pacto entre las partes, además de los requisitos fijados por el precepto en su apartado primero, el numeral 2 del artículo 10 del nuevo texto reglamentario recoge las concretas exigencias formales que deberá revestir el consentimiento de las partes y cómo deberán expresarlo, en concreto ante el órgano jurisdiccional. Se habla así de que el acuerdo deberá manifestarse por escrito, con fecha y firma “o hacerlo constar en el acta judicial con arreglo al Derecho y el procedimiento nacionales. Se considerará realizada por escrito toda comunicación efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo”.

Desde el punto de vista material, y a pesar de que el nuevo Reglamento no regula la validez material de estos acuerdos, el Considerando 23 del nuevo texto reglamentario incide en la importancia de un consentimiento libre de las partes, reiterando la exigencia establecida por el TJUE en el asunto *E.* relativa al deber del órgano jurisdiccional señalado de “examinar si tal acuerdo o aceptación es fruto de una elección libre y tomada con pleno conocimiento de causa por las partes interesadas, y no de que una parte haya aprovechado las dificultades o la vulnerabilidad de la otra”⁶⁹⁸. Resulta muy destacable en este sentido, la referencia expresa realizada a la posible vulnerabilidad de una de las partes. Habrá que ver si en la práctica es factible garantizar tal control y protección en favor de la parte más débil y vulnerable.

2) Como segunda modalidad, y novedad respecto al régimen anterior, se introduce la posibilidad de que las partes hayan aceptado expresamente la competencia durante dicho procedimiento y el órgano jurisdiccional se haya asegurado de que todas las partes han sido informadas de su derecho a no aceptar la competencia⁶⁹⁹.

En este segundo caso, relativo al consentimiento de las partes, el legislador de la UE introduce importantes novedades con respecto al modelo diseñado en el Reglamento Bruselas II bis.

c) si el procedimiento es incoado de oficio por el órgano jurisdiccional, en el momento en que el órgano jurisdiccional adopte la resolución de incoación del procedimiento, o, en caso de que no se precise dicha resolución, en el momento en que el órgano jurisdiccional registre el asunto”.

⁶⁹⁸ Considerando 23, Reglamento Bruselas II ter.

⁶⁹⁹ Art. 10.1) b) ii) del Reglamento Bruselas II ter.

i) De entrada, es destacable como se flexibiliza el momento en el que las partes pueden ejercer la elección de foro respecto al Reglamento Bruselas II bis⁷⁰⁰. Consecuentemente, esta formulación se aproximaría a la sumisión tácita⁷⁰¹. Ahora bien, el Reglamento articula un mecanismo de protección de la parte débil al requerir que el órgano jurisdiccional compruebe que todas las partes han sido informadas de la posibilidad de impugnar la competencia⁷⁰².

ii) Respecto a los requisitos formales, el artículo 10.2 del Reglamento Bruselas II ter alude a la posibilidad de “*hacerlo constar en el acta judicial con arreglo al Derecho y el procedimiento nacionales*”, referencia que entendemos aplicable a este segundo supuesto. A su vez, destaca la introducción, en el segundo párrafo del artículo 10.2 del Reglamento, de una referencia al consentimiento de aquellas partes que se incorporen al procedimiento una vez ya se haya iniciado: “*las personas que pasen a ser partes en el procedimiento tras la presentación de la demanda ante el órgano jurisdiccional podrán dar su consentimiento con posterioridad. De no haber oposición expresa, se considerará que existe consentimiento implícito*”⁷⁰³.

En relación con este punto, el Considerando 23 del Reglamento Bruselas II ter incorpora la reciente interpretación realizada por la decisión del TJUE en su Sentencia en el asunto *Saponaro*, respecto a la noción del concepto de “parte”. El Considerando apunta en tal sentido que esta noción engloba a “*toda persona distinta de los progenitores que, según*

⁷⁰⁰ En este sentido SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M. A.: “Acción de responsabilidad parental vinculada a un proceso de divorcio en el nuevo Reglamento (UE) 2019/1111”, *Revista Española de Derecho Internacional*, v. 72, n.º 2, 2020, p. 151.

⁷⁰¹ Así lo entiende también Campuzano Díaz, quien señala al respecto que “La aceptación de la competencia durante el procedimiento acerca este precepto a la sumisión tácita. Comparte con el art. 26 del Reglamento 1215/2012, relativo a la sumisión tácita, el establecimiento de una cautela protectora para las consideradas partes débiles, en el sentido de que el órgano jurisdiccional debe asegurarse de que todas las partes han sido informadas de su derecho a no aceptar la competencia. Una cautela similar se ha introducido también en el art. 8 de los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104 relativos a los regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas respectivamente, cuando regula la competencia basada en la comparecencia del demandado. Pero el Reglamento 2019/1111 presenta, como peculiaridad, que la aceptación de la competencia tiene que ser expresa y no puede deducirse por tanto únicamente del comportamiento procesal de las partes”. CAMPUZANO DÍAZ, B.: “Los acuerdos de elección de foro...”, *cit.*, p. 24.

⁷⁰² En este sentido Bernardo San José habla de “sumisión tácita confirmada o ratificada”. BERNARDO SAN JOSÉ, A.: “Las normas de competencia internacional en materia de responsabilidad parental en el Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo de 25 de junio de 2019”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 12, n.º 2, 2020, p. 1270.

⁷⁰³ Los problemas que se podían derivar de la falta de alusión a las partes o terceros interesados que se podían personar en el procedimiento una vez ya iniciado ya fue apuntado en los inicios del Reglamento Bruselas II bis por Vid. FONT i SEGURA, A.: “El progresivo avance...”, *cit.*, p. 290.

la legislación nacional, tenga condición de parte en el procedimiento incoado”, y consecuentemente, “la oposición de dicha parte a la elección de foro efectuada por los progenitores del menor en cuestión, después de la fecha de incoación del procedimiento ante el órgano jurisdiccional, debe impedir que se establezca la aceptación de la prórroga de la competencia por todas las partes en el procedimiento en dicha fecha”.

iii) A modo ejemplificativo, un supuesto en el que se podría aplicar esta segunda modalidad viene proporcionado en el Considerando 43 del nuevo texto reglamentario, el cual hace referencia a la posibilidad de que los progenitores alcancen un acuerdo en el marco de un procedimiento de restitución de menores de conformidad con el Convenio de La Haya de 1980, en el que decidan otras cuestiones distintas al retorno del menor. Pues bien, en este contexto, *“el presente Reglamento debe permitirles, en determinadas circunstancias, convenir en que el órgano jurisdiccional al que se haya recurrido con arreglo al Convenio de La Haya de 1980 sea competente para dar efecto jurídico vinculante a su acuerdo, ya sea incorporándolo a una resolución aprobándolo, o de otra forma prevista por la legislación y el procedimiento nacionales”*⁷⁰⁴.

iv) Por último, el nuevo texto reglamentario introduce una previsión específica respecto a esta segunda modalidad de aceptación de la competencia durante el procedimiento. Así, en este caso, el artículo 10.4 del Reglamento Bruselas II ter introduce la novedad de que la competencia del órgano jurisdiccional seleccionado será exclusiva.

Ahora bien, esta referencia a la exclusividad es susceptible de ser incierta respecto a su alcance, en cuanto a que no se refiere a la exclusividad del foro sino a la exclusividad de la competencia atribuida por las partes, esto es, a su unicidad. En relación con el alcance de este carácter exclusivo, se ha señalado que produce dos efectos: por un lado, de prórroga, ya que será competente el órgano jurisdiccional elegido; y por otro, de derogación, en el sentido de que las partes no podrán acudir a ningún otro órgano jurisdiccional distinto del elegido⁷⁰⁵.

En todo caso, las consecuencias de esta exclusividad se proyectan en dos ámbitos del sistema competencial principalmente: en la transferencia de la competencia y en la litispendencia. Por un lado, el órgano jurisdiccional elegido no podrá remitir la competencia

⁷⁰⁴ Considerando 23 del Reglamento Bruselas II ter.

⁷⁰⁵ En este sentido CAMPUZANO DÍAZ, B.: “Los acuerdos de elección de foro...”, *cit.*, p. 24.

al órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, de conformidad con el artículo 12.5 del Reglamento Bruselas II ter⁷⁰⁶. Por otro, la competencia exclusiva tendrá una proyección relevante en las normas de litispendencia, ya que el resto de los órganos jurisdiccionales deberán suspender el procedimiento e inhibirse en favor de los órganos jurisdiccionales exclusivamente competentes en virtud del artículo 10 del nuevo texto reglamentario, tal y como prevén los apartados 4 y 5 del artículo 20 del texto de 2019⁷⁰⁷. Igualmente, el Considerando 38 señala en relación con la litispendencia que: “*a fin de aumentar la eficacia de los acuerdos de elección de foro, conviene que las disposiciones sobre litispendencia del presente Reglamento no se conviertan en un obstáculo cuando los progenitores confieran competencia exclusiva a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro*”.

Ahora bien, adicionalmente a la ya de por sí compleja cuestión de la determinación del sentido del término “exclusivo” en este ámbito, concurre un segundo problema relativa a si tal exclusividad sería extrapolable también a la primera modalidad de aceptación de la competencia, esto es, a la realizada a más tardar en el momento en el que el órgano jurisdiccional conoce del asunto, y en la que, recordemos, quedarían incluidos los acuerdos de elección de foro. Y ello, porque, a pesar del tenor literal del artículo 10.4 del nuevo Reglamento, el cual señala que la competencia exclusiva solo se otorga al artículo 10.1.ii) del Reglamento Bruselas II ter -segunda modalidad-, otros preceptos del nuevo texto reglamentario parecen indicar lo contrario, o al menos dejan abierta una cierta incertidumbre al respecto. Estos preceptos son, precisamente, los relativos a la transferencia de la competencia y a la litispendencia, así como el citado Considerando 38 del Preámbulo.

Así, el artículo 12.5 del Reglamento Bruselas II ter habla de “*competencia exclusiva del órgano jurisdiccional de conformidad con el artículo 10*”. Pero de forma más confusa,

⁷⁰⁶ Art. 12.5 del Reglamento Bruselas II ter: “*en los casos en que se haya determinado la competencia exclusiva del órgano jurisdiccional de conformidad con el artículo 10, dicho órgano no podrá remitir la competencia al órgano jurisdiccional de otro Estado miembro*”.

⁷⁰⁷ Art. 20.4 del Reglamento Bruselas II ter: “*cuando se haya iniciado un procedimiento ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que tenga competencia exclusiva como consecuencia de la aceptación de competencia a que se hace referencia en el artículo 10, los órganos jurisdiccionales de otros Estados miembros suspenderán el procedimiento hasta tanto el órgano jurisdiccional ante el que se haya interpuesto el procedimiento en virtud del acuerdo o aceptación declare que no tiene competencia con arreglo al acuerdo o aceptación*”.

Art. 20.5 del Reglamento Bruselas II ter: “*en los casos y en la medida en que el órgano jurisdiccional haya establecido su competencia exclusiva de conformidad con una aceptación de competencia a que se hace referencia en el artículo 10, cualquier órgano jurisdiccional de los demás Estados miembros deberán inhibirse en favor de aquel*”.

en relación con la litispendencia, el artículo 20.4 del citado texto hace referencia en dos ocasiones al “*acuerdo o aceptación*”. Por último, el Preámbulo del texto añade incertidumbre a la cuestión planteada al referirse en el citado Considerando 38 a “*la eficacia de los acuerdos de elección de foro... cuando los progenitores confieran competencia exclusiva...*”. De forma que pareciera que el legislador de la UE pretendiera otorgar el carácter exclusivo a las dos modalidades establecidas en el artículo 10.1.b) del nuevo texto reglamentario. A pesar de esta confusión y disparidad entre los preceptos señalados, y más allá de lógica que le encontremos, el tenor literal del artículo 10.4 del Reglamento Bruselas II ter parece dejar poco margen de interpretación, y consecuentemente, el carácter exclusivo previsiblemente se limitará a la segunda modalidad⁷⁰⁸.

Por consiguiente, si finalmente se rechaza el carácter exclusivo de la primera modalidad, previsiblemente se seguirá la misma interpretación doctrinal respecto al artículo 12 del Reglamento Bruselas II bis, según la cual la prórroga de la competencia no impide que se pueda acudir a los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro competentes según el texto reglamentario⁷⁰⁹.

En definitiva, la articulación de la aceptación de la elección de foro por las partes presenta importantes novedades en la nueva regulación de la UE, pero, a su vez, surgen interrogantes que, muy previsiblemente, deberán ser resueltos por la jurisprudencia del TJUE.

⁷⁰⁸ Al respecto, la doctrina también ha identificado esta problemática. Campuzano Díaz concluye que de los antecedentes normativos y de la claridad con la que se expresa el art. 10.4 del Reglamento 2019/1111 se debe limitar el carácter exclusivo a la segunda modalidad, esto es, al supuesto previsto en el art. 10.1.b) ii). CAMPUZANO DÍAZ, B.: “Los acuerdos de elección de foro...”, *cit.*, p. 31. También en este sentido CORNELOUP, S. y KRUGER, T.: “Le Règlement 2019/1111, Bruxelles II: la protection des enfants gagne du ter(rain)”, *Revue Critique de Droit International Privé*, n.º 2, 2020, pp. 229-230. En sentido contrario, Bernardo San José entiende que parece razonable afirmar que esta exclusividad se podrá predicar también del art. 10.1.i) del nuevo Reglamento. BERNARDO SAN JOSÉ, A.: “Las normas de competencia internacional ...”, *cit.*, p. 1272.

⁷⁰⁹ GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: “Prorogation of Jurisdiction (Article 12)”, *cit.*, p. 195; PATAUT, E. y GALLANT, E.: “Article 12. Prorogation of jurisdiction”, p. 153. Respecto al nuevo Reglamento, así lo entienden también CORNELOUP, S. y KRUGER, T.: “Le Règlement 2019/1111, Bruxelles II: la protection...”, *cit.*, p. 230.

c. Que la competencia responda al interés superior del menor

Finalmente, como tercer requisito material se exige que el ejercicio de la competencia responda al interés superior del menor. Como no podía ser de otra forma, el legislador de la UE mantiene esta referencia expresa al mencionado principio como una exigencia de especial motivación de las razones que justifican, en ese caso concreto, el alejamiento del foro de la residencia habitual, que –recordemos- el legislador de la UE considera como el que mejor garantiza el interés superior del menor en la generalidad de los casos⁷¹⁰. En este sentido, recordemos que esta valoración del interés superior del menor se añadirá a las dos condiciones anteriores, esto es, la proximidad y el acuerdo entre las partes y, por tanto, los supuestos en los que la competencia no responda a este interés serán limitados. Pero, a pesar de ello, en el nuevo texto reglamentario se mantiene la interpretación del TJUE en el asunto *L.* en el que se concluye que el interés superior del menor constituye una condición autónoma que debe determinarse en el caso concreto⁷¹¹.

Adicionalmente a los tres requisitos mencionados, el Reglamento fija el límite temporal de la elección de foro, por lo que también en este punto el legislador de la UE ha introducido en el texto reglamentario la jurisprudencia del TJUE. El apartado tercero del artículo 10 del Reglamento Bruselas II establece que la competencia de la elección de foro cederá en dos ocasiones:

- 1) cuando la resolución dictada en el procedimiento ya no sea susceptible de recurso ordinario; o
- 2) cuando concluya el procedimiento por otras razones, todo ello salvo acuerdo en contrario entre las partes.

De forma complementaria, el Considerando 24 del Reglamento Bruselas II también recoge la limitación temporal de la elección de foro al momento en el que la resolución fruto del procedimiento en materia de responsabilidad parental deje de ser susceptible de recurso ordinario o concluya el procedimiento por otro motivo, salvo que las partes acuerden otra cosa, y todo “*a fin de respetar la exigencia de proximidad para*

⁷¹⁰ Así lo apunta CARPANETO, L.: “La ricerca di una (nuova) sintesi tra interesse superior del ...”, *cit.*, p. 960.

⁷¹¹ CAMPUZANO DÍAZ, B.: “Los acuerdos de elección de foro...”, *cit.*, p. 26.

cualquier nuevo procedimiento en el futuro”, siguiendo la interpretación del TJUE en el asunto *E*.

Por último, el Reglamento Bruselas II ter recoge una regla especial sobre la relación con el Convenio de La Haya de 1996 en supuestos de elección de foro. En concreto, el artículo 97.2 a) dispone que “*si las partes han convenido en la competencia de un órgano jurisdiccional de un Estado parte del Convenio de La Haya de 1996 en el que no se aplique el presente Reglamento, se aplicará el artículo 10 de dicho Convenio*”. De esta manera, la consecuencia de esta regla especial es que si las partes acuerdan la competencia de un órgano jurisdiccional de un Estado exclusivamente parte del Convenio de La Haya de 1996, este acuerdo vendrá regulado por el artículo 10 del texto convencional, y ello a pesar de que el menor tenga su residencia habitual en un Estado miembro⁷¹². A pesar de esta regla, la interrelación entre los dos instrumentos normativos podría verse complicada debido al distinto alcance de la elección de foro en ambos instrumentos.

B. El afianzamiento de la aceptación limitada de la autonomía de la voluntad en materia de responsabilidad parental en el Reglamento Bruselas II ter

La nueva regulación de la autonomía de la voluntad en materia de responsabilidad parental en el Reglamento Bruselas II ter viene claramente inspirada en la práctica anterior y en particular, en los diversos pronunciamientos del TJUE en la materia. En este marco, una de las grandes novedades es la supresión cualquier alusión a la prórroga de la competencia por causas matrimoniales o por vinculación más estrecha con el asunto –alusión que sí aparece ahora en el Considerando 23 del Reglamento Bruselas II ter-, y la referencia

⁷¹² Art. 10 del Convenio de La Haya de 1996:

“1. Sin perjuicio de los artículos 5 a 9, las autoridades de un Estado contratante, en el ejercicio de su competencia para conocer de una demanda de divorcio o separación de cuerpos de los padres de un niño con residencia habitual en otro Estado contratante o en anulación de su matrimonio, pueden adoptar, si la ley de su Estado lo permite, medidas de protección de la persona o de los bienes del niño, si:

a) uno de los padres reside habitualmente en dicho Estado en el momento de iniciarse el procedimiento y uno de ellos tiene la responsabilidad parental respecto al niño, y

b) la competencia de estas autoridades para adoptar tales medidas ha sido aceptada por los padres, así como por cualquier otra persona que tenga la responsabilidad parental respecto al niño, si esta competencia responde al interés superior del niño.

2. La competencia prevista en el apartado primero para adoptar medidas de protección del niño cesa cuando la decisión aceptando o desestimando la demanda de divorcio, separación de cuerpos o anulación del matrimonio sea firme o el procedimiento finaliza por otro motivo”.

genérica a la elección de foro, de forma que el procedimiento en materia de responsabilidad parental adquiere autonomía propia⁷¹³. De esta manera, el legislador de la UE consolida la interpretación proporcionada en el asunto *L.*⁷¹⁴, de la cual se deriva la condición de cláusula general de prórroga del artículo 12.3 del Reglamento Bruselas II bis⁷¹⁵.

En cierta medida, el legislador de la UE ha ampliado el grado de aceptación del principio de autonomía de la voluntad, siguiendo con la tendencia a ir, tímidamente, permitiendo una autonomía de la voluntad limitada en Derecho de familia. Y, en concreto, innovando en el sector de competencia judicial internacional, con esta aceptación de la elección de foro, limitada en cuanto a su ejercicio –pero, general en lo relativo a la extensión del ámbito competencial atribuido-. Igualmente, el nuevo foro electivo mejora la articulación del consentimiento de las partes y del momento para llevarla a cabo, resolviendo las dudas interpretativas surgidas en la práctica.

No obstante, la nueva regulación deja ciertas dudas planteadas en algunas cuestiones. En relación con la desvinculación de los procedimientos matrimoniales, no toda la doctrina considera positiva la supresión expresa de la prórroga de la competencia. Según esta postura, se debería haber mantenido la prórroga de la competencia justificada entre la conexidad entre un asunto de responsabilidad parental y uno relativo a materia matrimonial, sin necesidad de establecer requisitos adicionales, ya que, para este supuesto, la nueva regulación aumenta la complejidad y reduce la certeza⁷¹⁶.

A su vez, otro punto respecto al que el Reglamento Bruselas II ter no ofrece una respuesta es el relativo a la posibilidad de aplicar el foro electivo del artículo 10 del Reglamento Bruselas II ter en caso de que el menor tenga su residencia habitual en un tercer Estado. O si, por el contrario, solo es posible tomar en consideración el mismo cuando el menor tenga su residencia habitual en un Estado miembro de la UE, siguiendo la regla general de aplicación del Reglamento. Este problema vendría acentuado por la supresión de

⁷¹³ Así lo indica HONORATI, C.: “La propuesta ...”, *cit.*, p. 254.

⁷¹⁴ Asunto *L.*, párr. 45: la prórroga del art. 12.3 del Reglamento Bruselas II bis puede establecerse “*sin que sea necesario que el procedimiento en esta materia tenga conexión con otro procedimiento que ya esté pendiente ante el Tribunal al que se pretende atribuir la competencia por extensión*”.

⁷¹⁵ GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: *Party Autonomy...*, *cit.*, p. 160.

⁷¹⁶ SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M. A.: “Acción de responsabilidad...”, *cit.*, pp. 159 y ss.

la prórroga recogida en el artículo 12.4 del Reglamento Bruselas II bis, recordemos, relativa, precisamente al supuesto de un menor con residencia habitual en un tercer Estado.

Como excepción a la regla general del foro de la residencia habitual del menor en un Estado miembro de la UE, sí que podría ser factible defender la aplicación del foro electivo, aunque el menor esté domiciliado en un tercer Estado, siempre que, por descontado, se cumplan los tres requisitos exigidos por el artículo 10 del Reglamento Bruselas II ter. Ya que, con independencia de dónde esté la residencia habitual del menor, estos requisitos garantizan tanto la conexión del menor con el Estado miembro en cuestión, como el consentimiento libre de las partes, como, por último, el interés superior del menor como límite a la voluntad de las partes. Consecuentemente, el órgano jurisdiccional siempre podrá comprobar que la sumisión a un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, en un caso en el que el menor tiene la residencia habitual fuera de la UE, responde, efectivamente, al interés superior del menor en el caso concreto⁷¹⁷.

Habrá que ver cuál es el funcionamiento práctico de este nuevo precepto que lleva a generalizar el principio de la autonomía de la voluntad en la competencia judicial internacional de una materia tan delicada como la responsabilidad parental. Quizá esta nueva regulación facilite, en principio, un acuerdo entre las partes, permitiéndoles litigar en el Estado miembro que consideran más adecuado. En todo caso, no se deberá olvidar que la elección de foro en materia de responsabilidad parental del menor siempre deberá responder no solo a la voluntad e intereses de los titulares de la responsabilidad parental, sino que su aplicación deberá justificarse en la consideración primordial del interés superior del menor afectado. De ahí el acierto del legislador de la UE al condicionar la elección de foro en materia de responsabilidad parental no solo al libre acuerdo de las partes en un procedimiento en materia de responsabilidad parental, sino también a una adecuada conexión del menor con el Estado miembro en cuestión, y como último garante, a una obligación dirigida al Juez de ponderar que la sumisión responde al interés superior del menor. Es evidente, por tanto, cómo el principio del interés superior del menor actúa como límite a la autonomía de la voluntad en materia de responsabilidad parental.

⁷¹⁷ También defiende la aplicación del art. 10 del Reglamento Bruselas II ter aunque el menor tenga su residencia habitual en un tercer Estado BERNARDO SAN JOSÉ, A.: “Las normas de competencia internacional ...”, *cit.*, p. 1273.

4.2.2 *La transferencia de la competencia a un órgano jurisdiccional mejor situado para conocer del asunto como máximo exponente del interés superior del menor en el caso concreto: la flexibilización de la respuesta*

La realidad que acompaña a las familias internacionales es sumamente compleja y su práctica puede dar lugar a cuestiones de la más diversa índole. El Reglamento Bruselas II bis diseña un sistema dotado de un alto grado de sofisticación y una voluntad de complitud. Sin embargo, el legislador de la UE es consciente de la necesidad de asegurar un foro “de cierre” suficientemente flexible como para hacer frente a aquellas situaciones no cubiertas por el resto de las normas reglamentarias. Consecuentemente, el Reglamento Bruselas II bis prevé en su artículo 15 -como ahora hacen los artículos 12 y 13 del Reglamento Bruselas II ter- la posibilidad de que el órgano jurisdiccional competente en virtud del Reglamento remita la cuestión en materia de responsabilidad parental a otra jurisdicción que entienda mejor situada para conocer del asunto, siempre que se justifique en virtud del principio del interés superior del menor. Posibilidad que, como decimos, se ha mantenido en el Reglamento Bruselas II ter.

Este foro, articulado sobre la noción anglosajona del *forum non conveniens*, encontraría su anclaje en el principio de flexibilidad que debe primar en una materia tan diversa y compleja como es la de la responsabilidad parental⁷¹⁸. Efectivamente, a pesar de que la regla general de la salvaguarda del interés superior del menor y el criterio de proximidad recomiendan que la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental corresponda a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de residencia habitual del menor, en ciertos casos concretos, estos mismos dos principios podrían recomendar que sean competentes otros órganos jurisdiccionales que puedan considerarse que se encuentran mejor situados para valorar el interés superior del menor involucrado en el caso concreto. En consecuencia, el foro objeto de estudio, asegura la necesaria flexibilidad que requiere la materia de la responsabilidad parental. Con él, los Reglamentos Bruselas II bis y ter aseguran el adecuado equilibrio entre el interés superior

⁷¹⁸ GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: “Prorogation of Jurisdiction (Article 12)”, *cit.*, p. 187.

en abstracto y el interés superior en el caso concreto, cuyo máximo exponente sería, precisamente, este foro del Tribunal “mejor situado” para conocer del asunto.

Pese a la evidente importancia del foro previsto en el artículo 15 del Reglamento Bruselas II bis y en los artículos 12 y 13 del Reglamento Bruselas II ter, objeto de análisis, se debe tener presente que éste opera, dentro de la estructura general de los citados textos, como una competencia especial. Como una excepción a la regla general del foro de la residencia habitual del menor, y, en consecuencia, debe ser interpretado restrictivamente y empleado solo en circunstancias excepcionales. Esta idea es apoyada por la propia jurisprudencia del TJUE en su sentencia de 27 de octubre de 2016, en el asunto C-428/15, *D.*⁷¹⁹ (en adelante asunto *D.*) al señalar que, “*el artículo 15 del Reglamento n.º 2201/2003 figura en la sección 2 de su capítulo II, que establece una serie de normas de competencia en los asuntos de responsabilidad parental y, por otra parte, que dicho artículo prevé una norma de competencia específica, como excepción a la norma de competencia general enunciada en el artículo 8 del Reglamento, que designa a los órganos jurisdiccionales del lugar de residencia habitual del menor como órganos jurisdiccionales competentes para conocer del fondo de tales asuntos*”⁷²⁰.

El artículo 15 del Reglamento Bruselas II bis -como los artículos 12 y 13 del Reglamento Bruselas II ter- se presentarían, así, como una “cláusula de escape” que permite evaluar las específicas circunstancias de un determinado caso⁷²¹, facilitando, de esta manera, la necesaria flexibilidad que puede ser indispensable en algunos supuestos en materia de responsabilidad parental. La referida búsqueda de flexibilidad se vería directamente respaldada, precisamente, por el criterio de proximidad que prima en los asuntos relativos a los menores, en los que el legislador de la UE prioriza que los casos que les afecten sean resueltos por los órganos jurisdiccionales más cercanos al menor. Conviene que los aproximemos de forma más detallada.

⁷¹⁹ ECLI:EU:C:2016:819. Sobre esta decisión vid. por todos SÁNCHEZ LÓPEZ, B.: “Responsabilidad parental y la aplicación del *forum non conveniens* de carácter reglado del artículo 15 del Reglamento (CE) N° 2201/2003: La STJUE de 27 de octubre de 2016”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n.º 1, v. 10, 2018, pp. 639-656.

⁷²⁰ Asunto *D.*, párr. 29.

⁷²¹ Vid. FONT i SEGURA, A.: “El progresivo avance...”, *cit.*, p. 293.

4.2.2.1 El sustento de las soluciones recogidas en los Reglamentos Bruselas II bis y ter en la figura del *forum non conveniens*: flexibilidad, salvaguarda del interés del menor y de la confianza mutua

El foro de la transferencia de la competencia a un Tribunal mejor situado para conocer del asunto, recogido en el artículo 15 del Reglamento Bruselas II bis -y, ahora, en los artículos 12 y 13 del Reglamento Bruselas II ter- habilita al órgano jurisdiccional competente sobre el fondo en virtud del Reglamento a transmitir el asunto a otro órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, por considerarlo mejor situado para conocer del mismo en virtud del interés superior del menor. Ahora bien, para que dicha transferencia se produzca el segundo Tribunal debe, a su vez, valorar que está mejor situado y aceptar tal transferencia. Como apunta la doctrina, el artículo 15 del Reglamento Bruselas II bis introduce “un mecanismo flexible tutelado por el «interés superior del menor» tanto en su filosofía, en realidad todo el Reglamento lo está, cuanto en su concreto funcionamiento”⁷²².

El referido foro de competencia supone una clara manifestación del maridaje que ha imperado en la normativa europea debido a la presencia dentro de la UE de ordenamientos pertenecientes a distintas familias jurídicas. El foro estaría así inspirado en el *forum non conveniens* anglosajón⁷²³, figura propia de los sistemas jurídicos del *Common Law*, en virtud de la cual, básicamente, el Juez legalmente competente está facultado para abstenerse del ejercicio de su competencia y declinarla en favor de otro Juez competente, que considera en mejor situación para resolver el asunto. Este mecanismo, en suma, se caracteriza por otorgar

⁷²² ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “Responsabilidad parental, transferencia de la competencia a los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro e interés superior del menor: STJUE 27 de octubre de 2016, C-428/15: D.”, *LA LEY Unión Europea*, n.º 43, 2016, p. 3.

⁷²³ Sobre el *forum non conveniens* en DIPr vid., entre otros: CUNIBERTI, G.: “Forum Non Conveniens and the Brussels Convention”, *International and comparative law quarterly*, n.º 4, 2005, pp. 973-982; PALAO MORENO, G.: “El *forum non conveniens* es incompatible con el Convenio de Bruselas”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n.º 4, 2005, pp. 1425-1432; FURNISH, D.B.: ““El *forum non conveniens* y el *lis alibi pendens*: apuntes para una comparación sistémica y sistemática en la Administración de justicia”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XIV–XV, 2014–2015, pp. 321 y ss.; HERRANZ BALLESTEROS, M.: “Conflicto de jurisdicciones y declinación de la competencia: los asuntos Honeywell y Spanair”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 5, n.º 2, 2013, pp.592 y ss.; HERRANZ BALLESTEROS, M.: *El forum non conveniens y su adaptación al ámbito europeo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011; SÁNCHEZ LÓPEZ, B.: “Cómo opera el procedimiento de *forum non conveniens* en la determinación de la competencia judicial europea en materia de responsabilidad parental”, en RUDA GONZÁLEZ, A. y JEREZ DELGADO, C. (dirs.): *Estudios sobre Jurisprudencia Europea, Materiales del III Encuentro anual del Centro español del European Law Institute*, Sepín, Madrid, 2019, pp. 643-655.

discrecionalidad a los órganos jurisdiccionales en cuanto a la valoración de su propia competencia⁷²⁴.

Pese a la evidente inspiración del legislador de la UE en esta figura, la doctrina identifica importantes disparidades entre el foro recogido en el Reglamento y el funcionamiento tradicional del *forum conveniens*. Particularmente, se identifican dos diferencias de gran calado. En primer lugar, mientras que el *forum non conveniens* requiere de la existencia de un conflicto positivo de competencia, esto es, que haya dos Tribunales potencialmente competentes, en el caso del Reglamento Bruselas II bis y ter la transferencia se produce de un Tribunal competente en virtud del citado texto en favor de otro Tribunal no competente. Un segundo rasgo distintivo es el listado cerrado de autoridades a las que puede derivarse la competencia recogido en el Reglamento, e inexistente en las fórmulas tradicionales de *forum non conveniens*⁷²⁵. Ahora bien, sin perjuicio de las diferencias existentes, se afirma que el foro recogido en el Reglamento mantiene la esencia de la figura del *forum non conveniens*, esto es, el otorgamiento de un poder discrecional al Juez para valorar su propia competencia y, en definitiva, la búsqueda de la sustanciación del caso por el foro más adecuado⁷²⁶.

Estamos, pues, ante una solución ajena a los sistemas continentales de Derecho Continental, en los que el Juez predeterminado por la ley constituye uno de los principios esenciales del sistema. En el DIPr de la UE, y particularmente, en materia patrimonial, en la elaboración del originario Convenio de Bruselas de 1968, y posteriormente del Reglamento Bruselas I bis, la incorporación del *forum non conveniens* fue descartada por el legislador de la UE, precisamente, porque la discrecionalidad otorgada al Juez se entendía contraria al dogma de la seguridad jurídica. Rechazo que ha sido respaldado posteriormente por el propio TJUE en su jurisprudencia⁷²⁷.

Sin embargo, en materia de responsabilidad parental, y siguiendo la tendencia de los artículos 8 y 9 del Convenio de La Haya de 1996, finalmente se incorporó la referencia

⁷²⁴ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M.A.: “La remisión y la transferencia de competencia en materia de responsabilidad parental en el Reglamento (UE) 2019/1111”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 12, n.º 2, 2020, p. 712.

⁷²⁵ HERRANZ BALLESTEROS, M.: *El forum non conveniens y ...*, cit., pp. 196 y 197.

⁷²⁶ *Ibid.*, p. 198.

⁷²⁷ Vid., entre otras, la STJUE de 9.12.2003, en el asunto C-116/02, *Gasser*, ECLI:EU:C:2003:657; y STJUE de 1.3.2005, en el asunto C-281/02, *Owusu*, ECLI:EU:C:2005:120.

al Tribunal mejor situado, ya que se argumentó que la característica flexibilidad de esta figura superaba, para esta materia concreta, los riesgos de incertidumbre e inseguridad jurídica que hacían poco recomendable la introducción del *forum non conveniens* en materia civil y mercantil⁷²⁸.

En definitiva, el Reglamento Bruselas II bis – y en la misma línea el Reglamento Bruselas II ter- introduce un sistema ajeno a la tradición jurídica de la mayoría de los Estados miembros, muy poco utilizado en el DIPr de la UE. Esta fórmula se incardina con el objetivo de que actúe, en cierta medida, como una “cláusula de escape” frente a la regla general, actuando como un correctivo frente al efecto indeseado al que pudiera llevar el sistema de competencia del Reglamento. Reafirmando, de esta forma, el carácter preponderante del principio del interés superior del menor como eje del sistema reglamentario⁷²⁹.

Efectivamente, en materia de responsabilidad parental es imprescindible buscar un equilibrio entre la seguridad jurídica y la adecuada garantía de los principios del interés superior del menor y de proximidad en los que está basado el sistema competencial del Reglamento. Este delicado balance lleva a permitir, en ciertas circunstancias excepcionales, o por razones prácticas, que la transferencia de la competencia constituye la mejor respuesta al caso concreto⁷³⁰. Dicha flexibilidad ligada al criterio de proximidad contrarrestaría otros efectos negativos del *forum non conveniens* como son la incertidumbre y la menor seguridad jurídica susceptibles de ser generados por éste⁷³¹.

La búsqueda del equilibrio entre la flexibilidad y la seguridad jurídica, tensionada adicionalmente por el necesario aseguramiento del criterio de proximidad y protección del interés superior del menor es tomada en consideración por el legislador de la UE, quien parece muy consciente de su existencia. De esta suerte, el artículo 15 del Reglamento Bruselas II bis, y en el mismo sentido los artículos 12 y 13 del Reglamento Bruselas II ter, introducen ciertos correctivos frente al funcionamiento tradicional del *forum non*

⁷²⁸ Vid. SÁNCHEZ LÓPEZ, B.: “Responsabilidad parental y la aplicación del *forum non conveniens* ...”, *cit.*, pp. 642 y ss.

⁷²⁹ Vid. FONT i SEGURA, A.: “El progresivo avance...”, *cit.*, p. 293.

⁷³⁰ PATAUT, E.: “Article 15. Transfer to a court better placed to hear the case”, en MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P. (eds.): *cit.*, p. 175.

⁷³¹ HONORATI, C. y LIMANTE, A.: “Transfer of Proceedings (Article 15)”, en HONORATI, C. (ed.): *Jurisdiction in...*, *cit.*, pp. 202-203.

*conveniens*⁷³². Para ello, se emplea una “fórmula reglada de *forum non conveniens* en cuanto a la predeterminación de los requisitos que han de concurrir para que pueda operar esta norma excepcional”⁷³³. Foro que, además, se caracteriza por ser facultativo tanto para el órgano jurisdiccional competente, como para el órgano jurisdiccional al que se pretende transmitir la competencia⁷³⁴.

Por todo ello, se afirma que el legislador de la UE está buscando el establecimiento de un modelo de cooperación entre los órganos jurisdiccionales implicados en la transferencia⁷³⁵. De forma que, además de la consecución del interés superior del menor, el segundo pilar de la transferencia de la competencia sería la confianza mutua entre los órganos jurisdiccionales⁷³⁶.

4.2.2.2 La evolución del foro desde el Reglamento Bruselas II bis al Reglamento Bruselas II ter y la práctica jurisprudencial del TJUE

El artículo 15 del Reglamento Bruselas II ter recoge la posibilidad de la transferencia de la competencia a un órgano jurisdiccional mejor emplazado para conocer del asunto siempre que responda al interés superior del menor. Esta admisión matizada del *forum non conveniens* es, como decimos, igualmente mantenida -ahora- por el legislador de la UE en los artículos 12 y 13 del Reglamento Bruselas II ter, aunque incorporando relevantes modificaciones que impactarán en su funcionamiento práctico.

En concreto, la unilateralidad presente en el artículo 15 del Reglamento Bruselas II bis y reproducida en el artículo 12 del nuevo texto de 2019, se ve ampliada en el artículo 13 del nuevo Reglamento al admitirse, siempre de forma excepcional, no solo la remisión por parte del órgano competente a un órgano en otra jurisdicción de la UE que se considera más

⁷³² En palabras de Álvarez González: “No solo se trata de una excepción posible a la competencia de los Tribunales que la tienen para conocer del fondo del asunto, sino una rara avis en el sistema procesal de la UE que recuerda a la idea de *forum conveniens* / *forum non conveniens*, de la que, por otro lado, se separa en virtud de su naturaleza cooperativa bilateral y del establecimiento apriorístico de las alternativas al Tribunal normalmente competente”. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “Responsabilidad parental...”, *cit.*, p. 3.

⁷³³ BERNARDO SAN JOSÉ, A.: “Las normas de competencia internacional ...”, *cit.*, p. 1278.

⁷³⁴ FORCADA MIRANDA, J.: *Comentarios ...*, *cit.*, p. 140.

⁷³⁵ HERRANZ BALLESTEROS, M.: *El forum non conveniens y ...*, *cit.*, p. 198.

⁷³⁶ FORCADA MIRANDA, J.: *Comentarios ...*, *cit.*, p. 138. Igualmente LAMONT, R.: “Care proceedings with a European dimension under Brussels Ila: jurisdiction, mutual trust and the best interests of the child”, *Child and Family Law Quarterly*, v. 28, nº. 1, 2016, p. 72.

adecuado para conocer del caso sino, también, que el órgano de otro Estado miembro de la UE reclame al Tribunal competente dicha competencia por considerarse a sí mismo mejor preparado para dar una respuesta satisfactoria a la controversia suscitada.

En un momento inicial, esto es, en la Propuesta de la Comisión de 2016, tanto su, entonces, artículo 14 como el Considerando relativo a la remisión a un órgano jurisdiccional mejor situado se mantenían con una redacción idéntica – excepto por ciertas correcciones de escasa relevancia- respecto a la redacción existente en el Reglamento Bruselas II bis⁷³⁷. De hecho, resulta interesante destacar como el Parlamento Europeo presentó una enmienda al Considerando de la Propuesta de la Comisión de 2016 para introducir una referencia expresa a los casos de violencia doméstica o de género como ejemplo de un supuesto excepcional en el que el órgano jurisdiccional del Estado miembro de residencia habitual del menor puede no ser el mejor situado para conocer de un asunto⁷³⁸. Referencia que finalmente no tuvo mañana y no fue introducida en la versión definitiva del nuevo texto reglamentario.

Tras el proceso de negociación, en la Propuesta de la Presidencia del Consejo de la UE de 2018, y aun manteniéndose, en términos generales, el espíritu y la dinámica de la norma recogida en el artículo 15 del Reglamento Bruselas II bis en el nuevo artículo 12 del Reglamento Bruselas II ter, se introduce en el artículo 13 del Reglamento Bruselas II ter una nueva regla con novedades relevantes⁷³⁹.

El artículo 12 del Reglamento Bruselas II ter mantiene el foro del órgano jurisdiccional mejor situado, “*en circunstancias excepcionales*”⁷⁴⁰. Ahora bien, en el artículo 13 del nuevo texto reglamentario se introduce una importante novedad en relación con su ámbito, puesto que, como ya se ha avanzado, se ha incorporado no solo la posibilidad de remitir el asunto, sino también la facultad de, siempre dentro de la UE, solicitar dicha remisión al órgano jurisdiccional que se considere mejor situado para conocer de un caso.

⁷³⁷ Vid. COMISIÓN EUROPEA: “Propuesta...”, *cit.*, art. 14.

⁷³⁸ PARLAMENTO EUROPEO: “Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta...”, *cit.*, enmienda 12, relativa al Considerando 18 de la Propuesta de la Comisión de 2016: “***merece una atención especial el hecho de que, en casos excepcionales, como los casos de violencia doméstica o de género, las autoridades del Estado miembro de la residencia habitual del menor pueden no ser la autoridad más apropiada para conocer del asunto...***”.

⁷³⁹ Vid. PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE LA UE: “Orientación general ...”, *cit.*, arts. 12 y 12 bis.

⁷⁴⁰ Art. 12.1 Reglamento Bruselas II ter.

Con este nuevo precepto se terminaría con la asimetría que presentaba el mecanismo de remisión del Reglamento Bruselas II bis⁷⁴¹.

Respecto a al potencial supuesto de una transferencia de la competencia entre un órgano jurisdiccional de Estado miembro de la UE y un órgano jurisdiccional de un Estado exclusivamente parte del Convenio de La Haya de 1996, el artículo 97.2. b) del Reglamento Bruselas II ter prevé una regla especial por la que el referido Convenio se aplicará en estos casos. En este sentido, el mencionado precepto dispone que: “*con respecto a la transferencia de competencia entre un órgano jurisdiccional de un Estado miembro y un órgano jurisdiccional de un Estado parte del Convenio de La Haya de 1996 en el que no se aplique el presente Reglamento, se aplicarán los artículos 8 y 9 de dicho Convenio*”⁷⁴².

Resulta imprescindible aproximar estas posibilidades, valorando la evolución y los motivos que han conducido a ésta, desde el Reglamento Bruselas II bis al II ter. Para ello, comenzaremos por analizar el mecanismo de la transferencia de la competencia diseñado en el artículo 15 del Reglamento Bruselas II bis, incidiendo en su desarrollo jurisprudencial por parte del TJUE. Para, seguidamente, valorar las novedades de esta solución normativa reproducida en el artículo 12 del Reglamento Bruselas II ter y exponer, por último, la novedosa opción de la solicitud de la transferencia de la competencia recogida en el artículo 13 del Reglamento Bruselas II ter. Todas ellas, y en ambos Reglamentos, insistimos, opciones calificadas de “excepcionales”.

A. Primera opción: la transferencia de la competencia a un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro mejor situado para conocer del asunto

Tal y como ya hemos tenido la oportunidad de anticipar, el artículo 15 del Reglamento Bruselas II bis recoge, básicamente, la facultad de que el órgano jurisdiccional de un Estado miembro de la UE competente en materia de responsabilidad parental aprecie

⁷⁴¹ En palabras de Álvarez González, se “trata de dar respuesta a una de las críticas más evidentes de la actual regulación: la asimetría que el actual art. 15 del Reglamento exhibe en torno a los aspectos procedimentales cuando se requiere a otro Tribunal para que conozca (actual art. 15 puntos 4º y 5º) y cuando es el Tribunal mejor situado el que requiere a otro para que le remita el asunto, supuesto en el que se guarda completo silencio”. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “De nuevo sobre la interpretación y alcance del artículo 15 del Reglamento Bruselas II bis (Una alternativa efímera a la STJ de 4 de octubre de 2018)”, *LA LEY Unión Europea*, n.º 66, 2019, p. 10.

⁷⁴² Al respecto vid. CAMPUZANO DÍAZ, B.: “El nuevo Reglamento ...”, *cit.* pp. 114-115.

que otro Estado miembro está mejor situado para conocer el asunto porque el menor tiene una vinculación especial con dicho Estado y responde a su interés superior. Ahora, este foro se traslada al artículo 12 del Reglamento Bruselas II ter en términos muy similares a los existentes en el Reglamento Bruselas II bis. Se incluye, sin embargo, un ligero, aunque relevante, cambio en relación con el órgano jurisdiccional competente. Así, también, como en los presupuestos para activar la remisión, y muy en particular, en la utilización del principio del interés superior del menor.

Con independencia de estas alteraciones, reiteramos que en ambos Reglamentos se diseña esta opción como una excepción que, por su propia naturaleza, deberá ser interpretada de forma restrictiva. El artículo 15.1 del Reglamento Bruselas II bis refiere explícitamente a “*excepcionalmente*”, y el artículo 12.1 del Reglamento Bruselas II ter habla de “*en circunstancias excepcionales*”. En línea con ello, la jurisprudencia del TJUE ha resaltado que siempre se deberá tener presente que la remisión a otro órgano jurisdiccional mejor situado del artículo 15 del Reglamento constituye una excepción a la regla general de la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental, y como tal, este precepto debe ser interpretado restrictivamente y aplicado solo ante acreditadas circunstancias excepcionales que lleven al cumplimiento de los presupuestos para su activación recogidos, en este caso, en el precepto. Así lo ha puesto de manifiesto el TJUE en todos sus pronunciamientos respecto al artículo 15 del Reglamento Bruselas II bis, concretamente, en la STJUE de 27 de octubre de 2016, en el ya citado asunto C-428/15, *D.*,⁷⁴³ así como en la STJUE, de 4 de octubre de 2018, en el asunto C-478/17, *IQ*⁷⁴⁴, (en adelante asunto *IQ*)⁷⁴⁵.

De acuerdo con el Tribunal de Luxemburgo, para poder solicitar la remisión a un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, el órgano jurisdiccional competente en virtud del Reglamento deberá “*desvirtuar la fuerte presunción a favor del mantenimiento de su propia competencia que resulta de dicho Reglamento*”⁷⁴⁶. El carácter excepcional del

⁷⁴³ Asunto *D.*, párr. 47.

⁷⁴⁴ ECLI:EU:C:2018:812. Sobre esta sentencia vid. CAMPUZANO DÍAZ, B.: “El artículo 15 del Reglamento 2201/2003 y la remisión a un órgano jurisdiccional mejor situado para conocer del asunto. Nota a la sentencia del TJUE de 4 de octubre de 2018, *IQ* y *JO*, as. 478/17”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 11, n.º 2, 2019, pp. 452-461.

⁷⁴⁵ Asunto *IQ*, párr. 31.

⁷⁴⁶ Asunto *D.*, párr. 49.

precepto también ha sido reiterado en el ATJUE de 10 de julio de 2019, en el asunto C-530/18, *EP*⁷⁴⁷, (en adelante asunto *EP*) en el que con claridad se afirma que: “*el artículo 15 del Reglamento n.º 2201/2003 debe interpretarse en el sentido de que establece una excepción a la regla de competencia general del artículo 8 de dicho Reglamento n.º 2201/2003, según la cual la competencia de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros se determina en función del lugar de residencia habitual del menor en el momento de la presentación de la demanda*”⁷⁴⁸. Igualmente, este carácter excepcional es reiterado en la jurisprudencia española⁷⁴⁹.

La realidad práctica de la aplicación del artículo 15 del Reglamento Bruselas II bis resalta, pues, el carácter acotado de su ámbito de aplicación. En este sentido, la jurisprudencia refleja que en muchos casos su aplicación ha sido planteada en supuestos de menores desamparados que necesitan de la intervención de los sistemas públicos de protección de menores⁷⁵⁰. Precisamente, una de las cuestiones prejudiciales planteadas en el asunto *D.* iban dirigidas a averiguar si cuestiones de Derecho público relativas a la protección de menores eran susceptibles de ser remitidas a un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro mejor situado. El TJUE respondió que, como se deriva de la definición de responsabilidad parental, dentro del ámbito de aplicación del artículo 15 del Reglamento se incluye “*un recurso en materia de protección del menor interpuesto por la autoridad competente de un Estado miembro, que tenga su fundamento en el Derecho público y esté dirigido a la adopción de medidas relativas a la responsabilidad parental, como el que es objeto del litigio principal, ...*”⁷⁵¹.

a. Los requisitos necesarios para la transmisión de la competencia

El principio del *forum non conveniens* adoptado por, y adaptado al, Reglamento Bruselas II bis cuenta, pues, con un carácter excepcional que exige, para su eventual juego,

⁷⁴⁷ ECLI:EU:C:2019:583.

⁷⁴⁸ Asunto *EP*, párr. 25.

⁷⁴⁹ A título de ejemplo SAP de Barcelona 376/2020, de 30.9.2020, ECLI:ES:APB:2020:8014A. En este caso, el Juzgado de primera instancia aplica el art. 15 del Reglamento Bruselas II bis, sin embargo, la AP descarta su aplicación porque no consta el consentimiento de al menos una de las partes, demostrando un perfecto conocimiento del mecanismo de remisión de la competencia

⁷⁵⁰ Sobre estos casos vid. HONORATI, C. y LIMANTE, A.: “Transfer of Proceedings (Article 15)”, *cit.*, pp. 202-204.

⁷⁵¹ Asunto *D.*, párr. 38.

la satisfacción de un conjunto de requisitos imprescindibles para poder activar el mecanismo de remisión, que aparecen recogidos en el artículo 15.1 del Reglamento Bruselas II bis. El precepto es claro al señalar que: “*excepcionalmente, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro competentes para conocer del fondo del asunto podrán, si consideran que un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro con el que el menor tenga una vinculación especial está mejor situado para conocer del asunto o de una parte específica del mismo, y cuando ello responda al interés superior del menor.*”.

De este texto se extraen tres presupuestos que deben concurrir cumulativamente para que el órgano jurisdiccional competente en virtud del Reglamento se vea habilitado para remitir su competencia a otro órgano jurisdiccional de otro Estado miembro por entender que su mayor proximidad le dota de una “mejor” posición para conocer del litigio suscitado. Los tres presupuestos son:

- 1) En primer lugar, la especial vinculación del menor con el Estado miembro en cuestión.
- 2) En segundo, que el órgano jurisdiccional en cuestión esté mejor situado para conocer el asunto; y
- 3) Por último, que se compruebe que la remisión responda al interés superior del menor⁷⁵².

Por su parte, el artículo 12 del nuevo Reglamento Bruselas II ter incorpora los presupuestos mencionados en términos muy similares: “*en circunstancias excepcionales, el órgano jurisdiccional de un Estado miembro competente para conocer el fondo del asunto podrá, a instancia de parte o de oficio, si considera que un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro con el que el menor tenga un vínculo estrecho está mejor situado para valorar el interés superior del menor en un caso particular...*”⁷⁵³.

⁷⁵² Al analizar el asunto *D.*, Álvarez González describe los tres presupuestos interpretado por el TJUE de la siguiente manera: “...las condiciones específicas, que clasifica en tres conceptos: la proximidad, un valor añadido real a la competencia del órgano que está conociendo, y una fiscalización última a la luz del interés superior del menor”. ALVAREZ GONZÁLEZ, S.: “Responsabilidad parental...”, *cit.*, p. 9.

⁷⁵³ Igualmente, como requisito previo se ha entendido que se debe haber iniciado un asunto en un órgano jurisdiccional de un Estado miembro. En este sentido, SAP de Bilbao 102/2020, de 23.1.2020, ECLI: ES:APBI:2020:3^a, deniega la competencia de los Tribunales españoles en virtud del art. 15.2 del Reglamento Bruselas II bis porque en Reino Unido -lugar de residencia habitual del menor- no se ha iniciado ningún asunto.

Frente a lo que ocurre con el tenor del artículo 15 del Reglamento Bruselas II bis, en el caso del artículo 12 del Bruselas II ter, además de los tres requisitos apuntados, cabe mencionar la introducción de un presupuesto previo, como es el relativo al órgano jurisdiccional que está facultado para activar el foro de la transferencia de la competencia, y que, aunque se debería inferir del texto de los preceptos mencionados, ha suscitado dudas en la doctrina. Resulta necesario que aproximemos todos estos requisitos fijados por el precepto comenzando, precisamente, por este último.

i) Presupuesto previo: el órgano jurisdiccional que puede activar la transferencia de la competencia

Para un adecuado funcionamiento de la transferencia de la competencia, una premisa imprescindible, a la vez que una pregunta esencial, es la relativa a la determinación de qué órganos jurisdiccionales están habilitados para activar tal posibilidad. Parece evidente que tendrá que ser el órgano jurisdiccional competente en virtud del Reglamento el que estará facultado para transferir la competencia en caso de considerarlo oportuno. Ahora bien, el texto del artículo 15.1 del Reglamento Bruselas II bis permite plantear la duda de si cualquier órgano jurisdiccional de los potencialmente competentes está habilitado para activar este foro. Respecto a este punto, el precepto se limita a referir a “*los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro competentes para conocer del fondo del asunto*”, mientras que sus apartados 4 y 4 aluden a los artículos 8 a 14 del Reglamento Bruselas II bis. A pesar de estas referencias, la doctrina no es pacífica respecto a si el órgano jurisdiccional puede ser competente en virtud de cualquier foro de los artículos 8 a 14 del Reglamento Bruselas II bis o no⁷⁵⁴.

A partir de esta nebulosa, el artículo 12 del Reglamento Bruselas II ter ha introducido novedades en este punto. De entrada, la redacción literal del apartado 1 del citado, en el mismo sentido que el artículo 15.1 del Reglamento Bruselas II bis, se limita a hacer referencia al “*el órgano jurisdiccional de un Estado miembro competente para*

⁷⁵⁴ A título de ejemplo, mientras que Ancel y Muir Watt consideran que se puede activar la transferencia de la competencia por cualquier foro de los arts. 8 a 14 del Reglamento Bruselas II bis, Álvarez González cuestiona esta posibilidad. Vid., respectivamente, ANCEL, B. y MUIR WATT, H.: “L’intérêt supérieur de l’enfant dans le concert des juridictions: le Règlement Bruxelles II bis”, *Revue Critique de Droit International privé*, v. 94, n.º 4, 2005, pp. 569-605, p. 594; y ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “Responsabilidad parental...”, *cit.*, p. 7.

conocer el fondo del asunto”, como vemos, en singular. Adicionalmente, el mencionado precepto ya no habla de los foros de los artículos 8 a 14 del texto reglamentario en ninguno de sus apartados, como sí hacía el Reglamento Bruselas II bis.

Lo cierto es que el legislador de la UE parece estar pensando, esencialmente, en el órgano jurisdiccional de la residencia habitual de menor como Tribunal susceptible de activar la transferencia de la competencia del artículo 12 del Reglamento Bruselas II ter⁷⁵⁵. Esta idea se reforzaría por la redacción del Considerando 26 del citado texto, que refiere tan solo al mencionado órgano jurisdiccional de la residencia habitual del menor: “*en circunstancias excepcionales, un órgano jurisdiccional del Estado miembro de residencia habitual del menor puede no ser el órgano más apropiado para conocer del asunto*”.

Con esta alusión, pareciera darse a entender que el único órgano jurisdiccional habilitado para transmitir su competencia es aquel que la ha obtenido en virtud del foro de la residencia habitual del menor – artículo 7 del Reglamento Bruselas II ter-. Sin embargo, es confuso que, ni en el texto del artículo 12 del Reglamento Bruselas II ter, ni en el resto del Considerando 26, se vuelva a hacer referencia a esta limitación, y en cambio, se opte por la expresión “*el órgano jurisdiccional competente*” o “*el órgano jurisdiccional de un Estado miembro competente para conocer el fondo del asunto*”.

Si bien esta modificación no parece totalmente esclarecedora respecto a la cuestión planteada, en sentido negativo, el nuevo Reglamento Bruselas II ter, en su artículo 12.5, sí que es prohíbe expresamente la transmisión de la competencia en el caso de que el órgano jurisdiccional tenga competencia exclusiva en virtud del artículo 10 del Reglamento Bruselas II ter. Esto es, en el supuesto de elección de foro del artículo 10.1. b) ii) del nuevo texto reglamentario, relativo al caso en que las partes han manifestado su elección expresamente durante el procedimiento y el órgano jurisdiccional se ha asegurado de que todas las partes han sido informadas de su derecho a no aceptar la competencia⁷⁵⁶.

Consecuentemente, como en el resto de los casos no encontramos una prohibición expresa, la posibilidad de activación de la transferencia de la competencia seguiría recayendo sobre el foro de la residencia habitual del menor, el foro en materia de derechos

⁷⁵⁵ En esta línea también RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M.A.: “La remisión...”, *cit.*, pp. 715 y 716.

⁷⁵⁶ Al respecto vid. *supra* Cap. Primero, ap. II 4.2.1.2, A, b “La libre aceptación la competencia por todas las partes”.

de visita y de sustracción de menores, y el foro basado en la presencia del menor. Por la nueva sistemática del Reglamento, parece muy difícil afirmar que la transferencia de la competencia se puede activar por el órgano jurisdiccional competente en virtud del foro residual o el foro en materia de medidas provisionales, ya que están situados posteriormente al foro objeto de análisis⁷⁵⁷. Igualmente, surgen dudas respecto a si el órgano jurisdiccional elegido en el caso de elección de foro del artículo 10.1.b) i), es decir, la elección de foro producida a más tardar en el momento de presentar el asunto ante el órgano jurisdiccional podría activar la transferencia⁷⁵⁸.

En consecuencia, se deja abierta, y perdura, la cuestión de si el único órgano jurisdiccional habilitado para plantear la remisión es el órgano jurisdiccional del Estado miembro de residencia habitual del menor o si, por el contrario, tal posibilidad sigue abierta para otros órganos jurisdiccionales competentes en virtud del Reglamento. Duda interpretativa que quizá se hubiera podido solventar con una mayor precisión y rigurosidad en la redacción literal del nuevo texto reglamentario.

Tampoco se entiende el intento de limitar la activación de la transferencia de la competencia por el órgano jurisdiccional de la residencia habitual del menor, puesto que, si el objetivo del foro es flexibilizar la respuesta, dejar abierta esta posibilidad para todos los foros sería la opción más coherente con esta finalidad.

ii) La necesaria vinculación especial del menor con el Estado miembro en cuestión

Una vez analizado el órgano jurisdiccional competente para activar la transferencia, el artículo 15.1 del Reglamento Bruselas II bis exige, como primer presupuesto propiamente dicho, recogido en el precepto, la justificación de que el Estado miembro al que se pretende, de forma excepcional, remitir el asunto por parte del órgano jurisdiccional competente posee una vinculación especial con el menor implicado en el caso concreto. Como señala el TJUE en el asunto *D.*, “*es preciso recordar, en primer lugar, que en virtud del artículo 15, apartado 1, del Reglamento n.º 2201/2003, la remisión de un asunto en materia de responsabilidad parental por parte de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro*

⁷⁵⁷ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M.A.: “La remisión...”, *cit.*, pp. 715 y 716.

⁷⁵⁸ De nuevo, al respecto vid. el ap. “La libre aceptación la competencia por todas las partes”.

únicamente debe efectuarse a un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro con el que el menor en cuestión tenga una «vinculación especial»⁷⁵⁹.

Para ello, el legislador de la UE proporciona un listado cerrado de criterios que reflejan tal vinculación en el artículo 15.3 del Reglamento Bruselas II bis:

1) Que dicho Estado miembro se haya convertido en el de residencia habitual del menor después de la presentación de la demanda ante el órgano jurisdiccional competente.

2) Que el menor haya residido de manera habitual en dicho Estado miembro.

3) Que el menor sea nacional de dicho Estado miembro.

4) Que dicho Estado miembro sea el de residencia habitual de un titular de la responsabilidad parental.

5) Que el asunto se refiera a las medidas de protección del menor ligadas a la administración, conservación o disposición de los bienes de éste que se encuentren en el territorio de dicho Estado miembro.

Respecto al presupuesto del órgano jurisdiccional “mejor situado” para conocer del asunto en el Reglamento Bruselas II ter, las circunstancias que se consideran como vínculo estrecho⁷⁶⁰ del menor con el Estado miembro en cuestión se reproducen en términos idénticos, en este caso, en el artículo 12.4 del nuevo texto reglamentario.

Se observa, por tanto, como el legislador de la UE ha decidido mantener la diferencia en este requisito respecto a su regulación en el artículo 8 del Convenio de La Haya de 1996, que se limita a hablar de “vínculo estrecho” sin concretar que situaciones dan lugar a tal “vínculo estrecho”. Aportándose, por lo tanto, una respuesta que si bien es más flexible⁷⁶¹, también resulta más abierta, al no incluirse indicación alguna sobre su significado.

⁷⁵⁹ Asunto *D.*, párr. 50.

⁷⁶⁰ La expresión de la versión inglesa “*particular connection*” es traducida en el Reglamento Bruselas II bis como “vinculación especial”, mientras que en el Reglamento Bruselas II ter se traduce como “vínculo estrecho”.

⁷⁶¹ Coinciden en este punto PATAUT, E.: “Article 15. Transfer to a court better placed to hear the case”, *cit.*, p. 170; CAMPUZANO DÍAZ, B.: “El nuevo Reglamento...”, *cit.*, p. 115; RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M.A.: “La remisión...”, *cit.*, p. 716.

La naturaleza de este listado de factores que modulan el significado de la idea de “vinculación especial” del menor con un Estado miembro a los efectos del apartado 1 del artículo 15 del Reglamento Bruselas II bis, ha sido abordada por el TJUE en el asunto *D.* En él, el TJUE confirmó que este listado de circunstancias que se consideran como un vínculo estrecho del menor con un determinado Estado miembro tiene un carácter exhaustivo: *“a fin de determinar la existencia de tal vinculación en un asunto concreto, debe hacerse referencia a los elementos enumerados, con carácter exhaustivo, en el artículo 15, apartado 3, letras a) a e), del Reglamento n.º 2201/2003. Por consiguiente, de entrada se excluyen del mecanismo de remisión los asuntos en los que no se aprecien dichos elementos”*⁷⁶². Por lo que, de acuerdo con la doctrina, bastaría acreditar la concurrencia de uno de los factores mencionados, sin que sea necesaria ninguna prueba adicional⁷⁶³.

Siguiendo esta interpretación del TJUE, el Considerando 26 del Reglamento Bruselas II ter dispone que el artículo 12.4 del nuevo texto reglamentario contiene una lista exhaustiva de los elementos que se consideran una “vinculación especial”.

Adicionalmente, el TJUE señala que de todos los elementos recogidos en el artículo 15.3 del Reglamento Bruselas II bis se desprende una proximidad entre el menor afectado y el Estado miembro en cuestión: *“todos estos elementos confirman, si no expresamente, al menos en esencia, que existe una proximidad entre el menor afectado y un Estado miembro diferente de aquel al que pertenece el órgano jurisdiccional competente para conocer del asunto con arreglo al artículo 8, apartado 1, de este Reglamento.”*⁷⁶⁴.

Ahora bien, seguidamente, el TJUE realiza una distinción sumamente interesante entre la “proximidad general” derivada de la regla general del artículo 8 del Reglamento Bruselas II bis y la “proximidad especial” que se deriva de los elementos del artículo 15.3 del texto reglamentario. De manera que, para activar la aplicación del artículo 15 del citado texto, el órgano jurisdiccional debe hacer una comparación entre *“la importancia y la intensidad del vínculo de proximidad «general» que une al menor afectado, con arreglo al artículo 8, apartado 1, de este Reglamento, con la importancia y la intensidad del vínculo de proximidad «especial» demostrado por uno o varios de los elementos enunciados en el*

⁷⁶² Asunto *D.*, párr. 51.

⁷⁶³ HONORATI, C. y LIMANTE, A.: “Transfer of Proceedings (Article 15)”, *cit.*, p. 205.

⁷⁶⁴ Asunto *D.*, párr. 52.

artículo 15, apartado 3, de dicho Reglamento y que exista, en el caso concreto, entre el menor y otros determinados Estados miembros”⁷⁶⁵.

Consecuentemente, el primero de los presupuestos necesarios para activar la remisión del asunto a otro órgano jurisdiccional de otro Estado miembro se satisface con la concurrencia de uno solo de los elementos apuntados de forma alternativa, que por sí mismo reflejaría la “proximidad especial” a la que refiere el precepto. No obstante lo anterior, el Tribunal de Luxemburgo recalca que la concurrencia de este elemento de proximidad no implica, necesariamente, que el órgano jurisdiccional esté “mejor situado” para conocer del asunto, ni tampoco que dicha remisión responde al interés superior del menor, sino que estas cuestiones forman parte de un segundo y tercer presupuesto, que siguen su propia lógica, y que se deben analizar separadamente. Como de forma taxativa señala el Alto Tribunal en la mencionada Sentencia en el asunto *D.*: “*la existencia de una «vinculación especial», en el sentido del artículo 15, apartado 1, del Reglamento n.º 2201/2003, pertinente en consideración a las circunstancias del asunto, entre el menor y otro Estado miembro, en sí misma no prejuzga necesariamente la cuestión de si un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro está «mejor situado para conocer del asunto», en el sentido de dicha disposición, que el órgano jurisdiccional competente, así como tampoco, en el caso de que así fuera, la relativa a si la remisión del asunto a este último órgano jurisdiccional responde al interés superior del menor*”⁷⁶⁶.

De hecho, en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE, en concreto en la Sentencia en el asunto *IQ* surge, de nuevo, un interrogante relativo a la interpretación del complejo sistema del artículo 15 del Reglamento Bruselas II bis. En particular, se plantea la cuestión de si el órgano jurisdiccional mejor situado tiene que ser, necesariamente, uno carente de competencia en virtud de otros foros del Reglamento, o si, por el contrario, podría ser un órgano jurisdiccional competente de conformidad con el texto reglamentario. Aspecto de gran trascendencia que se ha abordado a lo largo del proceso de reforma del Reglamento, trasladándose al texto definitivo del Reglamento Bruselas II ter.

En particular, en el asunto *IQ*, un órgano jurisdiccional competente en virtud del artículo 12.1 del Reglamento Bruselas II bis resuelve sobre el divorcio y la responsabilidad

⁷⁶⁵ *Ibid.*, párr. 54.

⁷⁶⁶ *Ibid.*, párr. 55.

parental de los menores a cargo, y cuando el asunto se encuentra en apelación, la madre interpone una demanda ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la residencia habitual del menor -competentes de acuerdo con el artículo 8 del Reglamento Bruselas II bis-. Este último órgano jurisdiccional solicita al competente en virtud del artículo 12.1 del Reglamento que le remita el asunto al estar mejor situado para conocer del mismo⁷⁶⁷. Al abordar esta problemática, esto es, si es posible la remisión a un órgano jurisdiccional competente en virtud del Reglamento, el TJUE responde tajantemente en sentido negativo, argumentando que no es posible remitir el asunto a un órgano jurisdiccional que ya es competente en virtud del Reglamento Bruselas II bis.

El TJUE comienza su argumentación señalando que el artículo 15 del Reglamento constituye una excepción al resto de las normas de competencia del Reglamento que debe, por lo tanto, abordarse de forma restrictiva y, valga la redundancia, excepcional. Ello implica, necesariamente, que la potencial referencia lo sea a un Tribunal mejor situado que el que sería competente en condiciones normales. Y que, por lo tanto, no cabe que sea uno de los que ya pueden asumir competencia en virtud del sistema de foros del Reglamento. Y, singularmente no lo es el de la residencia habitual del menor. En otras palabras, *“el órgano jurisdiccional contemplado en el artículo 15, apartado 1, del Reglamento n.º 2201/2003, es decir, el órgano jurisdiccional de otro Estado miembro con el que el menor tiene una vinculación especial y que está mejor situado para conocer del asunto, no puede ser el órgano jurisdiccional normalmente competente para conocer del fondo del asunto sobre la base de los artículos 8 o 12 del citado Reglamento”*⁷⁶⁸.

El TJUE, siguiendo su posición tradicional, recuerda que el listado del artículo 15.3 del Reglamento posee un carácter exhaustivo, y que el órgano jurisdiccional al que se pretende remitir el asunto en el caso concreto abordado —en esta ocasión era el órgano jurisdiccional competente en virtud del artículo 8 del Reglamento— no se ubica en ninguno de los supuestos previstos. Ya que los menores siempre han residido habitualmente en el mismo Estado miembro, y dichos supuestos hacen referencia a un cambio en la residencia habitual, que en el caso concreto no se había producido⁷⁶⁹. Como afirma el Tribunal de Luxemburgo, *“el artículo 15 del Reglamento n.º 2201/2003 debe interpretarse en el sentido*

⁷⁶⁷ Asunto *IQ*, párr. 27 y ss.

⁷⁶⁸ *Ibid.*, párr. 39.

⁷⁶⁹ *Ibid.*, párr. 34 y ss.

*de que no es aplicable en una situación en la que los órganos jurisdiccionales de dos Estados miembros son competentes para conocer del fondo del asunto en virtud de los artículos 8 o 12 de dicho Reglamento*⁷⁷⁰.

Frente a esta interpretación, a la que califica de formalista, Álvarez González critica que, precisamente, el órgano jurisdiccional del Estado miembro de residencia habitual de los menores no pueda considerarse que tiene una “vinculación especial” con los mismos, ya que resulta “muy llamativo, sin duda, si tenemos en cuenta que se trata de los órganos jurisdiccionales de su residencia habitual, los que con carácter general están más próximos al menor y consagran en mayor medida su superior interés”⁷⁷¹.

Por último, el TJUE, en su sentencia en el mencionado asunto *IQ*, defiende su planteamiento afirmando que una interpretación diferente desvirtuaría el sentido de la norma de litispendencia en materia de responsabilidad parental contenida en el artículo 19.2 del Reglamento Bruselas II bis, “*que pretende resolver, en materia de responsabilidad parental, las situaciones en las que son competentes órganos jurisdiccionales situados en distintos Estados miembros*”⁷⁷². En virtud de este precepto, cuando se presenten dos demandas paralelas sobre el mismo menor y con el mismo objeto y causa antes dos órganos jurisdiccionales competentes según el Reglamento, el que haya conocido en segundo lugar deberá suspender el procedimiento hasta que el primero se pronuncie sobre su competencia⁷⁷³. Tampoco está de acuerdo Álvarez González con esta interpretación ofrecida por el TJUE, argumentado que el artículo 15 del Reglamento Bruselas II bis sí podría emplearse para resolver el conflicto entre dos órganos jurisdiccionales competentes basándose, justamente, en determinar cuál de ellos está mejor situado, en interés del menor, para conocer del asunto. Esto lo justifica alegando que en el texto literal del precepto en ningún momento se señala expresamente que el órgano jurisdiccional del Estado miembro al que se quiere remitir el asunto deba ser, necesariamente, un órgano jurisdiccional no

⁷⁷⁰ *Ibid.*, párr. 40.

⁷⁷¹ Vid. ALVAREZ GONZÁLEZ, S.: “De nuevo sobre la interpretación y alcance del artículo 15 ...”, *cit.*, p. 6. Campuzano Díaz se suma a esta crítica, aunque afirmando que el TJUE debería haber basado su argumentación en el sentido de la norma y en una interpretación sistemática de las normas del Reglamento, para llegar a la conclusión de que el art. 15 no era aplicable en dicho supuesto. CAMPUZANO DÍAZ, B.: “El artículo 15 ...”, *cit.*, p. 460.

⁷⁷² Asunto *IQ*, párr. 44.

⁷⁷³ *Ibid.*, párr. 45.

competente en virtud del Reglamento⁷⁷⁴. Es obvio que el autor concluye con una valoración negativa de la sentencia, afirmando que la interpretación proporcionada por el TJUE del mecanismo contenido en el artículo 15 del Reglamento Bruselas II bis es “marcadamente formalista e innecesariamente reduccionista”⁷⁷⁵.

Frente a las argumentaciones del TJUE, lo cierto es que la prohibición de que se transfiera la competencia a un órgano jurisdiccional competente en virtud del Reglamento no acaba de estar justificada, al menos desde la perspectiva de la propia finalidad del foro⁷⁷⁶. Si el objetivo principal reside en dotar al sistema de competencia en materia de responsabilidad parental de la flexibilidad necesaria para poder aportar una respuesta adecuada en el caso concreto. Por lo tanto, si los ejes del mecanismo de prevalencia son la valoración del interés superior del menor en el caso concreto por el órgano jurisdiccional, así como la cooperación y confianza entre los dos órganos jurisdiccionales implicados en la transferencia, no se entiende por qué no se podría permitir que dos órganos jurisdiccionales competentes en virtud del Reglamento pudieran aplicar, en estos términos, el mecanismo de transmisión de la competencia.

Esta cuestión presenta una especial importancia de cara a la reforma del Reglamento Bruselas II bis y ha tenido un impacto importante en la solución incorporada. Parece que el legislador de la UE ha querido asumir la interpretación del asunto *IQ* en el proceso de reforma del Reglamento Bruselas II bis, a pesar de tratarse de una sentencia dictada cuando el proceso de reforma ya estaba en una etapa avanzada. Efectivamente, pareciera que el nuevo texto reglamentario incorpora algunos extremos que vienen a reproducir la discusión planteada en el asunto, respecto a si un órgano jurisdiccional competente en virtud del Reglamento puede o no ser protagonista de la remisión de un asunto en materia de responsabilidad parental. Sin embargo, dejando de lado las dudas que esta opción legislativa puede plantear, y lejos de optar por reproducir sin más la solución jurisprudencial, la nueva redacción presenta alguna deficiencia que, más que zanjar la

⁷⁷⁴ Vid. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “De nuevo sobre la interpretación y alcance del artículo 15 ...”, *cit.*, pp. 1-17.

⁷⁷⁵ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “De nuevo sobre la interpretación y alcance del artículo 15...”, *cit.*, p. 11.

⁷⁷⁶ No lo entiende así Campuzano Díaz: “El sentido natural del art. 15 del Reglamento 2201/2003 entendemos que es posibilitar que conozcan unos órganos jurisdiccionales distintos de los del lugar de residencia habitual del menor, en una situación en la que no se produce el acuerdo de los titulares de la responsabilidad parental, necesario conforme al art. 12.”. CAMPUZANO DÍAZ, B.: “El artículo 15...”, *cit.*, p. 460.

problemática, puede llegar a generar nuevas dudas en la futura aplicación del Reglamento Bruselas II ter.

El artículo 12 del Reglamento Bruselas II ter no incorpora expresamente, ninguna referencia a la prohibición de que la transferencia se realice a un órgano jurisdiccional competente en virtud del Reglamento. Tampoco lo hace el Considerando 26 del nuevo texto. La única limitación que encontramos relacionada con este punto sería la relativa a la prohibición de transferencia de la competencia asumida en caso de competencia exclusiva por la elección realizada por las partes al amparo artículo 10.1.b) ii) del Reglamento Bruselas II ter. Supuesto al que se asimila, precisamente, al asunto *IQ*, en el que se plantea la remisión de la competencia de un Tribunal competente en virtud del foro de la prórroga de la competencia hacia el Tribunal de la residencia habitual del menor.

Consecuentemente, a pesar de que parece evidente que la intención del legislador de la UE es incorporar la jurisprudencia del TJUE en este punto, lo cierto es que no articula una respuesta clarificadora en el texto, susceptible de zanjar cualquier duda interpretativa que hubiera surgido al respecto. Esto es especialmente relevante si, además, se considera que en el artículo 13 del Reglamento Bruselas II ter sí se señala expresamente que el órgano jurisdiccional que solicita la transferencia de la competencia a su favor no puede ser competente sobre el fondo en virtud del Reglamento, manifestación que también recoge el Considerando 27 del referido texto.

iii) El nuevo órgano jurisdiccional debe ser el “mejor situado” para conocer del asunto

El foro de naturaleza excepcional recogido en el artículo 15.1 del Reglamento Bruselas II bis requiere para su puesta en práctica, como segunda condición expresa prevista en el precepto, que el órgano jurisdiccional competente de conformidad con el Reglamento compruebe si el órgano jurisdiccional al que pretende remitir la competencia es el “mejor situado” para conocer del asunto concreto. Recordemos, que tal comprobación deberá realizarse por separado respecto a los otros presupuestos contenidos en el precepto -órgano competente y vinculación especial del menor con el Estado al que se quiere transferir la competencia-. A tal efecto, y tal como precisa el TJUE en su Sentencia de 27 de octubre de 2016 en el asunto *Child and Family Agency c./ J.D*, el órgano jurisdiccional competente

deberá determinar si tal remisión “*puede aportar un valor añadido real y concreto para la adopción de una decisión sobre el menor*”⁷⁷⁷.

La jurisprudencia del TJUE es especialmente relevante en esta materia. De hecho, el Alto Tribunal realiza una precisión sumamente importante en este punto, al afirmar que a efectos de valorar esa “*mejor situación*” -y ese “*valor añadido real y concreto para la adopción de una decisión sobre el menor*”⁷⁷⁸- se podrán tomar en consideración “*entre otros, las normas procesales del otro Estado miembro, como las aplicables a la obtención de las pruebas necesarias para resolver el asunto*”⁷⁷⁹. Sin embargo, para llevar a cabo dicha evaluación, el órgano jurisdiccional competente no podrá tener en cuenta “*el derecho material del otro Estado miembro eventualmente aplicable por el órgano jurisdiccional de este último, en el caso de que le fuera remitido el asunto*”⁷⁸⁰. Ya que tal consideración “*sería contraria a los principios de confianza mutua entre Estados miembros y de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en las que se funda el Reglamento n.º 2201/2003*”⁷⁸¹.

Consecuentemente, el órgano jurisdiccional competente según el Reglamento deberá tomar en consideración las normas procesales, pero nunca entrar a valorar cuestiones sustantivas. En relación con este punto, y respecto a las normas procesales a tomar en cuenta, el Abogado General en sus Conclusiones⁷⁸² entra más en detalle, proponiendo como elementos de valoración aspectos como “*la lengua de procedimiento, la disponibilidad de pruebas pertinentes relativas, por ejemplo, a la capacidad educativa y de mantenimiento del progenitor o progenitores, la posibilidad de citar a los testigos pertinentes y la probabilidad de que éstos comparezcan, el acceso a informes médicos y sociales y la posibilidad de actualizarlos en caso de que proceda, e incluso el plazo en que se adopte la resolución judicial*”⁷⁸³.

Más recientemente, en su sentencia de 10 de julio de 2019 en el Asunto *EP*, el Tribunal de Luxemburgo procedió a matizar la afirmación relativa a la utilización de las normas procesales. Afirmando que el órgano jurisdiccional competente, en la evaluación de

⁷⁷⁷ Asunto *D.*, párr. 57.

⁷⁷⁸ *Ibidem.*

⁷⁷⁹ *Ibidem.*

⁷⁸⁰ *Ibidem.*

⁷⁸¹ *Ibidem.*

⁷⁸² Vid. las Conclusiones del Abogado General de 16.06.2016, en el asunto C-428/15, *D.*, ECLI:EU:C:2016:458, (en adelante Conclusiones del Abogado General del asunto *D.*)

⁷⁸³ Conclusiones del Abogado General del asunto *D.*, párr. 95.

la posible aplicación del artículo 15 del Reglamento Bruselas II bis, puede tener en cuenta las normas procesales aplicables en el otro Estado miembro, pero siempre que tengan “*una incidencia concreta en la capacidad del órgano jurisdiccional de este último Estado para conocer mejor del asunto, en particular al facilitar la obtención de pruebas y de testimonios, aportando con ello un valor añadido para resolver el asunto en interés superior del menor*”⁷⁸⁴. Por el contrario, el TJUE se manifiesta en contra de una consideración “*general y abstracta*” de las normas procesales como por ejemplo el hecho de que “*las normas relativas al examen del asunto a puerta cerrada y por jueces especializados, constituyan un elemento que el Juez competente deba tener en cuenta al evaluar la existencia de un órgano jurisdiccional mejor situado para conocer del asunto*”⁷⁸⁵.

iv) Que la remisión responda al interés superior del menor

De acuerdo con el mandato del artículo 15.1 del Reglamento Bruselas II bis, los dos criterios anteriores de la vinculación especial del menor con el Estado miembro y de la evaluación de la mejor situación del órgano jurisdiccional al que se pretende remitir el asunto deben necesariamente venir combinados con la satisfacción del principio del interés superior del menor, como condición indispensable para habilitar la remisión a otro órgano jurisdiccional de otro Estado miembro mejor situado.

La afirmación realizada por el artículo. 15.1 *in fine* de Reglamento Bruselas II bis queda, pues, subordinada a que “*ello responda al interés superior del menor*”. Sin embargo, a pesar de esta mención expresa, en el asunto *D.* el órgano jurisdiccional nacional que suscitó la cuestión prejudicial planteó el interrogante de cómo debe interpretarse tal referencia al interés superior del menor. Básicamente, si el interés superior del menor se podría interpretar como un requisito autónomo e independiente, o bien, como un requisito a valorar juntamente con el presupuesto del órgano mejor situado para conocer del asunto, puesto que, para que un órgano esté mejor situado para conocer del asunto, necesariamente debe ser en interés del menor.

⁷⁸⁴ Asunto *EP*, párr. 41.

⁷⁸⁵ *Ibidem*.

Frente a estas dos posibles interpretaciones, el TJUE ha precisado que la evaluación del interés superior del menor es un presupuesto con entidad propia. Esto es, que no se valora juntamente con el requisito del órgano jurisdiccional mejor situado, sino que requiere de una evaluación diferenciada.

Esta postura se distancia de la argumentación seguida por el Abogado General en sus Conclusiones, en las que opta por una valoración conjunta del órgano jurisdiccional “mejor situado” y del interés superior del menor, siguiendo a su vez las alegaciones de la Comisión⁷⁸⁶. A esta afirmación llega el Abogado General Wathelet tras realizar una extensa e ilustrativa argumentación sobre la función del interés superior del menor en el Reglamento Bruselas II bis: *“de los citados considerandos se desprende con claridad que la excepción a la competencia general sólo podrá ejercerse en favor de un órgano jurisdiccional mejor situado atendiendo al interés del menor y que, desde este punto de vista, el interés superior del menor no constituye una condición para que se aplique esta excepción que deba ser objeto de un análisis independiente, sino que se trata del criterio general que debe servir como orientación para cualquier resolución judicial relativa a la competencia en materia de responsabilidad parental, ya se trate de un principio o de una excepción. En efecto, el considerando 12 establece el interés del menor como un factor de valoración general y el considerando 13 lo menciona una vez más como introducción a la excepción. De tales considerandos se desprende que «la competencia en materia de responsabilidad parental debe determinarse, ante todo, en función del interés superior del menor»*⁷⁸⁷.

Para concluir afirmando que *“el interés superior del menor es la condición y el fundamento en que deben basarse las resoluciones del Juez al que corresponde normalmente la competencia para ordenar la remisión del asunto a otro órgano jurisdiccional (artículo 15, apartado 1) y del Juez destinatario de la remisión para aceptarla (artículo 15, apartado 5)”*⁷⁸⁸. En consecuencia, el interés del menor no se entendería como un requisito per se, sino como una precondition general y la base de todas las decisiones que afectan a un menor⁷⁸⁹.

Por contra, y volviendo a la postura del TJUE, éste indica que el órgano jurisdiccional competente debe cerciorarse de que, en función de las circunstancias del caso

⁷⁸⁶ Vid. las Conclusiones del Abogado General del asunto *Child and Family Agency c./ J.D.*, párr. 61 y ss.

⁷⁸⁷ *Ibid.*, párr. 70.

⁷⁸⁸ *Ibid.*, párr. 72.

⁷⁸⁹ HONORATI, C. y LIMANTE, A.: “Transfer of Proceedings (Article 15)”, *cit.*, p. 209.

concreto, la remisión que valora efectuar al órgano jurisdiccional de otro Estado miembro no pueda incidir negativamente sobre la situación del menor⁷⁹⁰. Y, más específicamente, deberá evaluarse la potencial incidencia negativa sobre “*las relaciones afectivas, familiares y sociales o sobre la situación económica del menor de que se trate*”⁷⁹¹. De tal forma que esta exigencia supone la imposición para el órgano jurisdiccional competente de una motivación especial sobre los beneficios, o al menos, la ausencia de perjuicios que pudiera comportar la remisión del asunto⁷⁹².

Sorprendentemente, el legislador de la UE ha optado por modificar, en el Reglamento Bruselas II ter, el texto literal en el que se describen los presupuestos que se deben cumplir para poder remitir el asunto, y muy en particular, el requisito relativo al interés superior del menor. Sin lugar a duda, esta es la alteración que puede incidir en mayor medida en el funcionamiento práctico del mecanismo de remisión. Efectivamente, mientras que en el Reglamento Bruselas II bis se utiliza el interés superior del menor como un presupuesto, en el nuevo texto reglamentario se exige que el órgano jurisdiccional del otro Estado miembro al que se pretende transferir la competencia tenga un vínculo estrecho con el menor de manera que esté “*mejor situado para valorar el interés superior del menor en un caso particular*”.

Este cambio en la redacción del precepto plantea la cuestión de si en el nuevo texto reglamentario sigue exigiéndose la concurrencia cumulativa de los tres presupuestos – vinculación del menor con el Estado miembro, órgano jurisdiccional “mejor situado” e interés superior del menor –, recordemos en este sentido la exigencia de su valoración por separado manifestada por el TJUE en su decisión en el asunto *D*. O si, por el contrario, el legislador de la UE ha modificado esta lógica, haciendo desaparecer el interés superior del menor como condición independiente, y uniéndolo, en consecuencia, al requisito del órgano jurisdiccional “mejor situado”, tal y como apoyaban tanto la Comisión como el Abogado General Wathelet en sus Conclusiones en el asunto *D*. En relación con esta cuestión, la doctrina apunta a que en el nuevo precepto el interés superior del menor ya no es un presupuesto más, sino que “el superior interés del menor aparece como una de las

⁷⁹⁰ Asunto *D*, párr. 58.

⁷⁹¹ *Ibid.*, párr. 59.

⁷⁹² SÁNCHEZ LÓPEZ, B.: “Responsabilidad parental y la aplicación del *forum non conveniens* ...”, *cit.*, p. 654.

características (no del procedimiento) del Tribunal mejor situado: tiene que ser un Tribunal mejor situado para valorar el interés superior del niño en el caso concreto. Si esto tiene o no recorrido lo dirá la práctica”⁷⁹³.

En consecuencia, en el nuevo texto reglamentario podría replantearse de nuevo la cuestión de si la referencia expresa al interés superior del menor debe considerarse como un requisito autónomo e independiente, o si, por el contrario, ha de interpretarse como una precondition que aparece necesariamente al resolver cualquier cuestión. Parece, por la redacción literal del nuevo precepto, que el legislador de la UE se decanta por esta segunda posición, y correlativamente, se aleja de la opción interpretativa mantenida por el TJUE. Habrá que esperar a la práctica para ver si el TJUE se ratifica en su postura, o si, por el contrario, con esta nueva redacción modifica su interpretación anterior.

b. La mejora del funcionamiento procesal del foro de la transferencia de la competencia en el Reglamento Bruselas II ter

El Reglamento Bruselas II ter altera ligeramente los requisitos procesales para poner en marcha el mecanismo de transferencia de la competencia. En primer lugar, el artículo 12.1 del citado texto prevé que la transferencia de la competencia podrá activarse de oficio o a instancia de parte, suprimiendo, respecto a la regulación del artículo 15.1 del Reglamento Bruselas II bis, la necesidad de consentimiento de, al menos, una de las partes en el supuesto de que se iniciara de oficio o a petición del órgano jurisdiccional de otro Estado miembro.

Una vez el órgano jurisdiccional competente en virtud del Reglamento ha examinado la concurrencia de los tres presupuestos exigidos en el artículo 15.1 -mejor situación, vínculo estrecho e interés del menor⁷⁹⁴-, y siempre que no haya determinado su

⁷⁹³ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “De nuevo sobre la interpretación y alcance del artículo 15...”, *cit.*, p. 11.

⁷⁹⁴ Una valoración que, como ocurría en el art. 15.3 del Reglamento Bruselas II bis, viene condicionada por el mandato del numeral 4 del precepto, que señala que, a los efectos de esta valoración, se considerará que el menor posee un “vínculo estrecho con un Estado miembro” si se dan cualquiera de las cinco circunstancias recogidas en el precepto. A saber, que “a) dicho Estado miembro se ha convertido en el de residencia habitual del menor después de la presentación de la demanda ante el órgano jurisdiccional a que se refiere el apartado 1; b) el menor ha residido de manera habitual en dicho Estado miembro; c) el menor es nacional de dicho Estado; d) dicho Estado miembro es el de residencia habitual de uno de los titulares de la responsabilidad parental; o e) el asunto se refiere a las medidas de protección del menor ligadas a la administración, conservación o disposición de los bienes de este que se encuentran en el territorio de dicho Estado miembro.”

competencia de conformidad con la competencia exclusiva prevista en el artículo 10 del Reglamento Bruselas II ter⁷⁹⁵, deberá plantear un incidente procesal para poder remitir la competencia al órgano jurisdiccional del Estado miembro en cuestión que considere que está mejor situado. En particular, el órgano jurisdiccional competente en virtud del Reglamento tendrá dos opciones para declinar su competencia: o bien suspender el conocimiento del procedimiento o de una parte específica de éste, y fijar un plazo para que una o más partes informen al órgano jurisdiccional del otro Estado miembro de las causas pendientes y de la posibilidad de remitir la competencia y presentar una solicitud ante dicho órgano⁷⁹⁶. O bien solicitar directamente al órgano jurisdiccional del Estado miembro en cuestión que ejerza su competencia de acuerdo con los términos del artículo 12.2 del Reglamento⁷⁹⁷.

Por su parte, sea cual sea la opción elegida, el órgano jurisdiccional del otro Estado miembro, con posterioridad, deberá valorar, en función de las circunstancias del supuesto concreto, que la remisión beneficia al interés superior del menor. Y si dicha valoración es positiva, se declarará competente en el plazo de seis semanas desde que se la haya presentado la solicitud de acuerdo con el artículo 12.1.a) o haya recibido la solicitud de conformidad con el artículo 12.1)b) del Reglamento⁷⁹⁸.

Lógicamente, la aceptación de la remisión no es obligatoria, sino que el órgano jurisdiccional en cuestión tiene cierta discrecionalidad –“*podrá declararse competente*”, dice el artículo 12.2- precisamente, al quedar supeditada su decisión a la realización de su propia valoración de qué constituye el interés superior del menor en ese caso concreto.

En este punto se observa como el mecanismo de previsión exige un doble examen del interés superior del menor, tanto por el órgano jurisdiccional competente en virtud del

⁷⁹⁵ Art. 12.5. Reglamento Bruselas II ter en relación con el art. 10.1.b) ii del mismo texto.

⁷⁹⁶ Art. 12.1) a) Reglamento Bruselas II ter.

⁷⁹⁷ Art. 12.1.b) Reglamento Bruselas II ter. Esta doble opción se recoge en términos prácticamente idénticos tanto en el art. 15.1 del Reglamento Bruselas II bis como en el art. 12.1 del Reglamento Bruselas II ter. Se encuentran tan solo ciertos cambios en la terminología. Por ejemplo, respecto a la primera opción, el art. 12.1 del Reglamento Bruselas II ter cambia la redacción de “*las partes*” a “*una o más partes*”. Además, se cambia la referencia a presentar una demanda por la de “*informen al órgano jurisdiccional del otro Estado miembro de las causas pendientes y de la posibilidad de remitir la competencia y presentar una solicitud ante dicho órgano*”. Respecto a la segunda opción, el Considerando 26 del Reglamento Bruselas II ter aclara que “*El órgano jurisdiccional que tiene la competencia debe hacer la correspondiente solicitud al órgano del otro Estado miembro únicamente cuando su resolución previa de suspender el procedimiento y hacer la solicitud de transferencia de competencia sea firme, en caso de que dicha resolución sea susceptible de recurso en virtud de la legislación nacional*”.

⁷⁹⁸ Art. 12.2 Reglamento Bruselas II ter.

Reglamento como, posteriormente, por el propio órgano jurisdiccional que se considera mejor situado para conocer del asunto, reforzando el carácter excepcional de este precepto y su necesaria aplicación restrictiva. Y, es más, en cierta manera, se exige la colaboración entre ambos órganos jurisdiccionales en la evaluación del interés superior del menor. Precisamente, en el texto del nuevo Reglamento Bruselas II ter se aprecia un mayor esfuerzo por fomentar la cooperación y la comunicación entre los dos órganos jurisdiccionales implicados. Así, a título de ejemplo, el artículo 12.2 *in fine* del nuevo texto reglamentario introduce la obligación del segundo Tribunal de informar, sin demora, al primer Tribunal en el caso de que finalmente acepte la transferencia de la competencia, quedando éste compelido a inhibirse⁷⁹⁹.

Este sería, precisamente, uno de los aspectos más destacables de la nueva regulación, el refuerzo de la cooperación y el deber de información entre los dos órganos jurisdiccionales implicados⁸⁰⁰.

B. La solicitud de transferencia de la competencia como novedad del Reglamento Bruselas II ter

Como complemento a la posibilidad de transferencia de la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental por parte del órgano jurisdiccional competente a otro órgano que se entiende más capacitado para aportar una respuesta más próxima y adecuada a los intereses del menor, el artículo 13 del Reglamento Bruselas II ter introduce, como una de las novedades más significativas, la posibilidad de que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que no tenga competencia en virtud del Reglamento pueda, en circunstancias excepcionales, solicitar una transferencia de competencia al órgano jurisdiccional del Estado miembro de residencia habitual del menor. Ello, lógicamente, siempre y cuando demuestre tener un vínculo estrecho con el menor en el sentido del precepto anterior (concretamente, del artículo 12.4 del Reglamento Bruselas II ter) y,

⁷⁹⁹ En todo caso, y tal como precisa el art. 12.3 del texto de Bruselas II ter, el órgano jurisdiccional ante el que se presentó en primer lugar la solicitud seguirá ejerciendo su competencia si no recibe la aceptación de la competencia del órgano jurisdiccional del otro Estado miembro en las siete semanas después de que el plazo fijado por las partes para presentar la solicitud ante un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro de conformidad con el art. 12.1)a) haya expirado, o dicho órgano jurisdiccional haya recibido la solicitud de conformidad con el art. 12.a)b) del Reglamento.

⁸⁰⁰ En el mismo sentido RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M.A.: “La remisión...”, *cit.*, p. 720.

además, considere que está mejor posicionado para valorar el interés superior del menor en un caso particular.

El nuevo precepto viene a completar el mecanismo de remisión de la competencia, dotándole de un carácter bidireccional, del que carecía en el Reglamento Bruselas II bis⁸⁰¹. De manera que el nuevo Reglamento posibilita la iniciativa en la transmisión tanto del órgano jurisdiccional competente como de aquel órgano jurisdiccional no competente que se considera “mejor situado” para valorar el interés superior del menor en el caso concreto. Esta nueva facultad debe ser positivamente acogida puesto que incrementa la flexibilidad del sistema reglamentario en materia de responsabilidad parental⁸⁰².

En este supuesto, como bien se ha señalado con anterioridad, el nuevo texto reglamentario señala expresamente que la remisión solo se podrá solicitar a un órgano jurisdiccional competente en virtud del Reglamento cuando lo sea en virtud del foro de la residencia habitual del menor. Solo en este caso el órgano jurisdiccional de otro Estado miembro que se considera mejor situado para conocer del asunto podrá solicitar la transferencia de la competencia. Así, frente al enfoque y soluciones del artículo 12 del Reglamento Bruselas II ter, en el que simplemente se habla de un órgano jurisdiccional competente sobre el fondo en virtud del Reglamento, en el artículo 13.1 sí se establece de forma expresa la limitación de la solicitud al Tribunal del Estado miembro de la residencia habitual del menor. Esto es, la excepción diseñada lo es, únicamente, del foro general de la residencia del menor: “1. *En circunstancias excepcionales y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 9, si un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que no tenga competencia en virtud del presente Reglamento, pero con el que el menor tenga un vínculo estrecho de conformidad con el artículo 12, apartado 4, considera que puede valorar mejor el interés superior del menor en un caso particular, puede solicitar una transferencia de competencia al órgano jurisdiccional del Estado miembro de residencia habitual del menor.*”

Ante la solicitud planteada, y al amparo del artículo 13.1 del Reglamento Bruselas II ter, el órgano jurisdiccional del Estado miembro requerido deberá responder como máximo en las seis semanas siguientes a la recepción de la solicitud, pudiendo -es, de nuevo,

⁸⁰¹ Así lo apunta CARPANETO, L.: “Impact of the Best Interests of the Child on the Brussels II ter...”, *cit.*, p. 276.

⁸⁰² CARPANETO, L.: “La ricerca di una (nuova) sintesi tra interesse superior del ...”, *cit.*, p. 962.

puramente potencial- proceder a transferir la competencia siempre que considere que dicha transferencia responde al interés superior del menor según las circunstancias específicas del caso. Lógicamente, y como añade el precepto *in fine*, en caso de denegación, el órgano jurisdiccional solicitante no podrá ejercer la competencia solicitada. Una vez que el órgano jurisdiccional requerido acepte -eventualmente- transferir su competencia, informará sin demora de su decisión al órgano jurisdiccional solicitante.

El texto es taxativo. Sin embargo, y con todas las limitaciones que supone su presencia, en el Considerando 27 del nuevo texto reglamentario, el Reglamento parece añadir a lo anterior la restricción de que, en ningún caso, será posible emplear el mecanismo de remisión en casos de traslados o retenciones ilícitas de menores. Esta restricción está claramente en sintonía con el objetivo del legislador de la UE de mejorar el funcionamiento práctico de las normas en materia de sustracción internacional de menores contenidas en el Reglamento.

La opción recogida en el artículo 13 del nuevo Reglamento, una vez más, hunde sus raíces en la jurisprudencia del TJUE. En relación con él, el punto que más destaca de este nuevo precepto es la afirmación realizada en su momento por el Tribunal de Luxemburgo de que el órgano jurisdiccional que se considera como “mejor situado” para valorar el interés superior del menor debe ser, necesariamente, un órgano jurisdiccional no competente de conformidad con el sistema competencial del Reglamento. De esta suerte, el apartado 1 del artículo 13 refiere taxativamente a “*un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que no tenga competencia en virtud del presente Reglamento, pero con el que el menor tenga un vínculo estrecho*”. Con ello, se incorpora a la reforma del Reglamento la solución recogida en la sentencia en el asunto *IQ*, en el que recordemos, el TJUE ya interpretó que no era posible, en virtud del artículo 15 del Reglamento Bruselas II bis, remitir el asunto a un órgano jurisdiccional que ya es competente en virtud del Reglamento, y en particular, al órgano jurisdiccional de residencia habitual del menor.

Con la inclusión de esta precisión la interpretación del TJUE quedaría incardinada en los artículos 12 y 13 del Reglamento – con mayores grados de claridad en uno que en otro- y, aparentemente, clarificada esta problemática. Sin embargo, el legislador de la UE no ha sido coherente en su redacción del artículo 12 y el 13 del nuevo texto reglamentario, dejando abierto un potencial problema de interpretación. Como bien señala la doctrina, la alusión explícita a un órgano jurisdiccional que no sea competente en virtud del Reglamento

aparece solo en el artículo 13 del nuevo texto reglamentario, pero no se encuentra en su artículo 12⁸⁰³. Habrá, pues, que esperar a valorar su aplicación en la práctica para articular una respuesta definitiva, aunque todo parece indicar que se trata de una imprecisión técnica y que, de conformidad con la interpretación del TJUE en el asunto *IQ*, no será posible en ningún caso emplear el mecanismo de remisión entre dos órganos jurisdiccionales competentes en virtud del Reglamento.

C. La limitación del órgano mejor situado a un órgano jurisdiccional no competente en virtud del Reglamento y la asimétrica incorporación de la jurisprudencia del TJUE en el Reglamento Bruselas II ter: ¿una mejor protección del interés del menor?

En definitiva, se concluye que el legislador de la UE en el nuevo texto reglamentario ha mantenido la finalidad y el espíritu de la figura del *forum non conveniens* como fórmula de flexibilización de la respuesta que permita valorar el principio del interés superior del menor en el caso concreto. Para ello, se ha aprovechado la reforma con objeto de mejorar ciertos aspectos procesales del funcionamiento del mecanismo de transferencia, así como para mejorar su sistemática al regular de forma expresa y detallada la posibilidad de los órganos jurisdiccionales de la UE de solicitar la transferencia en caso de estimarlo oportuno. En este proceso, el legislador de la UE ha incorporado los pronunciamientos del TJUE respecto al funcionamiento del artículo 15 del Reglamento Bruselas II bis. Particularmente, en relación con las limitaciones de los órganos jurisdiccionales implicados en la transferencia, tanto el que transfiere, como el que está habilitado para recibir la competencia.

Sin embargo, como decimos, la respuesta aportada no carece de problematismo y es susceptible de críticas tanto en cuanto a su precisión técnica como, más relevante si cabe, en lo referente a la validez de la posición adoptada. Técnicamente, ya lo hemos dicho, la respuesta proporcionada en los artículos 12 y 13 del Reglamento Bruselas II ter es confusa en algunos extremos, planteando dudas sobre los órganos jurisdiccionales competentes habilitados para activar la transferencia, y en el otro extremo, si definitivamente los órganos

⁸⁰³ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “De nuevo sobre la interpretación y alcance del artículo 15...”, *cit.*, p. 11.

jurisdiccionales que reciben la competencia no pueden ser competentes en virtud del Reglamento.

Pero, más allá del grado de precisión de las soluciones incorporadas, el modelo diseñado plantea la cuestión de fondo de si realmente eran necesarias estas limitaciones en cuanto a los protagonistas de la transferencia. Si el foro de la transferencia de la competencia, tomando como referente a la figura del *forum non conveniens*, se basa en la facultad de los órganos jurisdiccionales implicados de valorar el interés superior del menor en el caso concreto para conocer de un determinado asunto, reforzado, en el ámbito europeo, por la cooperación entre los órganos jurisdiccionales implicados y su confianza mutua, podría plantearse la posibilidad de dejar una mayor libertad a los órganos jurisdiccionales para decidir si es adecuada o no la transferencia de la competencia, sin limitaciones respecto si los órganos jurisdiccionales implicados son o no competentes en virtud del Reglamento⁸⁰⁴.

Y todo ello, porque precisamente esa es la función del principio del interés superior en el caso concreto, dejar un margen de flexibilidad suficiente para que el órgano jurisdiccional pueda alejarse de la respuesta ofrecida por la norma para la generalidad de los casos, y valorar cuál es la mejor solución para el menor involucrado en un determinado asunto. Si ese razonamiento le lleva a que deba transferir su competencia a otro órgano jurisdiccional competente en virtud del Reglamento, y este segundo Tribunal acepta, no parece que debería suponer un problema.

4.2.3 Los foros de cierre del sistema de competencia en materia de responsabilidad parental: la protección del menor ante supuestos límite

La realidad de las familias internacionales, con sus complejidades y heterogeneidades, puede llevar en la praxis a una situación en la que ni el foro general de la residencia habitual del menor, ni los distintos foros especiales en materia de responsabilidad parental recogidos en el Reglamento sean aplicables al caso concreto, lo cual podría generar, en última instancia, una potencial situación de desprotección para el menor implicado. A título ejemplificativo, la situación de muchos menores impide que se pueda afirmar que

⁸⁰⁴ Aunque es cierto, tal y como apunta Campuzano Díaz, que en la práctica dichos supuestos serían muy limitados. Al respecto vid. CAMPUZANO DÍAZ, B.: “El artículo 15 ...”, *cit.*, p. 459.

hayan tenido una residencia habitual en un Estado miembro de la UE, con independencia de los vínculos que puedan tener sus progenitores con algún Estado miembro de la Unión. También la migración de personas provenientes de terceros Estados agrava el problema de los menores no acompañados que llegan a la Unión Europea sin una residencia habitual conocida⁸⁰⁵. Estos son solo algunos ejemplos de las múltiples situaciones en las que un menor puede quedar desprotegido frente a una situación de vulnerabilidad.

El modelo diseñado en el Reglamento Bruselas II bis busca aportar una respuesta global a un problema con múltiples aristas, como es el de la responsabilidad parental, con el objetivo de garantizar una adecuada protección del menor en todos los asuntos que le afecten. Para dar una adecuada respuesta a todo tipo de situaciones, el sistema reglamentario se cierra con el diseño de unos foros residuales en materia de responsabilidad parental que permiten la protección de los menores que se vean en una situación de especial vulnerabilidad. Unos foros que, frente a lo que ha ocurrido con otras de las soluciones recogidos por el nuevo Reglamento, se mantienen prácticamente incólumes tras el proceso de refundición del Reglamento Bruselas II bis. Estos foros son, por un lado, el foro basado en la presencia del menor, y por otro, el foro residual que remite al Derecho interno de los Estados miembros.

4.2.3.1 La competencia basada en la presencia del menor

La práctica pone de manifiesto la potencial existencia de situaciones en las que resulta muy complejo o, directamente, no es factible, determinar la residencia habitual del menor. La crisis migratoria de los últimos años en la UE es un motivo adicional para ello. La necesidad de hacer frente a estas situaciones, evitando la inseguridad generada por la eventual falta de respuesta normativa, llevó en su día al legislador de la UE a diseñar en el artículo 13 del Reglamento Bruselas II bis un foro que acoge la mera presencia del menor en un Estado miembro como criterio de competencia para este tipo de supuestos.

⁸⁰⁵ Sobre esta problemática vid., entre otros, ALONSO SANZ, L.: *El estatuto constitucional del menor inmigrante*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016; REQUEJO ISIDRO, M.: “La protección del menor no acompañado solicitante de asilo: entre Estado competente y Estado responsable”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 19, n.º 2, 2017, pp. 482-505; ORTIZ VIDAL, M.D.: “Los menores extranjeros no acompañados en la Unión Europea: soluciones previstas y principio del interés superior del menor”, en GARCÍA GARNICA, M.C. y MARCHAL ESCALONA, N. (dirs.): *Aproximación interdisciplinar...*, cit., pp. 397-420.

Este foro opera con carácter subsidiario, de manera que tan solo entra en funcionamiento cuando no es posible determinar la residencia habitual del menor en el caso planteado -especial hincapié debe realizarse en la idea de que el órgano jurisdiccional no debe poder determinar la residencia habitual del menor con los elementos de hecho a su disposición-, ni consta la existencia de un acuerdo de elección de foro de conformidad con el artículo 10 del Reglamento Bruselas II ter. Consecuentemente, la mera presencia del menor en un Estado miembro no basta para activar el foro objeto de análisis, sino que, además, el menor no debe tener la residencia habitual en otro Estado – miembro o tercero-⁸⁰⁶.

La referida norma de competencia pasa ahora a recogerse en el artículo 11 del Reglamento Bruselas II ter con una ligera modificación en su apartado 2. Mientras que el artículo 13.2 del Reglamento Bruselas II bis señala que “*el apartado 1 también se aplicará a los menores refugiados y a los menores desplazados internacionalmente a causa de disturbios en su país*”. El artículo 11 del nuevo texto modifica ligeramente la redacción en los siguientes términos: “*la competencia mencionada en el apartado 1 también se debe aplicar a los menores refugiados y a los desplazados internacionalmente a causa de disturbios ocurridos en su Estado miembro de residencia habitual*”.

En la redacción del artículo 13.2 del Reglamento Bruselas II bis se llegaron a generar dudas en cuanto al ámbito de aplicación personal de este precepto. Efectivamente, la alusión cerrada a “*menores refugiados y a los menores desplazados internacionalmente a causa de disturbios en su país*” podría dejar fuera a otros menores en circunstancias similares, y, en consecuencia, necesitados de protección. A título de ejemplo, surge la duda de si los menores solicitantes de asilo, los menores a los que se les ha denegado la solicitud de asilo, o simplemente aquellos menores que llegan a un Estado miembro de la UE de un tercer Estado por causas económicas pueden o no estar incluidos en este foro residual. Si nos encontramos ante un foro residual cuyo objetivo es cubrir las lagunas que pueda tener el sistema competencial del Reglamento y ofrecer protección a todos los menores, lo lógico sería que a pesar de la redacción limitada que emplea el precepto, éste se interpretara

⁸⁰⁶ En esta línea también BERNARDO SAN JOSÉ, A.: “Las normas de competencia internacional ...”, *cit.*, p. 1274.

ampliamente para incluir a cualquier menor necesitado de protección que esté “en movimiento”, sin entrar a valorar su situación concreta⁸⁰⁷.

En relación con este punto, el Parlamento Europeo propuso en su día la introducción de un nuevo Considerando en la Propuesta de la Comisión de 2016 en el que se clarificaba, en general para todas las normas de competencia en materia de responsabilidad parental, que éstas son de aplicación a todos los menores que se encuentran en el territorio de la UE y cuya residencia habitual no pueda establecerse con certidumbre, y en particular, “*a los menores refugiados, así como a los menores desplazados internacionalmente ya sea por razones socioeconómicas o a causa de disturbios en su país*”⁸⁰⁸.

Sin embargo, finalmente el legislador de la UE, en el proceso de modificación del Reglamento no ha considerado oportuno cambiar la redacción del precepto para referirse expresamente, y sin que dejara lugar a interpretación, a todos los menores “en movimiento” requeridos de protección. Más bien al contrario, el legislador de la UE ha corregido la fórmula en un intento, pareciera, de acotar su ámbito de aplicación, con la intención de que quede bien claro que se está refiriendo tan solo a los colectivos señalados en el precepto.

Junto a la regla del artículo 11, el Reglamento Bruselas II ter incorpora un nuevo Considerando, el 25, referido a este precepto, que se introduce en la Propuesta de la Presidencia del Consejo de la UE de 2018⁸⁰⁹, con el objetivo de clarificar la relación del nuevo texto reglamentario con el Convenio de La Haya de 1996, el cual recoge en términos muy similares el foro de la presencia del menor en su artículo 6⁸¹⁰. Esta modificación vendría impulsada por las dudas suscitadas en torno a qué instrumento se aplica – Reglamento o Convenio- cuando el menor tenía su residencia habitual previa al desplazamiento en un

⁸⁰⁷ LIMANTE, A. y KUNDA, I.: “Jurisdiction in Parental Responsibility ...”, *cit.*, p. 88.

⁸⁰⁸ Vid. PARLAMENTO EUROPEO: “Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta...”, *cit.*, enmienda 6.

⁸⁰⁹ PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE LA UE: “Orientación general ...”, *cit.*, p. 26.

⁸¹⁰ Art. 6 del Convenio de La Haya de 1996:

“1. Para los niños refugiados y aquellos niños que, como consecuencia de desórdenes en sus respectivos países, están internacionalmente desplazados, las autoridades del Estado contratante en cuyo territorio se encuentran como consecuencia del desplazamiento ejercen la competencia prevista en el apartado primero del artículo 5.

2. La disposición del apartado precedente se aplica también a los niños cuya residencia habitual no pueda determinarse”.

Estado tercero – no parte del Convenio de La Haya de 1996-⁸¹¹. Aunque realmente, se trataría de un problema con entidad limitada ya que ambos instrumentos conducirían a un mismo resultado⁸¹².

De esta forma, el Considerando 25 reitera que “*esta norma sobre la competencia solo debe aplicarse a los menores que tuvieran su residencia habitual en un Estado miembro antes del desplazamiento. Si la residencia habitual del menor antes del desplazamiento estaba en un tercer Estado, debe aplicarse la norma sobre la competencia relativa a los menores refugiados e internacionalmente desplazados que figura en el Convenio de La Haya de 1996*”⁸¹³. En consecuencia, el artículo 11 del Reglamento Bruselas II ter solo podrá ser aplicado cuando el menor se haya desplazado desde otro Estado miembro de la UE, y en el resto de los supuestos, esto es, menores con residencia en terceros Estados – tanto parte del Convenio de La Haya de 1996 como no- previa al desplazamiento, será de aplicación el Convenio de La Haya de 1996. Resolviendo, así, las dudas suscitadas en el texto anterior⁸¹⁴.

4.2.3.2 El foro residual en materia de responsabilidad parental

Como cierre del sistema de competencia judicial en materia de responsabilidad parental, el artículo 14 del Reglamento Bruselas II bis permite que la competencia se determine, en cada Estado miembro, de conformidad con las leyes de dicho Estado. Al igual que el anterior, este foro posee un carácter residual, de forma que, de nuevo, solo se activará cuando la competencia no pueda determinarse en virtud del resto de foros contenidos en el sistema reglamentario.

La competencia residual del artículo 14 del Reglamento Bruselas II bis se mantiene ahora, también, en el nuevo Reglamento Bruselas II ter – una vez más, en el artículo 14-: “*Si de los artículos 7 a 11 no se deduce la competencia de ningún órgano jurisdiccional de un*

⁸¹¹ Al respecto vid. CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho Internacional Privado*, cit., pp. 431-432; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho Internacional Privado*, cit., p. 400; PIRRUNG, J.: “Article 61”, en MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P. (eds.): cit., p. 467.

⁸¹² Así lo apunta CAMPUZANO DÍAZ, B.: “El nuevo Reglamento ...”, cit., p. 108.

⁸¹³ Considerando 25 del Reglamento Bruselas II ter.

⁸¹⁴ A pesar de que en este punto se ha clarificado la situación, Campuzano Díaz entiende que, en general, el nuevo texto reglamentario no ha resuelto claramente que instrumento se aplica cuando el menor reside en un tercer Estado no parte del Convenio de La Haya de 1996. CAMPUZANO DÍAZ, B.: “El nuevo Reglamento ...”, cit., p. 108.

Estado miembro, la competencia se determinará, en cada Estado miembro, con arreglo a las leyes de dicho Estado miembro”. A su vez, el nuevo texto reglamentario incluye un Considerando, el 29, en el que al abordar el foro señala que “*Si del presente Reglamento no se deduce la competencia de ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro, la competencia debe determinarse, en cada Estado miembro, con arreglo a las leyes de dicho Estado miembro. El término «leyes de dicho Estado miembro» debe incluir los instrumentos internacionales que estén en vigor en dicho Estado miembro*”. Una última frase que tiene un sabor de recordatorio.

En suma, si del funcionamiento del sistema de foros diseñado en el Reglamento no se dedujera la competencia de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro de la UE, éste podría ser determinado con vistas a asegurar el principio de tutela judicial efectiva y salvaguardar los derechos y expectativas de las partes y del menor, al amparo del artículo 14 del Reglamento, pudiendo los órganos de un concreto Estado de la UE asumir competencia atendiendo a lo señalado en la normativa de tal Estado. Interpretando, además, esta noción de “*leyes de dicho Estado miembro*” como incluyendo “*los instrumentos internacionales que estén en vigor en dicho Estado miembro*”. En este sentido, la referencia a las leyes nacionales del Estado miembro, tal y como expresamente recuerda el Considerando 29 del Reglamento Bruselas II ter, incluye no solo la normativa interna del Estado, sino también los convenios internacionales ratificados por dicho Estado y que, por lo tanto, forman parte de su ordenamiento jurídico.

Sumado a lo anterior, es decir, a que en el supuesto no haya ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro competente en virtud del Reglamento, tampoco será de aplicación cuando el menor tenga su residencia habitual en un Estado tercero parte del Convenio de La Haya de 1996, puesto que en dicho caso éste sería de aplicación⁸¹⁵.

Por consiguiente, el empleo de este foro en la práctica es infrecuente, casi marginal, dada su naturaleza y las peculiaridades de su diseño. A pesar de ello, en la práctica sí que se han detectado algunos supuestos en los que el foro residual ha sido aplicado, aquellos en los que el menor tiene su residencia habitual en un tercer Estado no parte del Convenio de La

⁸¹⁵ LIMANTE, A. y KUNDA, I.: “Jurisdiction in Parental Responsibility ...”, *cit.*, p. 91.

Haya de 1996 – y reiteramos, no es de aplicación otro foro del texto reglamentario-⁸¹⁶. En efecto, este ha sido el foro empleado en algún caso en el que no se podía determinar la residencia habitual del menor en un Estado miembro porque éste no había llegado a estar físicamente presente en un Estado miembro de la UE⁸¹⁷.

Adicionalmente, otro ejemplo de aplicación del foro residual es el relativo a progenitores extranjeros con residencia en un Estado miembro que solicitan medidas sobre la responsabilidad parental de sus hijos, los cuales mantienen su residencia en el Estado de origen. Así, en España, este caso se ha dado típicamente respecto de personas originales de Latinoamérica que trabajan en España, pero cuyos hijos/as residen en el País de origen al cuidado de algún familiar⁸¹⁸.

En el caso español, en defecto, reiteramos, de la aplicación del Reglamento Bruselas II bis, el Convenio de La Haya de 1996 o cualquier otro convenio vigente en nuestro país en la materia sería de aplicación el artículo 22 *quáter* d) de la LOPJ⁸¹⁹, el cual establece que “*en materia de filiación y de relaciones paterno-filiales, protección de menores y de responsabilidad parental, cuando el hijo o menor tenga su residencia habitual en España al tiempo de la interposición de la demanda o el demandante sea español o resida habitualmente en España o, en todo caso, al menos desde seis meses antes de la presentación de la demanda*”⁸²⁰.

⁸¹⁶ Reiteramos, de nuevo, que la aplicación del Reglamento Bruselas II bis a menores residentes en terceros Estados es una cuestión que ha planteado dudas en la doctrina. CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho Internacional Privado*, cit., pp. 431-432; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho Internacional Privado*, cit., p. 400; PIRRUNG, J.: “Article 61”, cit., p. 467.

⁸¹⁷ A título de ejemplo vid. Asunto *UD*, párr. 66. En este asunto el TJUE entiende que no se puede fijar en Reino Unido la residencia habitual de un menor recién nacido en Pakistán porque nunca ha estado físicamente en el primer Estado, pero afirma que es posible la aplicación del foro residual del art. 14 del Reglamento Bruselas II bis.

⁸¹⁸ DEL SER LÓPEZ, A. CARRIZO AGUADO, D.: “Reglas de competencia...”, cit., p. 62.

⁸¹⁹ ESPLUGUES MOTA, C.: “Lección 15ª. Filiación”, en ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G.: cit., p. 510.

⁸²⁰ En detalle sobre este foro vid. DEL SER LÓPEZ, A. CARRIZO AGUADO, D.: “Reglas de competencia...”, cit., pp. 62 y ss. Igualmente, se ha planteado la posible aplicación del art. 22 *octies* párrafo tercero, el cual incluye un foro de necesidad que establece la competencia de los Tribunales españoles cuando el supuesto litigioso esté vinculado con España y los Tribunales de los distintos Estados conectados con el supuesto que hayan declinado su competencia. Así lo apunta HERRANZ BALLESTEROS, M.: “Proyección de la competencia de las autoridades de los Estados miembros sobre menores residentes en terceros Estados: la experiencia española”, *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 52, 2020, p. 15.

Así, por ejemplo, se aplica el mencionado foro en la SAP de León 232/2018, de 18 de julio de 2018⁸²¹. En este caso se plantea el divorcio de dos nacionales pakistaníes con residencia en España, cuya hija reside en Pakistán con los abuelos maternos. El Tribunal de Primera instancia rechaza su competencia en materia de responsabilidad parental, postura que la AP rechaza, aplicando el foro residual del artículo 14 del Reglamento Bruselas II bis para así determinar la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental de los Tribunales españoles en virtud del artículo 22 *quáter* d) de la LOPJ⁸²². Es interesante destacar como a pesar de que el mencionado artículo 22 *quáter* de la LOPJ no contiene como condición expresa que la competencia de los Tribunales españoles responda al interés del menor, en este caso la AP sí que realiza un intento de justificar su competencia en base a dicho interés⁸²³: “*atendiendo al interés de la menor, procede estimar la solicitud de guarda formulada por D^a Nieves y acordar que sea la misma quien la ostente, sin perjuicio de la patria potestad que corresponde a ambos progenitores*”⁸²⁴.

4.2.4 *Las nuevas competencias introducidas por el Reglamento Bruselas II ter: foros de naturaleza procesal*

Junto a los foros apuntados hasta el momento y que, recordemos, combinan la referencia a un foro general en materia de responsabilidad parental articulado sobre el criterio de la residencia habitual del menor, con otro conjunto de foros que, bien matizan este criterio o lo sustituyen por otros en relación con ciertas materias, el Reglamento Bruselas

⁸²¹ ECLI: ES:APLE:2018:841.

⁸²² En la misma línea, la SAP de Barcelona 400/2018, de 31.5.2018, ECLI:ES:APB:2018:5395 aplica el foro residual ante una solicitud de divorcio de un nacional español con residencia en España, respecto de una nacional también española pero con residencia habitual en India, junto con sus tres hijos. El Tribunal de Primera instancia disuelve el matrimonio pero rechaza su competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental. Sin embargo, la AP, tras excluir la aplicación del Convenio de La Haya de 1996, y también de los arts. 8 y 12 del Reglamento Bruselas II bis, aplica el foro residual del art. 14 del citado texto reglamentario. En concreto, aplica el art. 22 *quáter* d) de la LOPJ, ya que el demandante posee nacionalidad española y residencia en España. En sentido similar, SAP de Barcelona 733/2019, de 5.11.2019, ECLI: ES:APB:2019:13078. Para un análisis detallado de esta tipología de supuestos vid. HERRANZ BALLESTEROS, M.: “Proyección de la competencia de las autoridades de los Estados miembros...”, *cit.*, pp. 11 y ss.; DEL SER LÓPEZ, A. CARRIZO AGUADO, D.: “Reglas de competencia...”, *cit.*, pp. 64 y ss.

⁸²³ Así lo apunta HERRANZ BALLESTEROS, M.: “Proyección de la competencia de las autoridades de los Estados miembros...”, *cit.*, p. 15.

⁸²⁴ F. J. 3º.

II ter incluye distintos foros de naturaleza procesal. Básicamente, el relativo a la tutela cautelar y el referente a las cuestiones previas.

El primero, que abordamos de forma específica en el *Capítulo Tercero* de este trabajo, viene regulado en el artículo 15 del Reglamento que trata de las medidas provisionales dictadas por órganos jurisdiccionales no competentes en virtud del Reglamento. Frente al artículo 20 del Reglamento Bruselas II bis, ubicado en la sección de disposiciones comunes, y con una mera referencia a que el Reglamento no impedirá la adopción de medidas provisionales en los Estados miembros, aunque no sean competentes sobre el fondo, la nueva regulación otorga competencia expresa para la adopción de medidas provisionales en el supuesto apuntado⁸²⁵.

Por su parte, en relación con las cuestiones previas, el artículo 16 del texto de Bruselas II ter recoge, como novedad, un foro dedicado a las cuestiones incidentales. Este foro actuaría como cierre del sistema en aquellos supuestos en los que en el marco de un procedimiento relativo a una materia no incluida en el ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas II ter, su resultado depende de la determinación de una cuestión previa en materia de responsabilidad parental. Así, el apartado 1 del citado precepto dispone que “*si el resultado de un procedimiento en una materia no perteneciente al ámbito de aplicación del presente Reglamento ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro depende de la determinación de una cuestión incidental relacionada con la responsabilidad parental, un órgano jurisdiccional de dicho Estado miembro podrá determinar dicha cuestión a efectos del mencionado procedimiento aun cuando dicho Estado miembro no sea competente en virtud del presente Reglamento*”. De esta manera, el resultado de la cuestión incidental solo tendrá efecto en el procedimiento en el que se haya planteado⁸²⁶.

A modo ejemplificativo, el Considerando 32 del nuevo texto reglamentario hace referencia a un litigio en materia de sucesiones que afecta a un menor, en el que es necesario designar a un tutor *ad litem* para su representación en el marco de dicho procedimiento. Adicionalmente, se podrían presentar otras situaciones similares en relación con la representación del menor⁸²⁷.

⁸²⁵ Vid. *infra* Cap. Tercero, ap. I, relativo a las medidas provisionales y cautelares.

⁸²⁶ Art. 16.2 del Reglamento Bruselas II ter.

⁸²⁷ Así lo indica FORCADA MIRANDA, J.: *Comentarios ...*, cit., p. 156.

Junto con este supuesto genérico, el artículo 16.3 del texto de 2019 recoge un supuesto específico en los siguientes términos: “*si la validez de un acto jurídico realizado o que vaya a realizarse en nombre de un menor de edad en un procedimiento en materia de sucesión ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro requiere el permiso o la aprobación de un órgano jurisdiccional, un órgano jurisdiccional de dicho Estado miembro podrá decidir si permite o aprueba el acto jurídico de que se trate aun cuando no sea competente en virtud del presente Reglamento*”.

Una vez más, la reforma del texto reglamentario se ha aprovechado para clarificar un aspecto suscitado en la jurisprudencia del TJUE. En concreto, recordemos que, en la ya tratada STJUE de 6 de octubre de 2015, en el asunto C-404/14, *Matoušková*, el Tribunal de Justicia de la UE concluyó que la aprobación de un acuerdo sucesorio concluido por el tutor de los menores en su nombre en el marco de un procedimiento sucesorio es una materia incluida en el concepto de responsabilidad parental del Reglamento Bruselas II bis, y, por tanto, no está comprendida en el Derecho sucesorio⁸²⁸. Aunque es una decisión lógica, tal conclusión había sido vista como susceptible de generar dificultades en la práctica, y consecuentemente, el legislador de la UE otorga una respuesta para facilitar la resolución de estos casos en la praxis⁸²⁹.

5. Los procedimientos paralelos en el Reglamento Bruselas II ter

La resolución de los supuestos de dualidad de procedimientos en materia de responsabilidad parental es imprescindible en aras a la buena administración de la justicia y a la evitación de la sustanciación de procedimientos en paralelo y eventualmente, resoluciones contradictorias. Al respecto, el artículo 19 del Reglamento Bruselas II bis se ocupaba de la litispendencia y acciones dependientes en este ámbito, particularmente, en sus apartados 2 y 3⁸³⁰.

⁸²⁸ Asunto *Matoušková*, párr. 38.

⁸²⁹ En esta línea CORNELOUP, S. y KRUGER, T.: “Le Règlement 2019/1111, Bruxelles II: la protection...”, *cit.*, p. 231.

⁸³⁰ Sobre la aplicación e interpretación y los problemas genéricos de la litispendencia en el Reglamento Bruselas II bis vid., entre otros: GUZMÁN PECES, M.: “Cuestiones problemáticas en torno a la litispendencia...”, *cit.*, pp. 1-24; KUNDA, I. y VRBLJANAC, D.: “*Lis Pendens* (Articles 16, 19)”, en HONORATI, C. (ed.): *Jurisdiction in...*, *cit.*, pp. 219-245.

Frente a esta regulación, el Reglamento Bruselas II ter, con un marcado carácter continuista, reordena la colocación de las normas sobre litispendencia sin alterar prácticamente su contenido. En particular, pasan a estar recogidas en el artículo 20 del nuevo texto, manteniéndose las soluciones recogidas en sus numerales 2 y 3 en términos similares a los recogidos en el artículo 19, 2 y 3 del Reglamento Bruselas II bis, salvo por la introducción, en el número 2 del artículo 20, de una corrección técnica, sin mayor trascendencia, como es la exclusión de los supuestos en los que un órgano jurisdiccional sea competente en virtud del artículo 15 del nuevo Reglamento. Esto es, por la remisión a un órgano jurisdiccional mejor situado para conocer del asunto.

En particular, la nueva norma queda articulada en los siguientes términos: “*excepto si la competencia de uno de los órganos jurisdiccionales se basa únicamente en el artículo 15, cuando se interpongan demandas relativas a la responsabilidad parental sobre el mismo menor que tengan el mismo objeto y la misma causa ante órganos jurisdiccionales de distintos Estados miembros, el órgano jurisdiccional ante el que se haya interpuesto 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*”.

Introduciéndose, sin embargo, dos apartados, el 4 y 5 que sí resultan totalmente novedosos respecto del tenor del Reglamento Bruselas II bis⁸³¹. Mientras que tanto la Comisión como el Parlamento optaron por mantener el precepto prácticamente idéntico al Reglamento Bruselas II bis⁸³², tras el proceso de negociación, en la Propuesta de la Presidencia del Consejo de 2018 quedaron reflejadas ciertas modificaciones tendentes, fundamentalmente, a mejorar la coherencia interna del nuevo texto reglamentario en relación con la elección de foro introducida en el artículo 10 del Reglamento Bruselas II ter⁸³³, que finalmente se plasmaron en la versión de 2019.

Como decimos, frente al tenor del artículo 19 del Reglamento Bruselas II bis, el artículo 20 del Reglamento Bruselas II ter incorpora, en sus numerales 4 y 5- ciertas modificaciones en relación con la elección de foro del artículo 10 del texto reglamentario⁸³⁴.

⁸³¹ Apartados 1, 3 y 3 del Reglamento Bruselas II ter:

⁸³² Vid. COMISIÓN EUROPEA: “Propuesta...”, *cit.*, art. 19, p. 46 y PARLAMENTO EUROPEO: “Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta...”, *cit.*, enmienda 43.

⁸³³ Vid. PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE LA UE: “Orientación general ...”, *cit.*, p. 36.

⁸³⁴ Recordemos que, en principio, el art. 10.4 del Reglamento establece el carácter exclusivo de la modalidad de elección recogida en el art. 10.1.b) ii) del citado texto, supuesto que se refiere a la aceptación expresa por

En efecto, se introduce una regla especial de litispendencia cuando uno de los órganos jurisdiccionales competentes tenga competencia exclusiva en virtud del artículo 10 del nuevo Reglamento: “4. *Cuando se haya iniciado un procedimiento ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que tenga competencia exclusiva como consecuencia de la aceptación de competencia a que se hace referencia en el artículo 10, los órganos jurisdiccionales de otros Estados miembros suspenderán el procedimiento hasta tanto el órgano jurisdiccional ante el que se haya interpuesto el procedimiento en virtud del acuerdo o aceptación declare que no tiene competencia con arreglo al acuerdo o aceptación*”.

En este caso, siguiendo la lógica del carácter exclusivo de la competencia, ya no se aplicará la regla *prior tempore potior iure*, sino que el resto de órganos jurisdiccionales competentes en virtud del Reglamento suspenderán el procedimiento hasta que el órgano jurisdiccional exclusivamente competente en virtud del acuerdo de elección de foro declare que no tiene competencia con arreglo al acuerdo o aceptación de las partes. En este sentido, y tal como afirma el artículo 20.5 del Reglamento Bruselas II ter, una vez el órgano jurisdiccional en cuestión se haya declarado exclusivamente competente en virtud del artículo 10.4 del propio texto de Bruselas II ter, el resto de los órganos jurisdiccionales competentes en virtud del texto reglamentario se inhibirán en favor de éste.

Estas modificaciones se completan en el Considerando 38 del nuevo Reglamento Bruselas II ter, relativo a la iniciación del procedimiento que tendrá un impacto positivo en la aplicación práctica de las normas de litispendencia: “*El funcionamiento armonioso de la justicia exige que se minimice la posibilidad de procedimientos concurrentes y se garantice que no se dicten en distintos Estados miembros resoluciones irreconciliables. Es necesario dotarse de un mecanismo claro y eficaz que permita resolver los casos de litispendencia y conexidad y obviar los problemas derivados de las divergencias nacionales por lo que respecta a la determinación de la fecha en la que un asunto se considera pendiente. A efectos del presente Reglamento, es oportuno que esa fecha se defina de manera autónoma. No*

las partes de la competencia durante dicho procedimiento y el órgano jurisdiccional se ha asegurado de que todas las partes han sido informadas de su derecho a no aceptar la competencia. No obstante, del tenor literal de los reproducidos apartados 4 y 5 del art. 20 del citado texto incitan a la duda respecto al alcance de la norma de litispendencia, en el sentido de si podría incluir también la otra modalidad de acuerdo, prevista en el art. 10.1.b) i del texto reglamentaria, y relativa al acuerdo entre las partes al menos en el momento de presentar el asunto ante el órgano jurisdiccional. Al respecto vid. *supra* Cap. Primero, ap. II, 4.2.1.2, relativo al art. 10 del Reglamento Bruselas II ter.

obstante, a fin de aumentar la eficacia de los acuerdos de elección de foro, conviene que las disposiciones sobre litispendencia del presente Reglamento no se conviertan en un obstáculo cuando los progenitores confieran competencia exclusiva a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro”.

En relación con la interrelación de fuentes en la materia, es igualmente novedosa la regla especial prevista en el artículo 97.2.c) del Reglamento Bruselas II ter, según la cual cuando se presente un caso de litispendencia entre los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro y de un Estado tercero parte del Convenio de La Haya de 1996, se aplicará este último. Textualmente, el referido precepto dispone que: *“cuando un procedimiento de responsabilidad parental se halle pendiente ante un órgano jurisdiccional de un Estado parte del Convenio de La Haya de 1996 en el que no se aplique el presente Reglamento en el momento en que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro esté conociendo de un litigio relativo al mismo menor y con el mismo objeto, se aplicará el artículo 13 de dicho Convenio”*⁸³⁵. Con esta nueva regulación se resuelven las dudas suscitadas en torno a la posible aplicación de la litispendencia en las relaciones con terceros Estados⁸³⁶. No obstante, la reforma del texto reglamentario no se ha aprovechado para regular la dualidad de procedimientos con terceros Estados no parte del Convenio de La Haya de 1996⁸³⁷.

El juego de la litispendencia viene, lógicamente, vinculado a la determinación del inicio del proceso. En relación con ello, el artículo 17 del Reglamento señala que Se considerará iniciado un procedimiento ante un órgano jurisdiccional:

1) En primer lugar, desde el momento en que se le presente el escrito de demanda o documento equivalente, a condición de que posteriormente el demandante no haya dejado de realizar lo necesario para la notificación o traslado de dicho escrito o documento al demandado⁸³⁸;

2) O, en segundo lugar, si dicho escrito o documento ha de ser objeto de notificación o traslado antes de su presentación al órgano jurisdiccional, en el momento en que lo reciba la autoridad encargada de la notificación o traslado, a condición de que posteriormente el

⁸³⁵ Art. 13 del Convenio de La Haya de 1996.

⁸³⁶ Al respecto vid. CAMPUZANO DÍAZ, B.: “El nuevo Reglamento ...”, *cit.*, p. 116.

⁸³⁷ *Ibidem*.

⁸³⁸ Art. 17 a) del Reglamento Bruselas II ter.

demandante no haya dejado de realizar lo necesario para la presentación del escrito o documento al órgano jurisdiccional⁸³⁹; o

3) Por último, si el procedimiento es incoado de oficio por el órgano jurisdiccional, en el momento en que el órgano jurisdiccional adopte la resolución de incoación del procedimiento, o, en caso de que no se precise dicha resolución, en el momento en que el órgano jurisdiccional registre el asunto⁸⁴⁰.

Precisamente, en relación con este punto del inicio del procedimiento, se introduce un Considerando – el 35 del Reglamento Bruselas II ter – en el que se clarifican diversas cuestiones que han generado problemas en la aplicación práctica del Reglamento Bruselas II bis. A pesar de que por su propia naturaleza los Considerandos, ya lo hemos apuntado, no cuentan con una función normativa sino meramente explicativa o, indicativa, este nuevo Considerando posee una especial incidencia en relación con las normas de litispendencia en el marco del sistema diseñado por el nuevo Reglamento, abordando diversas cuestiones relevantes que carecían de respuesta hasta el momento.

Por un lado, el Considerando hace referencia al problema de la divergencia de las legislaciones de los Estados miembros en relación con el inicio del procedimiento. Al respecto aclara que: *“el presente Reglamento define el momento en el que el procedimiento se considera iniciado a efectos del presente Reglamento. A la luz de los dos sistemas diferentes existentes en los Estados miembros, que requieren, en un caso, que el escrito de demanda se notifique en primer lugar al demandado y, en el otro, que se notifique antes al órgano jurisdiccional, debe bastar con que se haya dado el primer paso de conformidad con el Derecho nacional, a condición de que el demandante no haya dejado de tomar después las medidas requeridas de conformidad con el Derecho nacional para que tenga efecto el segundo paso”*. Mediante la introducción de este Considerando el legislador de la UE recoge la interpretación del TJUE al respecto expresada en el Auto TJUE de 22 de junio de 2016, en el asunto C-173/16, *MH*⁸⁴¹ (en adelante asunto *MH*).

Por otro lado, debe ser acogida muy positivamente la introducción expresa de la mediación y otros métodos alternativos de resolución de litigios como forma de inicio de un

⁸³⁹ Art. 17 b) del Reglamento Bruselas II ter.

⁸⁴⁰ Art. 17 c) del Reglamento Bruselas II ter.

⁸⁴¹ ECLI:EU:C:2016:542.

procedimiento. Concretamente, se considerará iniciado un procedimiento cuando se haya presentado escrito de demanda o documento equivalente y el procedimiento se haya suspendido a petición del demandante para buscar una solución amistosa, aunque aún no se le haya notificado al demandado – siempre que posteriormente realice las medidas requeridas para la notificación del procedimiento⁸⁴². Esta alusión a los métodos alternativos de solución de conflictos forma parte de un conjunto de medidas introducidas en el nuevo Reglamento tendentes a fomentar este tipo de métodos, dándoles un respaldo legal en el texto reglamentario. Sin duda, esta medida facilitará la práctica de este tipo de métodos, tal y como refleja el hecho de que esta medida ya había sido solicitada por la doctrina⁸⁴³.

Por último, se deja simplemente apuntado que la importante modificación de las medidas provisionales en relación con la responsabilidad parental del menor tiene importantes consecuencias en cuanto a las normas de litispendencia tal y como fueron interpretadas por la jurisprudencia del TJUE en las conocidas sentencias STJUE de 15 de julio de 2010, en el asunto C-256/09, *Purrucker*⁸⁴⁴ (en adelante asunto *Purrucker I*) y STJUE de 9 de noviembre de 2010, en el asunto C-296/10, *Purrucker*⁸⁴⁵(en adelante asunto *Purrucker II*)⁸⁴⁶.

⁸⁴² Considerando 35 del Reglamento Bruselas II ter: (...) “Habida cuenta de la importancia creciente de la mediación y otros métodos alternativos de resolución de litigios, también durante los procedimientos judiciales, y con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, se debe considerar también iniciado un procedimiento en el momento de la presentación del escrito de demanda o documento equivalente al órgano jurisdiccional en aquellos casos en que el procedimiento se haya suspendido entretanto para encontrar una solución amistosa, a petición del demandante que inició el procedimiento, sin que el escrito de demanda se haya notificado aún al demandado y sin que este haya tenido conocimiento del procedimiento o haya participado de forma alguna en él, a condición de que la parte que haya incoado el procedimiento no haya dejado de tomar después las medidas requeridas para la notificación del escrito o documento al demandado. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en caso de litispendencia, debe entenderse que la fecha de iniciación de un procedimiento de conciliación obligatorio ante una autoridad nacional de conciliación es la fecha en la que se considera que el procedimiento ha sido sometido al «órgano jurisdiccional»”.

⁸⁴³ GUZMÁN PECES, M.: “Cuestiones problemáticas en torno a la litispendencia...”, *cit.*, p. 15.

⁸⁴⁴ ECLI:EU:C:2010:437.

⁸⁴⁵ ECLI:EU:C:2010:665.

⁸⁴⁶ Al respecto vid. *infra* Cap. Tercero, ap. I.

CAPÍTULO SEGUNDO. LA EFICACIA EXTRATERRITORIAL DE LAS RESOLUCIONES EXTRANJERAS EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PARENTAL: A LA BÚSQUEDA DEL EQUILIBRIO ENTRE EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y LA LIBRE CIRCULACIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES

La realidad de las familias internacionales refleja la creciente interacción y movimiento de sus individuos entre distintos Estados. En este contexto, una de las mayores garantías para cualquier familia transfronteriza es el ver protegida la continuidad extraterritorial de su condición y estado atribuida en un concreto Estado a través de su reconocimiento en otro, u otros, Estados.

Este reconocimiento cuenta con múltiples dimensiones dotadas de trascendencia jurídica: la aceptación misma de su condición de grupo familiar fuera de las fronteras del país donde se conformó constituye, sin lugar a duda, el paradigma de lo anterior. En nuestro caso, y dado el objeto de este trabajo, nos vamos a focalizar en un aspecto concreto de este reconocimiento, el relativo a la eficacia, en el territorio de la UE, de las resoluciones sobre responsabilidad parental que puedan dictarse por órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la propia Unión.

En el marco del espacio de libertad, seguridad y justicia de la UE el Reglamento Bruselas II bis y ahora el Bruselas II ter se han establecido como objetivo prioritario el aseguramiento de la libre circulación de resoluciones extranjeras entre Estados miembros de la UE, en el ámbito del Derecho de familia, y en particular, en materia de responsabilidad parental. Se entiende que las cuestiones comprendidas en la noción de responsabilidad parental que hayan sido decididas por los Tribunales de un Estado miembro deben ser reconocidas y, en su caso, ejecutadas en el menor tiempo posible y de una forma sencilla y accesible en cualquier otro país de la Unión. Se trata, en suma, de asegurar el máximo de rapidez y sencillez en dotar de eficacia extraterritorial a las eventuales resoluciones extranjeras en materia de responsabilidad parental dictadas en el territorio de la UE como forma de proteger y beneficiar, en la realidad práctica, a las familias transfronterizas y, por ende, a los menores que puedan verse involucrados.

Las normas del Reglamento Bruselas II bis supusieron en su momento un importante avance en la libre circulación de resoluciones judiciales y en la protección del interés superior del menor en estos casos. En efecto, el Reglamento Bruselas II bis articuló un sistema de eficacia extraterritorial de resoluciones extranjeras en materia de responsabilidad parental que mejoró la movilidad de las familias transfronterizas en la UE en relación con los estándares existentes en el momento en que alcanzó su plena vigencia. Sin embargo, el funcionamiento práctico del Reglamento ha demostrado presentar relevantes limitaciones tanto en los objetivos de integración de la UE como en la protección del menor, generando importantes interrogantes en su aplicación. Todo ello ha convertido a este segundo gran bloque del Reglamento en objeto de constante tensión. Lo que ha determinado que en el proceso de reforma del texto de Bruselas II bis se haya intentado hacer frente a los principales problemas apuntados en la práctica.

Quizás precisamente como consecuencia de ello, de la amplia práctica y debate que ha generado, se trata de un sector que ha sufrido importantes transformaciones en el proceso de reforma del Reglamento. Reforma que ha culminado con la eliminación del *exequátur* de todas las resoluciones en materia de responsabilidad plasmada en el texto del nuevo Reglamento Bruselas II ter. Así, la Comisión Europea ya señaló en el Informe sobre la aplicación del Reglamento Bruselas II bis de 2014 a la eliminación del *exequátur* y al fortalecimiento del proceso de ejecución como dos de los objetivos prioritarios de la reforma⁸⁴⁷. Se apuntaba así que el *exequátur*, seguía “*constituyendo un obstáculo a la libre circulación de las resoluciones, que implica costes y retrasos innecesarios para los progenitores y los menores que intervienen en procedimientos transfronterizos*”⁸⁴⁸. Avanzando que su supresión, “*no puede conseguirse mediante una actuación individual de los Estados miembros, ya que el procedimiento ya ha sido armonizado por el Reglamento Bruselas II bis, por lo que solo puede ser modificado a través de un Reglamento*”⁸⁴⁹, el Reglamento Bruselas II ter.

De esta suerte, frente a la continuidad en el régimen de reconocimiento, una de las mayores novedades de la reforma se plasma en la eliminación del *exequátur* para todas las resoluciones en materia de responsabilidad parental. Una eliminación, eso sí, garantista.

⁸⁴⁷ COMISIÓN EUROPEA: “Informe de 2014 de la Comisión...”, *cit.*, p. 11.

⁸⁴⁸ COMISIÓN EUROPEA: “Propuesta...”, *cit.*, p. 4.

⁸⁴⁹ *Ibid.*, p. 7.

Realizada con la introducción de ciertas salvaguardias en lo relativo a los derechos de las partes y el menor a ser oídos, y a la correcta notificación de los documentos⁸⁵⁰. A ello, se une la introducción de importantes modificaciones en el procedimiento de ejecución; un sector calificado de “problemático” en la práctica del Reglamento Bruselas II bis⁸⁵¹.

Los cambios, como seguidamente veremos, son objetivamente relevantes, y puede decirse que superan la mera cuestión de contenido y técnica. El largo proceso de reforma desarrollado permite, además, reflexionar sobre algunos debates de fondo que sobrepasan la materia de responsabilidad parental, y que vienen a estar íntimamente relacionados con el proceso mismo de integración europea. Cuestiones como la realidad de la confianza mutua entre los operadores jurídicos o la armonización de normas procesales y materiales son esenciales en esta área. Así como igualmente lo es la reflexión sobre la capacidad de las normas europeas, pensadas para el territorio europeo y dotadas de eficacia tan solo en éste, para hacer frente a fenómenos que superan el marco geográfico del viejo continente o la interacción de las normas europeas con otros textos normativos “extraeuropeos” de origen diverso.

Adicionalmente, todo este debate de fondo requiere ser evaluado desde la perspectiva del interés superior del menor, un factor que modula cualquier aproximación teórica al sistema y, lo que resulta aún más relevante, si cabe, su práctica. En concreto, se debe estudiar qué estándar de protección deben articular las normas de reconocimiento y ejecución para conseguir una adecuada protección del interés superior del menor, tanto en general como en el caso concreto. Algo que, como la práctica demuestra, no es siempre fácil, ni compatible.

Estos cambios nos invitan a analizar de dónde venimos y hacia dónde vamos en el sector de reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de responsabilidad parental en el ámbito del Reglamento Bruselas II bis -y ahora, también, en el Bruselas II ter-. En tal sentido, procederemos a bosquejar el régimen incorporado en el Bruselas II bis en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras, para luego resaltar los problemas de funcionamiento que ha presentado este sistema en la práctica y que han sido evidenciados por la jurisprudencia y por la doctrina tras quince años de aplicación del texto. Todo ello,

⁸⁵⁰ *Ibid.*, p. 9.

⁸⁵¹ *Ibidem.*

sin olvidar los debates de fondo que surgen con el tratamiento de este tema y cómo han sido finalmente resueltos en el nuevo Reglamento Bruselas II ter.

I. EL RÉGIMEN DE RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN EN EL REGLAMENTO BRUSELAS II BIS Y SUS PROBLEMAS DE FUNCIONAMIENTO PRÁCTICO: LAS TENSIONES ENTRE EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y EL ACTUAL RÉGIMEN VIGENTE A PARTIR DEL PARADIGMA DE LA LIBRE CIRCULACIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES EN LA UE

Al igual que ocurre en el sector de la competencia judicial internacional, en el ámbito del reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de responsabilidad parental, uno de los principales objetivos del legislador europeo es la protección del interés superior del menor. Y, en concreto, del derecho fundamental del menor a mantener el contacto con ambos progenitores, tal como dispone el artículo 24 de la CDFUE⁸⁵²: “*el menor tendrá que estar con sus padres...*”.

En el marco de la conformación de un espacio jurídicamente integrado en Europa, la articulación de un modelo armonizado en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones en el Reglamento Bruselas II bis -ahora, también en el Bruselas II ter- como, en general, en cualquier instrumento de la UE en materia de DIPr, aparece dotado de una especial relevancia y significado. Este proceso encuentra en el logro de la libre circulación en el territorio de la UE de las resoluciones judiciales dictadas por los Tribunales de los Estados miembros de la Unión, uno de los principales objetivos políticos del legislador europeo⁸⁵³.

⁸⁵² COMISIÓN EUROPEA: “Informe de 2014 de la Comisión...”, *cit.*, p. 11.

⁸⁵³ Sobre la cooperación judicial en materia civil de la UE y la creación del espacio de libertad, seguridad y justicia de la UE, entre otros, vid.: IGLESIAS BUHIGUES, J.L.: “Reflexiones en torno al espacio europeo de justicia. A propósito del futuro reglamento en materia sucesoria”, *Revista valenciana d'estudis autonòmics*, v. 54, n.º 2, 2010, pp. 276-295; IGLESIAS BUHIGUES, J.L.: “La cooperación judicial en materia civil...”, *cit.*, pp. 5847-5862; IGLESIAS BUHIGUES, J.L.: “Luces y sombras de la cooperación ...”, *cit.*, pp. 535-552; ORDÓÑEZ SOLÍS, D.: “La configuración del Espacio Judicial Europeo”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, n.º 50, 2014, pp. 105-139; GÓMEZ JENE, M.: “La cooperación judicial en materia civil”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n.º 10, 2006, pp. 139-154; MICHINEL ÁLVAREZ, M. A.: “La cooperación judicial en materia civil en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia”, en SÁNCHEZ RAMOS, B.: *La Unión Europea como actor global: algunas cuestiones analizadas desde el Tratado de Lisboa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 247-274.

En suma, se trata de una meta de enorme trascendencia que busca convertir la libre circulación de resoluciones judiciales, en una auténtica “quinta libertad comunitaria”⁸⁵⁴. Se buscaría lograr la simplificación de los trámites necesarios para reconocer las resoluciones dictadas en el espacio de la UE de un modo rápido y automatizado, impidiendo que las fronteras de los Estados miembros constituyan un obstáculo para la circulación de las resoluciones dictadas en asuntos civiles y comerciales. El proceso encontraría un primer hito decisivo en el logro de la supresión del *exequátur* entre los países miembros de la UE y, a más largo plazo, en la conformación de una normativa común a todos los países para el reconocimiento y ejecución de las resoluciones provenientes del extranjero, plasmando en el ámbito jurídico la idea de arancel aduanero común. Tal libertad quedaría sustentada por los principios de reconocimiento mutuo y la confianza judicial entre las Administraciones de Justicia de los Estados miembros respecto a las resoluciones judiciales dictadas en el resto de Estados de la Unión.

Se trata, sin embargo, de un proceso largo que todavía se encuentra en proceso de plena consolidación. El Título IV del Tratado de Ámsterdam (particularmente el artículo 65 TCE) constituye la base para la “comunitarización” de la cooperación judicial y la creación de un DIPr “comunitario” -por europeo-, que será posteriormente consolidado y desarrollado en el Tratado de Lisboa. Y fue el Consejo Europeo en su sesión de Tampere de 1999 el que se encargó de su desarrollo, corroborando la aceptación del reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales –y con ello, a principios como los del reconocimiento mutuo o la confianza en el Juez europeo- como “*pedra angular de la creación de un verdadero espacio judicial*”⁸⁵⁵ en materia civil en la Unión. Esta asunción, junto con una paulatina aproximación de las legislaciones nacionales de los Estados miembros en sectores concretos, facilitaría la cooperación entre las autoridades de los Estados miembros con vistas a su logro.

⁸⁵⁴ Vid. IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y DESANTES REAL, M.: “La quinta libertad comunitaria: competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en la Comunidad Europea”, en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., GONZÁLEZ CAMPOS, J.D. y MUÑOZ MACHADO, S. (eds.): *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, Tomo III, Civitas, Madrid, 1986, pp. 711-752; OREJUDO PRIETO DE LOS MOZO, 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)”, *La Ley. Unión Europea*, n.º 21, 2014, p. 9.

⁸⁵⁵ Considerando 2 Reglamento Bruselas II bis.

Años más tarde, en 2004, y con vistas a alcanzar la materialización del mencionado principio, el Consejo Europeo, introducirá en el Programa de La Haya el axioma de la necesaria confianza mutua como base de la efectividad del reconocimiento mutuo de resoluciones provenientes de otro Estado miembro. Una idea indisolublemente ligada al desarrollo de una cultura judicial europea, basada en la diversidad de los ordenamientos jurídicos nacionales y en la unidad de la legislación europea. De manera que los sistemas judiciales de los Estados miembros deberían ir convergiendo de forma coherente en un punto común, de conformidad con sus tradiciones jurídicas nacionales⁸⁵⁶.

La importancia del principio de reconocimiento mutuo, y del correlativo principio de confianza mutua, continúan apareciendo como elementos esenciales del proceso de conformación de un espacio jurídicamente integrado en la Unión Europea, tanto en el Programa de Estocolmo de 2010⁸⁵⁷, como en el Plan de Acción para la aplicación de este programa⁸⁵⁸. Hasta el punto de afirmar al fomento de la confianza mutua como uno de los principales retos para el futuro de la UE⁸⁵⁹. Ambos documentos recogen un conjunto detallado de medidas para avanzar hacia la meta final del aseguramiento de la libre circulación de resoluciones judiciales en la UE. En este sentido, y como medidas de fomento de la confianza mutua se sugiere seguir progresando en el logro pleno del principio de reconocimiento mutuo, mediante la eliminación de cualquier barrera intermedia, esto es, del *exequátur*. Añadiéndose que tal supresión debe ir acompañada del diseño de una serie de salvaguardias de distinta naturaleza⁸⁶⁰.

En este contexto, y focalizándonos en el ámbito de la responsabilidad parental, en el Reglamento Bruselas II bis se elimina por primera vez en la UE el *exequátur* en relación con ciertas decisiones privilegiadas en esta materia –derechos de visita y órdenes de retorno tras un traslado o retención ilícita–. Respondiendo este paso, como decimos, al propósito

⁸⁵⁶ CONSEJO EUROPEO: “Programa de Estocolmo. Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano”, 2010/C 115/01, DO C de 4.5.2010, ap. 3.

⁸⁵⁷ CONSEJO EUROPEO: “Programa de Estocolmo...”, *cit.*, ap. 3.

⁸⁵⁸ COMISIÓN EUROPEA: “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 20 de abril de 2010 – 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 – no publicada en el DO].

⁸⁵⁹ CONSEJO EUROPEO: “Programa de Estocolmo...”, *cit.*, ap. 1.2.1.

⁸⁶⁰ *Ibid.*, ap. 3.1.2.

primordial del entonces legislador comunitario de consolidar un espacio judicial común⁸⁶¹. Un paso que será reproducido posteriormente en diversos instrumentos de la UE, aunque con diferentes modalidades y grados de supresión⁸⁶².

Este principio es resaltado por la Comisión Europea en el proceso de elaboración del nuevo Reglamento Bruselas II ter al señalar que el “objetivo” de la refundición del Reglamento “*es seguir desarrollando el espacio europeo de justicia y derechos fundamentales basado en la confianza mutua, suprimiendo los obstáculos que subsisten a la libre circulación de las resoluciones, en consonancia con el principio de reconocimiento mutuo, así como proteger mejor el interés superior del niño mediante la simplificación de los procedimientos y la mejora de su eficacia*”⁸⁶³. Un objetivo que, frente a la solitaria mención realizada en el Considerando 21 del Reglamento Bruselas II bis⁸⁶⁴, ahora viene explicitado en los Considerandos 3 -“*El armonioso y correcto funcionamiento de un espacio de justicia en la Unión que respete los diferentes sistemas jurídicos y tradiciones de los Estados miembros es vital para la Unión. Procede, por lo tanto, reforzar la confianza mutua en los respectivos sistemas jurídicos*”- 54 -“*La confianza mutua en la administración de justicia dentro de la Unión justifica el principio de que las resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental dictadas en un Estado miembro sean reconocidas en todos los Estados miembros sin necesidad de un procedimiento de reconocimiento*” y 55 -“*El reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, documentos públicos y acuerdos que emanen de un Estado miembro deben basarse en el principio de confianza mutua*”- del Reglamento Bruselas II ter.

Sin embargo, aunque el proceso codificador del DIPr de la UE ha dado importantes pasos para fortalecer el principio de reconocimiento mutuo, lo cierto es que la libre

⁸⁶¹ Al respecto, vid. ESPINOSA CALABUIG, R.: “Sustracción de menores y eliminación del *exequátur* en el Reglamento 2201/2003”, en LLORIA GARCÍA, P. (dir.): *Secuestro...*, cit., p. 246.

⁸⁶² Así, con posterioridad, otros Reglamentos han incorporado la eliminación del *exequátur* como, por ejemplo, el Reglamento (CE) n.º 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004 por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, DO L 143, de 30.4.2004 (en adelante Reglamento 805/2004); Reglamento (CE) n.º 896/2006, de 12.12.2006, por el que se crea un proceso monitorio europeo, DO L 330, de 30.12.2006 (en adelante Reglamento 896/2006); Reglamento (CE) n.º 861/2007, de 11.7.2007 por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía, DO L 199, de 31.12.2007 (en adelante Reglamento 861/2007); el Reglamento Bruselas I bis; o el Reglamento 4/2009.

⁸⁶³ COMISIÓN EUROPEA: “Propuesta...”, cit., p. 2.

⁸⁶⁴ “(21) El reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales dictadas en un Estado miembro deben basarse en el principio de confianza mutua, y los motivos del no reconocimiento deben limitarse al mínimo necesario.”. Al respecto, LENAERTS, K.: “The Best Interest of the Child Always Come First...”, cit., p. 1304.

circulación de resoluciones judiciales en la UE aún no constituye una realidad plenamente asentada en el espacio de libertad, seguridad y justicia de la UE. Para la completa consecución de esta libertad, el espacio judicial común aún debe hacer frente a importantes retos, como el logro de una efectiva confianza entre las Administraciones de Justicia de los Estados miembros. Confianza que, junto a cuestiones culturales y de historia, se enfrenta a problemas estructurales como una ausencia de normas comunes tanto en aspectos procesales como materiales.

El Reglamento Bruselas II bis -como también ahora el Bruselas II ter- supone en este sentido, un ejemplo evidente de los retos a los que se enfrenta la “quinta libertad comunitaria” para seguir avanzando. Un banco de pruebas muy relevante debido, justamente a la delicada materia que trata, ligada a la esfera más íntima de las personas y de la familia. Precisamente por ello, el principio de confianza mutua se ha resentido en demasiadas ocasiones en la práctica. Y son estas dificultades intrínsecas de la materia cubierta las que han sacado a la luz las deficiencias del régimen de eficacia extraterritorial de resoluciones extranjeras recogido en el Reglamento Bruselas II bis que, como veremos, intentan ahora resolverse en el Bruselas II ter.

En este sentido, el nuevo Reglamento Bruselas II ter ha continuado avanzando hacia el logro del objetivo de la libre circulación de resoluciones judiciales, mediante la eliminación -manteniendo, eso sí, ciertas salvaguardas- del *exequátur* para todas las resoluciones en materia de responsabilidad parental. Aunque significativamente, no se ha dado continuidad al modelo seguido por el Reglamento Bruselas II bis respecto de ciertas resoluciones privilegiadas en este ámbito como era el caso de los derechos de visita y de las órdenes de retorno tras un traslado o retención ilícita de responsabilidad parental.

1. El doble régimen de eficacia extraterritorial de resoluciones extranjeras en materia de responsabilidad parental diseñado en el Reglamento Bruselas II bis

El Reglamento Bruselas II bis incorpora normas armonizadas sobre el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de responsabilidad parental. Al igual que ocurre con otros muchos instrumentos europeos, a primera vista, y de manera global, puede apuntarse que el dogma de la automaticidad del reconocimiento ha sido proclamado sin especial problematismo en ellos. Su práctica, por la propia naturaleza que

acompaña a la homologación de las resoluciones judiciales extranjeras, tampoco ha planteado un elevado nivel de tensiones⁸⁶⁵.

No puede decirse lo mismo, sin embargo, del ámbito de la ejecución de las resoluciones judiciales, donde el proceso de integración no es, ni ha resultado, tan sencillo ni lineal. Dotar de fuerza ejecutiva a una resolución foránea presupone la homologación de aquella, pero, debido al grado de eficacia que incorpora supera en problematismo y complejidad a la mera “nostrificación”⁸⁶⁶, por utilizar una noción gráfica, aunque no plenamente aceptada, de la resolución que subyace en el reconocimiento⁸⁶⁷.

El objetivo final del proceso de armonización del DIPr europeo debería conducir paulatinamente a la supresión del *exequátur* o declaración de ejecutividad entre los países de la UE, asegurando la ejecución automática en un determinado Estado miembro de la UE de las resoluciones judiciales dictadas por los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro. Esto, sin embargo, no es fácil de lograr, y tampoco puede decirse que haya sido alcanzado todavía de forma plena, al menos en el modelo diseñado por el Reglamento Bruselas II bis. Más aún, la práctica del sistema del citado Reglamento no ha dejado de poner en duda la validez misma de la premisa de la automaticidad en la ejecución en ámbitos como el actual en el que están presentes intereses privilegiados como pueden ser los del menor. Dudas que se han plasmado en el modelo del Bruselas II ter.

Focalizándonos en el sector de la responsabilidad parental, el Reglamento Bruselas II bis tiene la peculiaridad de combinar dos modalidades de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras. En este sentido, el Capítulo III del texto reglamentario distingue entre una modalidad general para las resoluciones en materia de responsabilidad parental y una modalidad específica para ciertas resoluciones privilegiadas⁸⁶⁸. Esto, como veremos más adelante, ha sido superado por el Reglamento Bruselas II ter, pero el nuevo sistema no se entiende plenamente sin previamente analizar la realidad normativa y jurisprudencial sobre la que descansa. De ahí que nos pergeñemos seguidamente las soluciones recogidas en el

⁸⁶⁵ GAYO, M.: “El reconocimiento automático de sentencias ya es una realidad en la UE”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 858, 2013, pp. 8 y ss.

⁸⁶⁶ Noción gráfica usada, por ejemplo, en la STC 132/1991, de 17.6.1991, *BOE* de 8.7.1991, FJ 4.

⁸⁶⁷ Sobre las distintas posiciones existente en relación con el reconocimiento y su significado vid., por todos, VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFEREZ, F., *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2ª ed., 2007, pp. 666-671.

⁸⁶⁸ Vid. ESPLUGUES MOTA, C. y IGLESIAS BUHIGUES, J.L.: “Lección 12ª. Capacidad y régimen de incapacidades”, *cit.*, p. 437.

texto de 2001 procediendo a analizar sus parámetros y las claves de su práctica, para proceder a valorar posteriormente las soluciones previstas en el texto de 2019.

1.1 El régimen general previsto en el Reglamento Bruselas II bis para las resoluciones en materia de responsabilidad parental

Como decimos, el modelo distingue un régimen general de otro referido específicamente a ciertas resoluciones privilegiadas. Nos focalizamos ahora en el régimen general. Al amparo del sistema diseñado en el Reglamento, la mayoría de las decisiones dictadas en un Estado miembro en materia de responsabilidad parental deberán, necesariamente, someterse a unas exigencias formales para ser reconocidas en el resto de Estados miembros, y, además, con carácter previo, cumplir con unos presupuestos de reconocimiento y del *exequátur*, necesarios para beneficiarse del sistema de eficacia extraterritorial previsto en el Reglamento Bruselas II bis⁸⁶⁹.

1.1.1 La premisa: el reconocimiento automático de las resoluciones en materia de responsabilidad parental

El artículo 21.1 del Reglamento Bruselas II bis proclama el reconocimiento automático de las resoluciones de un Estado miembro en cualquier otro Estado miembro, con independencia de que vengán dictadas al amparo de las normas de competencia judicial internacional fijadas por el propio Reglamento⁸⁷⁰. Por tanto, las decisiones en materia de responsabilidad parental “valen” y “tienen” fuerza en el Estado en que se requiere tal reconocimiento⁸⁷¹. Gozando, por lo tanto, de los mismos efectos procesales que el Estado de origen les atribuye en todo el territorio de la UE, desde el momento en que se dicta dicha resolución, y sin necesidad de procedimiento alguno⁸⁷².

⁸⁶⁹ Vid. ESPINOSA CALABUIG, R.: *Custodia y visita de menores...*, cit., p. 190 y ss.

⁸⁷⁰ Vid. arts. 8 a 15 del Reglamento Bruselas II bis.

⁸⁷¹ En palabras de VIRGOS SORIANO, M. y GARCIMARTIN ALFEREZ, F., cit., p. 561.

⁸⁷² En todo caso, en esta modalidad y al amparo del art. 21.3 del Reglamento, una vez dictada una resolución en un Estado miembro, las partes interesadas pueden solicitar, en otro Estado miembro, que se homologue, o no, dicha resolución. Sobre el reconocimiento en el Reglamento Bruselas II bis vid. SIEHR, K.: “Article 21: Recognition and Enforcement”, en MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P. (eds.): cit., pp. 281-287.

Capítulo Segundo. La eficacia extraterritorial de las resoluciones extranjeras en materia de responsabilidad parental...

Aún automático, el reconocimiento puede ser denegado cuando se reúnan ciertos motivos previstos en el artículo 23 del Reglamento, y que son los siguientes⁸⁷³:

1) La contrariedad del reconocimiento con el orden público del Estado miembro requerido, teniendo en cuenta el interés superior del menor⁸⁷⁴.

2) Si la resolución se hubiera dictado sin haber dado posibilidad de audiencia al menor, siempre que constituya una violación de los principios fundamentales de procedimiento del Estado miembro requerido, y excepcionando los casos de urgencia⁸⁷⁵.

3) Si la resolución se hubiera dictado en rebeldía y sin haber notificado o trasladado a dicha persona el escrito de demanda o documento equivalente con vulneración de sus derechos de defensa, a menos que conste de manera inequívoca que esta persona ha aceptado la resolución⁸⁷⁶.

4) Cuando una persona alegue que la resolución menoscaba el ejercicio de su responsabilidad parental, siempre que se hubiera dictado sin haber dado posibilidad de audiencia a dicha persona⁸⁷⁷.

5) En caso de que la resolución sea inconciliable con otra dictada posteriormente en materia de responsabilidad parental, tanto en el Estado miembro requerido como en otros Estado miembro de la UE, o Estado no miembro de residencia habitual del menor – que cumpla las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado miembro requerido-⁸⁷⁸.

6) Por último, se prevé una causa de denegación para los casos en los que no se haya respetado el procedimiento relativo al acogimiento transfronterizo del menor, previsto en el artículo 56 del texto reglamentario⁸⁷⁹.

Respecto a los motivos de denegación, y en concreto, sobre la cláusula de orden público se ha pronunciado el TJUE, en su Sentencia de 15 de noviembre de 2015, en el

⁸⁷³ En relación con ellas, vid. SIEHR, K.: “Article 23: Grounds of non-recognition for judgements relating to parental responsibility”, en MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P. (eds.): *cit.*, pp. 301-314.

⁸⁷⁴ Art. 23. a) del Reglamento Bruselas II bis.

⁸⁷⁵ Art. 23. b) del Reglamento Bruselas II bis.

⁸⁷⁶ Art. 23. c) del Reglamento Bruselas II bis.

⁸⁷⁷ Art. 23. d) del Reglamento Bruselas II bis.

⁸⁷⁸ Art. 23. e) y f) del Reglamento Bruselas II bis.

⁸⁷⁹ Art. 23. g) del Reglamento Bruselas II bis.

asunto C-455/15 PPU, *P.*⁸⁸⁰, (en adelante asunto *P.*), relativo a dos progenitores que discuten sobre los derechos de custodia de sus hijas, con residencia un progenitor en Suecia y el otro en Lituania. En este caso el Alto Tribunal recuerda que el Reglamento Bruselas II bis “*se fundamenta en la idea de que el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales dictadas en un Estado miembro deben basarse en el principio de confianza mutua y de que los motivos de denegación del reconocimiento deben limitarse al mínimo necesario*”⁸⁸¹. Y, en consecuencia, los motivos de oposición del artículo 23 del texto reglamentario deben recibir una “*interpretación estricta*”, y ello porque constituyen “*un obstáculo a la realización de uno de los objetivos fundamentales de dicho Reglamento*”⁸⁸².

Adicionalmente, en el asunto *P.* el Tribunal de Luxemburgo ofrece una interpretación respecto a la cláusula de orden público, ligada al principio del interés superior del menor. En este sentido, el TJUE recuerda que, aunque no le corresponde controlar el concepto de orden público internacional que opera en cada Estado miembro, sí debe controlar los límites de este concepto, dentro de los cuales los Tribunales de un Estado miembro pueden recurrir para denegar el reconocimiento de una resolución⁸⁸³. De forma que, “*sólo debería recurrirse a la cláusula de orden público que figura en el artículo 23, letra a), de dicho Reglamento en el caso de que, habida cuenta del interés superior del menor, el reconocimiento de la resolución dictada en otro Estado miembro vulnerara de manera inaceptable el ordenamiento jurídico del Estado requerido, por menoscabar un principio fundamental. Para respetar la prohibición de revisión en cuanto al fondo de la resolución dictada en otro Estado miembro, prevista en el artículo 26 del mismo Reglamento, el menoscabo debería constituir una violación manifiesta, habida cuenta del interés superior del menor, de una norma jurídica considerada esencial en el ordenamiento jurídico del Estado requerido o de un derecho reconocido como fundamental en este ordenamiento*”⁸⁸⁴.

⁸⁸⁰ ECLI:EU:C:2015:763. Respecto a esta decisión, vid, por todos, CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C.: “Orden público internacional y prohibición de control de competencia judicial internacional: asunto C-455/15 PPU, *P* y *Q*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 9, nº 2, 2017, pp. 635-640.

⁸⁸¹ Asunto *P.*, párr. 35.

⁸⁸² *Ibid.*, párr. 36.

⁸⁸³ *Ibid.*, párr. 37.

⁸⁸⁴ *Ibid.*, párr. 39.

En relación con este punto, la práctica de los Tribunales españoles demuestra la correcta comprensión e interpretación restrictiva de los motivos de denegación enunciados. A título de ejemplo, cabe citar la SAP de Barcelona 603/2018, de 5.11.2018⁸⁸⁵, en la que, ante la solicitud de denegación de una resolución sueca de carácter provisional que no se establece un régimen de visitas en favor de la madre, y ésta considera vulnerado el derecho del menor a relacionarse con ella⁸⁸⁶. La AP recuerda que *“El TJUE ha mantenido en diversas sentencias (STJUE 11-7-2008, As. C-195/08; STJUE 9-10-2014, AS. C-376/2014 t STJUE de 19-11-2015 As. C-455/2015) que los motivos de denegación del reconocimiento de resoluciones en materia de responsabilidad parental deben ser objeto de una interpretación estricta pues constituyen un obstáculo al objetivo del reconocimiento en el que se fundamenta el Reglamento - conforme al considerando 21 de dicho Reglamento, éste se fundamenta en la idea de que el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales dictadas en un Estado miembro deben basarse en el principio de confianza mutua y de que los motivos de denegación del reconocimiento deben limitarse al mínimo necesario - y que solo se debe acudir al orden público en el caso de que el reconocimiento de la resolución vulnere de manera inaceptable el orden jurídico del Estado requerido por menoscabar un principio fundamental”*⁸⁸⁷.

E igualmente, la AP reproduce la argumentación del TJUE respecto a la prohibición de controlar el fondo del asunto prevista en el artículo 26 del Reglamento para, a continuación, argumentar y llegar a la conclusión de que la resolución extranjera, en este supuesto concreto, no vulnera el orden público internacional español ni el interés superior del menor, principalmente, por tratarse de una medida cautelar⁸⁸⁸.

⁸⁸⁵ ECLI:ES:APB:2018:6930A.

⁸⁸⁶ Igualmente, rechaza la aplicación de los motivos de oposición al reconocimiento y ejecución del art. 23 del Reglamento Bruselas II bis la SAP de Les Illes Balears 266/2017, de 17.7.2017, ECLI:ES:APIB:2017:1344. Se trata de una resolución dictada por el órgano jurisdiccional del Estado miembro de residencia habitual de la menor (Hungría) solicitando el retorno de la menor a este país tras un traslado ilícito por la madre a España. Por el contrario, la SAP de Málaga 108/2014, de 11.6.2014, ECLI:ES:APMA:2014:5A, aplicación el motivo e) del art. 23 del Reglamento Bruselas II bis, por la existencia de una resolución inconciliable, concretamente, con posterioridad a la resolución finlandesa cuyo reconocimiento se solicita, se había iniciado un procedimiento sobre guarda y custodia, en la que se había finalmente dictado sentencia por la que se aprobaba el convenio regulador suscrito entre las partes, en el que se atribuía la guarda y custodia de los hijos a la madre, y se establecía un régimen de visitas en favor del padre.

⁸⁸⁷ F.J. 2º.

⁸⁸⁸ *“La parte apelante considera que el derecho vulnerado es el del menor a relacionarse con su madre y que al no fijarse visitas se ha infringido el interés del menor que es prioritario. La resolución sueca cuyo reconocimiento y ejecución se ha declarado mediante el Auto apelado ha sido dictada en el seno de un*

1.1.2 *La necesidad de solicitar la declaración de ejecutividad en el Estado miembro requerido: la pervivencia del exequátur como regla general*

Este automatismo existente en relación con el reconocimiento de las resoluciones extranjeras en materia de responsabilidad parental, sin embargo y como ya hemos avanzado, no se reproduce en el ámbito de su ejecución.

Como regla general, el sistema recogido en el Reglamento Bruselas II bis exige que antes de poder iniciar la ejecución propiamente dicha de una resolución en materia de responsabilidad parental –dotada de fuerza ejecutiva en el país de origen y que haya sido debidamente notificada- es necesario solicitar la declaración de ejecutividad o “*exequátur*” en el Estado miembro requerido al amparo del artículo 28.1 del Reglamento Bruselas II bis. Y ello, con la exclusión de las resoluciones relativas al derecho de visita o a la restitución de un menor, que “son ejecutivas automáticamente i.e. sin necesidad de *exequátur*, una vez comprobadas ciertas condiciones”⁸⁸⁹. Una solución, ésta, que se convertirá en una de las fuentes de tensión del Reglamento.

Ello supone que, a diferencia de lo que ya ocurre en otros Reglamentos de la UE en que se permite, de base, la ejecución automática, para dotar a una resolución extranjera de fuerza ejecutiva y convertirla en título ejecutivo⁸⁹⁰, en el texto de Bruselas II bis, se debe instar un procedimiento específico y, unilateral para ello.

El procedimiento, que se desarrollará ante alguno de los órganos jurisdiccionales indicados en la lista que cada Estado miembro ha de comunicar a la Comisión de

procedimiento denominado de divorcio y custodia, como medida cautelar. Así se desprende claramente del contenido de la Resolución que resuelve sobre la petición de una medida provisional y urgente. La medida adoptada de atribución de guarda y custodia es provisional o temporal "hasta el dictado de otra resolución". Por sí misma no es impositiva del derecho del menor a ver y relacionarse con su madre ni tampoco deja la efectividad de este derecho de forma permanente al progenitor al que atribuye la guarda provisionalmente. La propia naturaleza provisional o temporal de la medida impide considerar que se haya vulnerado el derecho del menor. No ha sido objeto de petición ni de debate en el procedimiento cautelar la efectividad del derecho del menor de ver a su madre y nada impide que pueda solicitarse un régimen de relación o de visitas entre madre e hijo. En este sentido no puede considerarse que la resolución implique menoscabo o violación manifiesta de una norma jurídica esencial o de un derecho esencial del menor. No se ha regulado sobre el derecho de visitas pero no se impide su regulación si la parte lo pide". F.J. 2º.

⁸⁸⁹ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.: *Derecho Internacional Privado*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 5ª ed., 2019, párr. 18.24.

⁸⁹⁰ Como ocurre en el Reglamento Bruselas I bis.

conformidad con el artículo 68⁸⁹¹, de acuerdo con la legislación del Estado miembro requerido⁸⁹², cuenta con dos fases. La primera se instruye de manera unilateral por el Juez de instancia, sin intervención de la parte frente a la que se solicita y concluye con la concesión o denegación del *exequátur*. Es decir, de acuerdo con el artículo 28 del Reglamento, el *exequátur* será obtenido previa solicitud, y, además, en esta primera fase, tal como señala el artículo 31.1 del Reglamento, ni el menor ni la persona contra la que se solicita la ejecución podrá formular alegaciones. La eventual denegación de la ejecución se fundamentará, taxativamente, en los motivos de denegación del artículo 23 del Reglamento Bruselas II bis. Sin que quepa, en caso alguno, la revisión en cuanto al fondo de la resolución foránea cuyo *exequátur* se solicita.

Eso sí, una vez concedido o no el *exequátur*, esta decisión podrá ser recurrida por cualquiera de las partes al amparo del artículo 33.1 del Reglamento. Aquí sí se trata de un procedimiento contradictorio que se tramita -en apelación- estando ya reconocida y ejecutada la mencionada resolución. En España, ante la Audiencia Provincial cuya decisión, al amparo del artículo 34 del Reglamento Bruselas II bis, solo será susceptible de ser recurrida en casación ante el Tribunal Supremo.

El Reglamento, a su vez, permite la opción de suspender el procedimiento de *exequátur* si, como precisa su artículo 35.1, la resolución extranjera es objeto de un recurso ordinario en el Estado miembro de origen, o no ha expirado el plazo para interponerlo.

Como decimos, este modelo, sin perjuicio de que pudiera ser considerado avanzado en su momento, ha sido superado posteriormente por otros instrumentos de la Unión que se han dirigido hacia una supresión automática del *exequátur*, como es el caso del Reglamento Bruselas I bis⁸⁹³.

⁸⁹¹ Art. 29 Reglamento Bruselas II bis.

⁸⁹² Art. 30 Reglamento Bruselas II bis.

⁸⁹³ Al respecto, vid. IGLESIAS BUHIGUES, J.L.: “Lección 8ª. Eficacia extraterritorial de sentencias y documentos públicos extranjeros: el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras y documentos públicos con fuerza ejecutiva”, en ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G.: *cit.*, pp. 285 y ss.; GASCÓN INCHAUSTI, F.: *Reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en el nuevo Reglamento Bruselas I bis*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016; SÁNCHEZ LORENZO, S.: “El nuevo sistema de reconocimiento y ejecución de resoluciones en el Reglamento (UE) 1215/2012 (Bruselas Ibis)”, *La Ley: Unión Europea*, n.º 25, 2015, pp. 1-7; GARAU SOBRINO F.: “La declaración de ejecutividad automática. ¿Hacia una nueva teoría general del exequátur?”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. IV, 2004, pp. 91-116.

1.2 El régimen privilegiado: la eliminación del *exequátur* “en términos absolutos” en relación con diversas resoluciones en materia de responsabilidad parental

Este modelo general que hemos pergeñado de forma sintética en las líneas anteriores se acompaña del diseño en el propio Reglamento Bruselas II bis de un régimen privilegiado para diversas resoluciones relativas al derecho de visita o que proceden a ordenar la restitución del menor de conformidad con el artículo 11.8 del Reglamento Bruselas II bis, que supone la eliminación del *exequátur* “en términos absolutos”.

Se consolida así, y ello constituye una de las características más remarcables del Reglamento Bruselas II bis, la existencia de un procedimiento “*fast-track*” o una “vía rápida” privilegiada, para dotar de eficacia extraterritorial a ciertas decisiones en dos materias muy concretas⁸⁹⁴: derechos de visita y restitución del menor tras un traslado o retención ilícita. Este régimen privilegiado, previsto en el artículo 40 y ss. del Reglamento, se caracteriza por la eliminación del *exequátur* en relación con ellas, de forma que se habilita la ejecutividad inmediata de las decisiones de otro Estado miembro en los supuestos mencionados⁸⁹⁵. Frente al *exequátur*, el modelo se basa en la expedición por el Juez de origen de un certificado que impide una eventual petición de no reconocimiento al amparo del artículo 21.3 del texto reglamentario.

1.2.1 El supuesto de las resoluciones en materia de régimen de visitas del menor

Como hemos apuntado, el régimen privilegiado está estrictamente limitado a dos materias específicas dentro del sector temático de la responsabilidad parental del menor. La primera de ellas refiere a los derechos de visita del menor, régimen recogido en el artículo 41 del Reglamento Bruselas II bis. Esta categoría viene parcialmente definida en el artículo 2.10) del Reglamento como aquella que, “*en particular*”, implica el “*derecho de trasladar a un menor a un lugar distinto al de su residencia habitual durante un período de tiempo limitado*”.

⁸⁹⁴ ANCEL, B. y MUIR WATT, H.: “L’intérêt supérieur de l’enfant dans le concert...”, *cit.*, p. 600.

⁸⁹⁵ Vid. art. 40 Reglamento Bruselas II bis. Nótese FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho Internacional Privado*, *cit.*, p. 316.

La existencia de un doble régimen de eficacia extraterritorial, combinado con la amplitud otorgada a la noción de “*derechos de visita*” ha sido señalado como un posible problema interpretativo, ya que en algunos sistemas legales el término ha sido modificado por expresiones más acordes con una perspectiva de los derechos del menor como “*contact*” o “*secondary residence*”⁸⁹⁶. En cambio, la noción del Reglamento no está del todo definida, y ello ha permitido que existan ciertos supuestos en los que resulta incierta su subsunción dentro del concepto genérico de “*derechos de visita*” recogido en el Reglamento. Así, por ejemplo, no quedaría claro si un caso en el que el menor permanece la mitad del tiempo con cada progenitor (en Estados miembros distintos) se ubica dentro de esta categoría. Ello determinará que, dependiendo de la calificación que se le atribuya, se aplicará el régimen especial o el general con relación a la ejecución de la eventual resolución judicial, lo que, lógicamente, genera incertidumbre y va directamente contra el objetivo de sencillez y certeza del Reglamento.

En todo caso, el resultado final es que pueden darse ciertos supuestos en los que se produzca una divergencia entre el régimen de ejecución de una determinada resolución en materia de responsabilidad parental, sometida al régimen general, y otra que se incardine dentro de los derechos de visita, cuando en realidad deberían ejecutarse conjuntamente. El resultado final sería que, en consecuencia, quizás hubiera tenido más sentido que todas las resoluciones en materia de responsabilidad parental gozaran del mismo sistema de ejecución⁸⁹⁷.

2.2.2. El supuesto de ciertas resoluciones sobre retención ilícita del menor

La segunda de las materias beneficiadas de este régimen privilegiadas son las resoluciones de retorno del menor dictadas de conformidad con el artículo 11.8 del Reglamento Bruselas II bis y ejecutadas en virtud del artículo 42 del mismo. La delimitación de los supuestos en los que se aplicará el régimen privilegiado es ciertamente compleja, y por ello, merece una clarificación previa.

⁸⁹⁶ Al respecto vid. KRUGER, T. y SAMYN, L.: “Brussels II bis: successes and suggested...”, *cit.*, p. 160.

⁸⁹⁷ *Ibidem*.

La eliminación del *exequátur* afecta, exclusivamente, a la resolución de restitución de un menor, dictada por los Tribunales competentes de un Estado miembro –que normalmente será el Estado miembro de residencia habitual inmediatamente anterior al traslado o retención ilícita–, con posterioridad a una resolución de no restitución del menor, emitida por el Estado requerido –Estado miembro en el que el menor se encuentra ilícitamente –, resolución que se ha basado en un motivo de excepción del artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980.

Inciendo en este punto, es muy importante entender que el artículo 42 del Reglamento Bruselas II bis únicamente será de aplicación ante una previa resolución de no restitución dictada en un Estado miembro que, normalmente, será aquel en el que se encuentra el menor que ha sido trasladado o retenido de forma ilícita. Es decir, solo en el caso de que no se consiga obtener la restitución del menor mediante la acción de restitución directa del menor planteada ante las autoridades del Estado miembro donde se encuentra el menor que ha sido presuntamente trasladado de modo ilícito, se podrá acudir de forma subsidiaria a este mecanismo⁸⁹⁸.

Recordemos que esta modalidad de resolución de retorno “privilegiada” forma parte del procedimiento especial recogido en los apartados 6, 7 y 8 del artículo 11 del Reglamento Bruselas II bis, también llamado “mecanismo de prevalencia” o “mecanismo de última palabra”. En virtud de este mecanismo, cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro – en el que se encuentra ilícitamente el menor- haya decidido el no retorno del menor en base al artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980, se podrá iniciar un segundo procedimiento en el Estado miembro competente sobre el fondo. En este segundo procedimiento, si al decidirse sobre la responsabilidad parental del menor, se dicta una resolución que lleva implícito el retorno del menor, se podrá, además, dictar una resolución que ordene el retorno de aquella su Estado de previa residencia habitual⁸⁹⁹.

Será, precisamente, esta resolución de retorno la que goce del régimen privilegiado de ejecución; esto es, de su ejecutividad directa en el Estado miembro requerido, siempre que haya sido debidamente certificada en origen. La lógica de este mecanismo implica la

⁸⁹⁸ Vid. CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho Internacional Privado*, cit., pp. 518 y ss.

⁸⁹⁹ CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C.: “La supresión del *exequátur* en el R. 2201/2003”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 3, n.º 1, 2011, p. 78.

posibilidad de regreso del menor al Estado miembro de residencia habitual anterior al traslado ilícito, a pesar de una resolución previa de otro Estado miembro en el que se ha considerado que el menor no debe regresar⁹⁰⁰. De ahí deriva el nombre del mecanismo, puesto que se está otorgando una evidente “prevalencia” o “última palabra” al Estado miembro competente sobre el fondo en virtud del Reglamento, y que como regla general será el Estado de residencia habitual del menor.

La finalidad de este particular procedimiento sería reforzar el papel del Estado miembro de residencia habitual del menor, en detrimento del Estado de la UE en el que se encuentra ilícitamente el menor. En este Estado miembro, aunque no es competente sobre el fondo, sí se puede iniciar un procedimiento de restitución del menor de conformidad con el Convenio de La Haya de 1980, tal y como queda completado por el artículo 11 del Reglamento. Sin embargo, el legislador de la UE entendió que el Estado miembro competente en materia de responsabilidad parental debía tener la decisión final sobre la restitución o no del menor, en los casos en los que la no restitución se justifica en base al artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980.

El resultado final es el traslado de la última palabra en torno a la restitución del menor al órgano competente del Estado de residencia habitual del menor previo al traslado o retención ilícita. Y con ello, se produce el reforzamiento, tanto del principio del efectivo retorno del menor como de la competencia del órgano jurisdiccional que debe conocer sobre el fondo de la cuestión en virtud del Reglamento –y que normalmente será el Estado de residencia habitual del menor anterior al traslado o retención ilícita–⁹⁰¹. En todo caso, el procedimiento es altamente complejo y ha resultado ser muy polémico desde sus inicios.

⁹⁰⁰ GONZÁLEZ MARIMÓN, M.: “El principio del interés superior del menor en supuestos de sustracción ilícita internacional: la jurisprudencia del TJUE y del TEDH”, en GARCÍA GARNICA, M.C. y MARCHAL ESCALONA, N. (dirs.): *Aproximación interdisciplinar...*, cit., p. 650.

⁹⁰¹ GONZÁLEZ MARIMÓN, M.: “El “diálogo” entre el TJUE y el TEDH en torno a la eliminación del *exequátur* del mecanismo de retorno del Reglamento Bruselas II bis”, en GARCÍA ÁLVAREZ, L. y MARTÍN RODRÍGUEZ, J.M. (coords.): *El mercado único...*, cit., p. 85.

1.2.2 *Las diferentes justificaciones del régimen privilegiado recogido en el Reglamento Bruselas II bis*

Como hemos tenido oportunidad de señalar, por primera vez en la UE se elimina el *exequátur* para ciertas decisiones en materia de responsabilidad parental –derechos de visita y órdenes de retorno tras un traslado o retención ilícita–. La justificación de esta decisión se basa, directamente, en el principio del interés superior del menor⁹⁰².

En términos de objetivos políticos de la UE hacia el logro de la libre circulación de resoluciones judiciales en el marco de la UE es evidente que esta medida supuso, y supone, un gran avance. La supresión del *exequátur* implica una reducción de los tiempos procesales y de los costes, beneficiando directamente a los intereses del menor. Como destaca la Comisión, ello es de especial importancia en relación con la ejecución en las materias de derechos de visita y sustracción internacional de menores, en las que el paso de tiempo puede ser muy perjudicial para el menor⁹⁰³.

Ciertamente, la necesidad de una ejecución temprana y directa de este tipo de resoluciones es particularmente urgente en estas materias, ya que su inmediatez, o no, cuenta con una afectación especial sobre el artículo 24 de la CDFUE, según el cual todos los menores deben tener el derecho a mantener regularmente una relación personal y un contacto directo con sus dos progenitores, a menos que sea contrario a sus intereses⁹⁰⁴.

La satisfacción del principio del interés superior del menor requiere asegurar al máximo la continuidad y estabilidad en las relaciones con la persona o personas que están a cargo del menor y le cuidan, normalmente sus progenitores. Una exigencia que se incrementa cuanto menor es la edad del menor. Cualquier cambio abrupto de estas relaciones puede incidir en él y dañar el desarrollo saludable del menor.

Correlativamente, los menores tienden a ser maleables y se adaptan habitualmente de forma muy rápida a los cambios de sus circunstancias. Por ello, es sumamente importante que la adopción de las decisiones judiciales que inciden sobre estas relaciones del menor, así como su ejecución, se produzcan con rapidez y siempre con anterioridad a que éste haya

⁹⁰² Vid. ANCEL, B. y MUIR WATT, H.: “L’*intérêt supérieur de l’enfant dans le concert...*”, *cit.*, p. 593.

⁹⁰³ COMISIÓN EUROPEA: “Guía práctica para la aplicación...”, *cit.*, p. 69.

⁹⁰⁴ MAGNUS, U.: “Section 4. Enforceability of certain judgments concerning rights of access and of certain judgments which require the return of the child. Introductory remarks”, en MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P. (eds.): *cit.*, p. 375.

perdido sus vínculos con su entorno previo y haya entablado ya otros nuevos. Si la ejecución de tal decisión se hace efectiva una vez el menor se ha adaptado a su nuevo entorno y ha establecido nuevas relaciones afectivas, dicha ejecución socavaría la necesaria continuidad y estabilidad de sus relaciones con la persona responsable de su cuidado. Pudiendo, por ende, afectar negativamente al menor a quien, precisamente, se desea proteger⁹⁰⁵.

Sin embargo, no existe una respuesta unívoca en relación con la eliminación del *exequátur*. La complejidad de las cuestiones que involucran al menor en su entorno más íntimo y la pluralidad de las relaciones que surgen en el marco familiar afectan al equilibrio de intereses presentes en ellas y, consecuentemente, a la respuesta que pueda aportarse a esta cuestión. En la doctrina se ha respaldado sin especial controversia la eliminación del *exequátur* en materia de derechos de visita, aceptando la finalidad que acompaña al mismo. Sin embargo, surgen dudas notables en torno a cuál sea la finalidad real de la inclusión en el régimen privilegiado de ejecución de las resoluciones de retorno fruto del mecanismo de prevalencia, o de última palabra.

Así, en el caso de los derechos de visita, el propósito se vincula a la necesidad de mejorar la eficacia transfronteriza de las medidas tomadas en este campo donde, como hemos apuntado, la celeridad es esencial, evitando los retrasos que produciría el *exequátur*. Sin embargo, el motivo del mecanismo de prevalencia es menos lineal, dado que en este caso, este mecanismo se prevé para resolver un verdadero conflicto entre la decisión de no retorno del Estado miembro requerido y una decisión de retorno tomada por el Estado miembro de origen del menor⁹⁰⁶.

1.2.3 El funcionamiento del régimen privilegiado de eliminación del exequátur en términos absolutos

El legislador de la UE no solo incorpora un régimen privilegiado en relación con las dos materias apuntadas en el artículo 40.1 del Reglamento: determinadas resoluciones relativas al derecho de visita y que ordenan la restitución del menor. Igualmente, opta por emplear una técnica particularmente avanzada en la que se invierte el papel jugado por el

⁹⁰⁵ *Ibidem*.

⁹⁰⁶ ANCEL, B. y MUIR WATT, H.: “L’intérêt supérieur de l’enfant dans le concert...”, *cit.*, p. 602.

Tribunal de origen de la resolución y del país en que se solicita su ejecución. De esta suerte, las resoluciones dictadas por los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de origen gozan de ejecutividad inmediata sin necesidad de *exequátur*.

De conformidad con el artículo 41 y 42 del Reglamento Bruselas II bis, una vez certificada la resolución en materia de derechos de visita o restitución del menor, será directamente ejecutiva en cualquier otro Estado miembro. Es decir, al eliminar el procedimiento de *exequátur*, la resolución en cuestión poseerá fuerza ejecutiva directa sin necesidad de este procedimiento y sin posibilidad de impugnación; esto es, sin que se pueda alegar ninguna causa de oposición a la ejecución. En la práctica, esta modalidad de supresión del *exequátur* “en términos absolutos” supone la eliminación total de cualquier control de la ejecución en el Estado miembro requerido⁹⁰⁷. Por el contrario, el control sobre la ejecutividad de la resolución se traslada al Estado miembro de origen mediante el sistema de certificación, en el que se incluyen los controles sobre la resolución emitida. El control corresponderá al propio Juez de origen, que dictó la resolución, y solo en caso de verificar el cumplimiento podrá emitir tal certificado.

1) En materia de derechos de visita, el artículo 41.1 apunta que el derecho concedido en virtud de una resolución judicial dictada en un Estado de la Unión, que cuente con fuerza ejecutiva, será reconocido y tendrá fuerza ejecutiva en otro Estado miembro sin que se requiera declaración alguna que se la reconozca y, sin que quepa impugnar su reconocimiento, siempre que la resolución haya sido certificada por el Juez de origen siguiendo el formulario que figura en el Anexo III del Reglamento. Para ello, el artículo 41.2 del Reglamento Bruselas II bis exige el cumplimiento de tres condiciones que, además, vienen recogidas en el mencionado Anexo III:

a) En lo que respecta a los procedimientos en rebeldía, debe verificarse que 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, no habiéndolo sido, si consta de forma inequívoca que ha aceptado la resolución.

b) Junto a ello, el Juez debe comprobar si se ha dado la posibilidad de audiencia a todas las partes afectadas. Y, por último, cotejar

⁹⁰⁷ ANCEL, B. y MUIR WATT, H.: “L’intérêt supérieur de l’enfant dans le concert...”, *cit.*, p. 600.

Capítulo Segundo. La eficacia extraterritorial de las resoluciones extranjeras en materia de responsabilidad parental...

c) Que se le haya dado al menor la posibilidad de audiencia, salvo que por edad o grado de madurez no se haya considerado conveniente.

Adicionalmente, en aquellos supuestos en que el derecho de visita refiere a una situación que posee carácter transfronterizo al dictarse la resolución, el certificado se expedirá de oficio cuando la resolución adquiera fuerza ejecutiva, incluso, señala el artículo 41.3 del Reglamento Bruselas II bis, con carácter provisional. En aquellos supuestos en que la situación adquiere carácter transfronterizo solo con posterioridad, el certificado se expedirá a instancia de parte.

2) En el caso de la resolución de restitución del artículo 11.8 del Reglamento concedida en virtud de una resolución judicial ejecutiva dictada en un Estado miembro, el artículo 42.2 del texto reglamentario señala que ésta 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 certificada en el Estado miembro de origen de conformidad con el apartado 2⁹⁰⁸.

En concreto, el Juez de origen que dictó la mencionada resolución judicial emitirá el certificado haciendo uso, tal como precisa el artículo 42.2 del Reglamento, del modelo de formulario recogido en el Anexo IV del citado texto, siempre que se cumplan diversas condiciones establecidas en el propio precepto. A saber:

a) Que se ha dado al menor posibilidad de audiencia, a menos que el Juez lo hubiera considerado inconveniente atendida la edad o grado de madurez del menor⁹⁰⁹;

b) Que se ha dado a las partes posibilidad de audiencia⁹¹⁰, y

c) Que el órgano jurisdiccional ha tenido en cuenta, en el momento de dictar su resolución, las razones y pruebas en las que se fundamente la decisión emitida al amparo del artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980⁹¹¹. Es decir, que el órgano jurisdiccional competente sobre el fondo (del Estado miembro de origen) considere la motivación del órgano jurisdiccional que ha dictado la resolución de no retorno (y que seguramente será el

⁹⁰⁸ El art. 42.2. añade que en aquellos casos en que el órgano jurisdiccional o cualquier otra autoridad adopte medidas para garantizar la protección del menor tras su restitución al Estado de su residencia habitual, “*el certificado precisará los pormenores de dichas medidas*”.

⁹⁰⁹ Art. 42.2.a) Reglamento Bruselas II bis.

⁹¹⁰ Art. 42.2.b) Reglamento Bruselas II bis.

⁹¹¹ Art. 42.2.c) Reglamento Bruselas II bis.

Estado miembro requerido). Este requisito, bien entendido, constituiría una suerte de deber de colaboración entre los órganos jurisdiccionales implicados, canalizando, siempre que sea aplicado en la práctica de forma diligente, el principio de confianza mutua entre ambos Tribunales⁹¹².

El carácter directamente ejecutivo de la resolución de restitución del menor tiene como consecuencia directa y principal la limitación, en grado máximo, del margen de actuación del órgano jurisdiccional del Estado miembro requerido, y de su capacidad de eventual control de la resolución a la que se pide que dote de fuerza ejecutiva. De esta manera, el Reglamento refuerza hasta tal punto el sistema de certificación que no existe ningún motivo de denegación de la ejecución que faculte a los órganos del Estado miembro requerido para rechazar la ejecución de la resolución sobre los derechos de visita o retorno del menor. Por tanto, el Juez del Estado miembro requerido no puede ejercer ningún tipo de control sobre las condiciones de emisión del certificado que expide Juez del Estado de origen.

Por consiguiente, frente a una resolución en materia de derechos de visita o retorno del menor certificadas, respectivamente, de conformidad con los artículos 41 y 42 del Reglamento, solo cabe instar un procedimiento de rectificación o dudas en cuanto a su autenticidad que debe llevarse a cabo en el Estado miembro de origen (artículo 43 del Reglamento). Consecuentemente, la resolución que acuerda la ejecución en el Estado miembro requerido no puede ser objeto de recurso alguno.

Por lo tanto, de estos puntos se extrae que, una vez emitido el certificado, esto es, certificada la resolución en el Estado miembro de origen, ya no es posible impugnar el reconocimiento en el Estado miembro requerido ni, tampoco, la expedición de dicho certificado⁹¹³. En ambos casos, la resolución vendrá dotada de fuerza ejecutiva en el Estado miembro requerido, con el único requisito para el Juez requerido de verificar que la resolución ha sido certificada en el Estado miembro de origen.

De todas las afirmaciones anteriores se deduce una alteración significativa del modelo tradicional del *exequatur*, en el que el Estado requerido realiza un control formal de la resolución foránea con vistas a dotarla de fuerza ejecutiva y proceder, en su caso, a su

⁹¹² ANCEL, B. y MUIR WATT, H.: “L’intérêt supérieur de l’enfant dans le concert...”, *cit.*, p. 603.

⁹¹³ Vid. arts 41.1) *in fine* y 42.1) *in fine* Reglamento Bruselas II bis.

ejecución. En el modelo del Reglamento Bruselas II bis, no solo desaparece el *exequátur*, es que el Juez del Estado requerido queda privado de cualquier mecanismo de control de la resolución foránea y compelido a ejecutarla⁹¹⁴. En consecuencia, lo que caracteriza este nuevo patrón es que, ya no es el Juez del Estado miembro requerido el que procede al control de la resolución de retorno del menor, sino que es el propio Juez del Estado miembro de origen el que realiza dicho control mediante la expedición de un certificado que deberá cumplir las condiciones señaladas y que vincula, a efectos del reconocimiento y ejecución de la decisión al Juez del Estado requerido⁹¹⁵.

Dicho en otros términos, este sistema supone que los controles realizados habitualmente en el Estado miembro requerido durante el procedimiento de *exequátur* se anticipan mediante un proceso de certificación de la sentencia (en la que se declara su ejecutividad) en el Estado miembro de origen⁹¹⁶, que emitirá el certificado correspondiente una vez comprobada la concurrencia de los requisitos establecidos. En suma, frente al sistema clásico, la verificación de la regularidad de la resolución extranjera se realiza ahora *a priori* en el Estado de origen, y no *a posteriori* en el Estado requerido, sin que éste último tenga capacidad alguna de inspección respecto de ella⁹¹⁷.

No es que se suprima el control de ciertos requisitos, sino que se produce una transferencia del poder del control del Estado miembro requerido – en el que se encuentra el menor ilícitamente – al Estado miembro de origen⁹¹⁸. Como gráficamente afirma la doctrina, se está pasando de “un reconocimiento «automático»: del reconocimiento de decisiones judiciales basado en la confianza mutua (R 44/2001 y R 2201/2003) al mutuo reconocimiento como mecanismo general y sin control adicional alguno en el Estado requerido”⁹¹⁹. El cambio, pues, es radical, considerándose que esta modalidad de supresión

⁹¹⁴ RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “La oposición al retorno del menor secuestrado: movimientos en Bruselas y La Haya”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 35, 2018, p. 17.

⁹¹⁵ ESPINOSA CALABUIG, R.: “Traslado o retención ilícitos de menores tras la reforma de 2015: rapidez, especialización y... algunas ausencias”, *Revista Española de Derecho Internacional*, v. 68, n.º 2, 2016, p. 349.

⁹¹⁶ RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “La oposición al retorno...”, *cit.*, p. 17.

⁹¹⁷ Así lo afirman, entre otros, ESPINOSA CALABUIG, R.: *Custodia y visita de menores...*, *cit.*, pp. 217 y 266; y MAGNUS, U.: “Section 4. Enforceability of certain judgments...”, *cit.*, p. 376.

⁹¹⁸ ANCEL, B. y MUIR WATT, H.: “L'intérêt supérieur de l'enfant dans le concert...”, *cit.*, p. 601.

⁹¹⁹ GUZMÁN ZAPATER, M.: “Cooperación civil y Tratado de Lisboa: ¿Cuánto hay de nuevo?”, *Diario LA LEY*, n.º. 7479, 2010, p. 4.

del *exequátur* “en términos absolutos” implica, y así fue calificada desde sus inicios, una “verdadera supresión de la frontera jurídica en territorio de la Unión Europea”⁹²⁰.

El cambio de paradigma no solo implica una alteración drástica del protagonismo tradicionalmente atribuido al órgano judicial del Estado requerido en favor del órgano del Estado de origen. Va más allá, al suponer el reforzamiento máximo del principio de confianza mutua. El sistema del Reglamento Bruselas II bis otorga, un papel central a los órganos jurisdiccionales competentes sobre el fondo en virtud del propio Reglamento. Pero a la vez, este reforzamiento de su papel protagonista permite alcanzar el grado máximo de confianza mutua patentizadas en la ausencia del más mínimo control en sede de ejecución sobre la resolución en materia de derechos de visita o restitución del menor⁹²¹. Hasta el punto de que Álvarez González califica este sistema de “principio reforzado de confianza comunitaria”⁹²².

La transformación producida implica un paso muy relevante en el proceso de armonización del DIPr en la Unión Europea. La eliminación del *exequátur* y la sublimación de la confianza mutua suponen un cambio sustancial con relación al estado de cosas tradicional. En su proyección práctica, además, el sistema de eficacia extraterritorial de resoluciones extranjeras en materia de responsabilidad parental contenido en el Reglamento Bruselas II bis ha otorgado una respuesta más adecuada a los problemas planteados por la movilidad de las familias transnacionales en el seno de la UE. El doble sistema de eficacia extraterritorial -sobre todo si nos focalizamos en el régimen privilegiado de ejecutividad directa- ha coadyuvado al mantenimiento de la continuidad de las relaciones jurídicas familiares y a la satisfacción del principio de protección del interés superior del menor.

Sin embargo, lo que puede ser visto como un doble éxito, desde una perspectiva del sistema europeo de DIPr y desde una visión de la validez *a priori* de las soluciones incorporadas, puede no serlo tanto cuando el cambio se proyecta en la realidad diaria, máxime si se introduce la variable del interés superior del menor. Lo coherente desde un

⁹²⁰ FONT i SEGURA, A.: “El progresivo avance...”, *cit.*, p. 296.

⁹²¹ CARO GÁNDARA, R.: “De la desconfianza recíproca al reconocimiento mutuo: una laboriosa transición (El Reglamento Bruselas II bis como banco de pruebas)”, *Diario La Ley*, n.º 8395, 2011, p. 5.

⁹²² ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “Desplazamiento de menores dentro de la UE. Supresión del *exequátur* y derechos del niño a ser oído”, *Diario La Ley*, n.º 7578, 2011, p. 4.

punto de vista sistémico y sistemático, es susceptible de generar tensiones y problemas en su proyección en la práctica. Justo lo que ha ocurrido.

1.3 La compleja práctica del modelo de doble régimen de eficacia extraterritorial en materia de responsabilidad parental diseñado en el Reglamento Bruselas II bis

En este sentido, las virtudes expuestas no han venido exentas de problemas en su puesta en práctica. Hasta el punto de que, en ciertas ocasiones concretas, el automatismo del modelo diseñado ha devenido en una excesiva rigidez en su proyección práctica, al no permitir tomar en consideración las complejidades y aristas de las situaciones que involucran al menor. Esta ausencia de ductilidad, lejos de convertirse en un mecanismo de protección del menor ha demostrado, en ocasiones, no protegerlo correcta ni suficientemente, salvaguardando su interés superior. La práctica del TJUE, objeto de valoraciones ambivalentes, constituye la mejor ratificación de esta afirmación.

La jurisprudencia del TJUE emanada en relación con el funcionamiento del modelo del Reglamento Bruselas II bis ha apostado por la fidelidad al sistema frente a la potencial valoración del caso concreto, consolidando con ello un alto grado de rigidez en el modelo, al quedar irremisiblemente vinculado el órgano judicial del Estado en que se pretende la ejecución de la decisión por lo señalado en el Estado de origen, sin posibilidad alguna de atemperar esta premisa tomando en cuenta las circunstancias concretas del caso planteado. Los eventuales beneficios de la inmediatez y automaticidad han chocado con la ausencia de maleabilidad suficiente para amoldar la situación a la realidad actual del menor buscando satisfacer el principio de protección de su interés superior en el caso concreto. Este equilibrio es inestable y aquí, una vez más, se hace plenamente patente.

Es fácilmente constatable la complejidad de la eliminación del *exequátur* en términos absolutos. Significativamente, además, junto a los problemas objetivos derivados del diseño del modelo, su práctica puede generar otro tipo de problemas y tensiones en su puesta en práctica en relación con materias concretas en las que coexisten con diverso grado de intensidad valores, principios y objetivos diversos y no siempre fácilmente acomodables entre sí. La materia de la sustracción internacional de menores constituye, sin lugar a duda, un ejemplo paradigmático de lo anterior.

En este sector temático, para aplicar el régimen privilegiado de ejecución, previamente se ha puesto en marcha un polémico y complejo procedimiento, el aludido mecanismo de prevalencia o de última palabra⁹²³. Esta combinación ha resultado ser particularmente problemática en la práctica generando, desde un inicio, serias dudas sobre la compatibilidad del sistema diseñado con el principio de la protección del interés superior del menor en el plano práctico, y, por ende, desde un punto más global, en torno a la compatibilidad del Reglamento Bruselas II bis con las obligaciones de cada Estado miembro derivadas del CEDH⁹²⁴.

Como decimos, la realidad y magnitud de este dilema se refleja en las diversas cuestiones prejudiciales planteadas ante al TJUE en relación con la eliminación del *exequátur* de la resolución de retorno del menor, emitida en virtud del artículo 11.8 del Reglamento Bruselas II bis, como consecuencia de la activación del mecanismo de prevalencia o de última palabra previsto en el artículo 42 del Reglamento Bruselas II bis. En concreto, los problemas se han centrado en la cuestión de la prevalencia de la decisión adoptada en el Estado miembro de origen y la incapacidad del Estado receptor de fiscalizar aquella de alguna manera. O de otra manera, en los problemas que la eficacia automática de una decisión dictada en un Estado miembro -acertada de partida, plenamente coherente con la estructura y filosofía del modelo y que, además, en términos de política legislativa supone un avance en el proceso de armonización del DIPr en la UE- puede generar en la práctica cuando su praxis entra en contacto con una situación referida a un menor, en la que se hacen presentes principios, como es el del interés superior del menor, dotados de sustantividad propia y práctica autónoma.

1.3.1 *La opción del TJUE en favor de la ortodoxia del modelo, y del consiguiente apoyo a la prevalencia del Estado miembro de origen*

El Tribunal de Justicia de la UE ha apostado desde un principio por mantener la ortodoxia sistémica frente a la exploración de posibles vías de adaptación del modelo a una práctica caracterizada por su enorme complejidad. En este sentido, la STJUE de 11 de julio

⁹²³ Sobre el mecanismo de prevalencia o de última palabra vid. *infra* Cap. Cuarto, ap. I.

⁹²⁴ CUNIBERTI, G.: “Abolition de l’exequatur et présomption de protection des droits fondamentaux”, *Revue Critique de Droit International Privé*, v. 103, n.º 2, avril -juin 2014, p. 304.

de 2008, en el asunto C-195/08 PPU, *Ignna Rinau*⁹²⁵ (en adelante asunto *Ignna Rinau*), relativo a un supuesto típico de sustracción internacional de menores⁹²⁶, constituye el primer asunto en el que el TJUE afronta la delicada cuestión de la eliminación del *exequátur* en términos absolutos. En este supuesto, una madre lituana sustrajo ilícitamente a su hija de Alemania, llevándosela con ella a Lituania. Los Tribunales lituanos en segunda instancia ordenaron la restitución de la menor. Sin embargo, la resolución fue constantemente paralizada y no se ejecutó. Paralelamente, los Tribunales alemanes otorgaron la custodia al padre y dictaron una resolución ordenando la restitución de la menor con el certificado del artículo 42 del Reglamento. Frente a esta orden, la madre sustractora intentó paralizar la ejecución en el Estado al que había trasladado ilícitamente a la menor.

Frente a las dudas interpretativas planteadas por el órgano jurisdiccional del Estado miembro de ejecución, el Tribunal de Luxemburgo confirma tajantemente la plena aplicación del mecanismo de prevalencia y de la fuerza ejecutiva directa de la resolución de retorno emitida de conformidad con el artículo 11.8 y 42 del Reglamento Bruselas II bis. Gráficamente, se opta por la coherencia del sistema frente a su ductilidad para responder adecuadamente a las cuestiones surgidas en la realidad práctica.

Para la plena aplicación de este régimen privilegiado, el Reglamento dota de autonomía procedimental a las resoluciones con fuerza ejecutiva directa, tal y como se deriva de los artículos 43 y 44 del Reglamento: “*aunque esté intrínsecamente vinculada a otras materias que se rigen por el Reglamento, en particular, el derecho de custodia, la fuerza ejecutiva de una resolución que ordena la restitución de un menor tras una resolución de no restitución goza de autonomía procedimental, con objeto de no retrasar la restitución de un menor que hubiera sido trasladado o retenido de forma ilícita en un Estado miembro distinto de aquél en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos*”⁹²⁷. De ambos preceptos se extrae que para cualquier eventual rectificación del certificado será aplicable el derecho del Estado miembro de origen, que no

⁹²⁵ ECLI:EU:C:2008:406.

⁹²⁶ En relación con esta decisión, entre otros, vid. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C.: “Las resoluciones de restitución de menores en la Unión Europea: el caso *Rinau*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 2, n.º 2, 2010, pp. 222-235; ESPINIELLA MENÉNDEZ, A.: “Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Tercera), de 11 de julio de 2008, asunto C-195/08 PPU, *I. Rinau*”, *Revista Española de Derecho Internacional*, v. LX, n.º 2, 2008, pp. 600-602; SABIDO RODRÍGUEZ, M.: “Restitución de un menor retenido ilícitamente en otro estado miembro”, *Diario La Ley*, n.º 7066, 2008, pp. 1519-1527.

⁹²⁷ Asunto *Ignna Rinau*, párr. 63.

cabrá recurso alguno contra la expedición del certificado y que el certificado solo surtirá efectos dentro de los límites del carácter ejecutivo de la sentencia⁹²⁸.

Sentada esta base, el Tribunal de Luxemburgo concluye que, una vez dictada y comunicada al órgano jurisdiccional de origen una resolución de no restitución, es irrelevante, a efectos de la expedición del artículo 42 del Reglamento que, posteriormente, dicha resolución – de no retorno- haya sido “*suspendida, reformada, anulada o, en cualquier caso, no haya devenido firme o haya sido sustituida por una resolución de restitución, en tanto que la restitución de la menor no se haya producido efectivamente*”⁹²⁹. En definitiva, determinada la autenticidad del certificado expedido conforme al formulario del Anexo IV del Reglamento, no se permite la oposición al reconocimiento de la resolución de restitución. Al órgano jurisdiccional requerido le incumbe exclusivamente “*constatar la fuerza ejecutiva*” de la resolución certificada y ordenar la restitución inmediata del menor⁹³⁰.

La cuestión prejudicial que da lugar a la STJUE de 11 de julio de 2008, en el asunto *Igna Rinau* fue la primera resuelta por el TJUE en relación con el mecanismo de retorno - tras un traslado o retención ilícito- diseñado en el Reglamento Bruselas II bis- y su particular sistema de reconocimiento y ejecución. El TJUE opta, claramente, por respaldar la integridad del modelo establecido en el Reglamento mediante una interpretación estricta y sistemática del texto⁹³¹. Su relevancia es enorme en cuanto la Sentencia constituye el punto de partida sobre el que van a anclarse los posteriores pronunciamientos del TJUE y que refieren en ocasiones a situaciones en las que se presentan circunstancias excepcionales que cuestionan la idoneidad de un sistema de eliminación del *exequátur* sin posibilidad de impugnación. Un interrogante que se manifiesta con especial impacto y claridad en aquellas ocasiones, como seguidamente veremos, en que se ha producido un cambio de circunstancias fácticas que inciden en la protección del interés superior del menor en el caso concreto.

⁹²⁸ *Ibíd.*, párr. 64.

⁹²⁹ *Ibíd.*, párr. 89.

⁹³⁰ A esta misma conclusión llega FORCADA MIRANDA, J.: “Custodia y traslado de menores: la otra cara de la sustracción de menores. Cuestión prejudicial y Bruselas II Bis”, *Abogacía-Tirant lo Blanch*, n.º 7, febrero 2011, p. 147.

⁹³¹ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “Desplazamiento de menores dentro de la UE...”, *cit.*, p. 2.

1.3.1.1 La inmutabilidad de la prevalencia de la resolución de retorno del artículo 11.8 del Reglamento ante un cambio de circunstancias que impacta en el interés superior del menor

La tensión entre el mantenimiento de la coherencia del sistema y su eventual adaptabilidad a situaciones en las que, por ejemplo, después de haberse dictado una resolución sobre un traslado o retención ilícita del menor se ha producido un cambio de circunstancias fácticas que afectan al interés superior del menor se manifiesta con especial nitidez en la conocida STJUE de 1 de julio de 2010, en el asunto C-211/10 PPU, *Povse*⁹³² (en adelante asunto *Povse*). Una decisión que recae sobre un supuesto de hecho que podemos calificar de prototípico.

La decisión descansa sobre unas circunstancias fácticas particularmente complejas que, sin embargo, pueden resultar comúnmente presentes en muchos asuntos de sustracción internacional de menores, caracterizadas, básicamente, por el cruce de procedimientos paralelos en el Estado miembro de origen y de ejecución, en este caso, una niña es sustraída ilícitamente por su madre de Italia a Austria. Mientras que los Tribunales austríacos deniegan la restitución del menor invocando un grave riesgo de daño psíquico para la menor en base al artículo 13 b) del Convenio de La Haya de 1980, los Tribunales italianos, aunque de forma provisional permiten la estancia de la menor en Austria, terminan otorgándole la custodia al padre y emitiendo una resolución de retorno de conformidad con el artículo 11.8 del Reglamento Bruselas II bis, certificada en base a su artículo 42. Además, el Tribunal italiano encarga a los servicios sociales que en el caso de que la madre vuelva con la menor se les busque alojamiento y se establezca un plan de contactos con el padre⁹³³.

El dato esencial del supuesto de hecho planteado es que el órgano jurisdiccional del Estado miembro de ejecución considera que, desde la emisión de la resolución de retorno directamente ejecutiva de conformidad con el artículo 11.8 y 42 del Reglamento Bruselas II bis, se ha producido un cambio excepcional de las circunstancias, que no se especifican en la sentencia del TJUE. Este cambio excepcional conduciría a que la ejecución automática de la

⁹³² ECLI:EU:C:2010:400. Sobre esta Sentencia vid., por todos, MAGALLÓN ELÓSEGUI, N.: “STJ (Sala 3.a) de 1 de julio de 2010. As. c-211/10. D. *Povse c. M. Alpago*”, *Revista Española de Derecho Internacional*, v. LXII, n.º 2, 2010, pp. 235-238.

⁹³³ Asunto *Povse*, párr. 21 y ss.

resolución de retorno dictada en origen, sin tomarlo en cuenta, pudiera conllevar un grave atentado en contra del interés del menor afectado en el caso concreto.

La decisión del Tribunal descansa sobre varias premisas. Dos de ellas son especialmente relevantes: una primera idea decisiva es la reiteración de la prevalencia de la resolución dictada por el Estado miembro de origen frente a cualquier otra resolución dictada en ejecución. La segunda referiría a la inamovilidad del modelo y su impermeabilidad al cambio en las circunstancias que motivaron la decisión dictada en el Estado de origen de la resolución.

Centrándonos en la primera, el Tribunal apuesta de nuevo por defender la ortodoxia e integridad del sistema frente a cualquier interpretación flexibilizadora de éste que, eso sí, debería realizarse sin aparente fundamento legal. Siguiendo la línea jurisprudencial establecida en el ya abordado asunto *Igna Rinau*⁹³⁴, el TJUE interpreta el artículo 47.2 del Reglamento Bruselas II bis entendiéndolo que una resolución dictada posteriormente por un órgano jurisdiccional del Estado miembro de ejecución que atribuye un derecho de custodia provisional pero ejecutivo, no puede oponerse a una resolución certificada que ordena la restitución del menor, dictada anteriormente por el órgano jurisdiccional competente del Estado miembro de origen. En este sentido, el Tribunal de Luxemburgo reitera que un certificado expedido conforme al artículo 42 otorga una fuerza ejecutiva específica y no es susceptible de recurso alguno. El órgano jurisdiccional del Estado miembro requerido debe limitarse a constatar la fuerza ejecutiva de la resolución, siendo solo posible su revisión mediante un procedimiento de rectificación o dudas en cuanto a su autenticidad, y aplicando el Derecho del Estado miembro de origen, de otra forma se vería afectada la integridad del modelo diseñado en el Reglamento.

En consonancia con ello, el Tribunal es nítido al señalar que, el carácter incompatible, en el sentido del artículo 47, apartado 2, párrafo segundo, del Reglamento, de una resolución certificada con una resolución ejecutiva posterior, añade el Alto Tribunal “*sólo puede comprobarse en relación con las eventuales resoluciones dictadas posteriormente por los órganos jurisdiccionales competentes del Estado miembro de origen*”⁹³⁵. Ciertamente, añade, tal condición incompatible no solo se pondría de manifiesto

⁹³⁴ *Ibid.*, párr. 73 a 75.

⁹³⁵ *Ibid.*, párr. 76.

en el caso de que la resolución fuera anulada o reformada a consecuencia de un procedimiento judicial en el Estado miembro de origen sino que, también “*el órgano jurisdiccional competente puede, de oficio o, en su caso, a petición de los servicios sociales, reconsiderar su propia posición, cuando lo exija el interés del menor, y dictar una nueva resolución ejecutiva, sin revocar expresamente la primera, que de este modo perdería su vigencia*”⁹³⁶.

Sin embargo, a partir de lo anterior, “*considerar que una resolución dictada posteriormente por un órgano jurisdiccional del Estado miembro de ejecución pueda oponerse a la ejecución de una resolución anterior certificada en el Estado miembro de origen que ordena la restitución del menor supondría soslayar el mecanismo establecido por la sección 4 del Capítulo III del Reglamento. Tal excepción a la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de origen privaría de efecto útil al artículo 11, apartado 8, del Reglamento, que concede en último término al Juez competente el derecho a decidir y, en virtud del artículo 60 del Reglamento, prima frente al Convenio de la Haya de 1980, y reconocería la competencia, en cuanto al fondo, de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de ejecución*”⁹³⁷.

La realidad práctica es extraordinariamente rica y ello implica que presente situaciones en las que las circunstancias fácticas sobre las que se articuló una decisión en el país de origen cambien, afectando al menor y a su interés superior, y generando directamente la cuestión del eventual impacto de este hecho en el funcionamiento del sistema de reconocimiento y ejecución automático diseñado en el Bruselas II bis y su potencial modulación. Esto es precisamente lo que se suscita en la quinta cuestión prejudicial planteada al TJUE por el *Oberster Gerichtshof* (Austria).

Como cuestión central del asunto, la referida quinta cuestión prejudicial suscitada ante el Tribunal de Justicia y que resuelve la sentencia plantea si “*¿Puede denegarse en el Estado de acogida la ejecución de una resolución para la que el órgano jurisdiccional de origen ha emitido el certificado previsto en el artículo 42, apartado 2, del Reglamento [...] si, desde su adopción, las circunstancias han cambiado de tal manera que la ejecución en ese momento pondría en grave peligro el interés superior del menor?*” o, si, por el contrario,

⁹³⁶ *Ibid.*, párr. 77.

⁹³⁷ *Ibid.*, párr. 78.

“¿...la parte que se opone tiene que alegar dichas circunstancias en el Estado de origen, pudiéndose suspender la ejecución en el Estado de acogida hasta que recaiga resolución en el Estado de origen?”⁹³⁸. En definitiva, por primera vez, ante el TJUE, se presenta un elemento de fondo como causa de denegación de la ejecución de la resolución de retorno ejecutiva sin *exequátur*.

El TJUE, al responder a las cuestiones planteadas, decide ser coherente con la interpretación dada en el asunto *Igna Rinau*. Reiterando la solución allí adoptada afirma que ni siquiera una modificación significativa de las circunstancias que potencialmente pueda incidir en el interés superior del menor, es susceptible de alterar la ejecución de una resolución que ordena el retorno del menor que haya sido certificada conforme al artículo 42 –. Dicha alteración se entiende que constituye una cuestión de fondo que, en su caso, podría constituir una modificación sobre la restitución del menor, que, en virtud del reparto competencial diseñado en el Reglamento Bruselas II bis, corresponde decidir exclusivamente al órgano jurisdiccional competente del Estado miembro de origen. El Tribunal es claro: “una modificación significativa de las circunstancias en relación con el interés superior del menor constituye una cuestión de fondo, que, en su caso, puede conducir a la modificación de la resolución del órgano jurisdiccional competente sobre la restitución del menor. Ahora bien, conforme al reparto de competencias reiteradamente mencionado en la presente sentencia, dicha cuestión corresponde al órgano jurisdiccional competente del Estado miembro de origen. Por lo demás, este órgano jurisdiccional, según el sistema establecido por el Reglamento, es también competente para apreciar el interés superior del menor y una eventual demanda de suspensión de la ejecución de su resolución deberá presentarse ante ese mismo órgano jurisdiccional”⁹³⁹.

Esta conclusión, añade el Tribunal de Justicia, no queda desvirtuada por la referencia del artículo 47, apartado 2, párrafo primero, del Reglamento Bruselas II bis a la ejecución de una resolución dictada en otro Estado miembro “en las «mismas condiciones» que se aplicarían a una resolución dictada en el Estado miembro de ejecución. Esta exigencia debe interpretarse de manera estricta. Sólo puede referirse a las modalidades procedimentales según las cuales debe desarrollarse la restitución del menor, pero no puede

⁹³⁸ *Ibid.*, párr.34.

⁹³⁹ *Ibid.*, párr. 81.

*en ningún caso proporcionar un motivo de fondo para oponerse a la resolución del órgano jurisdiccional competente*⁹⁴⁰.

La decisión en el asunto *Igna Rinau* constituye un precedente en el que el TJUE se apoya constantemente para afirmar en éste y otros supuestos posteriores, la interpretación estricta y sistemática de los preceptos del Reglamento Bruselas II bis⁹⁴¹, y el mantenimiento de su coherencia sistémica, frente a la exploración de una eventual adaptación de sus soluciones a la enorme pluralidad de potenciales circunstancias que acompañen a los posibles supuestos planteados en la práctica en los que aparece involucrado un menor, como forma de coadyuvar a la priorización de la protección del interés superior del menor.

1.3.1.2 Un paso más en la salvaguarda del sistema frente a la búsqueda de soluciones dúctiles: la prevalencia de la resolución de retorno del artículo 11.8 del Reglamento frente a una presunta vulneración del derecho fundamental del menor a ser oído

La posición mantenida por el Tribunal de Justicia de la Unión en favor de mantener la ortodoxia del sistema diseñado en el Reglamento Bruselas II bis frente a la exploración de vías de flexibilización que se adapten a las circunstancias concretas de un caso, buscando con ello el logro del objeto de la preservación del interés superior del menor, encuentra un eslabón adicional de consolidación en la conocida STJUE de 22 de diciembre de 2010, en el asunto C-491/10 PPU, *Aguirre Zárraga*⁹⁴² (en adelante asunto *Aguirre Zárraga*). La decisión impacta de lleno en el debate entre el mantenimiento de la eliminación del *exequátur* y la necesidad de proteger los derechos fundamentales en el caso concreto, ante supuestos calificables de excepcionales. En la decisión, en definitiva, además de la cuestión –absolutamente relevante– de la presunta vulneración del derecho del menor a ser oído,

⁹⁴⁰ *Ibíd.*, párr. 82.

⁹⁴¹ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “Desplazamiento de menores dentro de la UE...”, *cit.*, p. 2.

⁹⁴² ECLI:EU:C:2010:828. En relación con la decisión, y entre otras muchas, vid. HERRANZ BALLESTEROS, M.: “El control del Juez de origen de las decisiones dictadas en aplicación del artículo 42 del Reglamento (CE) n. 2201/2003: el asunto Aguirre Pelz”, *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 24, 2011, pp. 1-39; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “STJ (Sala 1.a) de 22 de diciembre de 2010. Asunto C-491/10 Ppu, *Aguirre Zárraga y Simone Pelz*”, *Revista Española de Derecho Internacional*, v. LXII, n.º 2, 2010, pp. 247-251; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “Desplazamiento de menores dentro de la UE...”, *cit.*, pp. 1-11.

subyace latente un desafío al carácter absoluto de la supresión del *exequátur* en una materia como la sustracción internacional de menores dentro de la UE⁹⁴³.

Los antecedentes fácticos de la decisión son relevantes para comprender la problemática del asunto. Se trata de un supuesto típico de sustracción internacional de menores en el que una madre retiene ilícitamente a una menor en Alemania. La residencia habitual de la menor estaba en España y, además, la custodia provisional había sido otorgada al padre por un Juez español. En el procedimiento de custodia, el Juez español considera necesario una nueva audiencia a la menor y solicita a ésta, y a la madre, que comparezcan en España. Sin embargo, ante la denegación de la solicitud de la madre de poder salir con posterioridad libremente del territorio español, no acude ninguna de ellas. Por su parte, el Juez español también deniega la solicitud de audiencia por videoconferencia.

Paralelamente, se inicia en Alemania un procedimiento solicitando la restitución de la menor, que finaliza con la emisión de una resolución de no retorno en virtud del artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980, basándose, precisamente, en la audiencia de la menor y su oposición tenaz a regresar a España. Contrariamente a esta decisión, el Juez español emite una resolución, certificada conforme al artículo 42 del Reglamento Bruselas II bis, ordenando el retorno de la menor en virtud del artículo 11.8 del citado texto⁹⁴⁴.

El eje del asunto estriba en que el Juez español que dictó la resolución de retorno de la menor en base al artículo 11.8 del Reglamento no solo no escuchó a la menor como prevé el artículo 11.2 del mismo, sino que, además, indicó en el certificado del artículo 42 del texto reglamentario que sí lo había hecho. Frente a esta situación, el Juez alemán solicita la posibilidad de admitir una facultad de control extraordinaria en el Estado miembro de

⁹⁴³ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “Desplazamiento de menores dentro de la UE...”, *cit.*, p. 3.

⁹⁴⁴ Asunto *Aguirre Zárraga*, párr. 16 a 36.

ejecución, amparándose en la vulneración grave de un derecho fundamental⁹⁴⁵. Y ello, a pesar de tal excepción no esté prevista legalmente⁹⁴⁶.

El TJUE rechaza tal alternativa reproduciendo los argumentos de su jurisprudencia anterior: la preservación del sistema prevalece sobre el análisis del caso concreto que, al dar lugar a posibles excepciones, alteraría y, en su caso, desvirtuaría a aquel. En suma, el artículo 42.2 del Reglamento Bruselas II bis no faculta al Juez requerido para llevar a cabo un control sobre las condiciones de emisión del certificado, ya que tal facultad supondría un riesgo para la eficacia del sistema diseñado. En consecuencia con ello, el Alto Tribunal reitera que, *“cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro expide el certificado a que se refiere el artículo 42, el órgano jurisdiccional del Estado miembro de ejecución está obligado a ejecutar la resolución certificada, sin poder oponerse al reconocimiento ni a la fuerza ejecutiva de ésta”*⁹⁴⁷.

A esta conclusión llega, fundamentalmente, a partir de dos claras premisas de naturaleza diversa:

1) En primer lugar, el Tribunal de Luxemburgo afirma que el sistema de reparto de competencias del Reglamento Bruselas II bis y el principio de confianza mutua descansan sobre la presunción de que los órganos jurisdiccionales de todos los Estados miembros respetan las obligaciones impuestas por el Reglamento de conformidad con la CDFUE. Esto es, el TJUE asume que el claro reparto de competencias entre los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de origen y del Estado miembro de ejecución establecido por las disposiciones del Capítulo III, sección 4, del Reglamento Bruselas II bis *“descansa sobre la premisa de que dichos órganos jurisdiccionales respetan, en el ámbito de sus respectivas competencias, las obligaciones que el Reglamento les impone de conformidad con la Carta*

⁹⁴⁵ Ante esta situación, el órgano jurisdiccional alemán plantea dos cuestiones prejudiciales ante el TJUE en los siguientes términos:

“1) ¿Tiene el órgano jurisdiccional del Estado miembro de ejecución excepcionalmente una facultad de control propia, en virtud de una interpretación del artículo 42 del Reglamento [nº 2201/2003] conforme con la Carta de los Derechos Fundamentales, en caso de graves vulneraciones de derechos fundamentales en la resolución que ha de ejecutarse?”

2) ¿Está obligado el órgano jurisdiccional del Estado miembro de ejecución a proceder a la ejecución, a pesar de que el órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen haya expedido un certificado, con arreglo al artículo 42 del Reglamento [nº 2201/2003], que, según se desprende de los autos, es manifiestamente inexacto?”. Asunto Aguirre Zárraga, párr. 37.

⁹⁴⁶ Vid. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “Desplazamiento de menores dentro de la UE...”, *cit.*, p.4.

⁹⁴⁷ Asunto Aguirre Zárraga, párr. 56 (nótese igualmente los párrs. 48 a 57 de la Sentencia).

de los Derechos Fundamentales”⁹⁴⁸. Lo que implica aceptar, de partida, que en los respectivos sistemas judiciales de cada Estado miembro se va a proteger de forma equivalente y efectiva los derechos fundamentales⁹⁴⁹.

2) Junto a ello, el Alto Tribunal considera que el Reglamento de Bruselas II bis reconoce los derechos fundamentales y observa los principios consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales, garantizando, en particular, el respeto de los derechos fundamentales del menor enunciados en el artículo 24 de ésta⁹⁵⁰.

A partir de este dato, es cierto que el Reglamento -específicamente su Considerando 19- acepta la idea de la audiencia del menor desempeña un papel importante en la aplicación del Reglamento, pero, apunta el TJUE, tanto el artículo 24 CDFUE como el 42.2) a) del Reglamento “no se refieren a la audiencia del menor en cuanto tal, sino a que el menor tenga la posibilidad de ser oído”⁹⁵¹. Concluyendo que el mencionado derecho del menor a ser oído “no requiere que se lleve a cabo necesariamente una audiencia ante el Juez del Estado miembro de origen, sino que exige poner a disposición de ese menor los procedimientos y condiciones legales que le permitan expresar libremente su opinión y que ésta sea considerada por el Juez”⁹⁵².

A partir de estas premisas, el TJUE opta por mantenerse coherente con su doctrina general y afirma que la competencia para examinar la legalidad de dicha resolución a la luz de las exigencias impuestas, en particular, por el artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales y el artículo 42 del Reglamento Bruselas II bis corresponde exclusivamente a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de origen. Y, ello conlleva la doble consecuencia de que corresponde a los órganos jurisdiccionales españoles valorar si se el “certificado expedido en virtud del artículo 42 del Reglamento nº 2201/2003 adolece de una vulneración del derecho del menor a ser oído”⁹⁵³. Y que, correlativamente, el Juez alemán no podrá oponerse al reconocimiento y a la ejecución de una resolución de retorno de un menor basándose en que ha vulnerado el artículo 24 de la CDFUE, puesto que la

⁹⁴⁸ *Ibid.*, párr. 59.

⁹⁴⁹ *Ibid.*, párrs. 58 a 60. Concretamente, recuerda que las disposiciones del art. 42 deben ser interpretadas de conformidad con el derecho del niño a ser oído del art. 24 de la CDFUE, citando el asunto *McB*.

⁹⁵⁰ Considerando 33 Reglamento Bruselas II bis.

⁹⁵¹ Asunto *Aguirre Zárraga*, párr. 62.

⁹⁵² *Ibid.*, párr. 65.

⁹⁵³ *Ibid.*, párr. 73, nótese igualmente el párr. 69.

competencia para la apreciación de tal vulneración corresponde exclusivamente al Juez de origen⁹⁵⁴: “*habida cuenta del certificado expedido por dicho Juez del Estado miembro de origen*”⁹⁵⁵.

De esta manera, al concluir que el órgano jurisdiccional competente del Estado miembro de ejecución no puede oponerse a la ejecución de una resolución de retorno de un menor – certificada conforme al artículo 42, el TJUE, de nuevo, opta por resolver la cuestión prejudicial planteada desde una posición favorable a la prevalencia del sistema frente al mayor o menor grado de justicia de la respuesta aportada. Se decanta por una interpretación formalista en la que, tal y como expone Álvarez González, el razonamiento no descansa en un discurso de derechos fundamentales o en un análisis de los posibles derechos fundamentales presuntamente vulnerados sino sobre la preservación de la coherencia, en abstracto, del sistema del Reglamento Bruselas II bis⁹⁵⁶.

Es evidente que el Tribunal de Luxemburgo no entra a analizar si se ha respetado el derecho del menor a ser oído -si se ha “*ofrecido al menor una posibilidad real y efectiva de expresarse*”, tal como reconoce el propio Tribunal en su decisión⁹⁵⁷-, sino que se limita a indicar que estamos ante una competencia que, de acuerdo con el Reglamento Bruselas II bis, corresponde al órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen⁹⁵⁸. El resultado final es que al centrarse en la defensa del sistema frente a la justicia de la solución a través de la focalización en la dimensión de a quién corresponda la competencia en virtud del principio

⁹⁵⁴ *Ibíd.*, párrs. 69 a 75.

⁹⁵⁵ *Ibíd.*, párr. 74.

⁹⁵⁶ Así lo señala también Álvarez González: “En efecto, encontrándose los derechos del menor en liza, y poseyendo estos la fuerza argumental que poseen, el Tribunal de Justicia podría haber hecho una interpretación *en interés del menor*, más garantista (la menor ya tenía diez años y en los términos expresados en la sentencia había manifestado su firme deseo de no regresar a España) exigiendo la constancia de su opinión *efectivamente* emitida. Sin embargo, su razonamiento fue más formal y pegado al sistema del Reglamento (...) concediendo un peso argumental primordial al sistema instaurado por el Reglamento y un, a mi juicio, correcto pero secundario papel a los derechos fundamentales presuntamente vulnerados (lo que considero significativo); incidiendo en mayor medida en la dimensión de *a quién corresponde su control*, como una manifestación del principio de mutua confianza comunitaria”. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “Desplazamiento de menores dentro de la UE...”, *cit.*, p. 4.

⁹⁵⁷ Asunto *Aguirre Zárraga*, párr. 66.

⁹⁵⁸ Tal como recuerda el párr. 68 de la Sentencia, “*el Juez del Estado miembro de origen solo puede emitir un certificado conforme a las exigencias del artículo 42 del Reglamento n° 2201/2003 tras haber comprobado que, en función del interés superior del menor y habida cuenta de todas las circunstancias del caso de que se trate, la resolución a que se refiere ese certificado se ha adoptado respetando el derecho del menor a expresarse libremente y que se ha ofrecido a éste una posibilidad real y efectiva de expresarse, habida cuenta de los medios procesales nacionales y de los instrumentos de la cooperación judicial internacional*”. En relación con este punto, vid HERRANZ BALLESTEROS, M.: “El control del Juez de origen ...”, *cit.*, p. 19.

de confianza entre las administraciones de justicia de los Estados miembros está, *de facto*, dejando TJUE, a la cuestión de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados en un segundo plano⁹⁵⁹.

Esta interpretación provoca una cierta desazón al articularse sobre una rígida dicotomía entre preservación del sistema y salvaguarda del principio del interés superior del menor en concreto. Una tensión latente en todas las decisiones en la materia que hemos abordado hasta el momento y que suscita la cuestión de la viabilidad de una solución intermedia que combine, de una manera aceptable, ambas facetas, evitando soluciones drásticas –en blanco y negro- que acaben desvirtuando la filosofía sobre la que se articularon en su día las decisiones del Reglamento Bruselas II bis. En este sentido, no deja de resultar contradictorio, que la eliminación del *exequátur* del artículo 11.8 del Reglamento se justifique, precisamente, en la identificación del interés superior del menor con su retorno inmediato tras un traslado ilícito, y que, sin embargo, la defensa de la aplicación en todos los casos –ciega y sin red- de este mecanismo puede acabar yendo en contra del interés superior de un menor en un caso concreto⁹⁶⁰.

Algunos autores hablan de una confianza mutua “en sentido único”, ya que “beneficia” tan solo al Juez de origen, mientras que el Estado miembro requerido debe proceder a una ejecución “ciega”, sin ningún tipo de red o vía de escape o flexibilización del sistema, pese a entender que se está vulnerando un derecho fundamental conforme a su sistema jurídico⁹⁶¹. En contraste, y reflejando una versión más optimista, otros autores afirman que dicha interpretación también presupone una diligencia y un alto grado de responsabilidad de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de origen, pues sin dicho compromiso no se conseguirá el tan ansiado clima de confianza⁹⁶². Lo que, añadiríamos nosotros, no implica primar la protección del principio de protección del interés superior del menor.

⁹⁵⁹ Vid. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “Desplazamiento de menores dentro de la UE...”, *cit.*, p. 4.

⁹⁶⁰ En este sentido, vid. ESPINOSA CALABUIG, R.: “Traslado o retención ilícitos de menores tras la reforma...”, *cit.*, p. 352.

⁹⁶¹ Al respecto, nótese LÓPEZ DE TEJADA RUIZ, M.: “La supresión del *exequátur* en el espacio judicial europeo”, *Diario La Ley*, n.º 776, 2011, p. 6.

⁹⁶² Vid. CARO GÁNDARA, R.: “Desconfianza comunitaria a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el Reglamento Bruselas II bis: algunas claves para el debate”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. X., 2010, pp. 418 y ss.

En última instancia, el soslayo de la interpretación del derecho del menor a ser oído que subyace en esta decisión y, con ello, de la focalización en la dimensión de los derechos fundamentales que hubiera podido articular una postura alternativa más garantista y basada en el interés superior del menor en favor del mantenimiento rígido por el TJUE de una interpretación formal y fiel al sistema previsto en el Reglamento, pone a prueba, con carácter general, a la propia política de supresión de *exequátur* en el espacio judicial europeo⁹⁶³. Y ello porque el Tribunal lleva el principio de reconocimiento mutuo hasta sus últimas consecuencias, de forma que ni siquiera la posible vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en la CDFUE debe ceder ante este principio. Como decimos, el TJUE mantiene firme su posición respecto a la primacía del mecanismo de la ejecución automática de una resolución que ordena el retorno del menor –basada en el artículo 11.8 y certificada conforme al artículo 42 del Reglamento–, con el fundamento del principio de confianza mutua y la igual protección de los derechos fundamentales por parte de todos los Estados miembros, frente a cualquier otra consideración.

Significativamente, el riesgo de disociar el modelo de la realidad sobre la que éste se asienta se puso de manifiesto en este caso. A pesar del pronunciamiento del TJUE, finalmente la resolución del artículo 11.8 del Reglamento, certificada de conformidad con el artículo 42 del mismo, emitida por el órgano jurisdiccional español, no llegó a ejecutarse materialmente en Alemania. De alguna manera, este desenlace constituye un signo evidente de las deficiencias del mecanismo de prevalencia del Reglamento Bruselas II bis⁹⁶⁴.

1.3.1.3 Una práctica compleja que ve agudizada su dificultad por la interacción de la jurisprudencia del TEDH en materia de sustracción de menores

Las normas sobre circulación de las resoluciones en la materia de la sustracción internacional de menores contenidas en el Reglamento Bruselas II bis están diseñadas sobre la base del principio de reconocimiento mutuo y del reparto de competencias entre el Juez del Estado miembro origen y el Juez del Estado miembro requerido. El sistema, que se difumina un tanto en el Reglamento Bruselas II ter, se enmarca en el objetivo del legislador de la UE de eliminar las barreras en la libre circulación de resoluciones judiciales de los

⁹⁶³ Vid. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “Desplazamiento de menores dentro de la UE...”, *cit.*, p. 4.

⁹⁶⁴ FORCADA MIRANDA, J.: *Comentarios ...*, *cit.*, p. 191.

Estados miembros en materia civil y mercantil, como un elemento fundamental del espacio de libertad, seguridad y justicia.

De un sistema de reconocimiento de decisiones basado en la confianza mutua se evoluciona a un sistema de reconocimiento –y ejecución- mutuo y automático mediante una decisión certificada por el Juez de origen y sin ningún control posible por parte del Estado de ejecución⁹⁶⁵. Como ya avanzamos, desde una perspectiva de integración jurídica europea la articulación de este modelo no puede sino verse en términos de éxito. Sin embargo, desde una perspectiva micro de aproximación a la práctica, ese éxito puede venir sujeto a matizaciones y crítica. Mediante los asuntos estudiados hemos observado que dicho modelo está en transición, hasta tal punto que la eliminación del *exequátur* para las órdenes de retorno puede calificarse hasta cierto punto como una prueba piloto. Su matización en el Reglamento Bruselas III ter constataría este dato.

Cierta doctrina advierte, así, de los peligros de la eliminación del *exequátur* sin control alguno del órgano jurisdiccional del Estado miembro requerido. Entre otras valoraciones, algunos autores entienden que el principio de reconocimiento mutuo no puede desarrollarse correctamente en el seno de la UE sin una correlativa responsabilidad del Juez de origen y sin una fluida cooperación entre las autoridades⁹⁶⁶. Otros autores, por su parte, califican la eliminación del *exequátur* sin ningún tipo de control, siquiera el orden público, de prematura e incluso de peligrosa⁹⁶⁷. Dicho peligro derivaría, fundamentalmente, de las divergencias aún existentes en las normas procesales y sustantivas de los distintos sistemas jurídicos de los Estados miembros de la UE, que no garantizarían de igual modo el respeto de los derechos fundamentales, y en particular, del derecho a la tutela judicial efectiva⁹⁶⁸. La tensión entre un sistema que actúe de forma uniforme y armónica y su capacidad real de aportar respuestas adecuadas a los problemas planteados en la práctica sigue, pues, latente.

A pesar de estas contradicciones, como hemos visto, el TJUE, en su práctica, ha respaldado la aplicación del artículo 11.8 –y 42- del Reglamento Bruselas II bis, sin excepciones. Esta rigidez ha planteado un conflicto interpretativo en torno a la protección

⁹⁶⁵ GUZMÁN ZAPATER, M.: “Cooperación civil ...”, *cit.*, p. 4.

⁹⁶⁶ Vid. CARO GÁNDARA, R.: “Desconfianza comunitaria a la luz de la jurisprudencia...”, *cit.*, pp. 418 y 419.

⁹⁶⁷ LÓPEZ DE TEJADA RUIZ, M.: “La supresión del *exequátur* en el espacio...”, *cit.*, p. 5.

⁹⁶⁸ *Ibidem*.

de los derechos fundamentales y del interés superior del menor, así como respecto del entendimiento de éste⁹⁶⁹. En esta reflexión ha contribuido significativamente la jurisprudencia del TEDH, no siempre coincidente en sus planteamientos, filosofía y soluciones a la del TJUE, ya que a través de ella ha florecido el debate en torno a si, en los supuestos de sustracción internacional de menores, no sería necesario involucrarse en un mayor análisis del fondo de la cuestión debatida en la resolución que se pretende ejecutar, sopesando cual es el interés superior del menor en cada caso, más allá de la aceptación plana de una simple restitución automática⁹⁷⁰.

1.3.2 El “diálogo” jurisprudencial entre el TJUE y el TEDH: ¿de verdad hacia un punto de encuentro?

La eliminación del *exequátur* en términos absolutos ligada, además, al mecanismo de prevalencia o de última palabra no solo ha generado dudas en el terreno del Derecho de la UE, cuestionando su validez como opción legislativa y su viabilidad en la práctica. Más allá de esto, la doctrina, en un inicio, se cuestionó acerca de una posible incompatibilidad del régimen privilegiado de ejecución con las obligaciones derivadas del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), y correlativamente, una contradicción con la amplia jurisprudencia del TEDH en materia de secuestro de menores⁹⁷¹.

El TEDH ha conocido de distintos asuntos en materia de sustracción internacional de menores en los que se alegaba una presunta violación del derecho a la vida privada y familiar del artículo 8 del CEDH. Supuestos en los que era de aplicación el Convenio de La Haya de 1980, y también, en los asuntos de interés en este punto, el Reglamento Bruselas II bis. Resulta necesario recordar, en este sentido, que todos los Estados miembros de la UE han ratificado la CEDH, y que el TEDH conoce de demandas individuales para controlar *ex*

⁹⁶⁹ Vid. ESPINOSA CALABUIG, R.: “Traslado o retención ilícitos de menores tras la reforma...”, *cit.*, pp. 352 y 353. “A pesar de las contradicciones que provoca el art. 11.8 del Reglamento núm. 2201/2003 este ha recibido el respaldo del TJUE sin siquiera dar opción a excepciones, lo que ha provocado un claro conflicto interpretativo en torno a la protección de los derechos fundamentales y la misma concepción del interés del menor en este tipo de casos, como se demostró en los mencionados asuntos *Aguirre Zárraga* y *Sofa Povse...*”.

⁹⁷⁰ Vid. FORCADA MIRANDA, 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)”, *Bitácora Millennium DIPr.*, n.º 3, 2016. Versión *on line* disponible en www.millenniumdipr.com, último acceso el 12.1.2019, p. 32.

⁹⁷¹ CUNIBERTI, G.: “Abolition de l’exequatur et présomption...”, *cit.*, p. 304 ;

post la presunta vulneración de un derecho contenido en el citado Convenio⁹⁷². En este sentido, el Tribunal de Estrasburgo no entra a pronunciarse directamente sobre el Derecho de la UE, sino respecto a si la ejecución de los Estados miembros de este último supone una violación de un derecho contenido en el CEDH⁹⁷³.

En este contexto, la sustracción internacional de menores incide directamente en el contenido del derecho a la vida privada y familiar recogido en el artículo 8 del CEDH. Y, consecuentemente, el TEDH es garante de proteger este derecho fundamental tanto en supuestos en los que es de aplicación el Convenio de La Haya de 1980 como el Reglamento Bruselas II bis, y particularmente, de funcionamiento del mecanismo de prevalencia y la posterior ejecución directa, y sin posibilidad de control alguno, de la resolución de retorno del artículo 11.8 y 42 del Reglamento. Es, precisamente, en este punto, en el que la eliminación del *exequátur* en términos absolutos podría ser considerada contraria a las obligaciones derivadas del artículo 8 del CEDH, por conducir en ocasiones a una aparente desprotección de los derechos fundamentales del menor.

La posición del TEDH muestra una evolución y ha ido fluctuando de una mayor radicalidad hacia una cierta posición de compromiso con los postulados mantenidos por el TJUE. El debate se inicia a raíz de ciertos pronunciamientos del TEDH en los que era de aplicación el Convenio de La Haya de 1980⁹⁷⁴. En ellos, el Tribunal de Estrasburgo aboga por una consideración del interés superior del menor en el caso concreto, por encima de un retorno automático del menor⁹⁷⁵. Esta opción prioritaria por el análisis del fondo del asunto parecía no ser compatible con la filosofía subyacente en las decisiones del TJUE que hemos analizado – *Igná Rináu, Povse y Aguirre Zárraga*--, en las que se afirma, tajantemente, que el órgano jurisdiccional de Estado miembro de ejecución debe limitarse a constatar la fuerza ejecutiva de una resolución dictada en otro Estado miembro que ha sido certificada por el órgano jurisdiccional de origen, de acuerdo con el artículo 42 del Reglamento, sin entrar en el fondo del asunto, pues el control del contenido de la resolución es competencia exclusiva

⁹⁷² PORCHERON, D.: “La jurisprudence des deux Cours européennes (CEDH et CJUE) sur le déplacement illicite d’enfant : vers une relation de complémentarité?”, *Journal du Droit International Lexinexis*, t. 142, Julliet- Août-Septembre 2015, p. 826.

⁹⁷³ HERRANZ BALLESTEROS, M.: “Los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo ante la protección de los derechos fundamentales en supuestos de sustracción internacional de menores”, *Revista de Derecho Europeo*, n.º 44, 2012, p. 52.

⁹⁷⁴ Vid. *infra*, ap. siguiente.

⁹⁷⁵ Vid. FORCADA MIRANDA, J.: “El nuevo proceso español de restitución...”, *cit.*, p. 32.

del Juez de origen. Sin embargo, con el paso del tiempo, el TEDH, en una fase posterior, irá suavizando su posición y, de hecho, llegó a pronunciarse, a su vez, sobre supuestos en los que era de aplicación el Reglamento Bruselas II bis apostando por una postura de compromiso⁹⁷⁶.

En concreto, y en relación con la temática de la circulación de resoluciones en materia de sustracción de menores en la UE -recordemos, cuyos Estados miembros son todos parte en el CEDH- la diferencia en la aproximación mantenida por el TJUE y TEDH se focaliza, principalmente, en relación al papel del Juez de origen de la resolución y del Juez requerido para su ejecución en otro Estado de la Unión. Las claves sobre las que descansa la aproximación a esta cuestión por parte de uno y otro Tribunal difieren severamente: la apuesta por la coherencia del sistema que acompaña a la práctica del TJUE en la materia contrasta con el discurso claramente de derechos fundamentales que caracteriza a la jurisprudencia del TEDH.

Como hemos ya señalado, en el Derecho de la UE, esto es, en el Reglamento Bruselas II bis, el Juez de origen posee la competencia exclusiva para resolver en torno al fondo de la controversia en virtud del principio fundacional de la confianza mutua. Sin embargo, en el sistema del CEDH, cualquier Estado contratante puede resultar responsable por vulnerar las obligaciones derivadas del CEDH. Lo que, en consecuencia, se traduce en que tanto Estado miembro de origen como Estado miembro requerido deben asegurar el cumplimiento de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en el CEDH⁹⁷⁷. De esta manera, es destacable como dos niveles normativos independientes y que, en la práctica, están diferenciados, curiosamente, en este punto entran en contacto.

Esta conexión no deja de ser un ejemplo de la progresiva complejidad de nuestros ordenamientos jurídicos, en los que la protección multinivel de los derechos fundamentales y la yuxtaposición de sistemas de protección es una realidad⁹⁷⁸. En el seno de la UE, hay doctrina abundante que habla de un sistema dual de protección de derechos fundamentales, formado por la CDFUE y su control por parte del TJUE y por el CEDH y su control por el

⁹⁷⁶ Vid. PORCHERON, D.: “La jurisprudence des deux Cours européennes ...”, *cit.*, p. 822.

⁹⁷⁷ LÓPEZ GUERRA, L.: “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de la UE y «Le mouvement nécessaire des choses»”, *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 39, 2017, p. 184.

⁹⁷⁸ GASCÓN INCHAUSTI, F.: “El Derecho procesal europeo *comparece* ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: reflexiones a partir de las resoluciones recaídas en los asuntos Povse c. Austria y Avotins c. Letonia”, *Cuadernos de Derechos Transnacional*, v. 6, n.º 2, 2014, p. 92.

TEDH⁹⁷⁹. La existencia de estos dos sistemas de protección de derechos fundamentales genera dudas en torno a su interrelación, de forma tal que se habla de un “diálogo” entre ambas instancias supranacionales⁹⁸⁰. Consecuencia de ello es la referencia que realiza la doctrina a la gran influencia que ha tenido el Tribunal de Estrasburgo en el Derecho Procesal Civil europeo⁹⁸¹. El propio TJUE hace mención a la importancia de la jurisprudencia del TEDH en materia del derecho a la vida privada y familiar, y su aplicación para el artículo 7 de la CDFUE, en la ya citada STJUE de 5 de octubre de 2010, en el asunto *McB*⁹⁸², al afirmar que “del artículo 52, apartado 3, de la Carta resulta que, en la medida en que esta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el CEDH, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere este. No obstante, esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa. A tenor del artículo 7, de la misma Carta «toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones». La redacción del artículo 8, apartado 1, del CEDH es idéntica a la del citado artículo 7, salvo en la medida en que utiliza los términos «su correspondencia» en vez y en lugar de «sus comunicaciones». Dicho esto, procede observar que este artículo 7 contiene derechos equivalentes a los garantizados por el artículo 8, apartado 1, del CEDH. Por consiguiente, debe darse al artículo 7 de la Carta el mismo sentido y el mismo alcance que los conferidos al artículo 8, apartado 1, del CEDH, tal como lo interpreta la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”⁹⁸³.

Como señalamos, las dudas acerca de la compatibilidad de la eliminación del *exequátur* en términos absolutos del Reglamento Bruselas II bis, en el delicado contexto de

⁹⁷⁹ Para un análisis de la influencia del TEDH en el Derecho Europeo de Familia vid. COESTER-WALTJEN, D.: “The impact of the European Convention on Human Rights and the European Court of Human Rights on European family Law”, en SCHERPE J. M.: *European Family Law. The Impact of Institutions and Organisations on European Family Law. Volume I*, Elgar, Cheltenham and Northampton, 2016, pp. 49 a 98.

⁹⁸⁰ Para un análisis sobre la interrelación de los dos sistemas de protección de derechos fundamentales a nivel europeo vid. LÓPEZ GUERRA, L.: “El Tribunal Europeo...”, *cit.*, pp. 163-188 y BOUZA VIDAL, N.: “La integración del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores en el sistema europeo de Derechos Humanos”, en ESPLUGUES MOTA, C. y PALAO MORENO, G. (eds.): *Nuevas fronteras...*, *cit.*, pp. 212 y ss.

⁹⁸¹ HESS, B.: “La influencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Derecho Procesal Civil europeo”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XIV-XV. 2014-2015, p. 38 y ss.

⁹⁸² Sobre esta decisión vid., entre otros, RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, I.: “STJ de 5 de octubre de 2010 (asunto c-400/10), *J. McB y L. E.*”, *Revista Española de Derecho Internacional*, v. LXII, n.º 2, 2010, pp. 241-244; RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, I.: “Secuestro intracomunitario de menores: ilicitud del desplazamiento y Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Comentario a la STJUE de 5 de octubre de 2010)”, *Diario La Ley. Sección Tribuna*, n.º 7538, 2010, pp. 1-8.

⁹⁸³ Asunto *McB*, párr. 53. Nótese, igualmente, la STJUE de 14.2.2008, en el asunto C-450/06, *Varec*, ECLI:EU:C:2008:91, párr. 48.

la sustracción internacional de menores, se patentizan en su plenitud a raíz de la jurisprudencia del TEDH en relación con el Convenio de La Haya de 1980. En este sentido la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo refleja una evolución desde postulados de reivindicación de la consideración del interés superior del menor en el caso concreto, a otros que toman en consideración la compatibilidad del Convenio de La Haya de 1980 y el Reglamento Bruselas II bis con el CEDH.

1.3.2.1 El test de adecuación de las resoluciones de retorno del artículo 11.8 del Reglamento Bruselas II bis con el artículo 8 del CEDH: la reivindicación del TEDH de una consideración del interés superior del menor en el caso concreto en supuestos de sustracción internacional de menores

En los pronunciamientos relativos a sustracciones internacionales de menores en los que es de aplicación el Convenio de La Haya de 1980, el TEDH optó en un inicio por darle prioridad absoluta a la consideración del interés superior del menor y a su necesaria protección en el caso concreto por encima de asegurar el retorno inmediato del menor.

El Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo aproxima la cuestión por primera vez en su decisión de 6 de julio de 2010 en su Sentencia en el asunto *Neulinger y Shuruk c./ Suiza*⁹⁸⁴(en adelante asunto *Neulinger y Shuruk c./ Suiza*). El solicitante impugna la decisión de las autoridades suizas de devolver a un menor a Israel⁹⁸⁵.

En ella, el TEDH concluye que ejecutar la resolución de retorno de un menor, sin entrar a valorar cuál es el interés superior del menor presente en el caso concreto, vulnera el artículo 8 del CEDH: “*dans la recherche du juste équilibre entre les intérêts concurrents en jeu – ceux de l’enfant, ceux des deux parents et ceux de l’ordre public – l’intérêt supérieur de l’enfant constitue la considération déterminante. Il consiste, d’une part, à maintenir les liens entre lui et sa famille et, d’autre part, à lui garantir une évolution dans un*

⁹⁸⁴ STEDH de 6.7.2010, demanda n.º 41615/07, *Neulinger y Shuruk c./ Suiza*, <http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-3192833-3555735>.

⁹⁸⁵ En relación con la decisión, y entre otras, vid. GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: “STEDH as. *Neulinger and Shuruk vs. Switzerland*”, *Revista Española de Derecho Internacional*, v.LXII, n.º 2, 2010, pp. 232-235; WALKER, L. y BEAUMONT, P.: “Shifting the Balance Achieved by the Abduction Convention: The Contrasting Approaches of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice”, *Journal of Private International Law*, v. 7, n.º 2, 2011, pp. 231-249; HERRANZ BALLESTEROS, M.: “Los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo...”, *cit.*, pp. 46 y ss.

environnement sain. Cette notion d'intérêt supérieur de l'enfant est sous-jacente à la Convention de La Haye qui prévoit en principe le retour immédiat d'un enfant enlevé sauf s'il l'expose à un risque grave, notamment un danger physique ou psychique. La Cour n'a pas pour tâche de se substituer aux autorités compétentes pour déterminer si Noam serait confronté à un tel danger en cas de retour en Israël, mais celle de rechercher si les tribunaux suisses ont respecté l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, en tenant notamment compte de l'intérêt supérieur de l'enfant.” Añadiendo que, “a la lumière de toutes ces considérations, notamment des changements de situation suite à l'ordonnance de mesures provisionnelles de 2009, la Cour n'est pas convaincue qu'il soit dans l'intérêt supérieur de l'enfant de retourner en Israël. ... la Cour conclut, par seize voix contre une, qu'il y aurait violation de l'article 8 concernant les deux requérants si l'ordre de retour en Israël de Noam était exécuté”⁹⁸⁶

Esta línea interpretativa se continuará en la Sentencia de 9 de septiembre de 2010, en el asunto *Raban c./ Rumania*⁹⁸⁷ (en adelante asunto *Raban c./ Rumania*). En ambos supuestos, el TEDH otorgó mayor valor al contenido material del artículo 8 del CEDH que a las normas, fundamentalmente procedimentales, del Convenio de La Haya 1980⁹⁸⁸. Esta posición generó en la doctrina cierta preocupación y fue objeto de ciertas dudas, al sugerir que, en todo procedimiento de retorno del menor, era necesario evaluar el interés superior de éste procediendo a realizar un análisis completo y global de la situación, contrariamente a lo estipulado por el Convenio de La Haya de 1980⁹⁸⁹. Una exigencia que, adicionalmente, se planteó si podía llegar a generar problemas interpretativos sobre todo a las autoridades nacionales, pues el cumplimiento de las obligaciones del Convenio de La Haya de 1980 parecía incompatible con el artículo 8 del CEDH⁹⁹⁰.

Todas estas dudas generadas por esta línea jurisprudencial se encuentran, quizás, en la base de la matización realizada por el TEDH en asuntos posteriores. El propio Tribunal procederá a reconocer la compatibilidad del Convenio de La Haya de 1980 con las

⁹⁸⁶ Asunto *Neulinger y Shuruk c./ Suiza*, Décision de la Cour, Article 8.

⁹⁸⁷ STEDH 9.9.2010, demanda n.º 25437/08, *Raban c./ Rumania*, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-101471>

⁹⁸⁸ Vid. LÓPEZ GUERRA, L.: “El Tribunal Europeo...”, *cit.*, p. 185.

⁹⁸⁹ LAMONT, R.: “Protecting Children’s Rights after Child Abduction: The Interaction of the CJEU and ECtHR in Interpreting Brussels II bis”, en BERGAMINI, E. y RAGNI, C. (eds.): *Fundamental Rights...*, *cit.*, p. 233.

⁹⁹⁰ HERRANZ BALLESTEROS, M.: “Los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo...”, *cit.*, p. 50.

obligaciones derivadas de los derechos recogidos en el CEDH. Sin abandonar la reivindicación de una mayor consideración de los motivos de fondo procederá a acotarlo a las excepciones al retorno del menor recogidas en el Convenio de La Haya de 1980. Con el objeto de lograr una interpretación del Convenio de La Haya de 1980 que respete los derechos contenidos en el artículo 8 del CEDH, las autoridades nacionales deberán evaluar las circunstancias individuales del menor en el caso concreto, ponderando adecuadamente tanto el retorno del menor como las alegaciones sobre su no retorno.

Así, en su decisión de 15 de mayo de 2012, en el asunto *M.R y M.L c./ Estonia*⁹⁹¹ (en adelante asunto *M.R y M.L c./ Estonia*), relativo a una madre y a su hija de dos años de edad, cuyo padre pretendía su retorno a Italia al amparo del Convenio de La Haya de 1980, el TEDH modifica su postura anterior. Concretamente, inadmite una demanda de una madre sustractora, alegando que las autoridades nacionales se habían limitado a cumplir con las obligaciones derivadas del Convenio de La Haya de 1980 y, por tanto, la resolución de retorno no vulneraba el artículo 8 del CEDH. Ni siquiera el argumento de que la madre – cuidadora del menor – no podría regresar al país de residencia habitual es tenido en cuenta por el TEDH⁹⁹².

En un relevante paso posterior, la Gran Sala aclara en su Sentencia de 21 de noviembre de 2013, en el asunto *X c./ Letonia*⁹⁹³ (en adelante asunto *X c./ Letonia*), la posición del TEDH respecto a la relación del CEDH con el Convenio de La Haya de 1980. El Tribunal de Estrasburgo clarifica el contenido del asunto *Neulinger y Shuruk c./ Suiza*, afirmando que dicha sentencia no constituía una obligación dirigida a los Tribunales nacionales sobre cómo aplicar el Convenio de La Haya de 1980. Por el contrario, el Tribunal simplemente hace referencia a la obligación de los Tribunales de atender a las alegaciones

⁹⁹¹ STEDH de 15.5.2012, demanda no. 13420/12, *M.R y M.L c./ Estonia*, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-111198>

⁹⁹² En relación con esta decisión, vid. HERRANZ BALLESTEROS, M.: “Los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo...”, *cit.*, pp. 50 y 51.

⁹⁹³ STEDH de 26.11.2013, demanda n.º 27853/09, *X c./ Letonia*, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-138939>, sobre esta decisión vid, por todos JIMÉNEZ BLANCO, P.: “Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sentencia del Tribunal europeo de derechos humanos (gran sala) de 26 de noviembre de 2013, asunto núm. 27853/09, *X c. Lituania*.”, *Revista Española de Derecho Internacional*, v. LXVI, n.º 1, 2014, pp. 240-245.

“admisibles” relativas a la excepción de retorno del menor por riesgo grave, entendida como una obligación procedimental⁹⁹⁴.

El Tribunal señala en este sentido que, “*en ce qui concerne plus particulièrement la question du rapport entre la Convention européenne et la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l’enlèvement international d’enfants, la Cour rappelle qu’en matière d’enlèvement international d’enfants les obligations que l’article 8 fait peser sur l’État membre doivent s’interpréter à la lumière des exigences imposées par la Convention de La Haye (Ignaccolo-Zenide, précité, § 95, Iglesias Gil et A.U.I. c. Espagne, no 56673/00, § 51, CEDH 2003-V, et Maumousseau et Washington, précité, § 60), ainsi qu’à celles de la Convention relative aux droits de l’enfant du 20 novembre 1989 (Maire c. Portugal, no 48206/99, § 72, CEDH 2003-VII, Maumousseau et Washington, précité, et Neulinger et Shuruk, précité, § 132) et des règles et principes de droit international applicables aux relations entre les Parties contractantes (Demir et Baykara c. Turquie [GC], no 34503/97, § 67, CEDH 2008).*”⁹⁹⁵

Lo que conduce, en la búsqueda de una aplicación “*combinée et harmonieuse des textes internationaux*”⁹⁹⁶ a que, “*dans le cadre d’une demande de retour faite en application de la Convention de La Haye, qui est donc distincte d’une procédure sur le droit de garde, la notion d’intérêt supérieur de l’enfant doit s’apprécier à la lumière des exceptions prévues par la Convention de La Haye, lesquelles concernent l’écoulement du temps (article 12), les conditions d’application de la Convention (article 13 a)) et l’existence d’un « risque grave » (article 13 b)), ainsi que le respect des principes fondamentaux de l’État requis sur la sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales (article 20). Cette tâche revient en premier lieu aux autorités nationales requises, qui ont notamment le bénéfice de contacts directs avec les intéressés. Pour ce faire au regard de l’article 8 de la Convention, les juridictions internes jouissent d’une marge d’appréciation, laquelle s’accompagne toutefois d’un contrôle européen en vertu duquel la Cour examine, sous l’angle de la Convention, les décisions qu’elles ont rendues dans l’exercice de ce pouvoir... , en l’espèce et en particulier de la Convention européenne et de la Convention de La Haye, compte tenu de son objet et de son impact dans la protection des droits des enfants et des parents. Une*

⁹⁹⁴ Vid. LÓPEZ GUERRA, L.: “El Tribunal Europeo...”, *cit.*, p. 186.

⁹⁹⁵ Asunto X c./ Letonia, párr. 93.

⁹⁹⁶ *Ibid.*, párr. 94.

telle prise en compte des dispositions internationales ne doit pas entraîner une opposition ou une confrontation entre les différents traités, sous réserve que la Cour puisse pleinement assurer la mission qui est la sienne, à savoir « assurer le respect des engagements résultant pour les Hautes Parties contractantes » de la Convention (voir, parmi d'autres, Loizidou c. Turquie (exceptions préliminaires), 23 mars 1995, § 93, série A no 310), en interprétant et en appliquant les dispositions de celle-ci d'une manière qui en rende les exigences concrètes et effectives”⁹⁹⁷

De esta suerte, el Tribunal de Estrasburgo llega a la conclusión de que, para una “*interprétation harmonieuse*”⁹⁹⁸ del Convenio de La Haya de 1980 y del CEDH, el órgano jurisdiccional del Estado de ejecución deben reunirse dos condiciones que explicita: “*premièrement, les éléments susceptibles de constituer une exception au retour immédiat de l'enfant en application des articles 12, 13 et 20 de la Convention de La Haye, notamment lorsqu'ils sont invoqués par l'une des parties, soient réellement pris en compte par le juge requis. Ce dernier doit dès lors rendre une décision suffisamment motivée sur ce point, afin de permettre à la Cour de s'assurer que ces questions ont bien fait l'objet d'un examen effectif. Deuxièmement, ces éléments doivent être appréciés à la lumière de l'article 8 de la Convention (Neulinger et Shuruk, précité, § 133)*”⁹⁹⁹.

Esto es, deben tenerse en cuenta los factores que podrían constituir una excepción a la restitución, y a partir de estos, adoptar una decisión suficientemente razonada, en el sentido de que los Tribunales deben dar razones concretas más allá de las alegaciones genéricas a un grave daño para el menor. Consecuentemente, supondría una vulneración del artículo 8 del CEDH tanto la negativa a tener en cuenta las objeciones a la restitución como la falta de un razonamiento suficiente¹⁰⁰⁰. Sin abandonar la sugerencia de que el interés del menor debe ser el foco de todos los procedimientos de retorno, el TEDH restringe esta consideración al ámbito de las excepciones ya existentes en el Convenio de La Haya de 1980¹⁰⁰¹.

⁹⁹⁷ *Ibid.*, párr. 101.

⁹⁹⁸ *Ibid.*, párr. 106.

⁹⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰⁰ Vid. COMISIÓN EUROPEA: “Guía práctica para la aplicación...”, *cit.*, pp. 73 y 74.

¹⁰⁰¹ LAMONT, R.: “Protecting Children’s Rights after Child Abduction ...”, *cit.*, p. 234.

Esta posición vendrá reiterada por el Tribunal de Estrasburgo en fallos posteriores. La Sentencia de 21 de septiembre de 2017 en el asunto *Severe c./ Austria*¹⁰⁰² (en adelante asunto *Severe c./ Austria*) resulta especialmente relevante. El supuesto de hecho refiere a una madre que sustrae ilícitamente en Austria a dos gemelos con residencia habitual en Francia. Los Tribunales austríacos, en aplicación del Convenio de La Haya de 1980 y del Reglamento Bruselas II bis, deciden el retorno de los menores a Francia. Sin embargo, y a pesar de la resolución ordenando el retorno, en Austria el procedimiento de ejecución se demora más de cinco años. El TEDH reconoce la infracción de los derechos del artículo 8 del CEDH del padre por la actuación de las autoridades austríacas. Sin embargo, considera que, debido al cambio de las circunstancias provocado por el transcurso del tiempo, no resultaría apropiado imponer ahora la restitución del menor como consecuencia de la violación del artículo 8 del CEDH: “*while exceptional circumstances can demand of the respondent State the taking of concrete measures to fulfil its obligations under Article 46, the subsequent developments in the children’s situation in the present case do not allow for an imposition on the respondent State to order the children’s return to the applicant in France; rather it is up to the domestic authorities to examine this issue*”¹⁰⁰³.

La posición mantenida por el TEDH evoluciona y parece ahora más realista, permitiendo, por ende, alcanzar una interpretación del Convenio de La Haya a la luz de los derechos del menor, y en particular, a la importancia del interés superior del menor¹⁰⁰⁴. Sin embargo, y a pesar de que a través de esta evolución el TEDH matiza su jurisprudencia en relación con el Convenio de La Haya de 1980¹⁰⁰⁵, lo cierto es que el TEDH mantiene su reivindicación a favor de una postura más garantista. En efecto, el Tribunal de Estrasburgo opta por entrar a analizar el fondo del caso concreto, evaluando cuál es el interés superior del menor más allá del mero retorno automático del menor¹⁰⁰⁶. Esta postura contrasta con la interpretación seguida por el TJUE. En este sentido, y a pesar de que ya había quedado corroborada la compatibilidad del Convenio de La Haya de 1980 con el CEDH, se mantuvieron las dudas acerca de la compatibilidad de las resoluciones de retorno del artículo

¹⁰⁰² STEDH de 21.9.2017, demanda n.º 53661/15, *Severe c./ Austria*, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-177079>

¹⁰⁰³ Párr. 122 asunto *Severe c./ Austria*.

¹⁰⁰⁴ LAMONT, R.: “Protecting Children’s Rights after Child Abduction...”, *cit.*, p. 235.

¹⁰⁰⁵ Vid. FORCADA MIRANDA, J.: “El nuevo proceso español de restitución...”, *cit.*, p. 49.

¹⁰⁰⁶ GONZÁLEZ MARIMÓN, M.: “El principio del interés superior del menor en supuestos de...”, *cit.*, p. 649.

11.8 del Reglamento Bruselas II bis, lo que generó jurisprudencia adicional por parte del Tribunal de Estrasburgo.

1.3.2.2 La potencial vulneración del artículo 8 del CEDH por un Estado miembro de origen que emite una resolución de retorno del artículo 11.8 del Reglamento Bruselas II bis en contra del interés superior del menor

El primer examen por parte del TEDH del sistema previsto en el Reglamento Bruselas II bis se remonta a su Sentencia de 12 de julio de 2011¹⁰⁰⁷ en el asunto *Sneersone y Kampanella c./ Italia* (en adelante asunto *Sneersone y Kampanella c./ Italia*). significativamente, la Sentencia no afecta a la ejecución puesto que se limita al examen de la adecuación de la actuación del Estado miembro de origen que dicta una resolución de retorno en virtud del artículo 11.8 del Reglamento Bruselas II bis. En este asunto, el Tribunal de Estrasburgo condena al Estado italiano por haber dictado una resolución de retorno – en aplicación del Reglamento Bruselas II bis – que vulnera el artículo 8 del CEDH¹⁰⁰⁸.

En concreto, el caso refería al supuesto del hijo de una letona y un italiano cuya residencia habitual se hallaba en Italia. Ante la imposibilidad de obtener medios económicos para vivir en Italia, la madre se traslada con el menor a su país de origen. Solicitado el retorno del menor por parte del padre, los Tribunales letones lo deniegan basándose en el artículo 13 b) del Convenio de La Haya de 1980, entendiendo que las autoridades italianas no han adoptado las medidas exigidas por el artículo 11.4 del Reglamento Bruselas II bis. A su vez, y obviando esta situación, el órgano jurisdiccional italiano emite una resolución ordenando la restitución del menor en base al artículo 11.8 del Reglamento y expide el certificado del artículo 42 del mismo texto, dando por válidas las medidas propuestas por el padre, y sin haber dado audiencia a la madre.

Las autoridades letonas presentaron una acción contra Italia ante la Comisión Europea alegando que ésta había vulnerado el Reglamento Bruselas II bis por no haber dado audiencia ni a la madre ni al menor al emitir una resolución de retorno de conformidad con

¹⁰⁰⁷ STEDH de 12 de julio de 2011, demanda n.º 14737/09, *Sneersone y Kampanella c./ Italia*, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-147380>

¹⁰⁰⁸ En relación con esta decisión vid., entre otros, HESS, B.: “La influencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos...”, *cit.*, pp. 45 y 46.

el artículo 11.8 y 42 del texto reglamentario. La Comisión no detecta infracción alguna, Considerando que el principio de audiencia del menor no es un derecho absoluto y, afirmando, además, que la facultad de control corresponde al Juez de origen. Por otra parte, tampoco entiende vulnerado el requisito de audiencia de la madre porque en Italia el procedimiento en cuestión es escrito. La Comisión sostiene que en el espacio judicial europeo deben protegerse los derechos fundamentales, pero respetando, a su vez, los distintos sistemas y tradiciones jurídicas de los Estados miembros – artículo 67.1 del TFUE –. Por tanto, con base en lo anterior, opta por no presentar un recurso de incumplimiento ante el TJUE¹⁰⁰⁹.

Paralelamente, se plantea el caso ante el TEDH, quién dictamina que la decisión del Estado miembro de origen de ordenar el retorno, más de tres años después del traslado de dicho menor, no respeta sus intereses esenciales. Fundamentalmente, el Tribunal de Estrasburgo establece que el Estado miembro de origen tiene la obligación derivada del artículo 8 del CEDH de si, al conocer sobre el fondo de la cuestión, el retorno del menor va efectivamente acompañado de unas medidas de protección suficientes para él o ella. En este caso, el TEDH considera que no: *“quanto all’adeguatezza delle “salvaguardie” del benessere di Marko proposte dal padre e accettate dai Tribunali italiani come adeguate, la Corte ritiene che permettere alla prima ricorrente di stare in Italia con il figlio da quindici a trenta giorni per il primo anno e poi per un mese d’estate ogni due anni sia una risposta manifestamente inappropriata al trauma psicologico che seguirebbe inevitabilmente a una rottura improvvisa e irreversibile degli stretti legami tra madre e figlio. Secondo la Corte l’ordine di immergere drasticamente un minore in un ambiente linguisticamente e culturalmente straniero non può essere compensato in alcun modo dalla frequentazione di una scuola dell’infanzia, di una piscina e di lezioni di lingua russa. Se l’impegno del padre a garantire a Marko un’assistenza psicologica è certamente lodevole, la Corte non può accettare che tale sostegno esterno possa mai essere considerato un’alternativa equivalente al sostegno psicologico intrinseco nei legami forti, stabili e tranquilli tra un bambino e sua madre”*¹⁰¹⁰.

¹⁰⁰⁹ Vid. asunto Sneersone y Kampanella c./ Italia, párrs. 39 a 45.

¹⁰¹⁰ *Ibid*, párr. 96. Vid. HESS, B.: “La influencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos...”, *cit.*, p. 46.

Es destacable el hecho de que las dos instancias ante las que se suscita esta concreta cuestión parten de una aproximación diferenciada. Mientras que la Comisión Europea, en línea con la posición mantenida por el TJUE y que hemos descrito con antelación¹⁰¹¹, opta por una interpretación más formalista del Reglamento Bruselas II bis, tomando como fundamento el principio de confianza mutua y la lógica “comunitaria”¹⁰¹². Por su parte, el TEDH apuesta por una interpretación sobre el fondo del asunto que asegure la preservación de los derechos del menor y la salvaguarda de su interés superior¹⁰¹³. En efecto, el Tribunal de Estrasburgo entra a evaluar cuál es el interés superior del menor en el caso concreto, dándole mayor importancia a la protección de los derechos fundamentales aún en sede de ejecución. En otras palabras, mientras que la Comisión, al igual que el TJUE, se focaliza en el sistema del Reglamento y su funcionamiento, y se centra en confirmar a qué órgano jurisdiccional en la UE le corresponde la competencia sobre el control del respeto de los derechos fundamentales, el TEDH se enfrenta a la cuestión de si efectivamente se han protegido en el caso concreto, con independencia de a quién corresponda dicha competencia¹⁰¹⁴.

Sin embargo, como en este asunto el TEDH estaba procediendo a evaluar la actuación del Estado miembro de origen, no se llegó a plantear directamente si el sistema de ejecución privilegiada era incompatible con las obligaciones del CEDH. Por este motivo, perduraba la duda de si, en el caso de ponderar la actuación del Estado miembro requerido, llegaría a la misma conclusión. Es decir, si procedería a dar prioridad a la protección de los

¹⁰¹¹ Sobre la jurisprudencia del TJUE vid. Cap. Segundo, ap. I. 1.3.1 “La opción del TJUE en favor de la ortodoxia del modelo, y del consiguiente apoyo a la prevalencia del Estado miembro de origen” *supra*.

¹⁰¹² La Sentencia señala que la Comisión “*ha comunque ritenuto che il Regolamento non imponesse tale analisi. Pertanto, la procedura esatta da seguire a tale riguardo era lasciata alla discrezionalità dei Tribunali nazionali. Tenendo conto di ciò, si è ritenuto che né la Lettonia né la Commissione potevano contestare la formulazione particolare del decreto del Tribunale italiano.*” (Asunto Sneersone y Kampanella c./ Italia, párr. 45).

¹⁰¹³ En tal sentido, precisa que, “*Si ritiene che “gli interessi del minore” siano principalmente i seguenti due: mantenere i legami con la sua famiglia, a meno che non sia dimostrato che tali legami siano indesiderabili, e potersi sviluppare in un ambiente sano... L’interesse superiore del minore, da una prospettiva di sviluppo personale, dipenderà da una varietà di circostanze personali, in particolare dalla sua età e dal suo livello di maturità, dalla presenza o dall’assenza dei genitori e dall’ambiente e dalle esperienze.*” (Asunto Sneersone y Kampanella c./ Italia, párr. 85.5).

¹⁰¹⁴ Esta divergencia en la aproximación del control de los derechos fundamentales ha sido puesta de relieve por numerosa doctrina. En este sentido vid. HERRANZ BALLESTEROS, M.: “Los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo...”, *cit.*, p. 59; ESPINOSA CALABUIG, R.: “Traslado o retención ilícitos de menores tras la reforma...”, *cit.*, p. 353; BARUFFI, M.C.: “A child-friendly area of freedom, security and justice: work in progress in international child abduction cases”, *Journal of Private International Law*, v. 14, n.º 3, 2018, p. 405.

derechos fundamentales y el interés superior del menor, frente a la obligación de ejecución automática de una resolución de retorno ejecutiva sin *exequátur* del artículo 11.8 del Reglamento Bruselas II bis, al amparo del artículo 42 del mencionado texto legal.

1.3.2.3 La no violación del CEDH por parte de un Estado miembro requerido que ejecuta una resolución del artículo 11.8 del Reglamento Bruselas II bis

La coexistencia entre el TEDH y el TJUE no queda limitado a este supuesto. Hay más y a través de ellos se van forjando los términos de este diálogo entre Tribunales al que estamos haciendo mención. Sin duda, el caso que confirma en mayor medida el “diálogo” entre TJUE y TEDH es el asunto *Povse*, en cuanto fue conocido por ambas instancias internacionales¹⁰¹⁵. En este asunto, se cuestiona la ejecución por el Estado miembro requerido de una resolución de retorno de un menor, dictada al amparo del artículo 11.8 y 42 del Reglamento Bruselas II bis. A pesar de esta presunta divergencia de aproximaciones entre ambas instancias europeas en relación con la protección de derechos fundamentales, que estamos desgranando, lo cierto es que en la Sentencia de 18 de junio de 2013 en el asunto *Sofia Povse and Doris Povse c./ Austria*¹⁰¹⁶ (en adelante asunto *Sofia Povse and Doris Povse c./ Austria*) el TEDH entendió que las autoridades nacionales no habían vulnerado el artículo 8 del CEDH al ordenar el retorno del menor¹⁰¹⁷.

El TEDH llega a esta conclusión a través de la aplicación de la presunción *Bosphorus* de cumplimiento. Esta doctrina fue introducida por el Tribunal de Estrasburgo en su Sentencia de 30 de junio de 2005 en el asunto *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi c./ Irlanda*¹⁰¹⁸ (en adelante asunto *Bosphorus*) en relación con aquellos casos en los que son de aplicación obligaciones derivadas de la pertenencia a organizaciones internacionales. En tales supuestos, el TEDH entiende que los Estados

¹⁰¹⁵ Vid. STJUE de 1.7.2010, en el asunto C-211/10 PPU, *Povse*, *cit.*

¹⁰¹⁶ STEDH de 18.6.2013, demanda no. 3890/11, *Sofia Povse and Doris Povse c./ Austria*, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-122449>

¹⁰¹⁷ Sobre la Sentencia dictada por el TEDH, nótese, entre otros, HAZELHORST, M.: “The ECtHR’s Decision in *Povse*: Guidance for the Future of the Abolition of Exequatur for Civil Judgments in the European Union. European Court of Human Rights 18 June 2013, Decision on Admissibility, Appl. No. 3890/11 (*Povse v. Austria*)”, *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, v. 1, 2014 pp. 28 -30; JIMÉNEZ BLANCO, P.: “Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 1.a) de 18 de junio de 2013, asunto núm. 3890/11, *Povse y Povse c. Austria*”, *Revista Española de Derecho Internacional*, v. LXVI, n.º 1, 2014, pp. 240-245.

¹⁰¹⁸ STEDH de 30.6.2005, demanda n.º 45036/98, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi c./ Irlanda*, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-69564>

continúan siendo responsables por los actos realizados por sus órganos jurisdiccionales, incluso en el caso de haber cedido parte de su soberanía a una organización internacional. No obstante, a esta regla general le acompaña una presunción de que, al cumplir las obligaciones de la organización internacional, se está respetando el CEDH siempre que se cumplan dos condiciones. Por un lado, que el Estado no tenga margen de actuación; y, por otro, que la organización internacional en cuestión posea un sistema de protección de los derechos humanos equiparable al sistema del CEDH¹⁰¹⁹.

De hecho, algunos autores hablan de una correspondencia entre la doctrina *Bosphorus* y el principio de confianza recíproca. Ya que ambos criterios se basan en la suposición de que, en el ámbito de la cooperación transfronteriza, el Estado miembro de origen – que emite una resolución de restitución en base a los artículos 11.8 y 42 del Reglamento Bruselas II bis – respeta los derechos fundamentales. Y, en consecuencia, el Estado miembro requerido debe confiar en que han sido efectivamente respetados¹⁰²⁰.

En su decisión en el asunto *Sofia Povse and Doris Povse c./ Austria*, el Tribunal de Estrasburgo afirma que concurren ambos requisitos, pues los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de ejecución deben limitarse a ejecutar la resolución de retorno del artículo 11.8 del Reglamento Bruselas II bis certificada conforme al artículo 42 del mismo, careciendo de mecanismos de oposición a tal ejecución: “*that provision leaves no discretion to the courts of the State of enforcement*” reconoce el TEDH¹⁰²¹. Por otro lado, “*the Court reiterates, firstly, that it has already found that the protection of fundamental rights afforded by the European Union is in principle equivalent to that of the Convention system as regards both the substantive guarantees offered and the mechanisms controlling their observance. In respect of the latter aspect, the Court had particular regard to the role of the European Court of Justice (see Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi, cited above, §§ 160-165, and Michaud, cited above, §§ 106-111).*”¹⁰²². El resultado final, tal como afirma el Tribunal de Estrasburgo tras analizar los elementos del caso in extensor, es que “*the presumption that Austria, which did no more in the present case than fulfil its obligations as*

¹⁰¹⁹ Para un estudio sobre la doctrina *Bosphorus* véanse, entre otros, GASCÓN INCHAUSTI, F.: “El Derecho procesal europeo *comparece ...*”, *cit.*, pp. 91-111.

¹⁰²⁰ Vid. HESS, B.: “La influencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos...”, *cit.*, p. 41.

¹⁰²¹ Asunto *Sofia Povse and Doris Povse c./ Austria*, párr. 80.

¹⁰²² *Ibíd.*, párr. 77.

*an EU member State under the Brussels IIa Regulation, has complied with the Convention has not been rebutted*¹⁰²³.

Por su parte, en su Sentencia en el asunto *Povse*, se ha apuntado que el TJUE atribuye una mayor relevancia al derecho del menor a mantener relaciones con ambos progenitores contenido en el artículo 24.3 de la CDFUE, por encima de la preocupación en relación con el interés superior del menor como consecuencia del cambio de circunstancias desde el momento de la sustracción ilícita¹⁰²⁴. Así, en contraste con la postura del TEDH, y a pesar de que el Reglamento Bruselas II bis encuentra en la protección del interés superior del menor uno de sus objetivos primordiales, el TJUE ha sido mucho más reacio a focalizarse en el interés superior del menor involucrado en el caso concreto. A pesar de que el artículo 24 de la CDFUE reconoce al menor un amplio elenco de derechos, el TJUE se ha focalizado, primordialmente, en el artículo 24.3 de la Carta. Esto es, en el derecho del menor a mantener relaciones con ambos progenitores, más que en el derecho del menor a que los asuntos que le afectan se decidan en base a su interés superior, o el derecho del menor a ser escuchado en los procedimientos que le afectan¹⁰²⁵. El TJUE enfatiza el principio de confianza mutua y al reparto de competencias, frente a una evaluación en concreto de la protección de los derechos del menor contenidos en el artículo 24 de la CDFUE o la verificación de la efectiva protección de su interés superior.

Quizá el hecho de que el TJUE ya hubiera conocido de la cuestión influyó en la actuación del TEDH, blindando a los Tribunales austríacos de una posible revisión global del caso por parte del TEDH. Por contra, El Tribunal de Estrasburgo asume que el TJUE, al interpretar y aplicar el Reglamento Bruselas II bis, es respetuoso con la protección de los derechos fundamentales, debido a la existencia de la CDFUE. Aunque, en la práctica, la Carta es utilizada por el TJUE meramente para justificar el estricto cumplimiento del Reglamento, y de su sistema de competencia y reconocimiento y ejecución basados en la confianza mutua¹⁰²⁶.

A través de esta sentencia el TEDH estaría confirmando la compatibilidad con el artículo 8 del CEDH del mecanismo de prevalencia – y su sistema privilegiado de ejecución

¹⁰²³ *Ibid.*, párr. 87.

¹⁰²⁴ LAMONT, R.: “Protecting Children’s Rights after Child Abduction ...”, *cit.*, p. 236.

¹⁰²⁵ *Ibid.*, p. 238.

¹⁰²⁶ *Ibidem.*

– previsto en el Reglamento Bruselas II bis. Frente a las dudas que habían surgido en la doctrina, ante un mismo supuesto concreto¹⁰²⁷, resulta muy significativo que finalmente, llegaron a un resultado coincidente: la vinculación del Juez de ejecución por el mandato del Juez de origen certificado vía artículo 42 del Reglamento Bruselas II bis.

La práctica, sin embargo, es amplia y compleja. Y, de cara al futuro, no resulta completamente descartable que se pueda producir una evolución en la postura del TEDH, sobre todo, debido –fundamentalmente- a la dificultad de reconciliar la consideración del interés superior del menor en el caso concreto con el principio de confianza mutua, tal y como está establecido en el Reglamento Bruselas II bis¹⁰²⁸.

1.3.2.4 La convergencia en los criterios jurisprudenciales de TJUE y TEDH

El “diálogo” entre el TEDH y el TJUE ha sido enriquecedor, permitiendo a cada uno de ellos aportar respuestas a una misma situación desde perspectivas y aproximaciones diferenciadas. Mientras que el TJUE apuesta por una interpretación formal, el TEDH opta por una interpretación más sustantiva, garantista y basada en las circunstancias del caso concreto¹⁰²⁹. Como resultado final de esta situación, el eventual riesgo de incoherencia entre la jurisprudencia de los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo en relación con la aplicación del Reglamento Bruselas II bis no se debe, en última instancia, a la existencia de dos sistemas de protección de derechos fundamentales (CEDH y CDFUE), sino, precisamente, a la utilización de distintos criterios hermenéuticos para evaluar el Reglamento y su praxis¹⁰³⁰.

El sistema del Reglamento Bruselas II bis se basa en una clara separación de competencias entre el Estado miembro de origen y el Estado miembro requerido. Tal y como corrobora la jurisprudencia del TJUE que hemos analizado anteriormente¹⁰³¹, el órgano jurisdiccional del Estado miembro requerido debe limitarse a ejecutar de forma ciega las resoluciones de retorno del artículo 11.8 y 42 del Reglamento en materia de secuestro de

¹⁰²⁷ Al respecto, vid. HERRANZ BALLESTEROS, M.: “Los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo...”, *cit.*, p. 56.

¹⁰²⁸ BARUFFI, M.C.: “A child-friendly area of freedom...”, *cit.*, p. 407.

¹⁰²⁹ BOUZA VIDAL, N.: “La integración del Convenio de La Haya de 1980...”, *cit.*, p. 213.

¹⁰³⁰ GONZÁLEZ MARIMÓN, M.: “El principio del interés superior del menor en supuestos de...”, *cit.*, p. 656.

¹⁰³¹ Sobre la jurisprudencia del TJUE vid. Cap. Segundo, ap. I. 1.3.1 “La opción del TJUE en favor de la ortodoxia del modelo, y del consiguiente apoyo a la prevalencia del Estado miembro de origen” *supra*.

menores. Por lo tanto, cualquier eventual control sobre los derechos fundamentales en estos supuestos, incluso, recordemos, sobre la salvaguarda del interés superior del menor, base del sistema diseñado en el Reglamento Bruselas II bis, corresponde al Estado miembro de origen y no puede ser realizado por los órganos jurisdiccionales del Estado miembro requerido, cuya capacidad de actuación es inexistente. Frente a esta postura sistémica, el TEDH afirmó en un primer momento la prevalencia de los derechos fundamentales del menor y, en consecuencia, que tanto el Estado miembro de origen como requerido tienen la obligación de respetar los derechos fundamentales recogidos en el CEDH.

Con todo, y pese a las dudas iniciales, lo cierto es que, en la práctica, tanto TJUE como TEDH han respaldado la compatibilidad de la eliminación del *exequátur* “en términos absolutos”. Esta disociación de aproximaciones y la posible tensión derivada de ella, fue destacada desde antiguo con preocupación por la doctrina, advirtiendo de la posible divergencia entre ambos sistemas de protección de los derechos fundamentales en la UE¹⁰³². Con el incremento de supuestos planteados y ante las tensiones generadas por la puesta en contacto de estas dos aproximaciones hasta cierto punto antitéticas, el TEDH optó por depurar su aproximación y apostar por mantener una posición conciliadora, modulando su jurisprudencia en la búsqueda de lo que se califica como una “concordancia práctica”¹⁰³³ entre el CEDH, el Convenio de La Haya de 1980 y el Reglamento Bruselas II bis¹⁰³⁴.

¹⁰³² Numerosa doctrina ha advertido sobre la diferente aproximación entre ambas instancias internacionales. Entre otros vid.: WALKER, L. y BEAUMONT, P.: “Shifting The Balance Achieved by the Abduction Convention...”, *cit.*, pp. 231-249; HESS, B.: “La influencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos...”, *cit.*, pp. 35-53; PORCHERON, D.: “La jurisprudence des deux Cours européennes...”, *cit.*, pp. 821-844 ; CUNIBERTI, G.: “Abolition de l’exequatur et présomption...”, *cit.*, pp. 303-327 ; LÓPEZ GUERRA, L.: “El Tribunal Europeo...”, *cit.*, pp. 163-188; REQUEJO ISIDRO, M.: “El derecho al respeto a la vida privada y familiar y el secuestro internacional de menores: Los Estados miembros de la UE ante el TEDH: estado de la cuestión (2016)”, en SOROETA LICERAS, J.: *Anuario de los cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián*, v. XVI, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2017, pp. 283-320; LAMONT, R.: “Protecting Children’s Rights after Child Abduction...”, *cit.*, pp. 235 y ss; CHALAS, C.: “Raison et sentiments en matière d’enlèvement international d’enfant: quel équilibre dans les jurisprudences de la Cour européenne des droits de l’homme, de la Cour de justice de l’Union européenne et de la Cour de cassation ?”, *Revue critique de droit international privé*, n.º 1, 2019, pp. 111-126; CARPANETO, L.: “In-Depth Consideration of Family Life v. Immediate Return of the Child in Abduction Proceedings within the EU”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, v. 50, n.º 4, 2014, pp. 931-958; HERRANZ BALLESTEROS, M.: “Los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo...”, *cit.*, pp. 41-60; GASCÓN INCHAUSTI, F.: “El Derecho procesal europeo comparece...”, *cit.*, pp. 91-111; REQUEJO ISIDRO, M.: “Avotins c. Letonia, STEHD, de 23 de mayo de 2016, as. 17502/07”, *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 40, 2016, pp. 187-201; BIAGIONI, G.: “Avotins v. Látvia. The Uneasy Balance Between Mutual Recognition of Judgments and Protection of Fundamental Rights”, *European Papers*, v. 1, n.º 2, 2016, pp. 579-596.

¹⁰³³ LÓPEZ GUERRA, L.: “El Tribunal Europeo...”, *cit.*, p. 184.

¹⁰³⁴ GONZÁLEZ MARIMÓN, M.: “El principio del interés superior del menor en supuestos de...”, *cit.*, p. 656.

Aunque, en última instancia, el TEDH ha acabado manteniendo una postura conciliadora respecto al Convenio de La Haya de 1980 y del Reglamento Bruselas II bis, lo cierto es que su actuación ha venido caracterizada por su reivindicación de la consideración de motivos de fondo en relación con la posición del menor y el disfrute de sus derechos fundamentales en la situación objeto de evaluación, incluso en supuestos expeditivos. En este sentido, los pronunciamientos del TEDH evidencian que no solo se debe tomar en consideración el interés superior del menor en abstracto plasmado en los citados instrumentos, sino también el interés del menor evaluado en el caso concreto.

De la práctica del Tribunal de Estrasburgo, y del funcionamiento mismo del sistema diseñado en el Reglamento Bruselas II bis –no hace falta más que recordemos los problemas que acompañan a la práctica existente en relación con supuestos de alteraciones fácticas relevantes en relación con el menor entre el momento en que se dicta la resolución en el Estado miembro de origen y en que se pretende ejecutar en el Estado miembro de ejecución¹⁰³⁵- se derivan varios interrogantes. En primer lugar, el ya planteado sobre si el legislador de la UE midió correctamente el alcance de una eliminación del *exequátur* en términos “absolutos” en una materia tan delicada como la sustracción internacional de menores. O al menos, si sopesó suficientemente la posibilidad de establecer algún tipo de cláusula de escape, por mínima que fuera, del régimen previsto. Compleja materia en la que subyace el debate de fondo en torno a la compatibilidad de los procesos expeditivos de retorno del menor –en el caso del Reglamento Bruselas II bis, un sistema automático y sin capacidad de control por parte del órgano del Estado de ejecución- y la valoración del fondo del asunto y del control del respeto de los derechos humanos y del interés superior del menor en el caso concreto¹⁰³⁶.

Y es, precisamente, esta consideración del principio del interés superior del menor -y de sus derechos fundamentales- del caso concreto la que parece no garantizar, suficientemente, la eliminación del *exequátur* “en términos absolutos” en el Bruselas II bis.

¹⁰³⁵ Vid. *supra* Sobre la jurisprudencia del TJUE y del TEDH vid. Cap. Segundo, ap. I. 1.3. *supra*.

¹⁰³⁶ Sobre la creciente complejidad de la sustracción internacional de menores y el debate sobre la consideración de los motivos de fondo en los procesos de retorno vid. FORCADA MIRANDA, J.: “Complejidad, carencias y necesidades de la sustracción internacional de menores en el siglo XXI y un nuevo marco legal en España”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVI, 2016, pp. 725 y ss. También alude al difícil equilibrio entre un retorno rápido y efectivo del menor y la consideración individual del interés superior del menor LAMONT, R.: “Protecting Children’s Rights after Child Abduction...”, *cit.*, p. 239.

En ciertos casos extremos, como demostraron los asuntos *Povse* o *Aguirre Zárraga*, la ejecución de una resolución de retorno del menor, por mucho que provenga del órgano jurisdiccional competente sobre el fondo, y que éste tenga la obligación de verificar el cumplimiento de determinados extremos antes de certificar la decisión al amparo del artículo 42 del Reglamento, puede dañar seriamente al interés superior del menor afectado en ese momento. Esta es la gran contribución de la jurisprudencia del TEDH que muestra cómo deben tenerse en cuenta, en ciertos casos, los motivos de fondo; frente a la postura del TJUE que, siguiendo estrictamente la letra del Reglamento Bruselas II bis, se ampara en el principio de confianza mutua para evitar cualquier control de la decisión adoptada sobre el menor, en supuestos de traslado ilícito de éste, en ejecución.

Ligado a la difícil relación entre el interés superior en abstracto y en el caso concreto, concurre un segundo debate en torno al reparto de competencias entre el Estado miembro de origen y el Estado miembro requerido con vistas a asegurar la efectiva protección de los derechos fundamentales del menor y, por ende, la salvaguarda de su interés superior. Concretamente, se cuestiona cuál debe ser el papel que deben jugar los órganos jurisdiccionales de ambos Estados, particularmente, en relación con el control del respeto de los derechos fundamentales. A partir de la evaluación de la jurisprudencia del TJUE y el TEDH, parece evidente que la complejidad de los asuntos relativos a menores y, en particular, a la sustracción internacional de menores, no es de partida compatible con un régimen de ejecución automático, sin ningún margen de apreciación por parte de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro requerido respecto de la resolución que se le pide que ejecute.

Más bien, al contrario, las decisiones analizadas tanto del TJUE como del TEDH reflejan que, en ciertos casos extremos, la ejecución de una resolución que afecta a un menor concreto puede contravenir gravemente su interés superior en ese determinado momento. Y ello, por mucho que, previamente, el órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen haya valorado la situación y considerare que sí lo era. En esta línea, la práctica ha demostrado la conveniencia de que, frente a una ejecución automática y ciega, el Estado miembro de ejecución cuente con un mínimo margen de apreciación sobre cuestiones de fondo relacionadas, fundamentalmente, sobre el menor y la salvaguarda de su interés superior y derechos fundamentales.

Es cierto que el TJUE tenía poco margen de actuación sin salirse de lo expresa, y rígidamente, establecido por el Reglamento Bruselas II bis. Sin embargo, la diferente aproximación de los Tribunales de Luxemburgo y Estrasburgo, cuanto menos, puso en evidencia las deficiencias del mecanismo de prevalencia y su régimen de ejecución privilegiado recogido en el Reglamento Bruselas II bis desde un discurso de derechos fundamentales. Así pues, este “diálogo” entre ambos Tribunales constituye un buen punto de partida para reflexionar sobre la idoneidad de mantener en sede de ejecución, un cierto margen de apreciación para el control del respeto de los derechos fundamentales del menor y de su interés superior¹⁰³⁷.

2. La experiencia del Reglamento Bruselas II bis como base para la elaboración del Reglamento Bruselas II ter

Como hemos observado hasta el momento, el Reglamento Bruselas II bis ha evidenciado una multiplicidad de problemas en su funcionamiento en el ámbito del reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de responsabilidad parental. Algunos de ellos, significativamente, resultan comunes a otros instrumentos de DIPr de la UE en materia de familia. Otros, derivan directamente del sistema recogido en el Reglamento. Problemas que se observan con especial nitidez en relación con el procedimiento de ejecución de las decisiones en materia de responsabilidad parental. En todo caso, de su diagnóstico y de la prescripción de soluciones a la problemática del Reglamento se derivan todo un conjunto de consecuencias que, en mayor o menor medida, han sido consideradas a la hora de diseñar el Reglamento Bruselas II ter.

2.1 La ejecución segura y rápida de las decisiones en materia de responsabilidad parental como elemento clave en el funcionamiento del Reglamento Bruselas II bis

La realidad práctica del Reglamento Bruselas II bis refleja una especial complejidad, lo hemos visto en relación con la puesta en funcionamiento del modelo de eliminación absoluta del *exequátur* en relación con las resoluciones en materia de derecho

¹⁰³⁷ GONZÁLEZ MARIMÓN, M.: “El “diálogo” entre el TJUE y el TEDH en torno a la eliminación del *exequátur*...”, *cit.*, p. 92.

de visitas y de ciertas resoluciones en materia de restitución de menores, en el ámbito de la ejecución de resoluciones en materia de responsabilidad parental.

Los progenitores pueden llevar hasta el último extremo su lucha por la custodia del menor, manteniendo la litigiosidad hasta el momento de la ejecución. Por este motivo, se debe tener especial cuidado en que las medidas diseñadas para proteger el interés superior del menor no se vuelvan contraproducentes por un deficiente sistema de ejecución¹⁰³⁸. Ello muestra directamente la relevancia del factor tiempo como un segundo reto inherente a la ejecución de resoluciones foráneas en materia de la responsabilidad parental. El tiempo incide especialmente en los menores de edad, y a su vez, sus circunstancias cambian rápidamente al encontrarse éstos en proceso de crecimiento físico y de formación de su personalidad. En esta evolución constante de los menores de edad es esencial que las resoluciones judiciales que les afecten sean ejecutadas lo más rápidamente posible, ya que, de lo contrario, las circunstancias que justificaron tal resolución pueden haber cambiado significativamente y carecer de la necesaria adaptación a su situación y a la necesaria protección de su interés superior¹⁰³⁹.

El Reglamento ha confrontado estos complejos, y no siempre solubles, problemas en su puesta en la práctica, y no ha demostrado en ella ser todo lo eficiente y rápido que aconseja el interés superior del menor en estos asuntos.

Así, el principal escollo del funcionamiento práctico del mecanismo de ejecución ha sido su duración. La excesiva duración de los procedimientos se debe, fundamentalmente, al aún existente procedimiento de *exequátur* para las resoluciones en materia de responsabilidad parental. Y ello genera una situación de compleja solución dado que si, por un lado, se ha observado cómo una eliminación del *exequátur* “en términos absolutos” puede no garantizar adecuadamente los derechos fundamentales de las partes, especialmente en una materia en la que influyen significativamente los derechos del menor. No menos cierto es que el otro extremo, el mantenimiento de una barrera como es el procedimiento de

¹⁰³⁸ SCOTT, J.M.: “A Question of Trust? Recognition and Enforcement of Judgments”, *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, n.º 1, 2015, p. 27.

¹⁰³⁹ Igualmente destaca la importancia de la celeridad y el efecto perjudicial que puede tener el paso del tiempo sobre los menores GANDÍA SELLENS, M. A.: “La responsabilidad parental...”, *cit.*, p. 805.

exequátur tampoco parece garantizar adecuadamente los derechos de los menores en el espacio judicial europeo.

Dejando de lado la problemática específica de las resoluciones cubiertas por el artículo 40 del Reglamento, respecto de las que, recordemos, se elimina el *exequátur* de forma absoluta, la necesidad de mejorar el procedimiento de ejecución en la reforma del Reglamento ha sido reivindicada por un amplio sector de la doctrina. Se ha señalado, así, que el procedimiento de *exequátur* es complejo, largo y con altos costes procesales¹⁰⁴⁰. La práctica demuestra un coste medio de 2000¹⁰⁴¹ a 4000 euros, varios meses de duración del procedimiento¹⁰⁴² y no siempre una clara certeza y seguridad en el resultado.

La excesiva extensión del procedimiento se debe a que no solo se presenta la solicitud de *exequátur*, sino que posteriormente, se tienden a producir otros retrasos, destacando el transcurso del plazo de apelación de la declaración de ejecutividad. El carácter perjudicial del curso del tiempo en los procedimientos de ejecución fue subrayado por el propio TJUE en el asunto *Igná Rinau*, destacando los perversos efectos que tiene para el correcto funcionamiento del Reglamento¹⁰⁴³ y para el menor. Como afirma el Tribunal de Luxemburgo, este riesgo “*debe ponderarse particularmente en el caso de los menores de corta edad, ya que el tiempo biológico no puede medirse según criterios generales, dada la estructura intelectual y psicológica de estos menores y la rapidez con la que ésta evoluciona*”¹⁰⁴⁴.

La Comisión identifica estas dificultades en su Propuesta de 2016, reconociendo que el procedimiento de *exequátur* implica costes y retrasos innecesarios para los progenitores y los menores implicados. Además, la Comisión alerta de que los plazos de otorgamiento del *exequátur* varían considerablemente de un Estado miembro a otro, pudiendo llegar hasta los dos años en casos de apelación¹⁰⁴⁵.

Todas estas cuestiones coexisten, en relación con algunos concretos ámbitos de la responsabilidad parental, con las tensiones generadas por la existencia de dos posibles

¹⁰⁴⁰ SCOTT, J.M.: “A Question of Trust? Recognition and...”, *cit.*, p. 29.

¹⁰⁴¹ Según FORCADA MIRANDA, J.: *Comentarios ...*, *cit.*, p. 286.

¹⁰⁴² Según REIG FABADO, I.: “El traslado ilícito de menores ...”, *cit.*, p. 618.

¹⁰⁴³ Vid. Asunto *Igná Rinau*, párr. 87.

¹⁰⁴⁴ *Ibíd.*, párr. 81.

¹⁰⁴⁵ Vid. COMISIÓN EUROPEA: “Propuesta...”, *cit.*, p. 4.

aproximaciones en la ejecución, con una velocidad y tratamiento diferenciado en función del tipo de resolución en materia de responsabilidad parental de que se trate¹⁰⁴⁶. Así, mientras las resoluciones sobre derechos de custodia requieren del *exequátur*, las resoluciones relativas a los derechos de visita son ejecutados sin necesidad del mismo al amparo de los artículos 40 y 41 del Reglamento Bruselas II bis. En relación con este punto, se ha destacado la anomalía que supone que una resolución en materia de derechos de visita sea ejecutada con anterioridad a una resolución que decide, por ejemplo, en qué Estado debe residir el menor. Además, esta inconsistencia práctica se ha visto incrementado por el Reglamento en materia de alimentos¹⁰⁴⁷ al contar éste con un régimen de reconocimiento diferente¹⁰⁴⁸. Este problema fue reflejado por la propia Comisión en el proceso de refundición del Reglamento Bruselas II bis, reconociendo que puede dar lugar a situaciones contradictorias¹⁰⁴⁹. A título de ejemplo, se abre la posibilidad de que un Estado miembro deba reconocer el derecho de visita en virtud del Reglamento Bruselas II bis, así como la demanda de alimentos en virtud del Reglamento de Alimentos, y, al mismo tiempo, pueda rechazar el reconocimiento del derecho de visita otorgado en una misma resolución judicial¹⁰⁵⁰.

Más allá de los problemas procesales apuntados, el procedimiento de *exequátur*, en ciertos supuestos excepcionales, puede desentrañar un verdadero peligro para la protección del menor afectado en el caso concreto. Un evidente ejemplo de este potencial riesgo para la protección del menor se encuentra en la Sentencia de 26 de abril de 2012 en el asunto C-92/12 PPU, *Health Service Executive*. Este caso se centra en el reconocimiento de una medida provisional urgente dictada por el órgano jurisdiccional competente sobre el fondo, en relación con el acogimiento de un menor en un Estado miembro distinto al de su residencia habitual. En aras a la urgencia y del particular interés superior del menor en un acogimiento transfronterizo, se plantea ante el TJUE la posibilidad de omitir o acelerar el procedimiento de *exequátur* previsto en el Reglamento Bruselas II bis. Ya que, la exigencia de una declaración de ejecutoriedad pondría en peligro la eficacia de los acogimientos transfronterizos¹⁰⁵¹.

¹⁰⁴⁶ MAGNUS, U.: “Section 4. Enforceability of certain judgments...”, *cit.*, p. 377.

¹⁰⁴⁷ Vid. art. 16 y ss. del Reglamento 4/2009.

¹⁰⁴⁸ SCOTT, J.M.: “A Question of Trust? Recognition and...”, *cit.*, p. 28.

¹⁰⁴⁹ COMISIÓN EUROPEA: “Propuesta...”, *cit.*, p. 4.

¹⁰⁵⁰ COMISIÓN EUROPEA: “Informe de 2014 de la Comisión...”, *cit.*, p. 11.

¹⁰⁵¹ Vid., asunto *Health Service Executive*, párr. 115.

El TJUE señala que la necesidad urgente de proporcionar protección a un menor requiere de una interpretación teleológica de las normas procesales en aras a lograr la máxima celeridad en el proceso de obtención del *exequátur*, esencial para alcanzar los objetivos del Reglamento en materia de responsabilidad parental¹⁰⁵². El Reglamento, señala el Tribunal de Luxemburgo “*debe interpretarse en el sentido de que una resolución de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que ordena el acogimiento forzoso de un menor, en régimen cerrado, en un establecimiento situado en otro Estado miembro debe, antes de ejecutarse en el Estado miembro requerido, ser declarada ejecutiva en ese Estado miembro. Con el fin de no privar al Reglamento de su efecto útil, la resolución del órgano jurisdiccional del Estado miembro requerido acerca de la solicitud de declaración de ejecutoriedad debe dictarse con una particular celeridad, sin que los recursos interpuestos contra tal resolución del órgano jurisdiccional del Estado miembro requerido puedan tener efecto suspensivo*”¹⁰⁵³.

Sin embargo, la alusión al interés superior del menor no es suficiente para cambiar la letra de la ley, por ejemplo, eliminando el *exequátur*, posibilidad que debe realizar el legislador comunitario y que, como reconoce el propio Tribunal de Luxemburgo¹⁰⁵⁴, atendido el tenor del Reglamento, solo se ha previsto en éste en el caso de dos categorías de resoluciones -determinadas resoluciones relativas al derecho de visita y de determinadas resoluciones que ordenan la restitución del menor- respecto de las que el legislador europeo “*renunció expresamente, por razones de rapidez, a imponer una declaración de ejecutoriedad*”¹⁰⁵⁵. Lo que supone que el procedimiento de *exequátur* debe seguirse por lo que respecta a las demás resoluciones en materia de responsabilidad parental que requieren ser ejecutadas en otro Estado miembro¹⁰⁵⁶ buscando, eso sí, la máxima celeridad. El Tribunal lo señala con claridad al afirmar que “*con el fin de no privar al Reglamento de su efecto útil,*

¹⁰⁵² SANDRINI, L.: “Provisional Measures and the Best Interests of the Child in the Field of Parental Responsibility”, en BERGAMINI, E. Y RAGNI, C. (eds.): *Fundamental Rights...*, cit., p. 293.

¹⁰⁵³ Asunto *Health Service Executive*, párr. 133.

¹⁰⁵⁴ *Ibid.*, párr. 121: “*Por último, sin perjuicio de las modificaciones que el legislador pueda, en su caso, decidir incorporar al Reglamento para dar respuesta a las inquietudes manifestadas por varios intervinientes que formularon observaciones en la vista en relación con la pérdida de tiempo inherente al desarrollo de un procedimiento de ejecución, debe examinarse, para garantizar el efecto útil y el buen funcionamiento del Reglamento, qué posibilidades abre éste para alcanzar una solución eficaz en el supuesto de un acogimiento transfronterizo que exija una especial celeridad*”.

¹⁰⁵⁵ Asunto *Health Service Executive*, párr. 116.

¹⁰⁵⁶ Vid. *ibid.*, párr. 118.

*la resolución del órgano jurisdiccional del Estado miembro requerido acerca de la solicitud de declaración de ejecutoriedad debe dictarse con una particular celeridad, sin que los recursos interpuestos contra tal resolución del órgano jurisdiccional del Estado miembro requerido puedan tener efecto suspensivo*¹⁰⁵⁷.

En cierto sentido, la práctica jurisprudencial del TJUE, y en concreto la decisión en el asunto *Health Service Executive* advierte al legislador de la UE sobre los problemas existentes en la aplicación del Reglamento Bruselas II bis en lo referente a la ejecución en un Estado miembro de las resoluciones dictadas en otro. Una advertencia que, aparentemente, el legislador constata y corrige en el texto del Reglamento Bruselas II ter. Así, la propia Comisión reconoce en la Propuesta de la Comisión de 2016 que los problemas de funcionamiento del Reglamento no se deben tan solo a la exigencia del *exequátur*, sino que de una forma genérica también están relacionados con la ejecución propiamente dicha. En esta Propuesta se refleja el dato preocupante de que, en muchas ocasiones, la práctica ha revelado que las resoluciones se ejecutan con mucho retraso, o incluso que no llegan a ejecutarse en absoluto, dependiendo su ejecución “*eficaz... de las estructuras nacionales establecidas para garantizarla*”¹⁰⁵⁸, manifestando que el enfoque jurídico y práctico de la ejecución de las resoluciones en materia de Derecho de familia varía entre los Estados miembros. En particular, señala la Comisión “*por lo que se refiere a las medidas de ejecución que se adoptan*”¹⁰⁵⁹.

Éste constituye uno de los principales retos de la legislación de la UE en materia de responsabilidad parental, dado que, efectivamente, la ejecución queda en manos de cada Estado miembro y de sus estructuras nacionales, las cuales varían considerablemente en temas relacionados con el Derecho de familia¹⁰⁶⁰. Frente a este complejo problema, la Comisión propone impulsar medidas eficaces para garantizar la eficacia de las resoluciones relacionadas con un menor. Aunque siempre, dejando un cierto margen de maniobra que permita reaccionar rápidamente frente a cualquier riesgo que se derive del procedimiento de ejecución y que afecte al interés superior del menor: “*cuando hay menores que pueden verse afectados, debe seguir existiendo la posibilidad de reaccionar rápidamente ante cualquier*

¹⁰⁵⁷ Vid. *ibíd.*, párr. 129.

¹⁰⁵⁸ COMISIÓN EUROPEA: “Propuesta...”, *cit.*, p. 5.

¹⁰⁵⁹ *Ibidem.*

¹⁰⁶⁰ FORCADA MIRANDA, J.: *Comentarios ...*, *cit.*, p. 303.

riesgo temporal o permanente para el interés superior del menor que pueda derivarse de dicha ejecución”¹⁰⁶¹.

De alguna manera, la Comisión es plenamente consciente de que sobre el sistema de reconocimiento y ejecución descansa la virtualidad del modelo del Reglamento. Que dicho sistema constituye la prueba última de si el sistema articulado por el Reglamento Bruselas II bis funciona correctamente en la práctica, y en concreto, de si existe una verdadera confianza mutua entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. Si las resoluciones judiciales no son ejecutadas correcta y rápidamente por los Tribunales de los distintos Estados miembros de la Unión, las buenas intenciones sobre las que se sustenta -y recogidas- en el Reglamento Bruselas II bis quedan en palabras vacías¹⁰⁶².

Esta concienciación en relación con la relevancia de la decisión en torno al mantenimiento del *exequátur* como regla general en el Reglamento Bruselas II bis convive con el debate planteado en relación con la eliminación del *exequátur* respecto de ciertas categorías y tipos de resoluciones en materia de responsabilidad parental en el texto reglamentario.

Ahora bien, los retrasos en la ejecución de las resoluciones en materia de responsabilidad parental no solo afectan a aquellas sometidas al régimen general de reconocimiento y ejecución, sino que igualmente ocurren en la aplicación del régimen privilegiado. Los distintos asuntos estudiados del TJUE, y muy en particular, el asunto *Povse*, demuestran esta preocupante realidad. En este sentido, en la práctica española, igualmente revelador es el ATS (Sala de lo civil) de 17 de octubre de 2018¹⁰⁶³, en el que el TS conoce de un caso de reconocimiento y ejecución de una sentencia dictada por el Tribunal Superior de Inglaterra y Gales que ordenaba el retorno del menor, certificada de conformidad con el artículo 42 del Reglamento Bruselas II bis¹⁰⁶⁴. Esta resolución pone de manifiesto un evidente error en la aplicación del régimen privilegiado del Reglamento Bruselas II bis ya

¹⁰⁶¹ COMISIÓN EUROPEA: “Propuesta...”, *cit.*, p. 5.

¹⁰⁶² SCOTT, J.M.: “A Question of Trust? Recognition and...”, *cit.*, p. 28.

¹⁰⁶³ ECLI:ES:TS:2018:10945A. Vid. comentario de RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “Sustracción internacional de menores, Orden de retorno europea, exequatur y casación: Comentario al ATS de 17 octubre 2018 (RJ 2018, 4483)”, *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 110, 2019, pp. 1-8.

¹⁰⁶⁴ “En concreto el objeto del procedimiento, instado por D. Lucio, es el de proceder a la oportuna ejecución de la resolución dictada por el Tribunal Inglés en 27 de agosto de 2014 (Expediente NUM000), ejecución que comporta la restitución de la menor Juliana a Inglaterra, para ser puesta bajo el cuidado del Consejo del Condado de Surrey, y ello al amparo de los artículos 40 y 42 del Reglamento 2201/2003” (F.J. 1º).

que, a pesar de que, como sabemos, la resolución es directamente ejecutiva, y el Juez español se debe limitar a constatar su fuerza ejecutiva y a ejecutarla, se inicia un procedimiento de restitución de menores previsto en la LEC. Aunque es cierto que dicho error es imputable a la parte demandante, igualmente se constata el fallo del sistema, ya que dicho error se “corrige” por la AP después de dieciocho meses desde que se dictó la resolución inglesa, resolución que además no se ejecuta puesto que la madre plantea el recurso ante el TS, lo que retrasa otros treinta y seis meses la definitiva resolución del caso – inadmisión del recurso por falta de interés casacional-¹⁰⁶⁵. Consecuentemente, la ejecución se retrasa más de cuatro años desde que se solicita. Este supuesto evidencia el impacto que puede tener el procedimiento de ejecución en el interés superior del menor implicado en el caso concreto, quién debe retornar tras cuatro años en España y, por tanto, su integración en el entorno español. En definitiva, esta resolución constituye un síntoma claro de que no hay todavía un adecuado conocimiento generalizado de las normas de la UE¹⁰⁶⁶.

2.2 El subyacente, y multiforme, debate sobre la eliminación del exequátur en el marco del Reglamento Bruselas II bis

La libre circulación de las resoluciones judiciales en materia de responsabilidad parental afecta, directamente, a los menores y a sus familias. Si las familias tienen la libertad de circular libremente, también lo deberían hacer las resoluciones que le afectan. Igualmente, el estatus de un menor debería tener continuidad en el territorio de la Unión y ser el mismo independientemente del Estado miembro en el que se encuentre. En un espacio de libertad, seguridad y justicia, debe haber confianza en que, si se dicta una resolución en relación con un menor, esta resolución va a ser rápidamente ejecutada en otro Estado miembro en caso de ser necesario, como si se tratara de una resolución nacional.

¹⁰⁶⁵ En este sentido RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “Sustracción internacional de menores, Orden de retorno europea...”, *cit.*, p. 4.

¹⁰⁶⁶ Igualmente en este sentido *ibíd.*, p. 8. Otros casos sí que demuestran un conocimiento más exhaustivo de la normativa europea. A título de ejemplo, SAP de Barcelona 286/2018, de 20.6.2018, ECLI:ES:APB:2018:3724A, por la que la AP revoca la resolución del Juzgado de primera instancia que deniega la ejecución de una resolución de Reino Unido dictada y certificada de conformidad con el art. 41 del Reglamento Bruselas II bis, y ordena ejecutar la sentencia, entendiendo a la perfección el funcionamiento de dicho precepto.

El Reglamento Bruselas II bis ha demostrado ser un banco de pruebas en el proceso de integración de la UE en el sector de la eficacia extraterritorial de las resoluciones dictadas en otros Estados miembros de la UE. Las familias internacionales, circulando en el territorio de la UE, requieren que las resoluciones judiciales y acuerdos sobre sus relaciones familiares gocen de una movilidad tan ágil y flexible como lo pueden hacer las personas en la UE. Esta necesidad genérica y común en Derecho de familia, se ve acompañada –y acrecentada– por las especialidades propias de cualquier temática y situación en la que se ve afectada directamente un menor. El interés superior del menor constituye un objetivo esencial del Reglamento Bruselas II bis y en cualquier cuestión que involucre a un menor está presente, de forma cada vez más relevante, una perspectiva orientada a la garantía de sus derechos. Esta perspectiva proyectada en el ámbito del reconocimiento y ejecución de resoluciones foráneas se plasma en la trascendencia de lograr la máxima celeridad en los procedimientos que afectan a menores, y más aún si cabe, en los procedimientos de ejecución.

*2.2.1 Las plurales críticas a la desaparición absoluta del *exequátur**

En el contexto de una ejecución transfronteriza de una resolución que afecta a un menor en el territorio de la Unión, siempre está latente un riesgo inherente a la naturaleza de estos casos que ha quedado ya aseverada al valorar la práctica del TJUE en relación con el mecanismo de prevalencia que las circunstancias del menor cambien entre el momento en el que se dicta la resolución en el Estado miembro de origen y el momento en el que, tras los trámites pertinentes, se ejecute, efectivamente, la resolución en la práctica. En el extremo, quizá, contrario, se encuentra la problemática, aún no resuelta, de la supresión del *exequátur* y de la necesaria protección de los derechos fundamentales de las partes, pero, sobre todo, del menor y de su interés superior, en sede de ejecución¹⁰⁶⁷. Una vez más, la práctica del TJUE manifiesta los múltiples problemas generados por la automaticidad de la solución recogida en el Reglamento Bruselas II bis y su potencial impacto negativo en la persona del menor.

¹⁰⁶⁷ También en el sector de reconocimiento y ejecución se debe plasmar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Al respecto vid. DIAGO DIAGO, P.: “La tutela judicial efectiva en el marco internacional: equilibrio entre los derechos del demandante y los derechos del demandado”, en MARTÍNEZ CAPDEVILLA, C. M. y MARTÍNEZ PÉREZ, E. (dirs.): *Retos para la acción exterior de la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, p. 659.

Focalizándonos en esta última opción, la eliminación del *exequátur* en términos “absolutos” no solo ha demostrado presentar importantes vicisitudes y dificultades en la práctica, sino que, además, desde un inicio, ha recibido críticas por parte de la doctrina. Estas críticas han estado muy ligadas al funcionamiento del mecanismo de prevalencia¹⁰⁶⁸; esto es, a la combinación de un ya de por sí polémico mecanismo, con la posterior ejecución directa de la resolución resultante del mismo. Dejando los problemas suscitados por el mecanismo de prevalencia para ser abordados en el apartado relativo a las normas en materia de sustracción internacional de menores¹⁰⁶⁹ conviene que ahora nos focalicemos, con carácter general, en los interrogantes generados por –y deficiencias de- la eliminación del *exequátur* en términos absolutos.

En este sentido, el eje central de las críticas al régimen privilegiado de reconocimiento y ejecución contemplado en el Reglamento Bruselas II bis ha sido, precisamente, la ejecución directa y automática de las resoluciones sin posibilidad de alegar ningún motivo de oposición a ésta. Esta eliminación del *exequátur* “en términos absolutos” tiene por consecuencia principal la ausencia de cualquier tipo de control del Estado miembro de ejecución, ni siquiera de alegaciones sobre la contrariedad con el orden público o sobre el bienestar del menor.

Esta ausencia de control es vislumbrada por algunos¹⁰⁷⁰ como un potencial peligro para la adecuada protección y control del respeto de los derechos fundamentales, especialmente, en una materia en la que alcanzan un especial protagonismo los derechos del menor y la salvaguarda de su interés superior. La obligación del Juez del Estado miembro requerido de ejecutar ciertas resoluciones, las previstas en el artículo 40 del Reglamento, provenientes de otro Estado miembro, sin ni siquiera prever un motivo genérico de oposición de la ejecución basado en el orden público o en el interés superior del menor en el caso concreto, puede desencadenar ciertos problemas en torno a la protección de los derechos fundamentales del menor y de su interés superior en concreto¹⁰⁷¹.

¹⁰⁶⁸ Entre otros vid. VAN LOON, H.: “The Brussels IIa Regulation: towards a review?”, *cit.*, p. 203.

¹⁰⁶⁹ Vid. *infra* Cap. Cuarto, ap. I.

¹⁰⁷⁰ Cuniberti plantea los riesgos del sistema de eliminación del *exequátur* en el Reglamento Bruselas II bis y el control del respeto de los derechos fundamentales. CUNIBERTI, G.: “Abolition de l’exequatur et présomption...”, *cit.*, p. 304.

¹⁰⁷¹ *Ibid.*, p. 304 y ss.

Se habla, incluso, de que la supresión del *exequátur* “en términos absolutos” plantea problemas desde el punto de vista del derecho a la tutela judicial efectiva que garantizan tanto el artículo 6 del CEDH como el artículo 47 de la CDFUE¹⁰⁷². No puede descartarse que en algún caso haya existido una violación de los derechos fundamentales en origen, y esto debería poder ser alegado en la fase de ejecución.

Sin embargo, no toda la doctrina observa peligros para la protección de los derechos fundamentales del menor. Algunos autores no comparten esta posición. Así, por ejemplo, Lenaerts, siguiendo la argumentación proporcionada por el TJUE¹⁰⁷³, entiende que el principio de reconocimiento mutuo, en el terreno de la protección de los derechos fundamentales en general, parte de la presunción de que todos los órganos judiciales nacionales proporcionan un equivalente y efectivo nivel de protección¹⁰⁷⁴. Ello se traduce, en este sentido y en relación específicamente con el menor y la salvaguarda de sus derechos y de su interés superior, en que la adecuada protección de los derechos fundamentales quede adecuadamente garantizada en el Estado miembro de origen de la resolución.

Además de las dudas en torno a una adecuada protección de los derechos fundamentales del menor y de su interés superior en sede de ejecución, se ha planteado un segundo grupo de críticas más estructurales, relacionadas con el principio de confianza mutua y la armonización del DIPr europeo. Cierta sector de la doctrina europea es, así, particularmente crítica con la eliminación del *exequátur*, considerando que la integración europea no ha adquirido un grado suficiente de madurez como para suprimir cualquier barrera en la ejecución forzosa de una resolución extranjera.

Fundamentalmente, se entiende como una medida prematura para la cual el espacio judicial europeo no está preparado. Se apunta que la práctica ha evidenciado un “recelo” de los Estados miembros a la eliminación del *exequátur* “en términos absolutos”. La imposibilidad de oposición a la ejecución, y, en consecuencia, la desaparición de todo control en el Estado miembro requerido no ha sido recibido satisfactoriamente. Sobre todo, se han manifestado reticencias en cuanto a las garantías de los procedimientos en origen. Todo ello no sería más que un reflejo de que el principio de confianza mutua no está

¹⁰⁷² LÓPEZ DE TEJADA RUIZ, M.: “La supresión del *exequátur* en el espacio...”, *cit.*, p. 7.

¹⁰⁷³ Concretamente, cita al asunto *Aguirre Zárraga*, párr. 59 y 61.

¹⁰⁷⁴ LENAERTS, K.: “The best interest of the child always come first...”, *cit.*, p. 1317.

suficientemente maduro como para instaurar una ejecución directa sin un último control, por reducido que sea, en el Estado requerido¹⁰⁷⁵. Es más, se ha llegado a señalar que el 75% de las resoluciones de retorno del artículo 11.8 del Reglamento Bruselas II bis no son ejecutadas en la práctica¹⁰⁷⁶.

Se ha llegado a afirmar, en este sentido, que el principio de confianza mutua no puede consistir en una “confianza ciega, ajena a la heterogeneidad de sistemas jurídicos y procesales que caracteriza todavía la Unión Europea”. Esta diferencia aún existente impide la supresión de todo control en el Estado miembro requerido, pues solo un órgano jurisdiccional de este Estado está en posición, real, de valorar la vulneración de sus principios fundamentales¹⁰⁷⁷.

Se apuesta, de esta suerte, por instaurar, previamente, un clima de confianza como paso previo imprescindible para lograr un eficaz funcionamiento del sistema de eliminación del *exequátur*. Para ello, se propone el desarrollo de dos ejes fundamentales: por un lado, la responsabilidad de los órganos jurisdiccionales competentes sobre el fondo del asunto en virtud del Reglamento; y, por otro, la existencia de salvaguardias procesales en el Estado miembro de origen. Dos ejes que, además, deben funcionar gracias a una adecuada cooperación entre las autoridades de los Estados miembros implicados¹⁰⁷⁸.

En suma, un número relevante de autores entiende que el sistema del Reglamento Bruselas II bis acaba favoreciendo un principio de confianza mutua en sentido único hacia el Estado miembro de origen –competente sobre el fondo en virtud del Reglamento-¹⁰⁷⁹. Por ello, se aboga por el establecimiento de un mejor equilibrio entre las competencias del Estado

¹⁰⁷⁵ En palabras de Rodríguez Pineau: “La imposible oposición a la ejecución y la desaparición de todo control por parte del Estado requerido suscitó pronto recelos en algunos Estados miembros en cuanto a las adecuadas garantías que los procedimientos tenían en origen, poniendo de manifiesto que el principio de confianza mutua entre Estados miembros no estaba suficientemente maduro para aceptar la ejecución directa sin un último control por parte del Estado requerido¹⁰⁷⁵, como implícitamente se reconoció en otros textos que regulaban la ejecución directa de decisiones provenientes de otro Estado miembro”. RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “La oposición al retorno...”, *cit.*, p. 18.

¹⁰⁷⁶ BEAUMONT, P., WALKER, L. y HOLLIDAY, J.: “Parental Responsibility and International Child Abduction in the proposed recast of Brussels IIa Regulation and the effect of Brexit on future child abduction proceedings”, *University of Aberdeen, Working Paper 6*, 2016. Versión *on line* disponible en https://www.abdn.ac.uk/law/documents/CPIL_Working_Paper_No_2016_6_revised.pdf, último acceso el 7.4.2020, p. 8.

¹⁰⁷⁷ LÓPEZ DE TEJADA RUIZ, M.: “La supresión del *exequátur* en el espacio...”, *cit.*, pp. 2-5.

¹⁰⁷⁸ CARO GÁNDARA, R.: “De la desconfianza recíproca al reconocimiento mutuo...”, *cit.*, p. 2.

¹⁰⁷⁹ CARO GÁNDARA, R.: “Desconfianza comunitaria a la luz de la jurisprudencia...”, *cit.*, p. 420.

miembro de origen y del Estado miembro requerido, sobre todo en relación con el mecanismo de prevalencia¹⁰⁸⁰.

Sin embargo, no nos encontramos ante una posición unánime. Frente a estas posturas críticas, existen posiciones que no perciben una incompatibilidad entre una adecuada protección de los derechos fundamentales y el principio de confianza mutua, entendiendo que éste último no tiene por qué suponer una reducción del nivel de protección de los derechos fundamentales. Sino que, simplemente, el Reglamento confía tal protección al Estado miembro de origen, partiendo de la presunción de un igual estándar de protección de los derechos fundamentales en todos los Estados miembros de la UE¹⁰⁸¹. Desde esta perspectiva, se concluye que los dos objetivos perseguidos por el Reglamento Bruselas II bis –la protección de los derechos fundamentales del menor y el fortalecimiento del principio de confianza entre los Tribunales nacionales– no se encuentran en una situación de competición entre ellos, sino en una relación de dependencia¹⁰⁸².

2.2.2 La inexistencia de un mínimo común normativo –tanto sustantivo como procesal– como freno a la viabilidad práctica del sistema de desaparición absoluta del exequátur

En todo caso, e íntimamente relacionado con los puntos anteriores, se ha puesto de manifiesto que la actual falta de armonización en las normas procesales y materiales de los distintos Estados miembros de la Unión, y la consecuente divergencia entre las legislaciones nacionales de unos y otros, constituye un gran obstáculo para el logro real de la confianza mutua, y, por tanto, para un correcto funcionamiento de un sistema de eficacia directa sin

¹⁰⁸⁰ MCELEAVY, P.: “Brussels II bis: Matrimonial matters, Parental responsibility, Child Abduction and Mutual Recognition”, *The International and Comparative Law Quarterly*, nº. 53, 2004, p. 510; ANCEL, B. y MUIR WATT, H.: “L’*intérêt supérieur de l’enfant dans le concert...*”, *cit.*, p. 602; KRUGER, T. y SAMYN, L.: “Brussels II bis: successes and suggested...”, *cit.*, p. 158; ESPINOSA CALABUIG, R.: *Custodia y visita de menores...*, *cit.*, p. 223; JIMÉNEZ BLANCO, P.: *Litigios sobre la custodia y sustracción...*, *cit.*, p. 140.

¹⁰⁸¹ LENAERTS, K.: “The best interest of the child always come first...”, *cit.*, p. 1325.

¹⁰⁸² En palabras de Lenaerts: “Seen in this light, the two objectives pursued by the Brussels II bis Regulation, namely, protecting the best interests of the child and enhancing mutual trust among national courts, are not in competition, but in a mutually depending relationship. The system set up by the Brussels II bis Regulation will work at its best where the court of the Member State of origin does its work properly, i.e. where it affords an effective judicial protection to the fundamental rights of the child concerned”. LENAERTS, K.: “The best interest of the child always come first...”, *cit.*, p. 1326.

ningún tipo de control en el Estado miembro requerido¹⁰⁸³. Por citar un ejemplo, se señala como un elemento clave en la salvaguarda de los derechos fundamentales y del interés superior del menor como puede ser la audiencia del menor posee una diferente concepción en los distintos ordenamientos jurídicos de la UE¹⁰⁸⁴.

En todo este debate subyace un problema transversal que aparece recurrentemente al abordar el proceso de armonización normativo europeo y las normas de DIPr de la UE como es la coexistencia de legislaciones independientes ancladas en tradiciones jurídicas diversas. En esta línea, se apuesta por la necesidad de introducir, al menos, una mínima armonización de normas procesales y materiales que asegure el derecho a la tutela judicial de las partes en el proceso principal¹⁰⁸⁵. Como forma de evitar la persistencia, al menos en el ámbito del Derecho de familia, de importantes reticencias o recelos a reconocer y ejecutar, a ciegas, una resolución extranjera sobre un menor, por mucho que provenga de un Estado miembro de la UE.

Precisamente esta cuestión ha estado presente en el proceso de refundición del Reglamento Bruselas II bis suscitándose el grado de armonización que se debe alcanzar en las diversas legislaciones procesales de los Estados miembros.

Y es que la plena aplicación del principio de reconocimiento mutuo podría verse afectada por las divergencias procesales¹⁰⁸⁶. Dicho principio de reconocimiento mutuo se ha ido consolidando por la jurisprudencia del TJUE como parte del objetivo de consolidación en la práctica de las libertades básicas del mercado interior. Sin embargo, y a pesar de los avances, se siguen encontrando problemas debido a las disparidades presentes entre las legislaciones estatales reguladoras del proceso de ejecución¹⁰⁸⁷. Disparidades sustantivas y, también, procesales.

1) Con respecto a las primeras, las sustantivas, en su momento, la doctrina ya advirtió de los potenciales problemas que podían surgir en la materia de Derecho de familia

¹⁰⁸³ En este sentido, Arenas García concluye que la confianza mutua debe potenciarse mediante la integración de los sistemas jurídicos. ARENAS GARCÍA, R.: “Construyendo la confianza mutua”, en AA.VV.: *El Derecho Internacional privado ...*, cit., p. 155.

¹⁰⁸⁴ En este sentido, y a título de ejemplo, Espinosa Calabuig indica que mientras que en Alemania la audiencia del menor es un principio de rango constitucional, a diferencia del caso español. ESPINOSA CALABUIG, R.: *Custodia y visita de menores...*, cit., pp. 190 y ss.

¹⁰⁸⁵ GUZMÁN ZAPATER, M.: “Cooperación civil...”, cit., pp. 6 y 7.

¹⁰⁸⁶ FONT i SEGURA, A.: “El progresivo avance...”, cit., p. 298.

¹⁰⁸⁷ Vid. ESPINOSA CALABUIG, R.: *Custodia y visita de menores...*, op. cit., p. 215.

debido a las destacables diferencias entre las tradiciones de los Estados miembros, alertando de que la fuerza que tienen arraigadas concepciones culturales no debería menospreciarse¹⁰⁸⁸. A modo de ejemplo, se hace referencia a la introducción de nuevas concepciones de familia como paradigma. En este sentido, las divergencias sustantivas en el ámbito del Derecho de familia, en cuanto afectan directamente a la vida de las personas, pueden tener mucho mayor calado que en asuntos comerciales o mercantiles¹⁰⁸⁹.

2) Mas, aun siendo relevantes, no son las únicas. La coexistencia de distintas normativas procesales en materia de ejecución tiene también un impacto directo en el funcionamiento del sistema europeo. El Juez nacional actúa como Juez europeo, pero aplica, en este caso, normativa estatal. En este sentido, la consulta pública planteada por la Comisión como parte del proceso de elaboración del Reglamento Bruselas II ter dará como resultado la presencia de un número importante de respuestas que consideraba que la ejecución de las resoluciones en materia de responsabilidad parental dictadas en otro Estado miembro “ofrecía un gran margen de mejora. La principal sugerencia de los profesionales del Derecho contemplaba la adopción de normas mínimas comunes, incluido un procedimiento de ejecución uniforme, aunque los Estados miembros se mostraron reticentes con respecto a esta solución”¹⁰⁹⁰.

Parte de la doctrina ha alertado de que, entre otras razones, la ejecución se complica debido a que no hay un consenso entre los Estados miembros en cuanto a cómo debe materializarse. En efecto, el procedimiento de ejecución se rige por la ley de cada Estado miembro y muestra importantes divergencias¹⁰⁹¹. A título de ejemplo, se han destacado cuestiones como: el tratamiento del cambio de circunstancias desde que se dictó la resolución, la oposición del menor a la ejecución, la inexistencia en algunos Estados de procedimientos específicos en materia de familia y la necesidad, por tanto, de recurrir a procedimientos en materia civil y comercial, la utilización de los recursos contra las medidas de ejecución como forma de revisión en cuanto al fondo de una revisión extranjera, etc.¹⁰⁹².

¹⁰⁸⁸ FONT i SEGURA, A.: “El progresivo avance...”, *cit.*, p. 298.

¹⁰⁸⁹ *Ibid.*, p. 299.

¹⁰⁹⁰ COMISIÓN EUROPEA: “Propuesta...”, *cit.*, p. 9.

¹⁰⁹¹ En profundidad sobre esta cuestión vid. T.M.C. ASSER INSTITUUT: “Comparative study on enforcement procedures of family rights, Synthesis report”, JLS/C4/2005/06, La Haya, 2007. Versión *on line* disponible en http://www.jafbase.fr/docUE/study_family_rights_synthesis_report_en.pdf, último acceso el 24.2.2021.

¹⁰⁹² CORNELOUP, S. y KRUGER, T.: “Le Règlement 2019/1111, Bruxelles II: la protection...”, *cit.*, p. 234.

Y, a mayor abundamiento, también se ha destacado como la realidad práctica muestra la existencia de múltiples métodos diferentes de ejecución: mediación, medidas coercitivas como multas o prisión dirigidas a los titulares de la responsabilidad parental, fuerza directa aplicada sobre el menor, mientras que otros Estados nunca ejercerían fuerza directa sobre el menor, etc.¹⁰⁹³.

Frente a esta realidad compleja y plural, la eliminación del *exequátur* y el diseño de un sistema de certificados que conduce a la ejecución automática de la resolución dictada en otro Estado miembro, aunque es satisfactorio desde el punto de vista teórico y político, no da respuesta a algunos problemas prácticos que perduran desde antiguo. Estos problemas podrían resolverse en parte mediante el establecimiento de ciertos estándares mínimos comunes y medidas blandas que generen un margen de confianza entre los operadores jurídicos de los distintos Estados miembros de la UE. Sin embargo, ni siquiera estos estándares podrán hacer frente al problema de fondo: que habitualmente existirá una parte que se opone firmemente a la ejecución de una resolución y hará todo lo posible para evitarla, en algunas ocasiones tendrá motivos sustantivos, en otras será simplemente una cuestión personal o emotiva¹⁰⁹⁴.

Dejando de lado el debate sobre la base jurídica para proceder a esta eventual reforma¹⁰⁹⁵, no toda la doctrina está de acuerdo en armonizar las normas procesales y materiales a través de los Reglamentos de DIPr de la UE. Se rechaza, así, por algunos, de forma general, la posibilidad de armonizar ciertos aspectos procesales a través de un instrumento específico como, en nuestro caso, es el Reglamento Bruselas II bis. Se entiende que esta medida tendería a fragmentar las legislaciones procesales de cada Estado miembro, en cuanto existirían diversas normas aplicables dependiendo del tipo de resolución o materia a abordar¹⁰⁹⁶.

Ello no quiere decir que no se considera necesario el logro de un cierto grado de armonización de un elenco de estándares mínimos que resulten comunes a todas las legislaciones de los Estados miembros, en la búsqueda de la concreción de un mínimo común

¹⁰⁹³ SCOTT, J.M.: “A Question of Trust? Recognition and...”, *cit.*, pp. 33 y ss.

¹⁰⁹⁴ *Ibid.*, p. 35.

¹⁰⁹⁵ Al respecto, vid. por todos, IGLESIAS BUHIGUES, J.L.: “Luces y sombras de la cooperación ...”, *cit.*, pp. 535-552; ORDÓÑEZ SOLÍS, D.: “La configuración del Espacio Judicial Europeo”, *cit.*, pp. 105-139;

¹⁰⁹⁶ KRUGER, T. y SAMYN, L.: “Brussels II bis: successes and suggested...”, *cit.*, p. 161.

en el ámbito de la ejecución. Apoyándose incluso, por algunos, que esta armonización debería ser genérica o adoptar la forma de una Directiva. Se apuntan, incluso, algunos de estos mínimos comunes a alcanzar: la celeridad en los procedimientos relativos a la responsabilidad parental; y, en supuestos de sustracción internacional de menores, la concentración de la jurisdicción y la limitación de los recursos¹⁰⁹⁷.

Más aún, y de forma más ambiciosa, algún sector doctrinal apunta igualmente la conveniencia de alcanzar un cierto consenso sobre las bases del procedimiento de ejecución material de las resoluciones en materia de responsabilidad parental. Estándares mínimos comunes, por ejemplo, en torno a la cuestión de bajo qué límites se puede ejercer la fuerza directa sobre el menor, o la naturaleza de las multas que se pueden imponer a los progenitores¹⁰⁹⁸. Se proponen, igualmente, escalas de tiempo comunes para la ejecución de las resoluciones, para evitar que una ejecución lenta suponga un cambio de las circunstancias del menor antes de que llegue a ejecutarse la resolución¹⁰⁹⁹.

En este sentido, uno de los aspectos que ha agudizado los problemas derivados de la falta de armonización de las legislaciones procesales y materiales de los Estados miembros en relación con la ejecución de las resoluciones extranjeras en materia de responsabilidad parental es el relativo a la audiencia del menor¹¹⁰⁰. La propia Comisión, en el procedimiento de refundición del Reglamento Bruselas II bis, constata que en la práctica ha habido dificultades específicas como consecuencia de las diferentes normas de los Estados miembros en este ámbito. De hecho, y tal como manifiesta la práctica jurisprudencial del TJUE y del TEDH, se señala cómo uno de los motivos de oposición a la ejecución de las resoluciones en materia de responsabilidad parental provenientes de otros Estados de la Unión frecuentemente utilizado en la práctica, ha resultado ser, precisamente, el hecho de que las resoluciones judiciales se emitan sin que el menor haya tenido oportunidad de ser escuchado¹¹⁰¹.

Tal es la relevancia práctica del problema, que la propia Comisión reconoce que la introducción de unas normas mínimas de procedimiento en relación con la audiencia del

¹⁰⁹⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁹⁸ SCOTT, J.M.: "A Question of Trust? Recognition and...", *cit.*, p. 34.

¹⁰⁹⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰⁰ Sobre la audiencia del menor vid. *infra* Cap. Tercero, ap. III.

¹¹⁰¹ COMISIÓN EUROPEA: "Informe de 2014 de la Comisión...", *cit.*, p. 11.

menor contribuiría a reforzar la confianza mutua entre los Estados miembros. Y, en consecuencia, facilitaría la aplicación de las disposiciones relativas a la eficacia extraterritorial de las resoluciones judiciales¹¹⁰².

No es este, sin embargo, una vez más, la única barrera al establecimiento de un sistema efectivo y seguro de circulación de las resoluciones en materia de responsabilidad parental en la Unión Europea. A mayor abundamiento, la Comisión también alude como un problema la diferente interpretación del término “ejecución” por parte de los distintos Estados miembros. Una divergencia que ha tenido consecuencias importantes -y discordantes- en relación con la determinación de qué resoluciones en materia de responsabilidad parental se agotan en el reconocimiento o, por el contrario, requieren de ejecución¹¹⁰³.

Todas estas valoraciones demuestran como la eliminación del *exequátur* en el Reglamento Bruselas II bis, en relación con ciertas resoluciones en materia de responsabilidad parental, ha trascendido el ámbito de la materia tratada para constituir un verdadero banco de pruebas del grado de consolidación del proceso mismo de integración europea¹¹⁰⁴. Poniendo de manifiesto cómo, para superar los actuales retos en el proceso de integración de la UE en el marco del espacio de libertad, seguridad y justicia, resulta necesario avanzar en la adopción de ciertas medidas que mejoren la percepción en cuanto a la confianza mutua de las distintas Administraciones de Justicia implicadas y que, en ocasiones, van más allá de la regulación legislativa. Medidas de naturaleza y ámbito diverso que, significativamente, no siempre le corresponderá adoptar al legislador europeo.

Se habla, así, de lo esencial que resulta que los órganos jurisdiccionales implicados apliquen correctamente las normas de la UE. Para ello, se debe fomentar la responsabilidad del Juez competente sobre el fondo en virtud del Reglamento. Esta responsabilidad

¹¹⁰² *Ibíd.*, p. 12.

¹¹⁰³ A título de ejemplo, la Comisión se refiere al caso de una persona designada como tutor de un menor por el órgano jurisdiccional de un Estado miembro, y este tutor solicita el pasaporte en otro Estado miembro. En estos supuestos, algunos Estados miembros solo requieren el reconocimiento de la resolución judicial que atribuye la tutela, mientras que otros requieren la ejecución de tal resolución, puesto que consideran la emisión del pasaporte como un acto de ejecución. COMISIÓN EUROPEA: “Informe de 2014 de la Comisión...”, *cit.*, p. 12.

¹¹⁰⁴ CARO GÁNDARA, R.: “De la desconfianza recíproca al reconocimiento mutuo...”, *cit.*, p. 1.

constituye el primer presupuesto para que se garantice una adecuada ejecución¹¹⁰⁵, o de la necesidad ineludible de fomentar un verdadero clima de confianza entre órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. Objetivo que, además, necesita de varios factores combinados, tendentes a crear lazos entre los Tribunales implicados. Algunos ejemplos clave podrían ser, por un lado, la promoción y el reforzamiento de la cooperación y la comunicación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros implicados, pues dicha comunicación facilitará, en gran medida, la posterior confianza en sede de ejecución¹¹⁰⁶. Y, paralelamente, la mejora de la formación e información de los profesionales. Todo ello acompañado de la espinosa cuestión de la armonización de ciertas normas básicas tanto procesales como sustantivas.

En definitiva, queda patente que el régimen privilegiado de reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de derechos de visita y retorno del menor, consistente en la eliminación del *exequátur* “en términos absolutos”, ha generado opiniones discordantes en la doctrina. De hecho, tampoco el legislador de la UE ha optado por seguir el modelo del Reglamento Bruselas II bis y reproducir el paso de eliminar el *exequátur* de forma absoluta en el resto de los instrumentos europeos en materia de DIPr adoptados con posterioridad. Por el contrario, el legislador de la UE ha seguido otros modelos como el del Reglamento Bruselas I bis, esto es, la eliminación del *exequátur*, pero con el mantenimiento de ciertas salvaguardias procesales. Lo que se traduce en el establecimiento de unos motivos de denegación al reconocimiento y a la ejecución comunes, y, además, tasados, entre los que se incluye el orden público¹¹⁰⁷.

¹¹⁰⁵ También han destacado la importancia de la responsabilidad del órgano jurisdiccional competente sobre el fondo en virtud del Reglamento, *ibíd.*, p. 2 y ss.

¹¹⁰⁶ Recalcando, igualmente, la importancia de reforzar la cooperación entre autoridades para la confianza mutua, *ibíd.*, p. 8; ARENAS GARCÍA, R.: “Construyendo la confianza mutua”, *cit.*, p. 155.

¹¹⁰⁷ Para una valoración de la supresión del *exequátur* en este Reglamento vid., entre otros, AZCÁRRAGA MONZONÍS, C.: “El Reglamento Bruselas I como hito en el proceso armonizador del Derecho internacional privado europeo. Balance y revisión, con especial atención a la eliminación del *exequátur*”, en ESPLUGUES MOTA, C. y PALAO MORENO, G.: *Nuevas fronteras...*, *cit.*, pp. 163-188; REQUEJO ISIDRO, M.: “La ejecución sin *exequátur*. Reflexiones sobre el Reglamento Bruselas I bis, Capítulo III”, *Revista Española de Derecho Internacional*, n.º 2, 2015, pp. 49-82; RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M A.: “Una nueva fórmula para la supresión del *exequátur* en la reforma del Reglamento Bruselas I”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n.º 1, 2014, pp. 330-348; BEAUMONT, P. y JOHNSTON, E.: “Abolition of the Executur in Brussels I: Is a Public Policy Defence Necessary for the Protection of Human Rights”, *IPRax*, n.º 2, 2010, pp. 105-110; BERAUDO, J.P.: “Regards sur le nouveau Règlement Bruxelles I sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l’exécution des décisions en matière civile et commerciale”, *Journal du Droit International*, n.º 3, 2013, pp. 741-763.

2.3 *El camino a seguir y los pasos a dar*

Los problemas e interrogantes que ha aflorado la práctica del Reglamento Bruselas II bis o el debate doctrinal en torno al modelo articulado constituyen piezas decisivas en el proceso de reflexión en torno a cuál deba ser el sistema de eficacia extraterritorial de resoluciones al que debe tender la UE, al menos en el ámbito de las resoluciones en materia de responsabilidad parental. Una cuestión compleja y espinosa en cuya valoración han de asumirse dos variables fundamentales no siempre fácilmente compatibles, como ha demostrado la práctica jurisprudencial del TJUE y del TEDH. Por un lado, el necesario desarrollo de los objetivos de integración de la UE, y por otro, la incorporación de una perspectiva basada en la efectiva protección de los derechos de los menores y de su interés superior. En otras palabras, la indispensable combinación de un discurso de sistema con otro de flexibilidad y ductilidad, basado en la necesaria toma en consideración del caso concreto y plasmado en la eventual articulación de excepciones.

Desde la perspectiva de la integración de la UE, la paulatina eliminación del *exequátur* en todas las resoluciones judiciales en materia civil es uno de los principales objetivos políticos del legislador de la UE¹¹⁰⁸, esto es, una de las medidas fundamentales para la plasmación de la libre circulación de resoluciones judiciales en el espacio de libertad, seguridad y justicia de la UE. En coherencia con ello, el sistema deseable sería aquel tendente a la asegurar libre circulación de resoluciones judiciales en el espacio de libertad, seguridad y justicia de la UE. Este axioma del proceso de integración europeo constituye un objetivo político y teórico tan lógico como ineludible y loable. Si bien avanzado hasta unos niveles insospechables hace cinco décadas¹¹⁰⁹, su puesta en práctica en un continente marcado por las diferencias históricas y culturales no ha venido exento de importantes dilemas y problemas de todo tipo.

En la práctica, los respectivos Reglamentos en materia de Derecho de familia de la UE, en lo que respecta al *exequátur*, han seguido soluciones diferentes para cada materia, de

¹¹⁰⁸ Al respecto, vid. por todos, IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y DESANTES REAL, M.: “La quinta libertad comunitaria...”, *cit.*, pp. 711 y ss.

¹¹⁰⁹ Al respecto vid. por todos IGLESIAS BUHIGUES, J.L.: “La quinta libertad en marcha. La libre circulación de títulos ejecutivos en la UE”, en PARDO IRANZO, V. (dir.): *Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjerías en la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 40-91.

una forma poco homogénea, y aportando una excesiva complejidad a la materia¹¹¹⁰. Planteando en ocasiones la duda de si, efectivamente, esta aspiración política se va a trasladar en la praxis en un mejor funcionamiento de la ejecución en las resoluciones en materia de responsabilidad parental y, por ende, en un beneficio para los ciudadanos¹¹¹¹.

En el caso concreto del Reglamento Bruselas II bis, la “prueba piloto” de la eliminación del *exequátur* en términos absolutos, ciertamente, ha resultado polémica y problemática. Quizás por la especialidad y complejidad de la temática respecto de la que se ha producido esta eliminación –derecho de visita y ciertos aspectos de la restitución de menores- lo cierto es que la práctica del modelo ha permitido detectar, ya lo hemos visto, importantes problemas prácticos derivados en ocasiones, eso es cierto, de la propia actuación de los órganos jurisdiccionales nacionales. La doctrina, igualmente, también está dividida.

Desde la perspectiva del menor y de la necesidad de proteger sus derechos y asegurar su interés superior, se deben articular normas de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras dúctiles que permitan garantizar en el caso concreto la protección del interés superior del menor. Ello se traduce, con carácter general, en el diseño de un procedimiento de ejecución veloz y eficaz –a lo que evidentemente coadyuvaría la desaparición del mecanismo del *exequátur*- y que, además, garantice el derecho del menor a ser escuchado. Pero, igualmente, el mencionado principio del interés superior del menor en el caso concreto requiere que, en el momento de ejecución, se pueda volver a valorar el interés del menor afectado, por ejemplo, ante un cambio excepcional de las circunstancias que pueda tener graves consecuencias para su interés superior. Este es, ciertamente, un difícil equilibrio que quizá siempre encontrará algún caso en la práctica de difícil solución.

Los más de quince años de aplicación práctica del Reglamento Bruselas II bis han demostrado que los dos sistemas de eficacia extraterritorial empleados en materia de responsabilidad parental han manifestado notables deficiencias y generado grandes problemas.

¹¹¹⁰ Sobre las distintas soluciones en la UE vid., por todos, IGLESIAS BUHIGUES, J.L.: “La quinta libertad en marcha...” *cit.*, pp. 40-91; PARDO IRANZO, V.: *La supresión del exequátur: libre circulación de títulos ejecutivos en la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020.

¹¹¹¹ FORCADA MIRANDA, J.: *Comentarios ...*, *cit.*, p. 282.

En primer lugar, parece evidente que la exigencia de solicitar en cada caso la declaración de ejecutividad no es consistente con el objetivo de la libre circulación de resoluciones judiciales. Si hay confianza mutua entre los Estados miembros, basada en valores comunes, entonces el *exequátur* no debería ser necesario. No solo objetivos de integración de la UE, sino una mejor realización de los derechos de los menores, recomiendan la simplificación de los trámites en sede de ejecución. Por ello, se reivindicaría la eliminación del *exequátur* como forma de garantizar a los ciudadanos europeos el acceso a la tutela judicial efectiva, de forma que se asegure la ejecución forzosa de una resolución en caso de ser necesario.

Sin embargo, en el extremo contrario, la eliminación del *exequátur* “en términos absolutos” tampoco parece garantizar satisfactoriamente ni los objetivos de integración de la UE ni la protección de los derechos fundamentales del menor. Presentando importantes problemas tanto en la generación de un clima de confianza entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros como en la protección de los derechos fundamentales en sede de ejecución.

Habiendo demostrado la praxis del Reglamento Bruselas II bis la escasa funcionalidad práctica de estos dos sistemas extremos parecería que, al menos en el ámbito material de las resoluciones sobre responsabilidad parental, la eficacia extraterritorial de resoluciones extranjeras en la UE debería tender hacia la eliminación del *exequátur*, como regla general, pero manteniendo ciertas salvaguardias procesales en sede de ejecución¹¹¹².

Para ello, cierta doctrina toma como referencia la vía seguida en el Reglamento Bruselas I bis¹¹¹³. En el contexto de la reforma del Reglamento Bruselas I, ya se abrió el debate sobre la eliminación del *exequátur* y la fórmula que se debía seguir. En el marco del mismo, se hizo alusión a la distinta configuración del derecho a la tutela judicial efectiva en los distintos Estados miembros¹¹¹⁴.

¹¹¹² Apuestan por una eliminación del *exequátur*, pero manteniendo ciertas salvaguardias procesales, entre otros: SCOTT, J.M.: “A Question of Trust? Recognition and...”, *cit.*, pp. 33 y ss; FORCADA MIRANDA, J.: *Comentarios ...*, *cit.*, p. 283;

¹¹¹³ Vid., entre otros, KRUGER, T. y SAMYN, L.: “Brussels II bis: successes and suggested...”, *cit.*, p. 160.

¹¹¹⁴ SCHLOSSER, P.: “The Abolition of Exequatur Proceedings Including Public Policy Review?”, *IPRax*, n.º 2, 2010, pp. 101 y ss.

Del proceso de reforma se extrajo la tendencia mayoritaria a que la supresión del *exequátur* fuera acompañada de salvaguardias que garantizaran la protección de los derechos de defensa en la ejecución, así como el derecho a un juicio justo¹¹¹⁵. El modelo de eliminación del *exequátur*, pero manteniendo ciertas salvaguardias procesales no es nuevo, sino que, de hecho, es el seguido en los instrumentos de la UE que recogen el reconocimiento mutuo y contienen salvaguardias (causas de denegación)¹¹¹⁶. Básicamente, este modelo suprime el *exequátur* como fase procesal, pero acoge la posibilidad de revisar -a instancia de parte- los motivos de no reconocimiento y ejecución en el Estado miembro requerido, siendo en consecuencia, tanto el reconocimiento como la ejecutividad presunciones *iuris tantum*¹¹¹⁷.

Esta eliminación del *exequátur* con salvaguardias procesales se presentaría, a la vista de la práctica generada por el Reglamento Bruselas II bis, como la opción más idónea para asegurar la circulación rápida y segura en el seno de la UE de las resoluciones en materia de responsabilidad parental. El mantenimiento de un cierto control en el Estado miembro de la ejecución no afecta al papel protagonista del órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen, a la vez que permite garantizar adecuadamente los derechos del menor, aún en sede de ejecución. El mantenimiento del control -por mínimo y cerrado que sea- de una serie de garantías permite proteger a los menores de consecuencias que pudieron no haberse previsto en la resolución que se pretende ejecutar, y que en el momento de ejecución podría causar un daño no intencionado -ni previsto- al menor y a su interés superior¹¹¹⁸.

El sistema de eliminación del *exequátur* en el Reglamento Bruselas II bis está basado en la asignación de la función central en la toma de decisiones al órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen de la resolución competente. Correlativamente, el papel del resto de órganos jurisdiccionales, concretamente, los del Estado miembro de ejecución, deben tener un papel limitado. Lo que, para algunos, no deja de suponer una pérdida atendidos los beneficios que puede tener involucrar activamente a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro requerido¹¹¹⁹. En este sentido, se alerta, sin embargo,

¹¹¹⁵ CARO GÁNDARA, R.: “Desconfianza comunitaria a la luz de la jurisprudencia...”, *cit.*, pp. 424 y 425.

¹¹¹⁶ Vid. Reglamento 805/2004; Reglamento 896/2006; Reglamento 861/2007; Reglamento 4/2009.

¹¹¹⁷ FORCADA MIRANDA, J.: *Comentarios ...*, *cit.*, p. 287.

¹¹¹⁸ SCOTT, J.M.: “A Question of Trust? Recognition and...”, *cit.*, p. 29.

¹¹¹⁹ *Ibíd.*, p. 33 y ss.

sobre el hecho de que una eliminación del *exequátur* no debe traducirse en una ausencia de control total en el Estado miembro de ejecución. Al contrario, no debe subestimarse el papel del órgano jurisdiccional del Estado miembro requerido, quién puede tener un papel fundamental en la resolución de ciertos problemas susceptibles de surgir en la práctica, independientemente de si hay *exequátur* o no¹¹²⁰.

En esta línea, antes de la reforma del Reglamento Bruselas II bis, ya se apuntó la ruta establecida en el Reglamento Bruselas I bis como punto de partida y como estándar mínimo de control en sede de ejecución. Particularmente, se insistió en introducir, al menos, la posibilidad de que la parte contra la que se inste la ejecución cuente con una serie de motivos tasados de oposición a la ejecución en el Estado miembro requerido¹¹²¹. Apostándose, además, porque, en caso de mantenerse el mecanismo de preveleía deberían introducirse salvaguardias adicionales en relación con la emisión del certificado: lenguaje claro, para evitar los problemas que han surgido en la práctica y han quedado patentes en la jurisprudencia. Además, debería introducirse la posibilidad de impugnar el certificado en el Estado miembro de ejecución si se considera que contiene alguna falsedad o imprecisión¹¹²².

No obstante, una vez más no estamos ante una posición unánime. Se plantea así que, si bien la eliminación del *exequátur* con salvaguardias procesales constituiría la opción más adecuada en materia de responsabilidad parental, ello no quiere decir que se vayan a resolver todos los problemas que en la práctica surgen en el momento de la ejecución en relación con estas resoluciones. En este sentido, algunos autores han procedido a focalizarse en el análisis de cuáles son los problemas reales que surgen en la ejecución de las resoluciones en materia de responsabilidad parental, valorando si la eliminación del *exequátur*, más allá de ser una aspiración política lógica y positiva, efectivamente resolverá estos problemas¹¹²³.

Se considera, así, como positivo el asegurar un cierto grado de implicación del órgano jurisdiccional del Estado miembro requerido encargado de la ejecución atendidos factores varios, y diversos, como el hecho de que las resoluciones en materia de responsabilidad parental pueden contener medidas que necesitan adaptación por no ser

¹¹²⁰ *Ibidem*.

¹¹²¹ KRUGER, T. y SAMYN, L.: “Brussels II bis: successes and suggested...”, *cit.*, p. 160.

¹¹²² *Ibidem*.

¹¹²³ SCOTT, J.M.: “A Question of Trust? Recognition and...”, *cit.*, p. 28.

exactamente iguales en distintos Estados de la UE. Además, se debe tener presente que la ejecución afecta directamente a la persona de un menor, lo que exige que la ejecución deba realizarse con una particular sensibilidad al menor y sus circunstancias¹¹²⁴. Plasmándose, necesariamente, en el diseño de mecanismos flexibles que tomen en cuenta su realidad.

Se dice así, que el procedimiento de ejecución que concierne a un menor es extremadamente complicado, en cuanto se puede causar un trauma al menor si no se ejecuta la resolución judicial con una gran sensibilidad. En consecuencia, si la ejecución depende exclusivamente de un certificado, se podría perder, potencialmente, la sensibilidad en el proceso de ejecución. Si se excluye la intervención del órgano jurisdiccional del Estado miembro de ejecución, puede que la única alternativa posible sea la fuerza directa sobre el menor, cuando ésta debería ser la última alternativa. Desde esta perspectiva, se insiste en el hecho de que el órgano jurisdiccional del Estado miembro requerido juega un papel fundamental en el proceso de ejecución, al ser un profesional que buscará la mejor forma de ejecutar la resolución, y en este sentido, debería mantener la potestad de incidir de alguna manera, por limitada que sea, en el proceso de darle efecto a las resoluciones judiciales¹¹²⁵.

No hay, sin embargo, soluciones sencillas ni unívocas. Y lo cierto es que frente al sistema del Reglamento Bruselas I bis, perdura el modelo del Reglamento Bruselas II bis en relación con ciertas resoluciones privilegiadas. Un modelo reproducido en el Reglamento (CE) n.º 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004 por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados (en adelante Reglamento 805/2004)¹¹²⁶. El sistema de certificación no solo elimina el *exequatur* como fase procesal, sino que además elimina la posibilidad de oponerse al reconocimiento y a la ejecución en el Estado miembro requerido. Esto conlleva el efecto vinculante tanto del reconocimiento como de la ejecutividad, reflejado, como hemos visto en las páginas anteriores, en el hecho de que el certificado que acompaña a la resolución posee un efecto vinculante, ya que confirma el respeto de ciertas garantías procedimentales en el Estado miembro de origen¹¹²⁷.

¹¹²⁴ *Ibíd.*, p. 33.

¹¹²⁵ *Ibíd.*

¹¹²⁶ DO L 143/15, de 30.4.2004. Sobre esta cuestión vid., por todos, GASCÓN INCHAUSTI, F.: *El título ejecutivo europeo para créditos no impugnados*, Aranzadi, Madrid, 2005; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.: *El título ejecutivo europeo*, Civitas, Madrid, 2005.

¹¹²⁷ FORCADA MIRANDA, J.: *Comentarios ...*, cit., p. 287.

Todas estas cuestiones y todos estos debates han acompañado la revisión del Reglamento Bruselas II bis y han salpicado el texto del nuevo Reglamento Bruselas II ter en el que, como seguidamente veremos, se incardinan con mayor o menor extensión y claridad.

II. EL MODELO DE RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES EXTRANJERAS RECOGIDO EN EL REGLAMENTO BRUSELAS II TER: HACIA UN EQUILIBRIO ENTRE EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y LA LIBRE CIRCULACIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES

Todos los debates apuntados hasta el momento subyacen en la elaboración del nuevo Reglamento 2019/1111 y, al menos en su origen, se pretendió que se hicieran presentes de una u otra forma en la nueva regulación en él incorporada. Esta nueva realidad normativa impacta lógicamente en el ámbito de la circulación de las resoluciones en materia de responsabilidad parental. En este sentido, quizás la mayor novedad de la reforma es, sin duda, la ampliación de la eliminación de la declaración de ejecutividad para todas las resoluciones en materia de responsabilidad parental, a la vez que se incorpora un “*trato aún más favorable en relación con determinadas decisiones que reconocen derechos de visita y determinadas resoluciones que implican la restitución del menor*”¹¹²⁸.

En el Reglamento Bruselas II bis existían dos regímenes claramente diferenciados. Solo las resoluciones de derechos de visita y ciertas resoluciones de retorno del menor ilícitamente trasladado contaban con una eliminación del *exequátur* en términos absolutos¹¹²⁹. Como punto de partida, en el nuevo texto de Bruselas II ter, ambos regímenes se asimilan al eliminarse el *exequátur* para todas las resoluciones en materia de responsabilidad parental, aunque las mencionadas resoluciones de derecho de visita y retorno siguen contando con ciertos privilegios, principalmente, en lo referente a las causas de denegación y en los certificados. Gráficamente puede afirmarse que técnicamente siguen existiendo dos regímenes, pero las diferencias son mucho menores que las presentes en el Reglamento Bruselas II bis.

¹¹²⁸ Considerando 58 del Reglamento Bruselas II ter.

¹¹²⁹ Al respecto, vid. supra CAP. Segundo, ap. I.1 “El doble régimen de eficacia extraterritorial de resoluciones extranjeras en materia de responsabilidad parental diseñado en el Reglamento Bruselas II bis”.

El legislador de la UE entiende que la cooperación judicial y la confianza entre los Estados miembros han alcanzado un grado de madurez suficiente como para dar el paso hacia un sistema más simple, rápido y efectivo en la circulación de resoluciones. Como consecuencia de ello, y siguiendo el modelo de otros Reglamentos europeos –como por ejemplo el Reglamento I bis– el legislador europeo decide extender la supresión del *exequátur* a todas las decisiones en materia de responsabilidad parental, acercándose así al objetivo de lograr la plena y libre circulación de las resoluciones judiciales entre los Estados miembros. El objetivo final es que “*las resoluciones dictadas por los órganos jurisdiccionales de otros Estados miembros deben ser tratadas como si se hubieran dictado en el Estado miembro de ejecución.*”¹¹³⁰. Esta eliminación del *exequátur*, empero, viene matizada a través del establecimiento de ciertas salvaguardas de los derechos procesales de las partes.

El resultado final, como observaremos en las próximas páginas, es que en el nuevo Reglamento Bruselas II ter, y como regla general, todas las resoluciones en materia de responsabilidad parental, incluidas las resoluciones en materia de derecho de visita como las relativas al retorno del menor, que eran objeto de un régimen privilegiado en el texto de Bruselas II bis, pasan a estar incluidas en el régimen general del Reglamento, pero manteniéndose algunas especificidades en relación con ellas que les permiten recibir un “*trato aún más favorable*”¹¹³¹ que el previsto para ellas en el Reglamento Bruselas II bis. El objetivo final es facilitar la circulación, reduciendo tiempo y costes a los ciudadanos europeos, pero protegiendo, a su vez, a las partes: especialmente al menor.

Esta supresión se plasma en el nuevo Capítulo IV del Reglamento Bruselas II ter que contiene el régimen de eficacia extraterritorial de resoluciones extranjeras tanto de las resoluciones en materia matrimonial como en materia de responsabilidad parental. En la presente Tesis, lógicamente, nos focalizaremos exclusivamente en estas últimas.

El Capítulo IV del Reglamento Bruselas II ter se organiza en cinco secciones, distinguiendo entre un régimen general de reconocimiento y ejecución aplicable a todo tipo de resoluciones (Sección 1) y un régimen privilegiado de reconocimiento y ejecución para ciertas resoluciones en materia de responsabilidad – derechos de visita y sustracción de

¹¹³⁰ Considerando 58 Reglamento Bruselas II ter.

¹¹³¹ *Ibidem*.

menores - (Sección 2). Estas dos modalidades vienen acompañadas por unas disposiciones comunes sobre la ejecución, que se entienden aplicables tanto al régimen general como al especial (Sección 3). También es novedosa la introducción de una detallada regulación de la eficacia extraterritorial de los documentos públicos y acuerdos en materia de responsabilidad parental (Sección 4).

Como decimos, con este nuevo sistema se pretende resolver los problemas derivados con el retraso y la complejidad de los procedimientos de ejecución, además de avanzar en el logro del objetivo de la libre circulación de resoluciones extranjeras.

1. El reconocimiento de las resoluciones en materia de responsabilidad parental

El Reglamento Bruselas II ter establece un régimen general para el reconocimiento de las resoluciones en materia de responsabilidad parental que se combina con la presencia de un régimen específico para ciertas resoluciones privilegiadas, aquellas, según el artículo 42, que hayan sido certificadas en el Estado miembro de origen conforme al artículo 47 y se trate de resoluciones que concedan derechos de visita o dictadas con arreglo al artículo 29.6) del Reglamento en la medida en que impliquen la restitución del menor.

1.1 Régimen general del reconocimiento de las resoluciones en materia de responsabilidad parental

Como punto de partida, el régimen general del reconocimiento de resoluciones es, en líneas generales, similar al recogido en el Reglamento Bruselas II bis¹¹³². El Reglamento reconoce a la “*confianza mutua en la administración de justicia dentro de la Unión*”¹¹³³ como el justificante de que todas las resoluciones en materia de responsabilidad parental dictadas en un Estado miembro deban ser reconocidas en todos los Estados miembros de la UE sin necesidad de un procedimiento de reconocimiento¹¹³⁴. Este principio se articula en el artículo 30 del Reglamento sobre el principio del reconocimiento automático y

¹¹³² En el mismo sentido CORNELOUP, S. y KRUGER, T.: “Le Règlement 2019/1111, Bruxelles II: la protection...”, *cit.*, p. 232; RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “El nuevo Reglamento Comunitario ...”, *cit.*, p. 12.

¹¹³³ Considerando 54 Reglamento Bruselas II ter.

¹¹³⁴ Y sin que se admita, lógicamente, cualquier tipo de revisión en cuanto al fondo de la resolución dictada en otro Estado miembro (art. 71 Reglamento Bruselas II ter).

admitiéndose, igualmente, la opción del reconocimiento incidental. Cualquiera de las partes podrá solicitar el reconocimiento o el no reconocimiento. Sin embargo, frente al modelo anterior, se introduce ahora como novedad la posibilidad de que cualquier parte interesada pueda solicitar, de conformidad con el Reglamento, que se dicte una resolución en la que se declare que no concurren ninguno de los motivos de denegación del reconocimiento previstos en los artículos 38 –relativo a las resoluciones en materia matrimonial- y 39 –referente a las resoluciones en materia de responsabilidad parental- del texto reglamentario¹¹³⁵. Correspondiendo al Derecho nacional del Estado miembro requerido determinar quién puede considerarse parte interesada facultada para presentar dicha solicitud¹¹³⁶.

La parte que desee invocar en un Estado miembro una resolución que haya sido dictada en otro Estado miembro de la Unión, deberá presentar una copia auténtica de la resolución y el certificado apropiado expedido conforme al artículo 36 y de acuerdo con el Anexo III del Reglamento Bruselas II ter¹¹³⁷. Pudiéndose, caso de no aportarse estos y en aras a facilitar el reconocimiento de la resolución bien indicarse por parte del órgano jurisdiccional o de la autoridad competente un plazo para su presentación, bien aceptar documentos equivalentes o, incluso, si se considera que se dispone ya de suficiente información, eximir de su presentación¹¹³⁸.

Con todo, y focalizándonos en las causas de denegación del reconocimiento de las resoluciones en materia de responsabilidad parental¹¹³⁹, se incide en su reducción al mínimo necesario, atendido el objetivo del Reglamento de facilitar el “*reconocimiento y la ejecución y proteger de forma eficaz el interés superior del menor.*”¹¹⁴⁰, correspondiendo al Derecho nacional determinar si los motivos de denegación del reconocimiento previstos deben ser examinados de oficio o previa solicitud de las partes interesadas¹¹⁴¹. Precisamente en

¹¹³⁵ Art. 30.3 Reglamento Bruselas II ter.

¹¹³⁶ Considerando 54 Reglamento Bruselas II ter.

¹¹³⁷ Art. 31.1 Reglamento Bruselas II ter.

¹¹³⁸ Art. 32 Reglamento Bruselas II ter.

¹¹³⁹ El Reglamento prevé, igualmente, en su art. 33, que el órgano jurisdiccional ante el que se hubiere invocado una resolución dictada en otro Estado miembro pueda suspender su procedimiento, total o parcialmente, cuando bien la resolución haya sido objeto de un recurso ordinario en el Estado miembro de origen. O, se haya presentado una solicitud de resolución en la que se declare que no concurren los motivos de denegación del reconocimiento a que se refieren los arts. 38 y 39, o de resolución en la que se declare que debe denegarse el reconocimiento por alguno de esos motivos.

¹¹⁴⁰ Considerando 55 del Reglamento Bruselas II ter.

¹¹⁴¹ Considerando 62 del Reglamento Bruselas II ter.

relación con este punto, sí que cabe hablar de una novedad importante que afecta al antiguo motivo recogido en el artículo 23.b) del Reglamento Bruselas II bis que ahora se ve atribuido de una relevancia adicional. Si bien el resto de las causas presentes en el mencionado artículo 23 se ven incorporadas de forma bastante lineal en el numeral 1 del artículo 39 del Reglamento Bruselas II ter¹¹⁴², motivos que de nuevo cuentan con un carácter “exhaustivo”, sin que quepa alegar ningún otro¹¹⁴³, el numeral 2 de este precepto resalta ahora la necesidad de dar la palabra al menor “*capaz de formarse su propio juicio*” en relación con ciertos procedimientos que le afectan. El tenor del precepto es taxativo al respecto: “2. *Podrá denegarse el reconocimiento de una resolución en materia de responsabilidad parental si este se concedió sin que el menor capaz de formarse su propio juicio haya tenido la posibilidad de expresar su opinión de conformidad con el artículo 21, excepto en los casos en que:*

1) el procedimiento solo afectó a los bienes del menor y siempre que no se requiriera dar dicha oportunidad al menor, habida cuenta del objeto del procedimiento; o

2) *existían motivos fundados habida cuenta, en particular, de la urgencia del asunto.*” De acuerdo con el Considerando 57 del Reglamento, tales “*motivos fundados*” podrían darse, por ejemplo, en aquellas ocasiones en que existiera un peligro inminente para

¹¹⁴² Art. 39 Bruselas II ter: “1. *Se denegará el reconocimiento de una resolución en materia de responsabilidad parental:*

a) *si el reconocimiento fuere manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro en el que sea invocado el reconocimiento, teniendo en cuenta el interés superior del menor;*

b) *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;*

c) *a petición de cualquier persona que alegue que la resolución menoscaba el ejercicio de su responsabilidad parental, si se hubiere dictado sin que dicha persona haya tenido la posibilidad de ser oída;*

d) *si la resolución fuere irreconciliable, y en la medida en que lo fuere, con otra dictada posteriormente en materia de responsabilidad parental en el Estado miembro en que sea invocado el reconocimiento;*

e) *si la resolución fuere irreconciliable, y en la medida en que lo fuere, 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 dictada con posterioridad reúna las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado miembro en que sea invocado el reconocimiento, o*

f) *si no se ha respetado el procedimiento previsto en el artículo 82.”*

En relación con la letra a) del precepto, el art. 69 del Reglamento señala el criterio de orden público al que refiere “*no podrá aplicarse a las normas de competencia establecidas en los artículos 3 a 14*” del texto reglamentario.

¹¹⁴³ Vid. Considerando 56 del Reglamento Bruselas II ter.

la integridad física o psíquica o la vida del menor y que una demora adicional pudiera suponer la materialización de dicho peligro.

En relación con esta posibilidad de “*expresarse*” que se otorga al menor en el precepto, corresponderá al órgano jurisdiccional de origen decidir el método adecuado para ello¹¹⁴⁴. No cabrá pues denegar el reconocimiento amparándose en “*el único motivo de que el órgano jurisdiccional de origen utilizó para oír al menor un método diferente del que aplicaría un órgano jurisdiccional del Estado miembro de reconocimiento*”.¹¹⁴⁵

Nada dice el artículo 39 sobre la alegación a instancia de parte o de oficio de los cinco motivos recogidos en el precepto. Sin embargo, el Considerando 54 del Reglamento Bruselas II ter clarifica que corresponde al Derecho nacional interno del Estado miembro requerido determinar si los motivos de denegación pueden ser alegados a instancia de parte o de oficio. Lo que puede acabar generando diferencias entre los distintos países de la Unión a la hora de proceder a dotar de eficacia a una resolución procedente de otro Estado miembro en la materia.

1.2 El reconocimiento de “resoluciones privilegiadas”

El régimen general de reconocimiento de resoluciones en materia de responsabilidad parental se combina con la presencia de soluciones específicas en relación con ciertas resoluciones privilegiadas. Esto es, aquellas que, según el artículo 42 del Reglamento Bruselas II ter, hayan sido certificadas en el Estado miembro de origen conforme al artículo 47 y se trate de resoluciones que concedan derechos de visita o dictadas con arreglo al artículo 29.6) del nuevo Reglamento en la medida en que impliquen la restitución del menor -las antiguas resoluciones de retorno emitidas de conformidad con el artículo 11.8 del Reglamento Bruselas II bis-. Sin que ello impida a las partes interesadas solicitar el reconocimiento de este tipo de resoluciones de conformidad con el régimen general¹¹⁴⁶.

¹¹⁴⁴ Sobre la audiencia del menor vid. *infra* Cap. Tercero, ap. III.

¹¹⁴⁵ Considerando 57 del Reglamento Bruselas II ter.

¹¹⁴⁶ Art. 42.2) Reglamento Bruselas II ter.

Estas “*resoluciones privilegiadas*”, tal como las denomina la Sección 2 del Capítulo IV del Reglamento –“*Reconocimiento y ejecución de determinadas resoluciones privilegiadas*”- serán reconocidas en los demás Estados miembros sin que se requiera ningún procedimiento especial y sin que -y esto constituye una importante novedad a la vez que un cambio notable respecto del régimen general- “*sea posible oponerse a su reconocimiento, a menos y en la medida en que la resolución sea declarada irreconciliable con una resolución posterior a que se refiere el artículo 50*”¹¹⁴⁷.

Al igual que ocurre con el régimen general, el artículo 43.2) del nuevo Reglamento requiere a la parte que desee invocar en un Estado miembro una resolución privilegiada dictada en otro Estado miembro que presente una copia de la resolución y el certificado apropiado expedido conforme al artículo 47 del texto reglamentario, de acuerdo con los anexos IV o VI, dependiendo de la materia, del Reglamento¹¹⁴⁸.

El reconocimiento de estas resoluciones privilegiadas comparte los motivos de denegación con la ejecución, que aparecen previstos en el artículo 50 del Reglamento Bruselas II ter y a los que haremos referencia al abordar la ejecución¹¹⁴⁹.

2. La ejecución de las resoluciones en materia de responsabilidad parental

Las novedades introducidas en relación con el régimen de reconocimiento de las resoluciones en materia de responsabilidad parental se incrementan de forma notable al valorar el régimen de la ejecución de resoluciones foráneas en el que se introduce una de las mayores y más relevantes reformas del nuevo Reglamento. El legislador de la UE ha dado un paso más en el objetivo de lograr la libre circulación de resoluciones judiciales y ha aprobado, con carácter general, la supresión del *exequátur* para todas las resoluciones en materia de responsabilidad parental, aunque, como hemos ya avanzado, manteniendo ciertas salvaguardias en sede de ejecución.

¹¹⁴⁷ Art. 43.1) Reglamento Bruselas II ter. En todo caso, el art. 44 del Reglamento admite la capacidad del órgano jurisdiccional ante el que se hubiere invocado una resolución privilegiada en otro Estado miembro de suspender el procedimiento, total o parcialmente, cuando se den ciertas causas tasadas previstas en el precepto.

¹¹⁴⁸ Aplicándose en consecuencia los mandatos de los apartados 2 y 3 del art. 31, art. 43.3 Reglamento Bruselas II ter.

¹¹⁴⁹ Vid. *infra* Cap. Segundo, ap. II 2.

2.1 Hacia la libre circulación de las resoluciones judiciales en materia de responsabilidad parental del menor

Desde los inicios del proceso de elaboración del Reglamento Bruselas II ter, uno de los objetivos principales ha sido lograr la eliminación del *exequátur* en todas las decisiones en materia de responsabilidad parental. Una idea que queda ahora recogida en el Considerando 58 del Reglamento: “*el objetivo de hacer que los litigios transfronterizos que afectan a menores sean menos prolongados y costosos justifica la supresión de la declaración de fuerza ejecutiva o el registro a efectos de la ejecución, según proceda, previamente a la ejecución en el Estado miembro de ejecución para todas las resoluciones en materia de responsabilidad parental*”.

La aparente linealidad del objetivo, sin embargo, esconde, como hemos visto al abordar la práctica del Reglamento Bruselas II bis, múltiples matices e interrogantes que dificultaron –y dificultan- la forma concreta de articular su logro. Así, y frente a la opción de generalizar sin más el sistema privilegiado diseñado en el Reglamento Bruselas II bis en relación con ciertas resoluciones en materia de responsabilidad parental –esto es, la polémica eliminación del *exequátur* en términos absolutos- desde un inicio del proceso de reforma, se optó por incardinar un modelo matizado de supresión del *exequátur* que, permitiera lograr el objetivo de política legislativa pretendido, manteniendo, a la vez, una serie de salvaguardas procesales en sede de ejecución. Esta propuesta vendrá ya asumida por la Comisión en su Propuesta de 2016¹¹⁵⁰.

La Propuesta parte de la base de que el *exequátur* constituye un obstáculo para la libre circulación de las resoluciones judiciales. Además, recoge algunas de las críticas más comunes como los costes y los retrasos que supone para los progenitores y los menores implicados¹¹⁵¹. Esta idea se vio confirmada en el proceso de consulta pública que puso en marcha la Comisión dentro del proceso de refundición del Reglamento Bruselas II bis. Es llamativo en este sentido, el hecho de que los más propensos a suprimir el *exequátur* eran

¹¹⁵⁰ COMISIÓN EUROPEA: “Propuesta...”, *cit.*, pp. 9 y 10. Para un análisis global de la Propuesta de la Comisión de 2016 en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones vid., por todos, RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M.A.: “La reforma del Reglamento (CE) n.º 2201/2003...”, *cit.*, p. 767-784

¹¹⁵¹ COMISIÓN EUROPEA: “Propuesta...”, *cit.*, p. 4.

tanto progenitores como jueces y abogados, mientras que algunos Estados miembros eran reacios a tal eliminación¹¹⁵².

2.2 La eliminación del exequátur -con salvaguardias procesales- para todas las resoluciones en materia de responsabilidad parental

La Comisión, en la Propuesta de la Comisión de 2016, toma como referencia el sistema del Reglamento Bruselas I bis, pasando en consecuencia, de un sistema de solicitud de declaración de ejecutividad a un sistema de ejecución directa en el que no es necesaria dicha declaración previa de la fuerza ejecutiva de la resolución proveniente de otro Estado miembro¹¹⁵³. En consecuencia, la Comisión propone la supresión del *exequátur* para todas las resoluciones en materia de responsabilidad parental, pero manteniendo ciertas salvaguardias procesales, que se contienen, fundamentalmente, en los motivos de denegación al reconocimiento y ejecución: “*se suprimiría el exequatur, manteniendo las oportunas garantías (los motivos de no reconocimiento y los recursos contra la ejecución como tal o contra medidas de ejecución específicas), que el demandado podrá invocar conjuntamente en la fase de ejecución, en el Estado miembro en que esta vaya a producirse, reduciendo así la duración total del procedimiento*”¹¹⁵⁴.

El legislador, en suma, parece consciente de que, en materia de responsabilidad parental, la ejecución siempre afectará a la persona de un menor y, también, en muchos, casos, a la posible entrega de un menor a una persona distinta de aquella con la cual resida el menor en ese momento o el traslado del menor a otro Estado miembro. Por ello, el objetivo primordial del sistema diseñado ha de ser el de lograr el necesario equilibrio entre, “*por una parte, el derecho del demandante, como principio, a obtener la ejecución de una resolución con la mayor rapidez posible también en los asuntos transfronterizos dentro de la Unión y, en caso necesario, también mediante la aplicación de medidas coercitivas, y, por otra, la*

¹¹⁵² “*Mientras que los progenitores son quienes más desean ampliar la supresión del exequatur, seguidos de los jueces y abogados, algunos Estados miembros indicaron que el exequatur no debería suprimirse sin mantener algunas salvaguardias. Se recomienda que, en caso de supresión del exequatur, se establezcan salvaguardias por lo que se refiere a los derechos de las partes y el menor a ser oídos y la correcta notificación de los documentos*” (COMISIÓN EUROPEA: “Propuesta...”, *cit.*, p. 9).

¹¹⁵³ En este sentido también FORCADA MIRANDA, J.: *Comentarios ...*, *cit.*, p. 302; CORNELOUP, S. y KRUGER, T.: “Le Règlement 2019/1111, Bruxelles II: la protection...”, *cit.*, p. 233; PARDO IRANZO, V.: *La supresión del exequátur...*, *cit.*, p. 65.

¹¹⁵⁴ COMISIÓN EUROPEA: “Propuesta...”, *cit.*, p. 11.

*necesidad de limitar en la medida de lo posible, en aquellos asuntos en los que no pueda evitarse, la exposición del menor a medidas de ejecución coercitivas que pueden resultar traumáticas”*¹¹⁵⁵. Esta valoración, añade el legislador europeo, *“debe ser realizada por las autoridades competentes para la ejecución y los órganos jurisdiccionales de cada Estado miembro a la luz de cada caso concreto”*¹¹⁵⁶.

El aludido cambio de modelo se refleja en el nuevo artículo 34 del Reglamento Bruselas II ter, que viene a sustituir el antiguo artículo 28 del Reglamento Bruselas II bis. El precepto, cuyo primer apartado presenta un claro parecido con el tenor del artículo 39 del Reglamento Bruselas I bis¹¹⁵⁷ señala que:

“1. Las resoluciones dictadas en un Estado miembro sobre cuestiones de responsabilidad parental que fueren ejecutivas en dicho Estado miembro serán ejecutivas en otro Estado miembro sin que sea necesaria una declaración de fuerza ejecutiva.

*2. Sin perjuicio de eventuales recursos, a los efectos de la ejecución en otro Estado miembro de resoluciones que reconocen un derecho de visita, el órgano jurisdiccional de origen podrá declarar provisionalmente ejecutiva la resolución”*¹¹⁵⁸.

El nuevo sistema exige en su artículo 35.1 que, con carácter general –dado que la ejecución de resoluciones en materia de tutela cautelar cuenta con su propio régimen previsto en el apartado 2 del precepto- que *“a efectos de la ejecución en un Estado miembro de una resolución dictada en otro Estado miembro”* que la parte que solicite la ejecución presente a las autoridades de ejecución competentes dos documentos previstos en el precepto. En concreto, una copia auténtica de la resolución y *“el certificado apropiado expedido conforme al artículo 36”* utilizando el formulario que figura en el anexo III del propio Reglamento.

El certificado será expedido por el órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen, de acuerdo con lo señalado en el artículo 103 del Reglamento, a instancia de una parte en relación con la diversa tipología de resoluciones cubiertas por el texto reglamentario¹¹⁵⁹. Siendo cumplimentado y expedido en la lengua de la resolución o en otra

¹¹⁵⁵ Considerando 65 del Reglamento Bruselas II ter.

¹¹⁵⁶ *Ibidem*.

¹¹⁵⁷ Art. 39 del Reglamento Bruselas I bis: *“Las resoluciones dictadas en un Estado miembro que tengan fuerza ejecutiva en él gozarán también de esta en los demás Estados miembros sin necesidad de una declaración de fuerza ejecutiva”*.

¹¹⁵⁸ Al respecto, vid. Considerando 66 del Reglamento Bruselas II ter.

¹¹⁵⁹ Al respecto, art. 36.1 Reglamento Bruselas II ter.

lengua oficial de las instituciones de la Unión Europea solicitada por la parte, sin que se genere por ello obligación alguna para el órgano jurisdiccional expedidor de traducción o transcripción¹¹⁶⁰.

La expedición del certificado no es susceptible de recurso¹¹⁶¹. Sin embargo, sí se prevé que el órgano jurisdiccional de un Estado miembro de origen competente en virtud del artículo 103 del Reglamento pueda proceder a la rectificación del certificado, de oficio o a instancia de parte, en aquellos supuestos en que “*debido a un error material o a una omisión, haya discrepancias entre la resolución ejecutiva y el certificado*”¹¹⁶². Un procedimiento de rectificación que se regulará por el Derecho del Estado miembro de origen¹¹⁶³. Con esta simplificación documental se busca aportar mayor rapidez al procedimiento, respondiendo a las críticas relativas a la complejidad, lentitud y costes del procedimiento de *exequátur* en el Reglamento Bruselas II bis¹¹⁶⁴.

En todo caso, el artículo 41 del Reglamento Bruselas II ter prevé que, sin perjuicio de lo señalado en el artículo 56.6) del mismo, referido a la suspensión del procedimiento de ejecución y denegación de la ejecución en supuestos de riesgo duradero para el menor y que permite a la autoridad competente para la ejecución o el órgano jurisdiccional denegar, previa solicitud, la ejecución de la resolución, “*la ejecución de una resolución en materia de responsabilidad parental se denegará si concurre alguno de los motivos de denegación del reconocimiento contemplados en el artículo 39*” y a los que se ha hecho referencia con anterioridad¹¹⁶⁵.

2.3 El mantenimiento de un régimen privilegiado para las resoluciones en materia de derechos de visita y sustracción de menores

Como hemos visto, el Reglamento Bruselas II ter incorpora ahora como regla general la eliminación del *exequátur* para todas las resoluciones en materia de

¹¹⁶⁰ Art. 36.2 Reglamento Bruselas II ter. Una traducción que sí podrá ser requerida por la autoridad de ejecución competente en virtud del art. 36.3 y 4 del Reglamento.

¹¹⁶¹ Art. 36.3 Reglamento Bruselas II ter.

¹¹⁶² Art. 37.1 Reglamento Bruselas II ter.

¹¹⁶³ Art. 37.2 Reglamento Bruselas II ter.

¹¹⁶⁴ En el mismo sentido GANDÍA SELLENS, M. A.: “La responsabilidad parental...”, *cit.*, p. 805.

¹¹⁶⁵ Vid. *supra* Cap. Segundo, ap. II. 1.1 “Régimen general del reconocimiento de resoluciones en materia de responsabilidad parental”.

responsabilidad parental. A pesar de esta medida general, el legislador de la UE ha considerado oportuno mantener ciertos privilegios para las resoluciones en materia de derechos de visita y de retorno del menor previstas en el artículo 42.1. del Reglamento Bruselas II ter; las denominadas “resoluciones privilegiadas”.

De esta forma, la generalización de la eliminación del *exequátur* respecto de todas las resoluciones formalizada por el legislador de la UE no ha impedido a éste mantener un régimen especial para las resoluciones privilegiadas del artículo 40 del Reglamento Bruselas II bis para las que se diseña “*al mismo tiempo un trato aún más favorable*”¹¹⁶⁶ que el allí previsto. Sin que ello implique la continuidad del régimen privilegiado tal y como estaba previsto en el Reglamento Bruselas II bis.

La eliminación del *exequátur* “en términos absolutos” ha demostrado presentar importantes limitaciones en la práctica, tal como ha puesto de manifiesto la práctica jurisprudencial del TJUE y del TEDH. Y tampoco la doctrina ha respaldado de forma unánime este sistema, y menos aún su combinación con el polémico mecanismo de prevalencia del artículo 11.8 del Reglamento Bruselas II bis.

Frente a las importantes críticas y problemas de funcionamiento detectados en la práctica, el legislador de la UE ha optado por preservar el mecanismo de prevalencia para las resoluciones de retorno, así como el régimen privilegiado de ejecución para estas resoluciones y las resoluciones en materia de derechos de visita. Sin embargo, el nuevo texto presenta importantes matizaciones en relación con el sistema previsto en Bruselas II bis, que tienen como objetivo evidente resolver algunos de los aspectos más problemáticos tanto del mecanismo de prevalencia como de la eliminación del *exequátur* “en términos absolutos”.

No obstante, haciendo frente a los preocupantes problemas derivados de la rigidez del sistema anterior, se introducen ciertas garantías de los derechos de defensa, aunque manteniendo su control en el Estado miembro de origen. Esta combinación parece alcanzar un equilibrio adecuado entre la demanda de una mayor sencillez y rapidez de los procedimientos de ejecución y la libre circulación de resoluciones judiciales salvaguardando, a su vez, los derechos fundamentales de defensa y del menor.

¹¹⁶⁶ Considerando 59 del Reglamento Bruselas II ter.

En este sentido, el legislador de la UE ha optado finalmente por introducir dos modelos de ejecución diferenciados en el nuevo Reglamento Bruselas II ter. En efecto, frente al modelo de ejecución seguido para las resoluciones en materia de responsabilidad parental, asimilable al del Reglamento Bruselas I bis, para las resoluciones privilegiadas se opta por otro modelo de ejecución presente en otros instrumentos de la UE como, en particular, en el Reglamento 4/2009¹¹⁶⁷, en el que se suprime la posibilidad de control de las condiciones de regularidad por parte del Estado miembro requerido, y la única causa de denegación a la ejecución es en caso de resoluciones irreconciliables¹¹⁶⁸.

Sin embargo, no toda la doctrina se muestra optimista con esta reforma, formulándose algunos la eterna cuestión de si la supresión del *exequátur* no tiene por finalidad el logro de un objetivo de política legislativa europea -profundizar en la integración jurídica de la UE- más que la articulación de un sistema que aúne el anterior objetivo con el aseguramiento de una verdadera protección del interés superior del menor¹¹⁶⁹. Con todo, y pese a las críticas apuntadas, la opinión mayoritaria acepta que la eliminación del *exequátur* con garantías procesales y, en particular, buscando a asegurar la protección del interés superior del menor, mejoran el sistema anterior¹¹⁷⁰.

2.3.1 Las claves del modelo

El nuevo régimen privilegiado recogido en el Reglamento Bruselas II ter difiere significativamente respecto del contenido en la Propuesta de la Comisión de 2016, en la que no se diferenciaba entre un régimen general y un régimen privilegiado, aunque las

¹¹⁶⁷ Vid. art. 17 y ss. del Reglamento 4/2009 para resoluciones dictadas en un Estado miembro vinculado por el Protocolo de La Haya de 2007. Sobre este régimen vid., por todos, ESPLUGUES MOTA, C.: “Lección 16ª. Alimentos”, en ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G.: *cit.*, pp. 561-563.

¹¹⁶⁸ Así lo apunta CORNELOUP, S. y KRUGER, T.: “Le Règlement 2019/1111, Bruxelles II: la protection...”, *cit.*, p. 233.

¹¹⁶⁹ RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “La refundición...”, *cit.*, p. 149; CARPANETO, L.: “Impact of the Best Interests of the Child on the Brussels II ter...”, *cit.*, p. 278.

¹¹⁷⁰ RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “La refundición...”, *cit.*, p. 152; GANDÍA SELLENS, M. A.: “La responsabilidad parental...”, *cit.*, pp. 805 y 806; BEAUMONT, P., WALKER, L. y HOLLIDAY, J.: “Parental Responsibility...”, *cit.*, p. 10; GEDIP (SUBGRUPO NACIONALIDAD): “Comments on the Commission Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction (recast) (COM (2016) 411 final)”. Versión *on line* disponible en <https://www.gedip-egpil.eu/reunionstravail/Reunion%2026/Annexe%20I.pdf>, último acceso el 7.5.2020, párr. 30; RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M.A.: “La reforma del Reglamento (CE) n.º 2201/2003...”, *cit.*, p. 782.

resoluciones en materia de retorno y derechos de visita sí presentaban ciertas especialidades¹¹⁷¹. El modelo se desarrolla separadamente en la Subsección 2 de la sección 2 del Capítulo IV del Reglamento Bruselas II ter y, de nuevo, y al amparo del artículo 42.2) cabe que una parte demande la ejecución de una resolución privilegiada recurriendo al régimen general y no a este privilegiado.

Como regla general, las resoluciones privilegiadas a las que refiere el artículo 42.1) del Reglamento -esto es, las resoluciones que concedan derechos de visita y las dictadas con arreglo al artículo 29.6) del Reglamento en cuanto impliquen la restitución del menor- que hayan sido dictadas en un Estado miembro y que fueren ejecutivas en dicho Estado miembro serán ejecutivas “*en los demás Estados miembros sin que sea necesaria una declaración de fuerza ejecutiva*”¹¹⁷². Es más, en relación con las resoluciones en materia de visitas previstas en el artículo 42.1) a) del Reglamento, se admite que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de origen puedan declararlas provisionalmente ejecutivas, sin perjuicio de cualquier posible recurso¹¹⁷³.

En consonancia con lo apuntado en el régimen general de ejecución, el nuevo Reglamento exige en su artículo 43 que, para la ejecución de estas resoluciones privilegiadas dictadas en otro Estado miembro, la parte que solicitó la ejecución facilitará a las autoridades competentes para la ejecución una copia autentica de la resolución y el certificado apropiado expedido conforme al artículo 47 del Reglamento de acuerdo con el anexo IV –para las resoluciones que concedan derechos de visita- o el VI –para las dictadas con arreglo al artículo 29.6) del Reglamento en cuanto impliquen la restitución del menor.

¹¹⁷¹ Vid. COMISIÓN EUROPEA: “Propuesta...”, *cit.*, p. 50 y ss.

¹¹⁷² Art. 45.1) Reglamento Bruselas II ter.

¹¹⁷³ Art. 45.2) Reglamento Bruselas II ter. Con objeto de facilitar la ejecución de este tipo de resoluciones, las autoridades competentes para la ejecución o los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de ejecución estarán facultadas para precisar las circunstancias prácticas o las condiciones legales necesarias con arreglo al Derecho del Estado miembro de ejecución. Como señala el Considerando 61 del Reglamento, los procedimientos previstos en el Reglamento buscan facilitar la ejecución en el Estado miembro de ejecución, de resoluciones que, de otra forma podrían no ser ejecutables por su eventual imprecisión, “*de tal manera que la autoridad competente para la ejecución o el órgano jurisdiccional de ejecución puedan concretar la resolución y hacerla más precisa. Con el mismo objetivo deben definirse cualesquiera otros procedimientos destinados a cumplir los requisitos legales en virtud de la normativa interna en materia de ejecución del Estado miembro de ejecución, como, por ejemplo, la participación de una autoridad de protección de menores o de un psicólogo en la fase de ejecución. Sin embargo, tales procedimientos no deben interferir con los elementos fundamentales de la resolución sobre los derechos de visita, ni ir más allá de esos elementos. Asimismo, la facultad para adaptar medidas de conformidad con el presente Reglamento no debe permitir al órgano jurisdiccional de ejecución sustituir medidas que son desconocidas en el Derecho del Estado miembro de ejecución por otras medidas diferentes*”.

En línea con las soluciones recogidas en el Reglamento Bruselas II bis, las resoluciones privilegiadas se caracterizan por haber sido certificadas por el órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen tras verificar éste el cumplimiento de una serie de requisitos. Dada la trascendencia que posee la emisión del certificado en estos supuestos, el Reglamento Bruselas II ter determina que la emisión de este certificado presente especialidades propias respecto al exigido para el régimen general de ejecución.

Las condiciones para la expedición del certificado correspondientes se recogen en el artículo 47 del Reglamento Bruselas II ter. A diferencia de lo que ocurría en los artículos 41 y 42 del Reglamento Bruselas II bis, las condiciones para las resoluciones en materia de derechos de visita y para las resoluciones en materia de retorno del menor están aquí recogidas en el mismo precepto¹¹⁷⁴.

Para la emisión del certificado, el órgano jurisdiccional deberá comprobar la reunión de tres condiciones tasadas. El precepto, en este sentido, es claro al afirmar que “*únicamente expedirá el certificado si se cumplen*”¹¹⁷⁵ tales condiciones. En concreto el artículo 47.3 exige:

- 1) Que todas las partes afectadas hayan tenido la oportunidad de ser oídas;
- 2) Que se haya dado al menor la posibilidad de expresar su opinión de conformidad con el artículo 21;
- 3) Y que, habiéndose dictado la resolución en rebeldía de la persona en cuestión, se haya:
 - i) 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,
 - o

¹¹⁷⁴ Recordemos que el nuevo texto reglamentario dispone de dos formularios distintos: uno en materia de derechos de visita – anexo IV- y otro para las resoluciones sobre el fondo del derecho de custodia que implique la restitución del menor en virtud del nuevo art. 29.6 del Reglamento (mecanismo de prevalencia) – anexo VI-. Como ocurre con el régimen general, el art. 47.2 del Reglamento precisa que el certificado se rellenará y será expedido en la lengua de la resolución, pudiendo también serlo en otra lengua oficial de las instituciones de la UE solicitada por una de las partes, sin que ello le cree al órgano jurisdiccional que expida el certificado, obligación alguna de proporcionar una traducción o transcripción del contenido traducible de los campos de texto libre.

¹¹⁷⁵ Art. 47.1 Reglamento Bruselas II ter.

ii) se haya establecido de forma inequívoca que esa persona ha aceptado la resolución.

4) A estas tres condiciones se añade una más en relación con el supuesto específico de los procedimientos de restitución de menores previsto en el artículo 47.4 del propio texto reglamentario. Y así, en la línea de lo establecido en el artículo 42.2.b) del Reglamento Bruselas II bis, se explicita que *“solo se expedirá el certificado si el órgano jurisdiccional ha tenido en cuenta las razones y los hechos en los que se basa la resolución anterior dictada en virtud del artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980 por el Estado miembro en el que se encuentra ilícitamente el menor”*.

Como apuntamos, esta exigencia ya aparecía recogida en el artículo 42 del Reglamento Bruselas II bis en términos similares y, con independencia de la corrección o incorrección de su aplicación en la práctica, constituye, sin duda, una medida relevante para evitar, en el futuro, los problemas reflejados en la jurisprudencia del TJUE, reforzando, por ende, la confianza mutua entre las administraciones de justicia de los Estados miembros. En todo caso, y para que esta previsión tenga sentido, resulta necesario, en paralelo a su adopción, reforzar los cauces de colaboración y comunicación entre los órganos jurisdiccionales implicados.

Focalizándonos en la problemática de la sustracción internacional de menores, resulta destacable que en la versión final del nuevo texto desaparece la exigencia de hacer constar en el certificado si se han tomado medidas para la protección del menor en el Estado miembro de su residencia habitual previa al traslado o retención ilícitas presente en la Propuesta de la Comisión de 2016: *“en caso de que el órgano jurisdiccional o cualquier otra autoridad tome medidas para garantizar la protección del menor tras su restitución al Estado [miembro] de su residencia habitual, el certificado precisará los pormenores de dichas medidas”*¹¹⁷⁶. Sin embargo, sí se mantiene una referencia a las medidas provisionales en el apartado 16 del anexo VI del Reglamento Bruselas II ter¹¹⁷⁷. Estos requisitos son consecuencia lógica de las modificaciones introducidas en el mecanismo de prevalencia. Con tales exigencias se presupone que en la práctica el Juez del Estado miembro de origen

¹¹⁷⁶ COMISIÓN EUROPEA: “Propuesta...”, *cit.*, p. 64.

¹¹⁷⁷ Cuya rúbrica es: *“La resolución incluye una o varias medidas provisionales, incluidas medidas cautelares”*.

actuará con mayor diligencia, con la intención de que en el Estado miembro requerido no se planteen problemas en el momento de la ejecución de la resolución certificada.

Todas estas condiciones se deben cumplir para que la resolución privilegiada se pueda certificar usando para ello, y dependiendo del objeto de la resolución privilegiada, el oportuno certificado: el formulario del anexo IV –derechos de visita- o el del anexo VI –restitución del menor- del Reglamento Bruselas II ter. De hecho, en relación con este último, el apartado 11 del Anexo VI explicita que en caso de que se responda negativamente al cumplimiento del requisito previsto en el artículo 47.3.a) del Reglamento Bruselas II ter – “todas las partes afectadas han tenido la oportunidad de ser oídas”- se “empleará el anexo III del Reglamento”, correspondiente al régimen general de las resoluciones en materia de responsabilidad parental.

2.3.2 *La modificación, revocación del certificado, y su impacto en la posible suspensión del procedimiento*

El legislador de la UE también ha reaccionado a los problemas evidenciados en la práctica en relación con la emisión y el control de estos certificados en relación con las resoluciones privilegiadas. No hace falta, en este sentido, más que recordar los problemas interpretativos planteados en relación con el certificado de las resoluciones de retorno de los artículos 11.8 y 42 del Reglamento Bruselas II bis evidenciados en los asuntos *Aguirre Zárraga* y *Povse*. Precisamente, a raíz de la jurisprudencia del TJUE, surgió el debate sobre si el Estado miembro requerido debía tener alguna facultad de control de los certificados de las resoluciones privilegiadas. Y, también relacionado con lo anterior, se evidenciaron deficiencias en cuanto al control y la impugnación del certificado, y la limitada protección de los derechos de defensa en el sistema de certificación de las resoluciones privilegiadas del Reglamento Bruselas II bis.

Ante los problemas apuntados, el legislador de la UE ha decidido mejorar el sistema en el Reglamento Bruselas II ter, pero preservando los principios esenciales del mismo. Esta idea se traduce en el mantenimiento de la competencia exclusiva del Estado miembro de origen sobre el control del certificado, a la vez que se produce la correlativa introducción de mayores garantías en cuanto a la revisión y la corrección del mismo.

En este sentido, el certificado que, recordemos, y ésta constituya una novedad del Reglamento Bruselas II ter, se expedirá “*a petición de una de las partes*” de acuerdo con el mandato del artículo 47.1 del mismo, solo surtirá efecto dentro de los límites del carácter ejecutivo de la resolución¹¹⁷⁸ y frente a su expedición solo cabrán los “*recursos*” –en realidad, las acciones- contemplados en el artículo 48 del Reglamento¹¹⁷⁹. Así, aunque el certificado del artículo 47 del Reglamento Bruselas II ter sigue sin ser susceptible de recurso, sí es posible su rectificación, y como novedad, su revocación cuando su emisión sea manifiestamente indebida teniendo en cuenta los requisitos exigidos. En concreto, el artículo 48 del nuevo texto precisa que:

1) Cabrá la rectificación del certificado realizado por el órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen –en virtud del artículo 103 del Reglamento- previa solicitud. Siendo posible, igualmente, “*rectificarlo de oficio en caso de que, debido a un error material o a una omisión, haya discrepancias entre la resolución y el certificado*”¹¹⁸⁰.

2) Este mismo órgano jurisdiccional, añade el apartado 2 del artículo 48, previa solicitud o de oficio, revocará el certificado cuando se haya expedido de manera indebida atendidos los requisitos previstos en el artículo 47 del Reglamento, procediéndose a aplicar el artículo 49 relativo a emisión de un certificado sobre la falta o la limitación de la fuerza ejecutiva de la resolución.

En ambos supuestos el Derecho del Estado miembro de origen será el que rija el procedimiento, ya de rectificación o de revocación del certificado “*incluido cualquier recurso relativo a estos*”¹¹⁸¹.

Con este margen de acción se podrán evitar problemas como los derivados del asunto *Aguirre Zárraga*, invocándose la revocación en que no se le haya dado al menor la auténtica y efectiva posibilidad de expresar sus opiniones. En suma, a pesar del mantenimiento del régimen privilegiado, se introducen ciertas garantías procesales para mejorar su funcionamiento en la práctica con lo que se refuerzan los derechos de defensa y la confianza mutua entre los Estados miembros¹¹⁸².

¹¹⁷⁸ Art. 47.5 Reglamento Bruselas II ter.

¹¹⁷⁹ Art. 47.6 Reglamento Bruselas II ter.

¹¹⁸⁰ Art. 48.1 Reglamento Bruselas II ter.

¹¹⁸¹ Art. 48.3 Reglamento Bruselas II ter.

¹¹⁸² FORCADA MIRANDA, J.: *Comentarios ...*, cit., p. 282.

La revocación del certificado se ve acompañada por la posibilidad de suspender el procedimiento que ofrece el artículo 44.b) ¹¹⁸³ del Reglamento Bruselas II ter en caso de que se haya solicitado la revocación de aquel. Con ello, la doctrina entiende que se está articulando una causa denegatoria “encubierta”, ya que no aparece en el artículo dedicado a esta cuestión. Ahora bien, hay que matizar que el control sobre la revocación del certificado está en el Estado miembro de origen, manteniendo así la especialidad de las resoluciones privilegiadas ¹¹⁸⁴.

2.3.3 Denegación -del reconocimiento y- de la ejecución de las resoluciones privilegiadas

Como especialidad del régimen privilegiado, y de acuerdo con el artículo 50 del Reglamento, el reconocimiento y la ejecución de una resolución privilegiada de acuerdo con el artículo 42.1 del texto reglamentario, tan solo se denegará en los casos y en la medida en que resulten “irreconciliables” con una resolución posterior en materia de responsabilidad parental siempre que:

1) Afecte al mismo menor que fue dictada y,

2) Haya sido dictada en el Estado miembro en que sea invocado el reconocimiento. O en otro Estado miembro, o en el Estado no miembro de residencia habitual del menor, siempre que la resolución posterior reúna las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado miembro en que sea invocado el reconocimiento.

Por consiguiente, las causas de denegación a la ejecución constituyen uno de los rasgos distintivos esenciales entre el modelo de ejecución del régimen privilegiado y el correspondiente a las resoluciones generales en materia de responsabilidad parental ¹¹⁸⁵.

¹¹⁸³ Art. 50 del Reglamento Bruselas II ter.

¹¹⁸⁴ FORCADA MIRANDA, J.: *Comentarios ...*, cit., p. 361.

¹¹⁸⁵ Así lo apunta CORNELOUP, S. y KRUGER, T.: “Le Règlement 2019/1111, Bruxelles II: la protection...”, cit., p. 233.

2.4 La limitada armonización en el procedimiento de ejecución del nuevo Reglamento Bruselas II ter

En el proceso de refundición del Reglamento Bruselas II bis, la Comisión identifica problemas de funcionamiento práctico no solo en relación con el *exequátur*, sino también problemas directamente relacionados con la ejecución propiamente dicha de las resoluciones en materia de responsabilidad parental, en el marco de un replanteamiento genérico del papel jugado por las autoridades centrales cuando aparecen menores involucrados y de la cooperación entre los distintos Tribunales europeos.

La Comisión Europea no duda en afirmar, en este sentido, que “*su ejecución eficaz depende de las estructuras nacionales establecidas para garantizarla*”¹¹⁸⁶. En relación con este punto, la práctica ha reflejado preocupantes retrasos en la ejecución de resoluciones en materia de responsabilidad parental hasta el punto de reconocerse que en ocasiones ni siquiera se ejecutan¹¹⁸⁷. Para afrontar esta situación, el legislador de la UE ha introducido en el nuevo Reglamento medidas tendentes a mejorar el procedimiento de ejecución, a la vez que se incorporan nuevas reglas sobre cooperación de autoridades y de órganos jurisdiccionales¹¹⁸⁸. No se puede afirmar que esta tarea haya sido sencilla, siendo el legislador de la UE consciente de las reticencias de los Estados miembro a armonizar las normas relativas al procedimiento de ejecución¹¹⁸⁹. Y es por ello, que la Propuesta de la Comisión de 2016 introdujo una opción mixta, la combinación de “la remisión a la normativa nacional con reglas armonizadoras”¹¹⁹⁰.

Consciente de la presencia de normativa procesal estatal, de la ausencia de armonización europea de aquella, y del impacto que estos dos factores tienen en la viabilidad práctica del Reglamento, y en el logro de los objetivos que se buscan con su refundición, y que hemos ido desgranando a lo largo de este bosquejo del sistema que incorporamos en las páginas anteriores, el legislador de la UE ha optado por buscar un punto medio entre la opción favorable a la mera remisión a la normativa nacional y la inclusión de reglas armonizadoras en el Reglamento para la ejecución de las decisiones en materia de

¹¹⁸⁶ COMISIÓN EUROPEA: “Propuesta...”, *cit.*, p. 5.

¹¹⁸⁷ *Ibidem*.

¹¹⁸⁸ Vid. *infra* Cap. Tercero ap. II.

¹¹⁸⁹ RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “La refundición...”, *cit.*, p. 149.

¹¹⁹⁰ Tal y como acertadamente expresa Rodríguez Pineau, *ibid.*, p. 149.

responsabilidad parental, apostando por combinar ambas opciones. Así, como regla general, la ejecución se sigue realizando de conformidad con la legislación del Estado miembro de ejecución, pero, al mismo tiempo, se introducen medidas armonizadas específicas para lograr su efectividad¹¹⁹¹ que no resultan tan ambiciosas como las previstas por la Comisión en 2016¹¹⁹². En otros términos, se introduce una armonización mínima de los procedimientos nacionales de ejecución, de forma que, a partir de ahora, será necesario combinar los derechos procesales nacionales con las nuevas disposiciones del Reglamento¹¹⁹³.

El Capítulo IV del Reglamento Bruselas II ter incorpora -en su Sección 3- unas disposiciones comunes a la ejecución que, en consecuencia, hay que entender aplicables tanto al régimen general de ejecución como el referido a las resoluciones privilegiadas. Es aquí donde se hacen presentes las disposiciones armonizadas en materia de ejecución. Se aborda así, la posibilidad de ejecución parcial¹¹⁹⁴, la posibilidad de adaptar las disposiciones relativas al ejercicio de los derechos de visita¹¹⁹⁵ o sobre la notificación del certificado y de la resolución¹¹⁹⁶.

En este sentido, el artículo 51.1 del Bruselas II ter, compartiendo la filosofía del artículo 47 del Reglamento Bruselas II bis, precisa que, como regla general “*el procedimiento de ejecución de las resoluciones dictadas en otro Estado miembro se regirá por el Derecho del Estado miembro de ejecución*”¹¹⁹⁷. Afirmando que sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 41, 50, 56 y 57, “*las resoluciones dictadas en un Estado miembro que tengan fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen serán ejecutadas en el Estado miembro de ejecución en las mismas condiciones que una resolución dictada en dicho Estado miembro*”.

¹¹⁹¹ En este sentido vid. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M.A.: “La reforma del Reglamento (CE) n.º 2201/2003...”, *cit.*, p. 780; RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “La refundición...”, *cit.*, p. 149.

¹¹⁹² Al respecto, y por todos, vid., FORCADA MIRANDA, J.: *Comentarios ...*, *cit.*, p. 302.

¹¹⁹³ CORNELOUP, S. y KRUGER, T.: “Le Règlement 2019/1111, Bruxelles II: la protection...”, *cit.*, p. 235.

¹¹⁹⁴ Art. 53.1 y 2 Reglamento Bruselas II ter. El apartado 3 del precepto afirma la inaplicación de dichas disposiciones “*para ejecutar una resolución que ordene la restitución de un menor sin ejecutar además otras medidas provisionales, incluidas las cautelares, que hayan sido ordenadas para proteger al menor del riesgo a que se refiere el artículo 13, párrafo primero, letra b), del Convenio de la Haya de 1980*”.

¹¹⁹⁵ Art. 54 Reglamento Bruselas II ter.

¹¹⁹⁶ Art. 55 Reglamento Bruselas II ter.

¹¹⁹⁷ Correlativamente, el art. 59.1 prevé que en cuanto no esté contemplado en el presente Reglamento, el procedimiento de presentación de una solicitud de denegación de la ejecución se regirá, igualmente, por el Derecho del Estado miembro de ejecución.

La solicitud de ejecución se presentará, de acuerdo con el artículo 52 del Reglamento, ante la autoridad competente para la ejecución con arreglo a la legislación del Estado miembro de ejecución comunicada por dicho Estado miembro a la Comisión en virtud del artículo 103 del Reglamento Bruselas II ter. Atendido el hecho de que los procedimientos de ejecución pueden contar con una naturaleza judicial o extrajudicial, dependiendo de la concreta legislación nacional, la referencia a “*autoridades competentes para la ejecución*” presente en el Reglamento, podrá incluir “*los órganos jurisdiccionales, las autoridades judiciales y las demás autoridades establecidas por el Derecho interno*”¹¹⁹⁸. A ellas les corresponderá adoptar o disponer las medidas concretas que deban tomarse en la fase de ejecución, “*como cualquier medida no coercitiva o coercitiva que esté prevista en virtud del Derecho interno de dicho Estado miembro, entre ellas las multas, el encarcelamiento o la recogida del menor por un agente judicial*”¹¹⁹⁹.

Las medidas de armonización parcial también se materializan en el régimen de suspensión y denegación de las resoluciones en materia de responsabilidad parental, analizadas a continuación.

2.5 El régimen general de suspensión y denegación de la ejecución de las resoluciones en materia de responsabilidad parental

El legislador de la UE diseña el régimen ejecución de todas las resoluciones en materia de responsabilidad parental, a partir de la instauración de un sistema de fuerza ejecutiva directa de éstas, aunque contrarrestado por la introducción de unas salvaguardas procesales que se articula en forma de causas de suspensión y denegación de la ejecución de estas resoluciones. El objetivo del legislador de la UE es, por tanto, asegurar que la ejecución pueda ser denegada o suspendida bajo las mismas condiciones en los distintos Estados miembros, tal y como se manifestó en la Propuesta de la Presidencia del Consejo de la UE de 2018¹²⁰⁰.

¹¹⁹⁸ Considerando 60 del Reglamento Bruselas II ter.

¹¹⁹⁹ Considerando 60 del Reglamento Bruselas II ter.

¹²⁰⁰ “*La Presidencia considera que, en principio, el procedimiento de ejecución para las resoluciones dictadas en otro Estado miembro debe seguir rigiéndose por el Derecho del Estado miembro de ejecución, independientemente del carácter de las medidas que se utilicen para la ejecución, ya sean multas u otras medidas coercitivas. No obstante, para la mejora de un sistema de libre circulación de resoluciones en este ámbito parece indispensable que haya unas normas mínimas autorizadas sobre cómo actuar en caso de un*

2.5.1 *Las causas de suspensión y denegación de la ejecución*

La automaticidad en la ejecución de la decisión extranjera en materia de responsabilidad no priva al Estado miembro en el que se pretende la ejecución de contar con ciertos mecanismos para controlar y, en su caso, evitar ésta.

El objetivo a alcanzar es permitir que en los procedimientos de ejecución que afectan a menores, las autoridades competentes para la ejecución o los órganos jurisdiccionales puedan reaccionar rápidamente ante un cambio relevante de circunstancias *“incluida la impugnación de la resolución en el Estado miembro de origen, la pérdida de fuerza ejecutiva de la resolución y los obstáculos o situaciones de emergencia que puedan afrontar en la fase de ejecución”*¹²⁰¹.

En línea con ello, y con respecto a la suspensión de la ejecución, se distingue en el artículo 56 del Reglamento Bruselas II ter entre aquellas ocasiones de suspensión imperativa o potestativa:

1) En relación con la primera posibilidad, la autoridad competente para la ejecución, o el órgano jurisdiccional del Estado miembro de ejecución, procederá a suspender de oficio, o a instancia de la persona contra la que se inste la ejecución o, cuando así se establezca en la legislación nacional, del menor afectado, el procedimiento de ejecución en caso de que la fuerza ejecutiva de la resolución se suspenda en el Estado miembro de origen¹²⁰².

2) Por su parte estas mismas autoridades podrán suspender, a instancia de la persona contra la que se inste la ejecución o, cuando así se establezca en la legislación nacional, del menor afectado, total o parcialmente, el procedimiento de ejecución siempre que se den alguna de las razones establecidas de forma taxativa en el precepto:

cambio significativo de circunstancias que haya surgido tras la resolución. Dichas normas deben incluir, por tanto, un determinado número de motivos armonizados de suspensión o denegación de la ejecución como tal en el Estado miembro de ejecución. Así se garantizaría que la ejecución pudiera denegarse o suspenderse en todos los Estados miembros con arreglo, en gran medida, a las mismas condiciones y, por tanto, aumentaría la seguridad jurídica para todos los progenitores y sus hijos. Este planteamiento no excluiría la aplicación de motivos nacionales de denegación que sean compatibles con el presente Reglamento y estén relacionados principalmente con requisitos formales del Derecho y los procedimientos nacionales en materia de ejecución”. PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE LA UE: “Orientación general ...”, cit., párr. 16, p. 5.

¹²⁰¹ Considerando 67 del Reglamento Bruselas II ter.

¹²⁰² Art. 56.1 Reglamento Bruselas II ter.

Capítulo Segundo. La eficacia extraterritorial de las resoluciones extranjeras en materia de responsabilidad parental...

a) La resolución es objeto de un recurso ordinario en el Estado miembro de origen.

b) Todavía no se ha cumplido el plazo de interposición de un recurso ordinario contemplado en la letra a), que se acaba de mencionar. En este supuesto, si finalmente se suspende el procedimiento de ejecución, podrán fijar un plazo para la interposición de cualquier recurso en virtud del artículo 56.3 del Reglamento.

c) Se ha presentado una solicitud de denegación de la ejecución al amparo de los artículos 41, 50 o 57 del texto reglamentario.

d) O, la persona contra la que se inste la ejecución ha solicitado, de conformidad con el artículo 48 del Reglamento, la revocación de un certificado expedido en virtud del artículo 47 de éste¹²⁰³.

Por su parte, y con relación a la denegación de la ejecución, el artículo 41 del Reglamento Bruselas II ter prevé que, sin perjuicio de lo señalado en el artículo 56.6) del mismo, abordado en el siguiente apartado¹²⁰⁴, referido a la suspensión del procedimiento de ejecución y denegación de la ejecución en supuestos de riesgo duradero para el menor y que permite a la autoridad competente para la ejecución o el órgano jurisdiccional denegar, previa solicitud, la ejecución de la resolución, “*la ejecución de una resolución en materia de responsabilidad parental se denegará si concurre alguno de los motivos de denegación del reconocimiento contemplados en el artículo 39*” y a los que se ha hecho referencia con anterioridad¹²⁰⁵.

En relación con estos, corresponderá al Derecho nacional determinar si los motivos de denegación de la ejecución –también, recordemos, del reconocimiento- previstos en el Reglamento deben ser examinados de oficio o previa solicitud¹²⁰⁶.

El listado recogido en el precepto es cerrado, pero, y esto resulta muy significativo, no único. Como una manifestación más de las reticencias de algunos Estados miembros a avanzar en la armonización en este sector se encuentra la posibilidad adicional de alegar los

¹²⁰³ Art. 56.2 Reglamento Bruselas II ter.

¹²⁰⁴ Vid. *infra* ap. siguiente “El impacto del cambio de circunstancias del menor en la ejecución de la resolución en materia de responsabilidad parental”.

¹²⁰⁵ Vid. *supra* Cap. Segundo, ap. II. 1.1 “Régimen general del reconocimiento de resoluciones en materia de responsabilidad parental”.

¹²⁰⁶ Considerando 62 del Reglamento Bruselas II ter. En profundidad sobre este punto vid. PARDO IRANZO, V.: *La supresión del exequátur...*, *cit.*, pp. 67 y 68.

motivos de oposición de la legislación nacional. Mientras que en la Propuesta de la Comisión de 2016 esta posibilidad no se contemplaba, con un evidente espíritu armonizador en la materia¹²⁰⁷; la versión final del texto reglamentario sí que incluye, en su artículo 57, la facultad de acogerse a los motivos de oposición de la legislación nacional, eso sí, siempre que no sean contrarios con lo dispuesto en el nuevo Reglamento. Sin embargo, y tal como afirma el Considerando 62 del mismo, la aplicación de un motivo nacional de denegación de la ejecución en ningún caso “*debe tener por efecto la ampliación de las condiciones y modalidades de los motivos previstos*” en el Reglamento.

El procedimiento de solicitud de denegación de la ejecución se regirá, en lo no previsto por el Reglamento por el Derecho del Estado miembro de ejecución al amparo del apartado 1 de su artículo 59, precepto en cuyo resto de numerales se señalan los aportes documentales a presentar a la autoridad competente para la ejecución o al órgano jurisdiccional. Quien deberá actuar “*sin demora indebida*” en relación con su tramitación¹²⁰⁸. En relación con este punto, si precisamente uno de los objetivos principales en esta materia es la celeridad, cabe cuestionar si una referencia tan imprecisa respecto a la duración del procedimiento de ejecución será suficiente para conseguir tal objetivo¹²⁰⁹.

En todo caso, la decisión adoptada podrá ser objeto de impugnación o recurso por cualquiera de las partes¹²¹⁰.

2.5.2 *El impacto del cambio de circunstancias del menor en la ejecución de la resolución en materia de responsabilidad parental*

Pocos sectores resultan tan susceptibles de ser afectados por el transcurso del tiempo y los cambios de circunstancias que pueden generar como el que estamos valorando. La posibilidad de que exista un cambio en el entorno sobre el que se articuló la respuesta recogida en la resolución de un Estado de la UE que se pretende ejecutar en otro Estado miembro, lejos de constituir una posibilidad aislada, es algo relativamente habitual que,

¹²⁰⁷ Vid. COMISIÓN EUROPEA: “Propuesta...”, *cit.*, p. 7.

¹²⁰⁸ Art. 60 Reglamento Bruselas II ter. El art. 63, por su parte, aborda la suspensión de la tramitación, estableciendo los motivos para ello.

¹²⁰⁹ Así lo advierten CORNELOUP, S. y KRUGER, T.: “Le Règlement 2019/1111, Bruxelles II: la protection...”, *cit.*, p. 234.

¹²¹⁰ Vid. arts. 61 y 62 del Reglamento Bruselas II ter.

lógicamente, puede contar con un impacto directo en el proceso de reconocimiento y ejecución de la resolución.

En este sentido, una de las cuestiones que parece haber generado mayores debates en el proceso de refundición del Reglamento Bruselas II bis –reflejando así la tormentosa práctica derivada de la aplicación del Reglamento– es, precisamente, la de cómo solucionar el problema, evidenciado en la práctica, de las modificaciones significativas de circunstancias producidas después de que se haya dictado en un concreto país la resolución que se pretende ejecutar en otro. Se trata de una cuestión de gran sensibilidad y trascendencia para el menor, puesto que afecta directamente a sus derechos fundamentales y a la consideración de su interés superior.

Como ya vimos en su momento, el régimen privilegiado del Reglamento Bruselas II bis, sobre todo ligado al mecanismo de prevalencia, se evidenció en la práctica como un sistema demasiado cerrado y rígido. En consecuencia, no permitía considerar adecuadamente el interés superior del menor en ciertos supuestos excepcionales como, precisamente, los generados por la existencia de un cambio excepcional de las circunstancias. Ante a este problema, la Comisión propuso en 2016 la introducción de una causa de denegación a la ejecución, a la que podríamos calificar como “excepcional”¹²¹¹. Esta opción, sin embargo, no tuvo mañana durante el proceso de negociación del nuevo Reglamento. Consciente de su relevancia para el funcionamiento del sistema y para la consecución de los objetivos que acompañan al nuevo Reglamento, el Consejo presentó una propuesta de compromiso en 2018 en el que el cambio significativo de las circunstancias se resolvía mediante la introducción de una causa de suspensión del procedimiento de ejecución¹²¹², opción que sí consiguió la necesaria unanimidad y se ha visto ahora recogida en el artículo 56.4 del texto del Reglamento Bruselas II ter.

En efecto, el artículo 56.4 del Reglamento Bruselas II ter alude a la posibilidad excepcional de suspensión del procedimiento a instancia de la persona contra la que se inste la ejecución o, cuando así se establezca en la legislación nacional, del menor afectado o de cualquier parte interesada que actúe atendiendo al interés superior del menor. En tales casos, la autoridad competente para la ejecución o del órgano jurisdiccional podrán suspender el

¹²¹¹ Vid. art. 40.2, COMISIÓN EUROPEA: “Propuesta...”, *cit.*, p. 57.

¹²¹² PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE LA UE: “Orientación general ...”, *cit.*, párr. 16, p. 5.

procedimiento de ejecución en el supuesto de que *“la ejecución exponga al menor a un riesgo grave de daño físico o psíquico debido a impedimentos temporales que hayan surgido después de que la resolución haya sido dictada, o en virtud de cualquier otro cambio significativo de circunstancias”*¹²¹³. Añadiendo el artículo 56.3 *in fine* que la ejecución se reanudará tan pronto como deje de existir el riesgo grave de daño físico o psíquico.

En este sentido, el artículo 56.6 del Reglamento precisa que, si este riesgo grave tiene *“carácter duradero, la autoridad competente para la ejecución o el órgano jurisdiccional podrán denegar, previa solicitud, la ejecución de la resolución”*. En todo caso, antes de proceder a denegar la ejecución con arreglo a este apartado, la autoridad competente para la ejecución o el órgano jurisdiccional tomarán las medidas oportunas para facilitar la ejecución de conformidad con la legislación y el procedimiento nacional y atendiendo al interés superior del menor¹²¹⁴.

En el sistema diseñado, la denegación prevista en el artículo 56.6 del texto reglamentario cuenta igualmente un carácter excepcional. Debe ser el último recurso, ya que el legislador de la UE insiste en que, antes de optar por la denegación de la ejecución, el órgano jurisdiccional debe tomar las medidas oportunas para facilitar la ejecución, siempre en interés superior del menor. En relación con este extremo, el Considerando 69 del Reglamento Bruselas II ter nos proporciona ciertas pautas sobre cómo deben actuar los órganos jurisdiccionales al adoptar tales medidas: *“no obstante, si el riesgo persiste, antes de denegar la ejecución deben tomarse las medidas oportunas, de conformidad con la legislación y el procedimiento nacionales, incluso, cuando proceda, con la asistencia de otros profesionales pertinentes, como asistentes sociales o psicólogos infantiles, a fin de velar por la ejecución de la resolución. En particular, de conformidad con la legislación y el procedimiento nacionales, las autoridades competentes para la ejecución o el órgano jurisdiccional deben tratar de superar los obstáculos generados por cambios de circunstancias, como, por ejemplo, una objeción manifiesta del menor no expresada hasta después de haberse dictado la resolución que sea tan contundente que, si no se tiene en cuenta, podría suponer un riesgo grave de daño físico o psíquico para el menor”*.

¹²¹³ Art. 56.4 Reglamento Bruselas II ter.

¹²¹⁴ Art. 56.5 Reglamento Bruselas II ter.

Es evidente, por tanto, que esta posibilidad de suspensión debe ser interpretada restrictivamente, y aún más restrictiva debe ser la posibilidad final de denegar la ejecución solicitada. Ya que, realmente, a pesar de estar bajo la rúbrica de una suspensión del procedimiento, esta nueva disposición podría llegar a realizar la función de una causa de denegación “encubierta”.

De hecho, y como ya hemos avanzado, la solución a la cuestión del cambio de circunstancias por la vía de la suspensión del procedimiento no fue la opción propuesta en su momento por la Comisión. En un inicio, ésta planteó, como una de las mayores novedades de su Propuesta, la introducción de un nuevo motivo de denegación de la ejecución, aplicable a todas las resoluciones en materia de responsabilidad parental, también, por tanto, a las materias privilegiadas. En este sentido, el artículo 40.2 de la Propuesta de la Comisión de 2016 habilitaba a solicitar la denegación de la ejecución en los casos en que “*en virtud de un cambio de circunstancias desde el momento en el que se dictó la resolución, la ejecución sea manifiestamente contraria al orden público del Estado miembro de ejecución*”.

Dos eran las razones previstas para justificar tal solicitud: en primer lugar, la oposición del menor en el momento de la ejecución, que convertiría a tal ejecución en manifiestamente incompatible con el interés superior del menor. Y, en segundo lugar, un cambio tal de circunstancias desde el momento en el que se dictó la resolución que haría la ejecución manifiestamente incompatible con el interés superior del menor. Esta causa de denegación hubiera actuado como una “cláusula especial de orden público que se identifica con el interés superior del menor”¹²¹⁵.

Aunque, finalmente, se haya optado por la fórmula técnica de la suspensión de la ejecución solicitada, quizá no sea desacertado seguir hablando de la existencia en el sistema articulado por el Reglamento Bruselas II ter de una cláusula de cierre¹²¹⁶. Una suerte de cláusula de orden público que actúa como último garante del interés superior del menor, y que sirve para dotar de un grado adicional de flexibilidad al modelo diseñado por el legislador de la UE. Ya que, en última instancia, el nuevo Reglamento Bruselas II ter no solo habilita al órgano jurisdiccional del Estado miembro de ejecución a suspender el

¹²¹⁵ Vid. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M.A.: “La reforma del Reglamento (CE) n.º 2201/2003...”, *cit.*, p. 781.

¹²¹⁶ En el mismo sentido, Corneloup y Kruger apuntan que aquello que a priori es concebido como un motivo de suspensión de la ejecución puede transformarse en un motivo de denegación de la ejecución. CORNELOUP, S. y KRUGER, T.: “Le Règlement 2019/1111, Bruxelles II: la protection...”, *cit.*, p. 235.

procedimiento en interés del menor, sino que, además, le otorga la valoración final de determinar si el grave riesgo que recae sobre su persona tiene “*un carácter duradero*”, de acuerdo con el tenor del artículo 56.6 del texto, y lo más importante, de denegar la ejecución. Valoración, eso sí, determinada por la exigencia de intentar facilitar la ejecución con la ayuda de todas las medidas que posibilite la legislación del Estado miembro requerido.

Esta modificación cuenta con una gran relevancia en el marco del debate sobre la eliminación del *exequátur* y la adecuada protección de los derechos fundamentales del menor, así como de la salvaguarda de su interés superior, tanto en abstracto como en concreto. En cierta manera, el legislador de la UE está deconstruyendo –por no hablar planamente de revocando- la eliminación absoluta del *exequátur* que había diseñado para las resoluciones en materia de derechos de visita y las resultantes del mecanismo de prevalencia del artículo 11.8 del Reglamento Bruselas II bis. Con el nuevo sistema previsto en el Bruselas II ter, el Estado miembro requerido ve ampliado su margen de maniobra en relación con la eficacia de la resolución extranjera en materia de responsabilidad parental, reestableciendo un cierto equilibrio en el reparto de competencias entre Estado miembro de origen y Estado miembro requerido. Con ello, el legislador de la UE responde a las críticas generadas por la interpretación sistémica del TJUE, y opta por prever una solución para supuestos excepcionales en los que el interés superior del menor en el caso concreto recomienda no ejecutar una resolución, siguiendo el criterio del TEDH¹²¹⁷.

Se ha demostrado en la práctica del Reglamento Bruselas II ter que un sistema de ejecución automática sin posibilidad alguna de oposición a la ejecución no garantiza suficientemente la protección de los derechos fundamentales del menor, y menos sin una mínima armonización entre Estados miembros. Por ello, se ha introducido esta cláusula – una suerte de auténtica cláusula de orden público- como segundo control del interés superior del menor, reconociendo la influencia del factor tiempo en la conformación de este interés. Con ello, previsiblemente, se podrá evitar en el futuro respuestas como las alcanzadas en los asuntos *Ignà Rinau*, *Povse* o *Aguirre Zárraga*.

¹²¹⁷ En esta línea Rodríguez Pineau entiende que el nuevo art. 56 (ap. 4 a 6) del Reglamento Bruselas II ter implican que el legislador europeo se separa definitivamente de la posición del TJEU en el asunto *Povse*. RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “El nuevo Reglamento Comunitario ...”, *cit.*, p. 13.

Adicionalmente, la solución diseñada permite constatar que la postura del legislador de la UE resulta ahora más garantista respecto a la protección de los derechos fundamentales y, en concreto, de los derechos de los menores. Con ello, el nuevo Reglamento Bruselas II ter se acerca, en mayor medida, a los estándares formulados por la jurisprudencia del TEDH¹²¹⁸.

Sin embargo, con independencia de sus previsibles ventajas y a pesar de que esta medida constituye una exigencia derivada directamente de los problemas evidenciados en la práctica, la aplicación del nuevo sistema no está exento de dudas en cuanto a su aplicación futura. Su excepcionalidad o los problemas de interpretación que puede generar son, al menos, dos de ellos.

1) Así, en primer lugar, no se debe olvidar que la práctica de los textos legislativos, aún de los más elaborados, el Reglamento Bruselas II bis así lo ha evidenciado planamente, no funciona siempre tal y como tenía pensado el legislador o la doctrina. Y en este sentido, la suspensión de la ejecución de las resoluciones en materia de responsabilidad parental por el cambio excepcional de las circunstancias prevista en el artículo 56.4 del nuevo Reglamento no constituye una excepción. En este sentido, se advierte ya por parte de la doctrina del riesgo de abuso de la cláusula en la práctica, tanto en su momento en relación con el artículo 40.2 de la Propuesta de la Comisión de 2016 como del artículo 56.4 del Reglamento Bruselas II ter¹²¹⁹: por ejemplo, en materia de sustracción internacional de menores, empleando dicho precepto de forma excesiva para justificar el no retorno del menor.

2) Junto a ello, en segundo lugar, no hay duda de que este nuevo motivo de excepción planteará problemas de interpretación, tanto por la fijación del significado de los términos incluidos en el precepto como por la propia naturaleza de la materia tratada. El artículo 56.4 descansa sobre la noción de “*interés superior del menor*”, un concepto jurídico

¹²¹⁸ Está de acuerdo en afirmar que esta medida permite una mejor protección del interés superior del menor en el caso concreto CARPANETO, L.: “Impact of the Best Interests of the Child on the Brussels II ter...”, *cit.*, pp. 278 y 279.

¹²¹⁹ Se muestran recelos con esta nueva cláusula, entre otros: RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M.A.: “La reforma del Reglamento (CE) n.º 2201/2003...”, *cit.*, p. 782; FORCADA MIRANDA, J.: *Comentarios ...*, *cit.*, p. 396.

indeterminado, ya lo vimos en su momento¹²²⁰, que debe concretarse atendiendo a las circunstancias del caso concreto.

Cualquier normativa relativa al menor está expuesta a los problemas de aplicación e interpretación derivados de descansar sobre esta noción abstracta. En el caso de la UE, además, a la naturaleza transfronteriza de las situaciones planteadas y a la de por sí compleja concreción del interés superior del menor se le añaden las divergentes concepciones de los distintos Estados miembros de la UE. El resultado final, la práctica del Bruselas II bis lo refleja, es la tensión – con el consiguiente desafío que ello conlleva- entre la salvaguarda del interés superior del menor y la protección de sus derechos fundamentales en el caso concreto, y el logro de objetivos esenciales para el legislador de la UE como son el reconocimiento mutuo, basado en la confianza entre las administraciones de justicia de los Estados miembros.

En su momento, el legislador de la UE intentó resolver este rompecabezas diseñando un reparto competencial tajante que otorgara la evaluación del interés superior del menor a un solo órgano jurisdiccional de un Estado miembro, como suele ocurrir en todos los Reglamentos de DIPr de la UE. Sin embargo, lo cierto es que el sistema no estaba funcionando de manera correcta y aquilatada a los intereses –diversos y contradictorios- en juego, tal y como se ha evidenciado, tanto por la jurisprudencia del TJUE como del TEDH. Ante esta situación, el legislador de la UE ha dado ahora una respuesta que intenta paliar los problemas surgidos en la práctica.

Se aprecia, en suma, como el legislador de la UE avanza en la integración europea en materia de familia, y de su litigiosidad, mediante avances y retrocesos, a través, podríamos gráficamente decir, de la técnica ensayo-error. Quizás, en el Reglamento Bruselas II bis se quiso avanzar un gran paso mediante la eliminación absoluta del *exequátur*, aunque limitada a un elenco de resoluciones de enorme relevancia por los intereses que subyacen en ellas, sin admitir ningún motivo de oposición. A lo mejor resultó apresurado. En el Reglamento Bruselas II ter, el legislador de la UE da un gran salto y retrocede un paso, sin renunciar al gran avance que supone la eliminación del *exequátur* para todas las resoluciones en materia de responsabilidad parental.

¹²²⁰ Vid. Cap. Introductorio, ap. II. *supra*.

3. El régimen de reconocimiento y ejecución de los acuerdos de los progenitores y documentos públicos y sus “mejoras” en el Reglamento Bruselas II ter

Si bien la naturaleza de la materia objeto de tratamiento, en el que el papel del Estado como velador del interés público en salvaguardar el interés superior del menor, hace que estemos ante un sector judicializado que lleva, por lo tanto, a dotar de una relevancia primordial a las resoluciones extranjeras, lo cierto es que los documentos públicos que incorporan acuerdos de los progenitores también cuentan con un cierto papel de relevancia que el legislador europeo no ha dudado en abordar.

Como punto de partida, el nuevo Reglamento Bruselas II ter proporciona en su artículo 2.2 2) una definición de “documento público” como aquel documento *“formalizado o registrado oficialmente como documento publico en cualquier Estado miembro en materias comprendidas en el ámbito de aplicación del presente Reglamento y cuya autenticidad: a) se refiera a la firma y al contenido del instrumento; y b) haya sido establecida por una autoridad pública u otra autoridad habilitada a tal fin. Los Estados miembros comunicarán dichas autoridades a la Comisión de conformidad con el artículo 103”*.

Adicionalmente, y como novedad, a efectos de la aplicación del Capítulo IV del Reglamento, esto es, el que se está analizando en el presente apartado, se entiende por acuerdo como *“un documento que no es un documento público, que ha sido firmado por las partes en materias que entran en el ámbito de aplicación del presente Reglamento y que ha sido registrado por una autoridad pública comunicada a la Comisión con este fin por un Estado miembro de conformidad con el artículo 103”*. De esta manera, desde el punto de vista de la evolución del DIPr contemporáneo, la introducción de estos acuerdos es considerada como una manifestación de la tendencia actual consistente en trasladar al sector de la eficacia extraterritorial ciertas situaciones y actos tradicionalmente cubiertos por el conflicto de leyes¹²²¹.

¹²²¹ Así lo afirman CORNELOUP, S. y KRUGER, T.: “Le Règlement 2019/1111, Bruxelles II: la protection...”, *cit.*, p. 237.

Al respecto, el Considerando 14 del Reglamento Bruselas II ter clarifica “*según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, debe darse al término «órgano jurisdiccional» un sentido amplio, a fin de abarcar igualmente a las autoridades administrativas u otras autoridades, como los notarios, que tienen competencia en ciertas cuestiones en materia matrimonial y de responsabilidad parental*”. De tal manera que “*todo acuerdo que apruebe el órgano jurisdiccional después de haber examinado su fondo de conformidad con el Derecho y los procedimientos nacionales debe ser reconocido o ejecutado como una «resolución»*”. *Cualquier otro acuerdo que adquiera efecto jurídico vinculante en el Estado miembro de origen tras la intervención formal de una autoridad pública o de otra autoridad comunicada por un Estado miembro a la Comisión para tal fin debe hacerse efectivo en los demás Estados miembros con arreglo a las disposiciones específicas del presente Reglamento sobre documentos públicos y acuerdos*”. Ahora bien, el citado Considerando termina clarificando que el Reglamento no habilita la circulación de acuerdos meramente privados, pero, por el contrario “*sí debe autorizar, en cambio, la circulación de los acuerdos que no sean ni una resolución ni un documento público, pero que hayan sido registrados por una autoridad pública competente para hacerlo. Entre tales autoridades públicas pueden figurar los notarios que registren acuerdos, aun cuando estén ejerciendo una profesión liberal*”.

El legislador de la UE, como ocurre en el resto de los instrumentos europeos de DIPr, equipara el tratamiento de la eficacia de los documentos públicos y acuerdos en materia de responsabilidad parental¹²²² al existente en relación con el régimen de las resoluciones judiciales. En consonancia con ello, el nuevo Reglamento Bruselas II ter tampoco exige de una declaración de fuerza ejecutiva previa a la ejecución para los documentos públicos y acuerdos en materia de responsabilidad parental que tengan efecto jurídico vinculante y cuenten con fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen¹²²³.

Esta posición supone un importante progreso en la libre circulación de documentos públicos y acuerdos. La dificultad de avanzar en este campo, y la consiguiente trascendencia

¹²²² El art. 64 exige, eso sí, que se trate de “*documentos públicos que hayan sido formalizados o registrados, y a los acuerdos que hayan sido registrados en un Estado miembro que ejerza su competencia con arreglo al capítulo II*”, que, recordemos, fija las normas de competencia en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

¹²²³ Art. 65.2 Reglamento Bruselas II ter.

del modelo desarrollado en el Reglamento en relación con la responsabilidad parental se observa, claramente, en el hecho de que tal eliminación del *exequátur* no se ha conseguido en los documentos públicos y acuerdos en materia de separación legal y divorcio.

En este sentido, el artículo 66.1.b) del Reglamento Bruselas II ter prevé que a “*instancia de una parte*”, el órgano jurisdiccional o la autoridad competente del Estado miembro de origen comunicados a la Comisión en virtud del artículo 103 del mismo, expida un certificado de documento público o acuerdo en materia de responsabilidad parental, utilizando el formulario que figura en el anexo IX. En dicho certificado, añade el precepto, se hará constar un resumen de la obligación con fuerza ejecutiva que esté incluida en el documento público o acuerdo. La vinculación entre el reconocimiento y la ejecución y el certificado es directa y taxativa, de tal suerte que “*si no se presenta el certificado, los documentos públicos o acuerdos no se reconocerán o ejecutarán en otro Estado miembro*”¹²²⁴.

En consonancia con el numeral 2 de este artículo 66 del nuevo texto reglamentario, solo será posible expedir el certificado si el Estado miembro que haya facultado a la autoridad pública o a otra autoridad para formalizar o registrar el documento público o para registrar el acuerdo tenía competencia con arreglo al Capítulo II del Reglamento, y el documento público o acuerdo tiene efecto jurídico vinculante en dicho Estado miembro. A ello se añade, en relación con el supuesto específico de los documentos y acuerdos en materia de responsabilidad parental que no existan “*indicios de que el contenido del documento público o acuerdo es contrario al interés superior del menor*”¹²²⁵.

De esta forma, el nuevo Reglamento habilita al órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen para controlar y valorar el interés superior del menor en el caso concreto, evitando que circule por el espacio de libertad, seguridad y justicia un documento público o acuerdo que pueda perjudicar a los intereses del menor. Este tipo de medidas deben ser acogidas muy positivamente, ya que refuerzan el nivel de diligencia y responsabilidad del Estado miembro de origen, evitando, potencialmente, posteriores problemas en sede de ejecución, los cuales han demostrado minar en la práctica la confianza judicial entre las administraciones de justicia de los Estado miembros.

¹²²⁴ Art. 66.5 Reglamento Bruselas II ter.

¹²²⁵ Art. 66.3 Reglamento Bruselas II ter.

En todo caso, el certificado es susceptible de rectificación o revocación de acuerdo con las causas previstas en el artículo 77.1 y 2 del Reglamento Bruselas II ter. El procedimiento, incluido cualquier recurso relativo a estos, se regulará por el Derecho del Estado miembro de origen al amparo del apartado 3 del precepto.

Por último, el artículo 68.2 y 3 del Reglamento Bruselas II ter recoge las causas de denegación del reconocimiento o de la ejecución de los documentos públicos o acuerdos en materia de responsabilidad parental, que resultan coincidentes en términos generales con los previstos para las resoluciones judiciales en materia de responsabilidad parental¹²²⁶. En tal sentido, se diferencian en el precepto, entre los motivos imperativos y potestativos de denegación del reconocimiento y ejecución de un documento público o acuerdo en materia de responsabilidad parental.

1) Así, en primer lugar, se afirma en el artículo 68.2 del Reglamento que “*deberá denegarse*” el reconocimiento o la ejecución cuando se den alguna de las causas explicitadas en el precepto. En concreto:

a) si el reconocimiento fuere manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro en el que se invoca el reconocimiento, teniendo en cuenta el interés superior del menor¹²²⁷;

b) a petición de cualquier persona que alegue que el documento público o el acuerdo infringe su responsabilidad parental, si el documento público se hubiere formalizado o registrado, o el acuerdo se hubiere celebrado y registrado, sin la participación de dicha persona;

c) si fuere irreconciliable, y en la medida en que lo fuere, con una resolución, un documento público o un acuerdo posterior en materia de responsabilidad parental dictado en el Estado miembro en el que se invoca el reconocimiento o se solicita la ejecución;

¹²²⁶ Vid. *supra* Cap. Segundo, ap. II. 1.1 “Régimen general del reconocimiento de resoluciones en materia de responsabilidad parental”.

¹²²⁷ Resulta interesante observar que, si bien la obligación de dar al menor la oportunidad de expresar su opinión con arreglo al presente Reglamento no se aplica a los documentos públicos y los acuerdos, el legislador europeo considera que “*el derecho del menor a expresar su opinión sigue siendo de aplicación de conformidad con el artículo 24 de la Carta y a la luz del artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño conforme a su aplicación con arreglo a la legislación y el procedimiento nacionales. El hecho de que no se haya dado al menor la oportunidad de expresar su opinión no debe constituir automáticamente un motivo de denegación del reconocimiento y la ejecución de documentos públicos y acuerdos en materia de responsabilidad parental.*” (Considerando 71 del Reglamento Bruselas II ter).

d) si fuere irreconciliable, y en la medida en que lo fuere, con una resolución, un documento público o un acuerdo posterior en materia de responsabilidad parental dictado en otro Estado miembro o en el Estado no miembro de residencia habitual del menor, siempre y cuando la resolución, el documento público o el acuerdo posterior reúna las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado miembro en que se invoca el reconocimiento o se solicita la ejecución.

2) A ello se añade, en el numeral 3 del precepto, la posibilidad de denegar el reconocimiento y la ejecución –“*podrá denegarse*” dice la norma- de un documento público o de un acuerdo en materia de responsabilidad parental si el documento público se hubiere formalizado o registrado, o el acuerdo se hubiere registrado, sin haber dado al menor capaz de formarse sus propios juicios la posibilidad de expresar su opinión.

Esta nueva regulación más detallada en materia de documentos públicos y acuerdos ha sido acogida positivamente por la doctrina, frente al escueto régimen del Reglamento Bruselas II bis en la materia¹²²⁸.

4. Un resumen de urgencia: hacia la búsqueda del equilibrio –“inestable”- entre la libre circulación de las resoluciones judiciales y el interés superior del menor

En términos generales, se puede afirmar que las modificaciones introducidas por el legislador de la UE en el texto de Bruselas II ter mejoran la regulación existente en relación con el reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de responsabilidad parental. El legislador europeo ha intentado alcanzar el equilibrio entre dos ejes fundamentales: por un lado, la mejora de la protección del interés superior del menor, y por otro, el avance en el proceso de integración europea a través del logro del reconocimiento mutuo, basado en la confianza entre las administraciones de justicia de los Estados miembros¹²²⁹.

Respecto al primer punto, se han introducido numerosas referencias a la necesidad de evaluar cuál es el interés superior del menor, tanto en los procedimientos de custodia

¹²²⁸ Se muestra favorable a este nuevo régimen, entre otros: PARDO IRANZO, V.: “Responsabilidad parental y sustracción internacional de menores: la ejecución en el nuevo Reglamento 2019/1111”, *Diario LA LEY*, n.º 9629, 2020, p. 5.

¹²²⁹ Coincide en hablar de un equilibrio entre la libre circulación de las resoluciones judiciales y la consideración del interés superior del menor en el caso concreto CARPANETO, L.: “La ricerca di una (nuova) sintesi tra interesse superior del ...”, *cit.*, pp. 967-968.

como en los procedimientos de restitución de menores. También se ha reforzado el principio de audiencia del menor, como un criterio necesario –entre otros– precisamente para definir el interés superior del menor. A pesar de que estos derechos ya eran exigibles tanto por el sistema de protección de derechos fundamentales de la UE, como el del Consejo de Europa y, por supuesto del Comité de Derechos del Niño de la ONU, la práctica estaba demostrando la dificultad de garantizar estos derechos fundamentales del menor en el marco de conflictos transfronterizos, en especial en supuestos de sustracción de menores.

Por ello, las nuevas referencias a la necesidad de cumplimiento de tales obligaciones son bienvenidas, ya que se permitirá conjugar más fácilmente el interés superior del menor en abstracto con su interés superior en el caso concreto. Habrá que ver como encajan todos estos desarrollos en la práctica, teniendo en cuenta, por un lado, el carácter indeterminado del concepto de interés superior del menor, y por otro, las profundas divergencias existentes entre las legislaciones de los Estados miembros, en especial en la audiencia del menor.

Respecto del segundo ámbito, la Comisión Europea ha dado un paso importante en el objetivo final de la libre circulación de resoluciones en el espacio de libertad, seguridad y justicia de la UE. Efectivamente, ha pasado a ampliar la eliminación del *exequátur* a todas las resoluciones en materia de responsabilidad parental. Y lo ha hecho, además, sin seguir el modelo actual previsto para la restitución de menores y para los derechos de visita, por el cual se eliminaba el *exequátur* con carácter absoluto y que ha sido objeto de críticas doctrinales y ha generado notables dificultades en su praxis.

La práctica, ya lo hemos apuntado varias veces, ha demostrado que un control *ex ante* de la ejecutividad en el Estado miembro de origen no siempre es compatible con la protección de los derechos fundamentales, y menos cuando no existe una armonización mínima en las legislaciones de los Estados miembros. Por ello, se puede decir gráficamente que se ha optado por retroceder un peldaño apostando por la vía segura prevista ya en otros Reglamentos. Esto es, la eliminación del *exequátur*, pero salvaguardando los derechos procesales y, con ello la tutela judicial efectiva del demandado, parece ser la opción que se está consolidando en la UE. Adicionalmente, en materia de menores, se suman a lo anterior las salvaguardias relativas a la consideración del interés superior del menor en el caso concreto ante, por ejemplo, un cambio excepcional de las circunstancias.

Capítulo Segundo. La eficacia extraterritorial de las resoluciones extranjeras en materia de responsabilidad parental...

Con ello, parece que, al menos en el plano teórico, se alcanza un cierto equilibrio respecto a la apuesta por procedimientos automáticos y la protección de los derechos fundamentales en el caso concreto. Procedimientos que han generado grandes tensiones en la práctica debido, seguramente, a la debilidad de la confianza entre las administraciones de justicia de los Estados miembros, al menos en el ámbito del Derecho de familia. Veremos si la fórmula mixta de armonización mínima y mantenimiento de sistemas nacionales divergentes consigue, efectivamente, instaurar el tan deseado clima de confianza judicial y se proyecta en una práctica carente del problematismo que ha caracterizado a las soluciones del Reglamento Bruselas II bis.

CAPÍTULO TERCERO. MEJORANDO LA PROTECCIÓN DEL MENOR EN EL PROCESO: TUTELA CAUTELAR, COOPERACIÓN ENTRE AUTORIDADES Y AUDIENCIA DEL MENOR

El Reglamento Bruselas II bis y ahora, el Bruselas II ter, diseña un conjunto de mecanismos de distinta naturaleza en apoyo de su práctica, que se han visto afectados por el nuevo texto de 2019, buscando asegurar la consecución de los objetivos del texto reglamentario, y en concreto, la mejor y más rápida salvaguarda de los derechos del menor y de su interés superior. Nos referimos, esencialmente, a las medidas cautelares, a la cooperación de autoridades y, también, distintas, pero directamente relacionadas con las dos dimensiones anteriores y objeto de un replanteamiento en el nuevo texto reglamentario, la audiencia del menor.

Algunas de estas cuestiones son susceptibles de ser calificadas como instrumentales, como ocurre con las reglas sobre cooperación de autoridades y órganos jurisdiccionales, que buscan facilitar al máximo la protección del menor de forma rápida y eficaz. Otras, por contra, se focalizan en la misma persona del menor, buscando asegurar la protección de sus intereses principales y que éste tenga voz en todos aquellos procesos que le afecten.

I. LAS MEDIDAS PROVISIONALES Y CAUTELARES DE PROTECCIÓN COMO GARANTÍA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR, Y EL REPARTO COMPETENCIAL EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PARENTAL

La exigencia de resolver en el menor tiempo posible los asuntos en los que se ve involucrado un menor ha sido reiteradamente requerida por las instancias internacionales dedicadas a la defensa de los derechos de los menores. Se dice que el logro de la máxima celeridad en el desarrollo de cualquier proceso que afecte al menor constituye una de las manifestaciones más características del principio del interés superior del menor en el ámbito procesal. El artículo 7 del Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños de 1996 es paradigmático en este sentido, al señalar de forma explícita que, *“en los procedimientos que afecten a un niño, la autoridad judicial deberá actuar con prontitud*

para evitar toda demora inútil y deberán existir procedimientos encaminados a asegurar una rápida ejecución de las decisiones. En los casos urgentes, la autoridad judicial estará facultada, cuando proceda, para tomar decisiones que sean inmediatamente ejecutivas.”.

El Reglamento Bruselas II bis y, ahora, el Bruselas II ter, lo hemos visto en los Capítulos anteriores, encuentran en este principio un objetivo ineludible a alcanzar. La percepción temporal del menor varía respecto de la de los adultos y la incidencia que el factor temporal tiene en ellos, atendida su situación de crecimiento y formación es, igualmente, mayor que la existente en el mundo de los adultos. De ahí que convenga *“dar prioridad a los procedimientos o procesos que están relacionados con los niños o les afectan y ultimarlos en el menor tiempo posible ... Todas las decisiones sobre el cuidado, el tratamiento, el internamiento y otras medidas relacionadas con el niño deben examinarse periódicamente en función de su percepción del tiempo, la evolución de sus facultades y su desarrollo”*¹²³⁰.

Esta necesaria incidencia en la celeridad de cualquier actuación procesal que involucre a menores se acompaña, de un incremento exponencial en la percepción del papel crucial que juega la disponibilidad de medidas provisionales y cautelares de protección del menor para la salvaguarda de sus intereses principales, y para el aseguramiento de la eventual decisión adoptada en relación con él. Una trascendencia que se incrementa de forma notable en aquellos asuntos en los que interviene un elemento extranjero.

La posibilidad de adoptar medidas provisionales y cautelares relacionadas con el menor constituye una manifestación más de la política de protección del menor por parte de los órganos jurisdiccionales y administrativos de un determinado Estado¹²³¹. El principio del interés superior del menor exige que se garantice una efectiva y rápida protección del menor en toda situación potencial de riesgo para su persona e intereses. La tutela cautelar cumple, precisamente, la función de garantizar una respuesta inmediata por parte los órganos jurisdiccionales de un Estado ante una situación de urgencia y/o riesgo para un determinado menor. En estos casos, el principio del interés superior del menor, en su vertiente

¹²³⁰ COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO: “Observación General n.º 14...”, *cit.*, párr. 93.

¹²³¹ En relación con la distinción entre medidas cautelares y provisionales, *vid.*, por todos, BARONA VILAR, S.: “Lección Trigésimo tercera. La tutela cautelar. Elementos personales y medidas cautelares”, en AA.VV.: *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 27ª ed., 2020, pp. 705-724.

procedimental, se manifiesta en la necesidad de un procedimiento eficaz y rápido que ofrezca la protección ágil e inmediata que necesita el menor.

Profundizando más en este punto, las medidas provisionales y cautelares vienen a jugar un papel de “equilibrio” entre dos facetas del interés superior del menor que son susceptibles de entrar en tensión, e incluso en conflicto, en los procedimientos judiciales. Por un lado, el principio del interés superior del menor, en su vertiente de criterio inspirador del proceso, recomienda que los procedimientos judiciales se caractericen por la celeridad y la eficacia, debido al gran impacto que posee el factor del tiempo, en especial, en los menores de edad. Pero, por otro lado, el principio del interés superior del menor en su vertiente sustantiva exige adicionalmente que, en un determinado caso concreto, se valoren todas y cada una de las circunstancias que rodean a la situación particular de ese menor; exigencia que, evidentemente, incide de forma directa sobre la duración de los procedimientos en materia de responsabilidad parental.

Este potencial conflicto entre las dos manifestaciones del interés superior del menor encuentra una de sus vías de reequilibrio o, incluso, solución, precisamente, mediante la tutela provisional y cautelar. Por un lado, las medidas provisionales y cautelares de protección facilitan una respuesta inmediata que proteja al menor de forma temporal mientras dure el procedimiento de fondo, cumpliendo, así, con las exigencias del interés del menor como norma de procedimiento. Pero, por otro lado, tampoco se está renunciando a una exhaustiva valoración posterior de las circunstancias del menor para otorgar la respuesta definitiva al litigio en consonancia con sus intereses¹²³².

El legislador de la UE, en el Reglamento Bruselas II bis – y ahora en el Bruselas II ter-, ha intentado encontrar ese equilibrio entre las dos facetas del interés del menor, introduciendo una regulación específica en materia de medidas provisionales y cautelares en materia de responsabilidad parental que sean susceptibles de proteger al menor en el contexto de los asuntos transfronterizos dentro de la UE. La proyección en la práctica del modelo, sin embargo, no ha venido exenta de tensiones. El complejo régimen del Reglamento Bruselas II bis se ha plasmado en una variada jurisprudencia del TJUE que, en

¹²³² En palabras de Sandrini: “the conflict between speed and thoroughness is heightened in matters of parental responsibility, and is balanced within domestic legal systems by procedural rules that provide for interim measures of protection”. Vid. SANDRINI, L.: “Provisional Measures and the Best Interests...”, *cit.*, p. 288.

última instancia, ha venido a replantear el modelo recogido en el nuevo Reglamento Bruselas II ter.

Ciertamente, parte de este problematismo se deriva, en un alto grado, de la complejidad consustancial de los litigios internacionales; resultaría así, de alguna manera, intrínseco a ésta. Desde la perspectiva del DIPr, en materia de medidas provisionales y cautelares surgen las preguntas clásicas de qué órganos jurisdiccionales poseen competencia judicial internacional para dictarlas, qué medidas se pueden adoptar, y de conformidad con qué legislación estatal, y por último, cuál va a ser la eficacia extraterritorial de las medidas de protección en otros Estados miembros de la UE y, también, lógicamente, aunque no vendrá cubierta por la normativa europea, fuera de ella. Y, en todo caso, subyace la cuestión de si son los Tribunales o la administración, valorando los intereses involucrados en las situaciones que afectan a los menores, los mejor preparados para proteger al menor en estas situaciones en que por la razón que sea se ve en peligro su integridad e intereses.

Las cuestiones clásicas de la disciplina, además, se ven directamente afectadas por la intervención transversal, en todo asunto que afecta al menor, del principio del interés superior del menor. Este principio podrá modular las respuestas aportadas y exigir soluciones más flexibles que en otras materias civiles y mercantiles en general, pero incluso también, de otras materias incluidas dentro del Derecho de familia.

1. Las bases del régimen de medidas cautelares y provisionales del Reglamento Bruselas II bis –y ahora, Bruselas II ter-

Esta incidencia del principio del interés superior del menor en la fijación del régimen jurídico de la tutela cautelar respecto de aquellos supuestos que los involucran se proyecta, en un primer momento, en la determinación de qué órganos jurisdiccionales están facultados para adoptar medidas provisionales y cautelares de conformidad con los Reglamentos Bruselas II bis y ter.

Estos instrumentos no proporcionan una definición sobre la noción de medidas provisionales y cautelares¹²³³, aunque, como se verá en el apartado siguiente, el TJUE sí ha delimitado las condiciones para emitir tales medidas¹²³⁴. En relación con este punto, y respecto a las medidas provisionales y cautelares previstas en el Reglamento Bruselas I bis – y sus antecesores- el Tribunal de Luxemburgo ha considerado “*«medidas provisionales o cautelares» a efectos del artículo 24 las medidas que, en las materias incluidas en el ámbito de aplicación del Convenio, van dirigidas a mantener una situación de hecho o de Derecho para salvaguardar los derechos cuyo reconocimiento se solicita, además, al Juez que conoce del fondo del asunto»*”¹²³⁵. Aún así, cabe recordar que esta aproximación no se corresponde con las medidas típicas en materia de responsabilidad parental, concebidas para la protección actual de la persona del menor, así como para mantener en la medida de lo posible una cierta normalidad en su vida mientras se resuelve el proceso¹²³⁶.

Respecto a este punto, si comparamos con el régimen establecido por 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, establecido en sus artículos 11 y 12, tampoco estos contienen una definición sobre las medidas provisionales y cautelares. De hecho, en el Informe Lagarde se señala esta ausencia de definición es deliberada, ya que se trata de una noción “funcional”, determinada por la urgencia de las medidas necesarias en cada situación¹²³⁷.

Siguiendo la lógica del reparto competencial diseñado por ambos textos en materia de responsabilidad parental, cabe diferenciar entre dos situaciones.

¹²³³ Para una aproximación en profundidad sobre este concepto vid. PRETELLI, I.: “Provisional Measures in Family Law and the Brussels II ter Regulation”, *Yearbook of Private International Law*, v. 20, 2018-2019, pp. 117 y ss.

¹²³⁴ Vid. *infra* Cap. Tercero, ap. I. 2.1 “La articulación por parte del TJUE del contenido y alcance régimen de competencia para la adopción de medidas provisionales o cautelares diseñado en el Reglamento Bruselas II bis”.

¹²³⁵ STJCE, de 28 de abril de 2005, asunto C-104/03, *St Paul Dairy*, ECLI:EU:C:2005:255, párr. 13. Y, en el mismo sentido, STJCE, de 26 de marzo de 1992, asunto C-261/90, *Reichert*, ECLI:EU:C:1992:149, párr. 34. Para un análisis detallado de las medidas provisionales y cautelares en el Reglamento Bruselas I bis vid., por todos, CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Medidas provisionales y cautelares y Reglamento Bruselas I-bis”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, v. 51, n.º 1, 2015, pp. 55-78.

¹²³⁶ En este sentido REQUEJO ISIDRO, M.: “El artículo 20 Reglamento (CE) número 2201/2003 ante el TJCE”, *Diario La Ley*, n.º 7479, 2010, p. 2.

¹²³⁷ LAGARDE, P.: “Informe explicativo del Convenio de 19 de octubre de 1996 ...”, *cit.*, párr. 70.

1) En primer lugar, puede ocurrir que los órganos jurisdiccionales competentes sobre el fondo según el Reglamento dicten medidas provisionales o cautelares, por ejemplo, de protección de un menor. Parece lógico afirmar que, en este supuesto, los órganos jurisdiccionales competentes para conocer del fondo del asunto deberían estar igualmente facultados para adoptar las medidas provisionales y cautelares que estimen oportunas, siempre que se refieran, lógicamente, a materias comprendidas dentro de esa competencia sobre el fondo, esto es, competencia en materia de responsabilidad parental. Además, siguiendo el reparto de competencias del Reglamento, también es razonable defender que estas resoluciones deben gozar de eficacia extraterritorial en otros Estados miembros para proteger correctamente al menor.

2) Junto a ello, concurre un segundo supuesto, más controvertido, en aquellas ocasiones en las que es necesario adoptar este tipo de medidas en un Estado miembro cuyos órganos jurisdiccionales no son competentes para conocer del fondo del asunto en virtud del Reglamento.

Quizá sea fácilmente aceptable esta opción en el supuesto de que no exista ningún órgano jurisdiccional competente sobre el fondo en virtud del Reglamento, y nos encontremos con un menor necesitado de urgente protección. No obstante, la problemática adquiere un mayor grado de complejidad si, por el contrario, sí existe ya un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro que resulta competente sobre el fondo, bien porque ya está conociendo del asunto, o bien porque es potencialmente competente para conocer del mismo. Obviamente, en este caso es más discutible que estos órganos jurisdiccionales deban tener competencia para dictar medidas provisionales y cautelares según el Reglamento, y forzando aún más la situación, que una vez dictadas estas resoluciones cuenten con eficacia fuera del Estado miembro en que se dictaron.

Centrándonos en este segundo supuesto, la pregunta central que se suscita es cómo regular la cuestión de la concreción de aquellos órganos que pueden resultar competentes para adoptar las medidas provisionales y cautelares, por ejemplo, de protección de un menor. Medidas que –por su propia naturaleza– cuentan con un carácter urgente, y que deban ser adoptadas por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro no competente para conocer del fondo de la disputa suscitada al amparo del Reglamento. Es fácilmente visible, y previsible, cómo en la práctica se puede dar una situación que requiera de una respuesta inmediata, en la que no haya margen de tiempo para remitir la cuestión al órgano

jurisdiccional competente sobre el fondo de la cuestión. Y, como hemos avanzado, la necesidad de equilibrar la previsibilidad en el funcionamiento del sistema, así como la necesidad de lograr la máxima inmediatez a la hora de proteger al menor, subyacen en cualquier aproximación que pueda articularse. Teniendo en cuenta, además, que la solución que se aporte puede tener un impacto directo en la dimensión de reconocimiento y ejecución de las eventuales resoluciones en materia de tutela cautelar que puedan dictarse.

Frente a esta problemática, el legislador de la UE, en el Reglamento Bruselas II bis, decidió adoptar una postura cautelosa; permisiva, aunque no alentadora, de este tipo de medidas. Sin embargo, la regulación de las medidas provisionales y cautelares en el Reglamento, precisamente por esta postura cautelosa, resulta ambigua, al ser sumamente imprecisos su contenido y alcance. Tan impreciso es su contenido, que no se realiza la diferenciación señalada respecto al origen de la resolución, es decir, respecto a si proviene – o no- de un órgano jurisdiccional competente sobre el fondo en virtud del Reglamento. Incertidumbre que afecta tanto al sector de competencia judicial internacional como al de eficacia extraterritorial de las medidas provisionales y cautelares, en la medida en que no se clarifica si en los referidos sectores debe existir un tratamiento diferenciado en función de la procedencia de la resolución. Un dato que, debe reconocerse, se ve un tanto matizado en su relevancia a través de una interpretación conjunta de los artículos 21.1 –que refiere genéricamente a las resoluciones dictadas en un Estado miembro- y 24 del Reglamento –que impide controlar la competencia del órgano jurisdiccional de origen-.

En contraste con las soluciones recogidas en el Reglamento Bruselas II bis, en el proceso de su reforma se ha producido un importante intento de modificación y actualización del régimen de la tutela cautelar y provisional. Sin embargo, ya se adelanta que la ambiciosa propuesta que la Comisión formuló en su Propuesta de 2016 finalmente no ha superado la negociación en su totalidad, aunque sí se han mantenido ciertas novedades de gran calado. Muy probablemente, este vaivén en el proceso de negociación del Reglamento Bruselas II ter, así como las distintas alternativas, generarán arduos debates doctrinales, sobre todo en lo referente al mencionado impacto en el sector de reconocimiento y ejecución.

Tan solo anticiparemos que el nuevo régimen de medidas provisionales y cautelares recogido en el Reglamento Bruselas II ter diferencia expresamente entre los dos tipos de medidas cautelares según su procedencia para, posteriormente, otorgándoles un tratamiento

diferenciado, sobre todo, en cuanto al reconocimiento de su eficacia extraterritorial en otros Estados miembros.

2. El reparto de competencias en materia de medidas provisionales o cautelares: de la ambigüedad del Reglamento Bruselas II bis a la aparente certidumbre del Bruselas II ter

Como decimos, y dejando de lado el debate que plantearemos en el siguiente apartado sobre la naturaleza del artículo 20 del Reglamento Bruselas II bis¹²³⁸, la primera de las dimensiones que necesariamente confronta al legislador de la UE, y cualquier otro legislador que aborde esta problemática, respecto al régimen de adopción de las medidas provisionales y cautelares en materia de responsabilidad parental es la concreción de qué órganos jurisdiccionales están facultados para adoptarlas. En este sentido, constituye una premisa admitida por la doctrina que la tutela cautelar se puede pretender tanto de los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro que cuente con competencia sobre el fondo del asunto –el foro principal- como buscarla ante otros órganos al amparo de un foro especial en materia cautelar y provisional¹²³⁹.

Con carácter general, y focalizándonos en el Reglamento Bruselas II bis, los objetivos y finalidad del sistema competencial diseñado en el mismo siempre supondrán una preferencia hacia los órganos jurisdiccionales competentes sobre el fondo del asunto, que serán igualmente competentes para adoptar una medida cautelar o anticipatoria que tenga por objeto proteger una pretensión susceptible de ser subsumida en el ámbito material del Reglamento al amparo de su artículo 1¹²⁴⁰. El objetivo final de esta posición es favorecer que exista un solo órgano competente en la UE para conocer de una disputa, favoreciendo de esta forma la economía procesal y evitando el riesgo de *forum shopping* y, por ende, de adopción de eventuales resoluciones contradictorias.

¹²³⁸ Vid. *infra* Cap. Tercero, ap. I. 2.1 “La articulación por parte del TJUE del contenido y alcance régimen de competencia para la adopción de medidas provisionales o cautelares diseñado en el Reglamento Bruselas II bis”.

¹²³⁹ Vid., por todos, RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “Medidas provisionales en el Reglamento Bruselas II bis”, *Diario La Ley*, n.º 7601, 2011, p. 2.

¹²⁴⁰ Al respecto, vid. VIRGOS SORIANO, M. y GARCIMARTIN ALFEREZ, F.: *cit.*, p. 350.

Sin embargo, debido a las peculiaridades de las situaciones planteadas en relación con los menores y a los intereses involucrados en éstas, y a pesar de la flexibilidad del sistema competencial del Reglamento, no siempre los órganos jurisdiccionales competentes sobre el fondo del asunto, el foro principal, estarán capacitados –o correctamente localizados- para ofrecer una respuesta inmediata ante una situación de urgencia que requiera de una protección urgente del menor. De ahí la conveniencia de prever un foro especial en materia cautelar y anticipatoria.

Esta capacidad de aportar una respuesta rápida, efectiva y adecuada a la cuestión suscitada se vincula directamente con los objetivos y finalidad que fundamentan cada uno de los foros –tanto los referidos al fondo de la cuestión como el especial en materia tutelar y provisional- en materia de responsabilidad parental recogidos en el Reglamento. Así, aquellos de entre los previstos que siguen la regla general, esto es, que se articulan en torno al criterio de proximidad geográfica y, por tanto, previsiblemente están más vinculados al menor, normalmente garantizarán la virtualidad y eficacia de las medidas provisionales y cautelares de forma inmediata, precisamente por esa proximidad geográfica.

Sin embargo, y en contraste con los anteriores, otros foros que puedan diseñarse con base en criterios diferentes, tales como el foro de la autonomía de la voluntad o el foro del órgano jurisdiccional mejor situado para conocer del asunto, quizá no puedan garantizar plenamente la eficacia inmediata de una medida provisional, al carecer de ese grado de proximidad presente en los otros: por ejemplo, porque se dé la situación en la que el órgano jurisdiccional competente sobre el fondo no sea el del Estado en el que está presente el menor en el momento en el que necesita protección urgente¹²⁴¹. En consecuencia, en situaciones excepcionales, el principio del interés superior del menor en su faceta de norma de procedimiento, y la exigencia y necesidad de ofrecer al menor una protección inmediata ante una situación de urgencia, justifica que la potestad para la adopción de medidas provisionales y cautelares no se limite, como ocurre con las resoluciones genéricas en materia de responsabilidad parental, a los órganos jurisdiccionales competentes sobre el fondo en virtud del Reglamento. De ahí, reiteramos, la eventual previsión de un foro especial en materia de medidas provisionales y cautelares.

¹²⁴¹ SANDRINI, L.: “Provisional Measures and the Best Interests...”, *cit.*, pp. 291 y 292.

Ahora bien, aunque de la argumentación anterior se deduce una sólida justificación teórica con vistas a prever la posibilidad de que ciertos órganos jurisdiccionales de un Estado miembro no competentes sobre el fondo en virtud del Reglamento cuenten con competencia para adoptar medidas cautelares y provisionales, en determinadas ocasiones y con base en ciertos criterios. Lo cierto es que en su plasmación en el terreno práctico, en el ámbito de la responsabilidad parental, presenta importantes desafíos en la Unión. Dentro de la lógica del espacio de libertad, seguridad y justicia de la UE, encontramos dos retos principales. En primer lugar, a pesar de que la confianza mutua entre los órganos jurisdiccionales de los distintos Estados miembros se presupone y es la base del modelo, en la práctica –ya lo hemos visto a lo largo de esta Tesis- no siempre se consigue, ya que para ello es esencial una constante cooperación y comunicación entre los órganos jurisdiccionales implicados en un caso concreto. En segundo lugar, hay que aceptar y asumir que siempre, y a pesar de la gravedad de las cuestiones involucradas, está presente el riesgo de que las partes utilicen estrategias para eludir el sistema competencial del Reglamento.

Quizá por ese temor a desvirtuar el sistema de competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental, el legislador de la UE, en el Reglamento Bruselas II bis, adoptó en su día una posición que si bien se asienta en la aceptación de la posibilidad de dictar medidas provisionales o cautelares, por órganos jurisdiccionales no competentes para conocer del fondo del litigio en virtud del Reglamento, lo hace con una regulación que tampoco incentiva su utilización.

En este sentido, dentro de las disposiciones comunes del Reglamento Bruselas II bis, el mencionado artículo 20 señala que *“en caso de urgencia, las disposiciones del presente Reglamento no impedirán que los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro adopten medidas provisionales o cautelares previstas en su propia legislación en relación con personas o bienes presentes en dicho Estado miembro, aun cuando, en virtud del presente Reglamento, un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro fuere competente para conocer sobre el fondo.*

2. Las medidas tomadas en virtud del apartado 1 dejarán de aplicarse cuando el órgano jurisdiccional del Estado miembro competente en virtud del presente Reglamento

*para conocer del fondo del asunto haya adoptado las medidas que considere apropiadas*¹²⁴².

Se exige, pues, que la adopción de las medidas se base en situaciones de urgencia, se fija su alcance estrictamente territorial en cuanto solo pueden adoptarse respecto de personas o bienes que se encuentren en el Estado miembro del órgano jurisdiccional. Y, por último, se subordinan temporalmente al foro principal, al afirmarse que las medidas adoptadas por el foro especial dejarán de aplicarse cuando el órgano jurisdiccional del Estado miembro competente al amparo del foro principal, haya adoptado las medidas que considere apropiadas¹²⁴³. Medidas que, además, vendrán previstas en la legislación del Estado del órgano jurisdiccional que las adopte.

Esta regulación, que no deja de ser relativamente genérica en cuanto a su contenido y que, como veremos en el siguiente apartado, mantiene la duda sobre la naturaleza de la norma adoptada y de la discusión sobre su condición de auténtica norma de competencia judicial internacional o de mera norma de referencia, ha dado lugar a una práctica interesante y amplia que ha permitido al TJUE delimitar su extensión, contenido y funcionamiento. Ha sido el Tribunal de Luxemburgo quién ha ido depurado el régimen de las medidas provisionales y cautelares en materia de responsabilidad parental en el marco del Reglamento Bruselas II bis, sentando las bases para que, con posterioridad, en el proceso de reforma, el propio legislador de la UE haya finalmente abordado y clarificado su contenido y alcance en el Reglamento Bruselas II ter.

2.1 La articulación por parte del TJUE del contenido y alcance régimen de competencia para la adopción de medidas provisionales o cautelares diseñado en el Reglamento Bruselas II bis

Las soluciones del Bruselas II bis han generado todo un conjunto de dudas en torno a su naturaleza y alcance, hasta el punto de plantear interrogantes sobre si efectivamente

¹²⁴² Para un análisis en profundidad sobre el precepto, vid., por todos, PERTEGÁS SENDER, M. y MARIOTTINI, C.: “Article 20: Provisional, including protective, measures”, en MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P. (eds.): *cit.*, pp. 269-281.

¹²⁴³ Vid. VIRGOS SORIANO, M. y GARCIMARTIN ALFEREZ, F.: *cit.*, p. 350.

estábamos ante una norma directa de competencia judicial o ante una mera norma de remisión a los ordenamientos nacionales de los Estados miembros¹²⁴⁴.

De hecho, y frente a las dudas iniciales, del tenor literal del precepto, así como de su ubicación dentro de la estructura del Reglamento, se derivaría el entendimiento de que el artículo 20 del Reglamento Bruselas II bis no fuera técnicamente una norma de competencia judicial internacional. Una posición, esta última, apoyada por el TJUE en su Sentencia de 15 de julio de 2010, en el asunto C-256/09 asunto *Purrucker I*¹²⁴⁵, en el que con claridad se precisa que: “*de la ubicación de esta disposición dentro de la estructura del Reglamento n° 2201/2003 se desprende que este artículo 20 no puede considerarse una disposición de atribución de la competencia sobre el fondo a los efectos de este Reglamento*”¹²⁴⁶.

Así pues, desde una interpretación sistemática, el Tribunal de Justicia apunta que, en efecto, por la localización del precepto respecto a la estructura general del Reglamento Bruselas II bis no se puede deducir su carácter de norma de competencia judicial internacional, ya que está ubicado en la sección de disposiciones comunes, y no en la de competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental.

Tampoco una interpretación literal del Reglamento Bruselas II bis apoyaría esta concepción. El TJUE entiende que el mencionado texto, tanto en el Considerando 16 como en el artículo 20, se limita a señalar que “*las disposiciones del presente Reglamento no impedirán*” que los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro adopten medidas provisionales o cautelares de conformidad con su legislación interna. Lo que le conduce a afirmar que, del tenor literal de ambas disposiciones recogidas en el texto reglamentario, no se deduciría la dimensión de competencia judicial internacional¹²⁴⁷. Como tampoco favorecería su condición de norma de competencia judicial internacional la remisión que hace a las normas de Derecho nacional, contradiciendo el principio base de los instrumentos

¹²⁴⁴ Al respecto, vid. VIRGOS SORIANO, M. y GARCIMARTIN ALFEREZ, F.: *Derecho Procesal Civil...*, cit., pp. 347-349; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho Internacional Privado*, cit., p. 414.

¹²⁴⁵ En relación con esta decisión, y por todos, vid. RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “STJ (Sala 2.a) de 15 de julio de 2010, *Bianca Purrucker c. Guillermo Vallés Pérez*”, *Revista Española de Derecho Internacional*, v. LXII, n.º 2, 2010, pp. 238-241.

¹²⁴⁶ Asunto *Purrucker I*, párr. 61.

¹²⁴⁷ *Ibíd.*, párr. 62.

europeos en materia de competencia judicial internacional de articular reglas uniformes al respecto.

A raíz de estos argumentos concluye el Alto Tribunal que el artículo 20 del Reglamento Bruselas II bis no recoge una norma de competencia judicial internacional. Esto es, que de él no se deriva la competencia judicial internacional de unos concretos órganos jurisdiccionales de los Estados Miembros de la EU para adoptar medidas provisionales y cautelares, sino meramente una referencia a las normas nacionales de estos. En suma, que esta competencia se basa en el Derecho, tanto de origen convencional como estrictamente autónomo, de cada Estado Miembro.

De forma coherente con ello, el TJUE, en su Sentencia de 9 de noviembre de 2010, en el asunto C-296/10, asunto *Purrucker II*¹²⁴⁸, concluyó que un proceso cautelar iniciado en virtud del artículo 20 del Reglamento Bruselas II bis no sirve de base para la invocación de litispendencia respecto de un segundo proceso iniciado sobre el fondo del asunto por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro competente en virtud del Reglamento. En este sentido: *“lo dispuesto en el artículo 19, apartado 2, del Reglamento n° 2201/2003 no es aplicable cuando a un órgano jurisdiccional de un Estado miembro ante el que se ha presentado en primer lugar una demanda para que se adopten medidas en materia de responsabilidad parental solo se le solicita que resuelva sobre las medidas provisionales, en el sentido del artículo 20 de este Reglamento, y a un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, competente para conocer del fondo del asunto, en el sentido de dicho Reglamento, se le presenta en segundo lugar una demanda que tiene por objeto que se adopten las mismas medidas, sea con carácter provisional o sea con carácter definitivo”*¹²⁴⁹.

Ahora bien, a pesar de que no estuviésemos ante una norma de competencia judicial internacional en sentido estricto, sino en una remisión al Derecho nacional de los Estados miembros, algo que, como decimos, no es plenamente compartido por la doctrina¹²⁵⁰, ello no impide que el artículo 20 del Reglamento Bruselas II bis fije unos requisitos para activar la competencia en materia de tutela cautelar y provisional prevista en él. Por ello, se afirma

¹²⁴⁸ Sobre esta decisión vid., por todos, RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “STJ (Sala 2.a) de 9 de noviembre de 2010, *Bianca Purrucker c. Guillermo Vallés Pérez*”, *Revista Española de Derecho Internacional*, v. LXII, n.º 2, 2010, pp. 244-247.

¹²⁴⁹ Asunto *Purrucker II*, párr. 86.

¹²⁵⁰ Al respecto, VIRGOS SORIANO, M. y GARCIMARTIN ALFEREZ, F.: *cit.*, pp. 340-344; GARCIMARTIN ALFEREZ, F.: *Derecho internacional privado, cit.*, pp. 200-201.

que las medidas provisionales y cautelares del artículo 20 del Reglamento sí que están revestidas de una naturaleza autónoma¹²⁵¹, ya que en él se establecen las condiciones por las que un órgano jurisdiccional no competente para conocer de un asunto está habilitado para adoptar medidas provisionales y cautelares amparándose en el artículo 20 del Reglamento. Expresado de otra manera, la remisión del artículo 20 del Reglamento Bruselas II bis a la legislación nacional de los Estados miembros viene acompañada de ciertas exigencias “comunitarias”¹²⁵².

Las condiciones mínimas para su aplicación en el marco del Reglamento Bruselas II bis vienen fijadas por primera vez por el Tribunal de Justicia de la Unión en su Sentencia de 2 de abril de 2009, en el asunto A, en la que con claridad se precisa que del “*propio tenor de dicha disposición se desprende que la adopción de medidas en materia de responsabilidad parental por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros que no son competentes para conocer del fondo está sujeta al cumplimiento de los tres requisitos acumulativos siguientes*”¹²⁵³. Por lo tanto, “*el hecho de que no se cumpla uno solo de esos tres requisitos implica que la medida proyectada no puede incluirse en el ámbito de aplicación del artículo 20, apartado 1, del Reglamento n° 2201/2003*”¹²⁵⁴.

La referencia a requisitos cumulativos favorece el entendimiento de que el TJUE señala que en virtud del Reglamento Bruselas II bis no son exigibles otras condiciones adicionales a las tres mencionadas, con especial referencia a limitaciones de carácter sustantivo¹²⁵⁵.

En concreto, el Tribunal precisa, que:

1) “*Las medidas de que se trata deben ser urgentes*”. Por tanto, se trata de medidas que han de contar con un carácter urgente. Una posición acorde con el mandato del artículo 20.1 del Reglamento que de forma explícita que “*en caso de urgencia*” y solo en tal caso, las disposiciones del Reglamento no impedirán que los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro adopten medidas provisionales o cautelares previstas en su propia legislación en relación con personas o bienes presentes en dicho Estado miembro, aun cuando, en virtud

¹²⁵¹ Vid. PERTEGÁS SENDER, M. y MARIOTTINI, C.: “Article 20: Provisional...”, *cit.*, p. 276.

¹²⁵² RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “Medidas provisionales...”, *cit.*, p. 5.

¹²⁵³ Asunto A, párr. 47.

¹²⁵⁴ STJUE de 23.12.2009, en el asunto C-403/09 PPU, *Detiček*, ECLI:EU:C:2009:810, párr. 40.

¹²⁵⁵ DUTTA, A. y SCHULZ, A.: “First Cornerstones of the EU Rules...”, *cit.*, p. 15.

del Reglamento, un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro fuere competente para conocer del fondo¹²⁵⁶. Si no existiesen razones de urgencia, no existiría motivo alguno para diseñar y poner, en su caso, en práctica un foro especial en materia cautelar distinto del foro principal en relación con el fondo del litigio.

2) En segundo lugar, “*deben adoptarse frente a personas o bienes presentes en el Estado miembro en el que ejerce su competencia el órgano jurisdiccional ante el que se inicie un procedimiento*”¹²⁵⁷. Así, el Alto Tribunal exige como requisito subjetivo la presencia de las personas afectadas en el Estado en cuestión en que se solicitan dichas medidas, aunque no sea el de residencia habitual del menor. Es decir, la necesidad de que las medidas se refieran a personas o bienes presentes en el Estado miembro en que se soliciten, y dicten, tales medidas¹²⁵⁸. Solo esta presencia permite asegurar que el órgano competente podrá adoptar de forma más eficaz que el órgano jurisdiccional que conoce del fondo de litigio una concreta medida provisional o cautelar’.

3) Por último, “*deben tener carácter provisional*”¹²⁵⁹. De conformidad con el artículo 20.2 del Reglamento, las medidas provisionales de su artículo 20 nacen limitadas temporalmente, puesto que tan solo tendrán vigencia hasta que el órgano jurisdiccional competente sobre el fondo en virtud del Reglamento se pronuncie al respecto: “*el carácter provisional de tales medidas se deriva del hecho de que con arreglo al artículo 20, apartado 2, del Reglamento, dichas medidas dejarán de aplicarse cuando el órgano jurisdiccional del Estado miembro competente para conocer del fondo haya adoptado las medidas que considere apropiadas*”¹²⁶⁰. Consecuentemente, el Reglamento Bruselas II bis asume la subordinación temporal del foro especial de la tutela cautelar frente al foro general del fondo del litigio, e, indirectamente, proporciona la potestad a los órganos jurisdiccionales competentes sobre el fondo en virtud del Reglamento para revisar las medidas adoptadas de conformidad con el artículo 20 del texto reglamentario¹²⁶¹.

¹²⁵⁶ Asunto A, párr. 46.

¹²⁵⁷ DUTTA, A. y SCHULZ, A.: “First Cornerstones of the EU Rules...”, *cit.*, p. 15.

¹²⁵⁸ Para un análisis exhaustivo de estas condiciones vid. ANTE, A. y KUNDA, I.: “Jurisdiction in Parental Responsibility ...”, *cit.*, p. 251 y ss.

¹²⁵⁹ DUTTA, A. y SCHULZ, A.: “First Cornerstones of the EU Rules...”, *cit.*, p. 15.

¹²⁶⁰ Asunto A, párr. 48.

¹²⁶¹ DUTTA, A. y SCHULZ, A.: “First Cornerstones of the EU Rules...”, *cit.*, p. 14.

Al interpretar este requisito, el Tribunal no ha dudado en afirmar que “*habida cuenta de que las medidas provisionales o cautelares tienen carácter transitorio, las circunstancias vinculadas a la evolución física, psicológica e intelectual del menor pueden hacer necesaria la intervención temprana del órgano jurisdiccional competente para que se adopten medidas definitivas*”¹²⁶². Debiendo apreciarse la necesidad y la urgencia de adoptar tales medidas definitivas en función de la situación del menor, de la evolución previsible de ésta y de la eficacia de las medidas provisionales o cautelares adoptadas¹²⁶³.

En todo caso, una vez adoptada la medida provisional o cautelar, el órgano jurisdiccional nacional no está obligado a remitir el asunto al órgano jurisdiccional competente de otro Estado miembro. No obstante, y como el propio Tribunal reconoce, y subordinado que la protección del interés superior del menor lo exija, “*el órgano jurisdiccional nacional que haya adoptado las medidas provisionales o cautelares, debe informar de ellas al órgano jurisdiccional competente de otro Estado miembro directamente o por conducto de la autoridad central designada de conformidad con el artículo 53 del Reglamento*” Bruselas II bis¹²⁶⁴.

A partir de estas tres premisas se suscita la cuestión de cuales sean las concretas medidas cautelares y provisionales susceptibles de ser adoptadas¹²⁶⁵, explicitando el Tribunal de Luxemburgo que “*el Reglamento no contiene disposición material alguna relativa a la clase de medidas urgentes que han de aplicarse*”¹²⁶⁶, ya que el artículo 20 del Reglamento Bruselas II bis se refiere a las medidas previstas en la legislación nacional¹²⁶⁷, y por tanto, “*es competencia del legislador nacional establecer las medidas que las autoridades nacionales han de adoptar para preservar el interés superior del menor y fijar las modalidades procesales para su ejecución*”¹²⁶⁸. Debido a ello, su carácter vinculante dependerá de la legislación nacional de que se trate¹²⁶⁹.

¹²⁶² Asunto A, párr. 59.

¹²⁶³ Al respecto, asunto A, párr. 60.

¹²⁶⁴ Al respecto, *ibíd.*, párr. 65.

¹²⁶⁵ Sobre la noción de medida cautelar y provisional, vid., entre otros muchos BARONA VILAR, S.: “Lección Trigésimo tercera. La tutela cautelar...”, *cit.*, pp. 705-724.

¹²⁶⁶ Asunto A, párr. 49.

¹²⁶⁷ *Ibíd.*, párr. 50.

¹²⁶⁸ *Ibíd.*, párr. 51.

¹²⁶⁹ *Ibíd.*, párr. 52.

Las condiciones para la aplicación del artículo 20 del Reglamento han sido ampliamente elaboradas por el TJUE. De las tres condiciones apuntadas, tanto la urgencia como la presencia del menor han protagonizado un notable desarrollo jurisprudencial por parte del TJUE, que a continuación se expone.

2.1.1 La interpretación del requisito de la urgencia de las medidas provisionales y cautelares del artículo 20 del Reglamento Bruselas II bis

La urgencia en la adopción de las medidas provisionales o cautelares constituye una condición crucial para activar la facultad de adoptar estas medidas por parte de un órgano jurisdiccional no competente sobre el fondo en virtud del Reglamento Bruselas II bis al amparo su artículo 20. Esto supone que quedan fuera del precepto todas aquellas posibles medidas de protección del menor que siendo provisionales, no son urgentes¹²⁷⁰.

Correspondería, pues, al órgano jurisdiccional al que se le solicitan tales medidas la realización de la labor de motivación de la urgencia en su adopción. La imprecisión de este requisito recogido en el mencionado artículo 20 del texto de Bruselas II bis y la necesidad de verificarlo en el caso concreto, se ha traducido en el planteamiento de diversas cuestiones prejudiciales ante el TJUE, quién, al valorarlo, ha procedido a delimitar el requisito de la urgencia de forma ciertamente restrictiva afirmando que, “*en la medida en que constituye una excepción al sistema de competencia previsto por dicho Reglamento, esta disposición debe interpretarse de modo estricto*”¹²⁷¹.

En este sentido, el TJUE ha entendido que la urgencia de las medidas provisionales o cautelares del artículo 20 del Reglamento se determinará a partir de las circunstancias particulares del menor necesitado de protección. Particularmente, y citando de nuevo el asunto A, primero en el que el TJUE abordó esta materia, el Alto Tribunal ha considerado que un indicador evidente de la urgencia de la medida solicitada es la imposibilidad misma de remitir el asunto al órgano jurisdiccional competente sobre el fondo en virtud del Reglamento: “*dichas medidas son aplicables a los menores que teniendo su residencia habitual en un Estado miembro residen con carácter temporal u ocasional en otro Estado*

¹²⁷⁰ JIMÉNEZ BLANCO, P.: “Medidas cautelares y sustracciones de menores”, *Diario La Ley*, n.º 7601, 2011, p. 6.

¹²⁷¹ Asunto *Detiček*, párr. 38.

*miembro y se encuentran en una situación que puede perjudicar gravemente a su bienestar, incluida su salud, o su desarrollo, por lo que está justificada la adopción inmediata de medidas de protección*¹²⁷².

En esta misma línea se manifiesta el TJUE en la Sentencia de 23 de diciembre de 2009, en el asunto C-403/09 PPU, *Detiček*¹²⁷³, (en adelante *Detiček*). En ella, el TJUE confirma que el artículo 20 del Reglamento Bruselas II bis debe ser entendido como excepción al sistema de competencia previsto por el texto reglamentario en materia de responsabilidad parental, y por ende, debe interpretarse de forma restrictiva: “*dado que el artículo 20, apartado 1, del Reglamento n° 2201/2003 faculta a un órgano jurisdiccional que no es competente para conocer del fondo para adoptar, excepcionalmente, una medida provisional en materia de responsabilidad parental, debe considerarse que el concepto de urgencia contenido en esa disposición se refiere a la vez a la situación en la que se encuentra el menor y a la imposibilidad práctica de presentar la demanda sobre la responsabilidad parental ante el órgano jurisdiccional competente para conocer del fondo*¹²⁷⁴”.

Es más, no solo debe gozar de una interpretación y de una aplicación restrictiva, sino que, de acuerdo con el propio Tribunal de Luxemburgo, la misma función del artículo 20 del Reglamento debe entenderse como un complemento al sistema de competencias diseñado por el texto reglamentario. Este carácter complementario a la jurisdicción del Estado miembro competente para conocer sobre el fondo del asunto se observa muy claramente en la ya mencionada STJUE de 26 de abril de 2012, en el asunto C-92/12 PPU, *Health Service Executive*. Ya que, en este caso, precisamente un órgano jurisdiccional de un Estado miembro dictó una medida de protección provisional para evitar la desprotección del menor durante el transcurso del procedimiento de la declaración de ejecutoriedad de una resolución sobre el acogimiento del menor en una institución pública de este Estado, dictada por el órgano jurisdiccional de otro Estado miembro (competente sobre el fondo del asunto).

El supuesto de hecho del asunto *Health Service Executive* pone de manifiesto un problema que se ha repetido reiteradamente en la práctica. Nos referimos a la tardanza en el procedimiento de declaración de ejecutoriedad en un Estado miembro de una resolución sobre

¹²⁷² Asunto A., párr. 48.

¹²⁷³ ECLI:EU:C:2009:810. Para un análisis exhaustivo de esta decisión vid., entre otros, REQUEJO ISIDRO, M.: “El artículo 20 Reglamento ...”, *cit.*, pp. 1-15.

¹²⁷⁴ Asunto *Detiček*, párr. 42.

responsabilidad parental dictada en otro Estado Miembro, problema que ha generado tensiones en la praxis, ya que, en estos supuestos, puede ser difícil proteger el interés superior del menor.

Por un lado, tal como se plantea en la problemática subyacente en el asunto *Health Service Executive*, el menor en cuestión puede necesitar de una protección inmediata. Y ello porque el órgano jurisdiccional sobre el fondo del asunto ya ha dictado una sentencia que le ampara, pero ésta se encuentra en proceso de ser ejecutada en el Estado miembro requerido –proceso que se demora debido a la exigencia de la declaración de ejecutoriedad-. En un asunto de esta naturaleza, afirma el Tribunal de Justicia, “*en el que sólo se trata de cubrir el lapso de tiempo hasta la firmeza de la declaración de ejecutoriedad, los órganos jurisdiccionales del Estado donde debe ejecutarse la resolución de acogimiento deberían aplicar al máximo las posibilidades que les ofrece su legislación, de tal manera que con sus medidas urgentes cumplan el contenido de la resolución adoptada por el órgano jurisdiccional competente. Esta conclusión se desprende de las consecuencias del reconocimiento de la resolución de acogimiento conforme al artículo 21 del Reglamento*”¹²⁷⁵.

Este tipo de supuestos constituyen un ejemplo paradigmático de como el artículo 20 del Reglamento puede garantizar la protección de un menor en un caso concreto sin, con ello, desvirtuar la finalidad y los objetivos del sistema de competencias diseñado por el legislador de la UE en el Reglamento.

Sin embargo, existen otros supuestos en que esta tensión sí se patentiza. En un segundo grupo de casos, en los que está igualmente en liza la protección de un menor involucrado, el artículo 20 del Reglamento Bruselas II bis se ha convertido en un elemento de tensión para el sistema de competencias diseñado por el Reglamento. Y ello porque el retraso en el procedimiento del *exequátur* también puede llevar a que se argumente que las circunstancias del menor han cambiado con el transcurso del tiempo. Y, ante tal cambio de circunstancias, el órgano jurisdiccional del Estado miembro requerido podría entender que está habilitado para dictar una medida de protección amparada bajo el artículo 20 del

¹²⁷⁵ Asunto *Health Service Executive*, párr. 104.

Reglamento, pese a existir una resolución previa sobre el fondo, emanada del órgano jurisdiccional competente para conocer del asunto al amparo del Reglamento.

Precisamente una situación de estas características se planteó ante el TJUE en el asunto *Detiček*. La cuestión planteada al Tribunal le interroga, esencialmente, sobre “*si el artículo 20 del Reglamento n° 2201/2003 debe interpretarse en el sentido de que permite a un órgano jurisdiccional de un Estado miembro adoptar una medida provisional en materia de responsabilidad parental que otorga la custodia de un menor que se encuentra en el territorio de dicho Estado miembro a uno de sus progenitores cuando un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, competente en virtud del mencionado Reglamento para conocer del fondo del 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*”¹²⁷⁶.

Ante esta cuestión, el Alto Tribunal, en el supuesto planteado, niega cualquier conexión entre la urgencia en la adopción de una medida provisional y un potencial cambio de circunstancias con posterioridad a que el órgano jurisdiccional competente haya dictado una resolución sobre el fondo del asunto en relación con la custodia del menor, aunque sea provisional: “*las circunstancias invocadas ... no permiten fundamentar la existencia de urgencia en el sentido del artículo 20, apartado 1, del Reglamento n° 2201/2003*”¹²⁷⁷. Alertando el Tribunal sobre el peligro de que cualquier retraso en el procedimiento de ejecución en el Estado miembro requerido sea utilizado por sus órganos jurisdiccionales para bloquear una resolución que ha sido declarada como ejecutiva por el órgano jurisdiccional competente sobre el fondo del asunto, yendo, consecuentemente, en contra de los principios recogidos en el Reglamento¹²⁷⁸.

Lo anterior se mantiene especialmente cuando se alega una integración del menor en el nuevo medio tras un traslado o retención ilícitas, ya que esta consideración podría desvirtuar el sistema competencial del Reglamento Bruselas II bis. El Tribunal no duda en afirmar que si un mero “*cambio de circunstancias derivado de un proceso gradual, como la*

¹²⁷⁶ Asunto *Detiček*, párr. 32.

¹²⁷⁷ *Ibíd.*, párr. 44.

¹²⁷⁸ *Ibíd.*, párr. 49.

*integración del menor en un nuevo entorno, fuera suficiente para autorizar, con arreglo al artículo 20, apartado 1, del Reglamento n° 2201/2003 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 de la mencionada disposición quebrantaría los propios principios en los que se basa el citado Reglamento”*¹²⁷⁹.

El reconocimiento de una situación de urgencia en un caso como el de autos, en la que el cambio en la situación del menor resulta de un traslado ilícito en el sentido del artículo 2, apartado 11, del Reglamento Bruselas II bis, añade el Tribunal, “*sería contrario al principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales dictadas en los Estados miembros instaurado por el Reglamento n° 2201/2003, principio que se basa, como resulta del considerando vigésimo primero de dicho Reglamento, en el principio de confianza mutua entre los Estados miembros*”¹²⁸⁰. Amén de contravenir, igualmente, el objetivo del Reglamento de “*evitar los traslados o retenciones ilícitos de menores entre Estados miembros ... En efecto, admitir que una medida que implique el cambio de la responsabilidad parental pueda adoptarse con arreglo al artículo 20, apartado 1, del Reglamento n° 2201/2003, equivaldría a reforzar la posición del progenitor responsable del traslado ilícito, consolidando una situación de hecho derivada de un comportamiento ilícito*”¹²⁸¹.

En definitiva, de la jurisprudencia del TJUE en relación con el requisito de la urgencia se deriva que el artículo 20 del Reglamento juega un papel complementario, pero

¹²⁷⁹ *Ibíd.*, párr. 47.

¹²⁸⁰ Asunto *Detiček*, párr. 45.

¹²⁸¹ *Ibidem*. De hecho, el Tribunal concluye señalando que atendiendo a las circunstancias concretas del caso suscitado, “*el artículo 20 del Reglamento n° 2201/2003 debe interpretarse en el sentido de que, en circunstancias como las del litigio principal, no 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*” (párr. 61).

esencial, en la protección de los menores en ciertos supuestos excepcionales en los que las propias características de una situación transfronteriza impiden que la jurisdicción competente sobre el fondo de la cuestión sea capaz de proteger de forma inmediata al menor afectado en un caso concreto. Ahora bien, el TJUE insiste en la necesidad de aplicar restrictivamente el precepto, de forma que no favorezca una interpretación que pudiera contravenir los objetivos y finalidad que sustentan el sistema de reparto de competencias diseñado por el Reglamento, que no olvidemos no son otros que el principio del interés superior del menor y el principio de proximidad.

2.1.2 *La interpretación del requisito subjetivo de las medidas provisionales o cautelares del artículo 20 del Reglamento*

Junto al requisito de la urgencia, y del carácter provisional de la medida adoptada, el artículo 20 del Reglamento Bruselas II bis limita subjetivamente la eficacia de las medidas adoptadas en virtud del mismo. Esta condición se concreta en la necesidad de la presencia de la persona necesitada de protección –o sus bienes– “*en el Estado miembro en el que estén ubicados los órganos jurisdiccionales competentes para adoptar esas medidas*”¹²⁸².

La razonabilidad, y justificación, de este requisito es fácilmente argumentable siguiendo el propio criterio de proximidad. La eficacia inmediata de la urgente medida de protección se asegura, precisamente, porque serán los órganos jurisdiccionales más próximos al sujeto necesitado de protección los que procedan a adoptar tales medidas.

Un ejemplo paradigmático de este segundo condicionamiento, que ocurre frecuentemente en la práctica, refiere al caso de un menor que reside habitualmente en un Estado miembro pero que temporalmente está presente en otro¹²⁸³. En el supuesto de que este menor requiera de una protección inminente, el órgano jurisdiccional ante el que se soliciten las medidas cautelares podrá intervenir de forma provisional y temporal, pero tan solo hasta que el órgano jurisdiccional competente sobre el fondo se pronuncie al respecto.

Un segundo grupo de casos suscitados en la realidad práctica en relación con este requisito son aquellos en los que el foro de competencia en materia de responsabilidad

¹²⁸² Asunto *Detiček*, párr. 50.

¹²⁸³ Tal y como señala el TJUE en el asunto *A*, párr. 48.

parental no está basado en el criterio de proximidad sino en otro de los criterios recogidos en las excepciones a la regla general de la residencia habitual, como por ejemplo el foro electivo o el foro mejor situado para conocer del asunto. En estos supuestos, se puede dar el caso de que el menor resida habitualmente en un Estado miembro distinto a aquel al que pertenece el órgano competente para conocer del fondo de la disputa, y se dé una situación que requiera su protección urgente. A estos casos se refiere el TJUE en el asunto *Health Service Executive* señalando “*el caso en que tienen su residencia habitual en un Estado miembro, residen con carácter temporal u ocasional en otro Estado miembro y se encuentran en una situación que puede perjudicar gravemente su bienestar, incluidos su salud o su desarrollo, por lo que está justificada la adopción inmediata de medidas de protección*”¹²⁸⁴.

La jurisprudencia del TJUE ha tenido un efecto colateral en la concreción de la interpretación de ciertos extremos adicionales del artículo 20 del Reglamento Bruselas II bis. Así, el TJUE, en el asunto *Detiček*, aborda la interpretación del término “personas” recogido en el mencionado precepto, introduciendo una ambigua interpretación en relación con él.

La noción de “personas” presente en el artículo 20 vendría así referida a todos aquellos que resulten afectados –a todas las “personas” afectadas- por la medida en cuestión. Proyectado al ámbito de las medidas provisionales y cautelares en materia de responsabilidad parental, el término “personas” englobaría no solo al menor sino también a los titulares de la responsabilidad parental, en tanto en cuanto el ejercicio de sus derechos se ve afectado por la medida de protección en cuestión. El Tribunal de Justicia es especialmente claro al respecto al señalar que, “*como se desprende del propio tenor del artículo 20, apartado 1, del Reglamento n° 2201/2003, las medidas provisionales deben adoptarse en relación con personas presentes en el Estado miembro en el que estén ubicados los órganos jurisdiccionales competentes para adoptar esas medidas*”¹²⁸⁵. Añadiendo que, “*Una medida provisional en materia de responsabilidad parental que lleve aparejado un cambio de custodia del menor no sólo se adopta en relación con el propio menor, sino también con el*

¹²⁸⁴ Asunto *Health Service Executive*, párr. 131.

¹²⁸⁵ Asunto *Detiček*, párr. 50.

progenitor a quien se confía de nuevo su custodia y con el otro progenitor que, como consecuencia de dicha medida, se ve privado de esa custodia”¹²⁸⁶.

Esta afirmación del TJUE parecería conllevar que una medida provisional solo puede ser dictada por un concreto órgano jurisdiccional si todas las personas afectadas por ella están presentes en el territorio del Estado miembro de dicho órgano jurisdiccional que la pretende dictar. En relación con esta interpretación, la doctrina ha alertado de las dudas que ésta podría generar en materia de derechos de custodia¹²⁸⁷. Entender que, en “todos” los casos, “todas” las personas afectadas –el menor y los progenitores– deben estar físicamente en el Estado en que radica el órgano jurisdiccional al que se solicita que adopte la medida cautelar o provisional, en detrimento de acudir al órgano jurisdiccional que conoce del fondo de la disputa, puede afectar a la protección efectiva del menor y de sus intereses, dado que al restringir la capacidad para adoptar medidas de protección se limita, igualmente, la protección del menor. Se trataría, además, de una posición no siempre coincidente con la realidad, ya que cuando un menor necesita urgentemente protección, o se encuentra en medio de un conflicto familiar, no todos los titulares de la responsabilidad parental tienen por qué estar presentes en el mismo Estado miembro, es más, muy habitualmente, no lo estarán¹²⁸⁸.

En particular, esta interpretación podría resultar especialmente peligrosa y dañina en supuestos de sustracción internacional de menores en los que, normalmente, el progenitor no sustractor no estará físicamente presente en el Estado miembro en el que se encuentra ilícitamente el menor¹²⁸⁹.

En suma, esta amplia interpretación del término “personas” sería susceptible de menoscabar el objetivo del artículo 20 del Reglamento Bruselas II bis que, al fin y al cabo, es la protección del menor en situaciones de urgencia para él¹²⁹⁰. De hecho, de la preocupación por esta interpretación se hizo eco la Abogada General Sra. Eleanor Sharpston

¹²⁸⁶ *Ibid.*, párr. 51.

¹²⁸⁷ En este sentido vid. REQUEJO ISIDRO, M.: “El artículo 20 Reglamento ...”, *cit.*, p. 7; RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “Medidas provisionales...”, *cit.*, p. 7; JIMÉNEZ BLANCO, P.: “Medidas cautelares y sustracciones...”, *cit.*, p. 10.

¹²⁸⁸ KRUGER, T. y SAMYN, L.: “Brussels II bis: successes and suggested...”, *cit.*, p. 149 y KRUGER, T.: “Brussels IIa Recast moving forward”, *Nederlands internationaal privaatrecht*, v. 35, n.º 3, 2017, pp. 462, 476. Versión *on line* disponible en <https://repository.uantwerpen.be/desktop/irua>, último acceso el 29.4.2020, p. 7.

¹²⁸⁹ SANDRINI, L.: “Provisional Measures and the Best Interests...”, *cit.*, p. 298.

¹²⁹⁰ KRUGER, T.: “Brussels IIa Recast moving forward”, *cit.*, p. 7.

en sus Conclusiones presentadas el 20 de mayo de 2010 en el asunto *Purrucker I*¹²⁹¹, al destacar éste que la interpretación que sugiere la necesaria presencia física de los progenitores es incorrecta, debiendo bastar con la presencia del menor necesitado de protección para justificar la asunción de competencia en materia cautelar, concretamente, señala que: “*podría deducirse de los apartados 50 a 52 de la sentencia Detiček, que, para adoptar una medida provisional sobre responsabilidad parental en las circunstancias establecidas en el artículo 20, no sólo el menor sino también las personas que ejercieron previamente o ejercen actualmente esta responsabilidad deben estar presentes en el Estado miembro afectado. Sin embargo, estoy de acuerdo con la opinión expresada en la vista por algunos de los presentes de que tal enfoque sería incorrecto, y que es únicamente la presencia del menor la que determina si se pueden adoptar medidas provisionales urgentes respecto de él*”¹²⁹².

En definitiva, la jurisprudencia del TJUE apuesta por una lectura restrictiva del alcance del artículo 20 del Reglamento Bruselas II bis¹²⁹³. En este sentido, es evidente que el precepto juega un papel instrumental y subsidiario, subordinado temporalmente al amparo del apartado 2 del precepto, en comparación con la competencia establecida para conocer sobre el fondo del asunto en virtud del Reglamento¹²⁹⁴. Es más, un sector de la doctrina llega a percibir una sensación de cierta desconfianza hacia los órganos jurisdiccionales no competentes sobre el fondo en virtud del Reglamento Bruselas II bis¹²⁹⁵. En esta línea, resulta muy ilustrativa la opinión de Requejo Isidro al señalar que el TJUE muestra “recelo frente al ejercicio de la tutela cautelar, quizá debido a que las medidas que se toman por esta vía en materia de protección de menores prefiguran el sesgo y contenido de las definitivas, y acaban con frecuencia por adoptar ese carácter; probablemente pesa sobre el TJCE este dato, así como la dificultad, apuntada por la doctrina, para diferenciar entre medidas de protección interinas y definitivas. Recelo frente al criterio de competencia del art. 20, y desconfianza de los Tribunales que lo usan; y desconfianza también acerca de la capacidad

¹²⁹¹ ECLI:EU:C:2010:296.

¹²⁹² Las Conclusiones de la Abogado General Sra. Eleanor Sharpston, presentadas el 20.5.2010 en el asunto *Purrucker I*, párr. 147.

¹²⁹³ RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “La refundición...”, *cit.*, p. 161.

¹²⁹⁴ Vid. SANDRINI, L.: “Provisional Measures and the Best Interests...”, *cit.*, p. 296.

¹²⁹⁵ CARO GÁNDARA, R.: “Desconfianza comunitaria a la luz de la jurisprudencia...”, *cit.*, p. 438.

del sistema para asegurar el papel prioritario de los Tribunales con competencia en cuanto al fondo”¹²⁹⁶.

2.2 El nuevo foro de competencia para la adopción de medidas provisionales y cautelares en materia de responsabilidad parental diseñado en el Reglamento Bruselas II ter

Los problemas apuntados en relación con las dudas en torno a la naturaleza y alcance del artículo 20 del Reglamento Bruselas II bis se encuentran en la base del actual texto del Reglamento Bruselas II ter y fundamentan el giro de perspectiva recogido en él. Como hemos señalado, el resultado final no es tan ambicioso como la Comisión Europea propuso en su Propuesta de 2016, pero implica cambios sustantivos con respecto a la actual situación, combinándose la introducción de un foro de competencia en la materia con la alteración y matización de los requisitos exigidos para su puesta en práctica.

2.2.1 Cambio de premisa: la introducción expresa de un foro de competencia en la materia

El Reglamento Bruselas II ter incorpora en relación con las soluciones presentes en el Reglamento Bruselas II bis un cambio relevante en lo relativo a la regulación del foro de la tutela cautelar y provisional. Se observa como el legislador de la UE ha dado en este último, un paso adelante respecto a la situación existente en el Reglamento Bruselas II bis en relación, especialmente, con la reglamentación de la competencia judicial internacional en materia de tutela cautelar y provisional, otorgando explícitamente competencia para dictar medidas provisionales y cautelares, tanto a los órganos jurisdiccionales competentes para conocer del fondo del asunto como a los no competentes en virtud del Reglamento. Significativamente, se trata de una modificación exenta de controversia, en el sentido de que se ha mantenido incólume en la versión recogida en el Reglamento de 2019 el texto de la Propuesta de la Comisión de 2016¹²⁹⁷.

Así, desde una aproximación sustantiva, el Reglamento 2019/1111 cambia la perspectiva y opta por formular expresamente la competencia para que un órgano

¹²⁹⁶ REQUEJO ISIDRO, M.: “El artículo 20 Reglamento ...”, *cit.*, p. 8.

¹²⁹⁷ Vid. COMISIÓN EUROPEA: “Propuesta...”, *cit.*, p. 42.

jurisdiccional, competente o no competente en cuanto al fondo de la disputa en virtud del propio Reglamento, pueda otorgar medidas provisionales o cautelares a instancias de las partes en caso de urgencia. El Reglamento, dice su Considerando 30, no debe impedir que los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro que no sean competentes para conocer del fondo del asunto adopten en caso de urgencia medidas provisionales, incluidas las cautelares, por lo que se refiere a la persona o a los bienes de un menor que se encuentre en ese Estado miembro.

Junto a ello, desde un plano formal, el nuevo precepto relativo a las medidas provisionales o cautelares, pasa de forma significativa, de estar recogido en la sección de disposiciones comunes, a estar ubicado en la sección 2 del nuevo Reglamento, relativa a la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental, con lo que se supera uno de los argumentos utilizados en su momento por el Tribunal de Justicia para aseverar que el artículo 20 del Reglamento Bruselas II bis constituía una mera norma de remisión¹²⁹⁸.

Se trata de un cambio relevante, cuyo alcance adicional se observa al comparar el texto actual con el anterior del Bruselas II bis. Si en este último la regulación de las medidas provisionales y cautelares es considerablemente ambigua y ha generado ciertos problemas de interpretación en la práctica, esta situación parece haberse depurado notablemente en el texto de 2019.

Concretamente, el artículo 15.1 del Reglamento Bruselas II ter precisa que “*en caso de urgencia, aunque el órgano jurisdiccional de otro Estado miembro sea competente para conocer del fondo del asunto, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro tendrán competencia para adoptar medidas provisionales, incluidas las cautelares, que puedan estar previstas en el Derecho de este Estado miembro en relación con: a) un menor presente en dicho Estado miembro; o b) los bienes de un menor que se encuentran en dicho Estado miembro*”.

Del tenor del nuevo precepto se desprende cómo el Reglamento otorga competencia para dictar medidas provisionales o cautelares, tanto a los órganos jurisdiccionales competentes sobre el fondo en virtud del Reglamento, como a los que no lo son, pero

¹²⁹⁸ Vid. asunto *Purrucker I*, párr. 66.

aparecen vinculados al supuesto a través de diversos criterios fijados por el propio precepto. Concretamente, se dice, se podrán adoptar por el órgano jurisdiccional las medidas previstas en el Derecho de este Estado miembro en cuestión al que pertenece el Tribunal en relación con 1) un menor presente en el Estado miembro en cuestión o 2) los bienes de un menor que se encuentran en dicho Estado miembro.

Otro cambio importante refiere a la rúbrica misma del precepto. Frente a la referencia mantenida en otros instrumentos europeos, en los que se habla genéricamente, como hace el artículo 20 del Reglamento Bruselas II bis, de “*medidas provisionales y cautelares*”, el nuevo texto alude a las medidas provisionales “*incluidas las cautelares*”. Con esto parece depurar técnicamente el precepto asumiendo que, en general, en el ámbito procesal coexisten la categoría genérica de medidas provisionales, dotadas más bien de una naturaleza preventiva, dentro de las que se encontraría la específica de las medidas cautelares¹²⁹⁹.

2.2.2 *Alteraciones en las reglas de funcionamiento del modelo: la modificación del requisito subjetivo de la necesaria presencia del menor*

Al abordar el artículo 20 del Reglamento Bruselas II bis y la práctica jurisprudencial derivada de éste, se ha observado que el precepto hace una mención explícita a “*personas*”. Frente a esta posición, el artículo 15.1.a) y b) del Reglamento de 2019 habla ahora explícitamente de “*menor presente*” en el Estado miembro del órgano jurisdiccional al que se le solicita la medida y de los “*los bienes de un menor que se encuentran en dicho Estado miembro*”.

En este sentido, y en cuanto se exige que la medida recaiga sobre la figura de un menor o sus bienes, el nuevo Reglamento está restringiendo el ámbito de aplicación material del precepto, limitándolo a la figura del menor -frente a la anterior referencia genérica a “*personas*”¹³⁰⁰. Con esta alusión al menor, insistimos, se matizan los peligros derivados de

¹²⁹⁹ Al respecto vid. BARONA VILAR, S.: “Lección Trigésimo tercera. La tutela cautelar...”, en AA.VV.: *Derecho Jurisdiccional...*, cit., pp. 705-724.

¹³⁰⁰ La doctrina alerta de que esta restricción del ámbito de aplicación material así como su nueva ubicación en el Reglamento impedirán adoptar medidas provisionales en los procedimientos relativos a las crisis matrimoniales. En este sentido, vid. GANDÍA SELLENS, M. A.: “La responsabilidad parental...”, cit., p. 810; RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “La refundición...”, cit., p. 161.

la jurisprudencia del TJUE –recordemos la decisión en el asunto *Detiček*- respecto a que la referencia a “personas”, incluiría no solo al menor sino también a sus progenitores al cubrir a todas aquellas que resulten afectados –a todas las “personas” afectadas- por la medida cautelar o provisional susceptible de ser adoptada¹³⁰¹.

Esta alteración ha sido acogida de forma generalmente positiva por la doctrina, después de las constantes voces en contra de la –cuanto menos, dudosa- interpretación del artículo 20 del Reglamento Bruselas II bis por parte del TJUE¹³⁰². Se considera que la referencia expresa a la figura del menor le devuelve su protagonismo en este tipo de asuntos, en los que la finalidad principal debe ser la protección inmediata de un menor necesitado urgentemente de la misma, sin tener relevancia donde se encuentren los titulares de la responsabilidad parental¹³⁰³. Además de ello, esta modificación es valorada positivamente por cuanto con esta referencia expresa al menor del Reglamento 2019/1111 se alinea con el texto de los Convenios de La Haya¹³⁰⁴.

Sin embargo, a pesar de su valoración habitualmente positiva, el artículo 15.1 del texto de 2019 ha sido, también, objeto de ciertas críticas. Así y en contraste con lo anteriormente expuesto, se ha apuntado como un elemento negativo de la nueva redacción focalizada en el menor, que esta restricción del ámbito subjetivo del precepto a la figura del menor impide que se puedan adoptar medidas provisionales y cautelares hacia otros colectivos potencialmente vulnerables requeridos de protección inmediata. Particularmente, y de forma paradigmática, la protección del eventual progenitor sustractor en un supuesto de sustracción internacional de menores en un contexto de violencia de género¹³⁰⁵.

¹³⁰¹ Asunto *Detiček*, párr. 50 y ss.

¹³⁰² Vid. RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “La refundición...”, *cit.*, p. 162; KRUGER, T.: “Brussels IIa Recast moving forward”, *cit.*, p. 7.

¹³⁰³ KRUGER, T.: “Brussels IIa Recast moving forward”, *cit.*, p. 7.

¹³⁰⁴ SANDRINI, L.: “Provisional Measures and the Best Interests...”, *cit.*, p. 298; KRUGER, T.: “Brussels IIa Recast moving forward”, *cit.*, p. 7.

¹³⁰⁵ La preocupación por la falta de protección del progenitor sustractor en supuestos de sustracción internacional de menores en los que se alega violencia de género es constante en la doctrina. Entre otros, vid. BEAUMONT, P., WALKER, L. y HOLLIDAY, J.: “Parental Responsibility...”, *cit.*, pp. 10 y 11.

2.2.3 *Mejorando la cooperación entre los órganos jurisdiccionales implicados como forma de protección de los intereses del menor*

A todo lo anterior, y en el marco de la apuesta que realiza el Reglamento Bruselas II ter por profundizar la colaboración entre las instancias vinculadas a la protección del menor –ya sean autoridades centrales u órganos jurisdiccionales- como forma de asegurarla, el artículo 15.2 del Reglamento Bruselas II ter añade que los órganos jurisdiccionales que dicten las medidas provisionales y cautelares informarán sin demora al órgano jurisdiccional o a la autoridad competente del Estado miembro que tenga competencia en virtud del artículo 7 o, en su caso, a cualquier órgano jurisdiccional de un Estado miembro competente para conocer del fondo del asunto en virtud del Reglamento, ya sea directamente conforme al artículo 86 o por conducto de las autoridades centrales designadas en virtud del artículo 76, “*en la medida en que la protección del interés superior del menor lo exija*”¹³⁰⁶.

Con ello, se está incorporando la ya apuntada jurisprudencia del TJUE del asunto A, en la que se hace alusión a la necesidad de informar al órgano jurisdiccional competente sobre el fondo en virtud del Reglamento Bruselas II bis -ahora ter-¹³⁰⁷: “*el órgano jurisdiccional nacional que haya adoptado las medidas provisionales o cautelares, debe informar de ellas al órgano jurisdiccional competente de otro Estado miembro directamente o por conducto de la autoridad central designada de conformidad con el artículo 53 del Reglamento*”¹³⁰⁸.

Esta consolidación del deber de información resulta evidentemente positiva, simplemente restará por ver en la práctica cómo se interpreta la referencia a la protección interés superior del menor, ya que será difícilmente argumentable que tal comunicación no beneficia a dicho interés.

Para ello, el artículo 15.2 del Reglamento establece como cauces de cooperación tanto la comunicación directa entre órganos jurisdiccionales –prevista en el artículo 86 del Reglamento- o por conducto de las autoridades centrales -designadas en virtud del artículo 76-. Esta doble opción constituye un ejemplo más del evidente intento del legislador de la UE, que ya hemos avanzado, de reforzar la cooperación y la comunicación entre los órganos

¹³⁰⁶ Al respecto vid. Cap. Tercero, ap. II., *infra*.

¹³⁰⁷ Asunto A, párr. 54 y ss.

¹³⁰⁸ Al respecto, *ibíd.*, párr. 65.

jurisdiccionales de los Estados miembros. Y en este sentido debe, sin duda, ser acogida positivamente. Una mejor cooperación es esencial para perfeccionar el funcionamiento práctico, en general, de los procesos de familia transfronterizos en el espacio de libertad, seguridad y justicia de la UE. Así como para incrementar el grado de confianza mutua entre los órganos jurisdiccionales que permita una adecuada protección del menor, a la vez que se respeta el reparto competencial diseñado por el legislador de la UE.

En todo caso, el Considerando 31 del Reglamento Bruselas II ter recuerda que los órganos jurisdiccionales que solo tienen competencia para adoptar medidas provisionales o cautelares deberán declararse de oficio incompetentes ante cualquier demanda relacionada con el fondo del asunto, siempre que haya un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro competente en virtud del Reglamento. Obligación que remarca la función de complementariedad de las medidas del artículo 15 del Reglamento 2019/1111 respecto a la jurisdicción competente sobre el fondo de acuerdo a las normas de competencia judicial internacional recogidas en el texto reglamentario.

Al igual que en el Reglamento Bruselas II bis, y siguiendo la lógica del sistema competencial diseñado en el Reglamento Bruselas II ter, el nuevo artículo 15 señala expresamente, en su apartado 3, que las medidas adoptadas, al amparo del apartado 1 del precepto, dejarán de aplicarse en el momento en el que el órgano jurisdiccional del Estado miembro competente sobre el fondo del asunto en virtud del presente Reglamento adopte las medidas que considere apropiadas. Correlativamente, y en aras a esa profundización en la colaboración entre autoridades judiciales y administrativas, el precepto requiere al órgano jurisdiccional competente en virtud del Reglamento informar del cese de las medidas provisionales o cautelares al órgano jurisdiccional que las dictó, incluidas las cautelares, ya sea directamente conforme al artículo 86 del Reglamento o por conducto de las autoridades centrales designadas en virtud del artículo 76 de éste. Con ello, reiteramos, se fomenta la comunicación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros para una adecuada protección del menor.

Esta nueva aproximación recogida en el artículo 15 del Reglamento Bruselas II ter en relación con las medidas provisionales, incluidas las cautelares, concretando con claridad un foro de competencia judicial internacional –especial- en materia de responsabilidad parental, mejora la regulación existente en el Bruselas II bis en relación con esta materia clave en el ámbito de los procesos en los que se ven involucrados menores. Una mejora,

tanto en lo referente a su claridad como a su precisión técnica, que disipa las dudas que planteaba el artículo 20 del texto de Bruselas II bis en torno a su naturaleza y alcance¹³⁰⁹. Y, en consecuencia, se puede concluir que la modificación clarifica el sistema de cara a su futura aplicación por los órganos jurisdiccionales nacionales.

Como decimos, la reglamentación de las medidas cautelares resulta objetivamente relevante dada su trascendencia con vistas a alcanzar el objetivo de proteger el interés superior del menor. Junto con eso, y tal como ha sido ya apuntado, tiene un impacto en el equilibrio interno del sistema competencial diseñado en el Reglamento. Y, por ende, afecta y se ve directamente afectado por las soluciones en materia de eficacia extraterritorial de las resoluciones extranjeras diseñadas por el texto reglamentario, que a continuación se exponen.

3. La eficacia extraterritorial de las medidas provisionales y cautelares como mayor garantía de la protección del menor en situaciones de riesgo

En los procesos de familia, la tutela provisional y cautelar en aras a la protección del menor constituye uno de los ejes de la adecuada consideración del interés superior de éste. Concretamente, recordemos, el interés superior del menor aproximado en su faceta de norma de procedimiento, entendido como aquella tutela capaz de ofrecer una respuesta adecuada e inmediata con vistas a lograr la protección de un menor. Mientras que, de forma paralela, se valora igual y detenidamente la salvaguarda del interés superior del menor entendido desde el punto de vista sustantivo.

Esta afirmación adquiere una mayor importancia, si cabe, en los procesos de familia transfronterizos. Y ello debido, directamente, a que, en estos procedimientos transfronterizos, la adopción de este tipo de medidas alcanza una dimensión de especial complejidad.

Así, no solo se debe establecer de forma previa, precisa y clara qué órganos jurisdiccionales de qué concreto Estado están habilitados para adoptar dichas medidas.

¹³⁰⁹ En general, la doctrina está de acuerdo en valorar positivamente la incorporación del foro en materia de medidas provisionales. Entre otros vid.: BEAUMONT, P., WALKER, L. y HOLLIDAY, J.: “Parental Responsibility...”, *cit.*, pp. 10 y 11; RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “La refundición...”, *cit.*, p. 161.

Órganos que, como hemos visto, en muchas ocasiones coexistirán con otros radicados en otros países –en nuestro caso, miembros de la UE- que conocen del fondo del litigio. Es que, asimismo, en este tipo de procedimientos resultará esencial, en muchos supuestos, el dotar de eficacia extraterritorial a las eventuales decisiones dictadas en el marco de estos. Por ejemplo, y por tratarse de un supuesto habitual, para que la persona a cargo del menor pueda viajar con él en el supuesto de que éste se traslade a otro Estado miembro distinto a aquel en el que se dictaron las medidas. Esta eficacia, además, debe ser lo más expeditiva posible ya que el menor, para el que el tiempo transcurre de una forma diferente a como lo hace para los adultos, recordemos, está necesitado de una protección urgente. Resulta, pues, evidente la complejidad de lograr diseñar un régimen de medidas provisionales o cautelares para situaciones transfronterizas que consiga equilibrar todos los intereses en juego.

En contraste con este planteamiento, el legislador de la UE, en el Reglamento Bruselas II bis, omite cualquier referencia sobre la eficacia extraterritorial de las medidas cautelares, bien dictadas por los órganos jurisdiccionales competentes sobre el fondo del asunto según el Reglamento, bien dictadas por un órgano jurisdiccional de un Estado Miembro no competente sobre el fondo de acuerdo con aquel. Por lo que, una vez más, ha tenido que ser el TJUE quién interprete esta cuestión de conformidad con los objetivos y finalidad del texto reglamentario.

En esta tarea de interpretación, y como seguidamente veremos, el TJUE ha ofrecido una respuesta clara, dentro de las limitadas posibilidades que ofrecía el texto del Reglamento. Con todo, ciertas situaciones han escapado a esta posición voluntarista. Determinados supuestos planteados en la realidad práctica han evidenciado la necesidad de reformar el régimen de medidas provisionales o cautelares, sobre todo en lo referente a su eficacia extraterritorial. Especialmente en la materia específica de la sustracción internacional de menores, en las que la letra del Reglamento no ha permitido al TJUE realizar una interpretación que resuelva estos supuestos, señalando el Alto Tribunal, que es el legislador europeo quién debe modificar el tenor literal del Reglamento con objeto de articular una respuesta que dé cabida y proteja mejor al interés superior del menor.

El legislador de la UE, en el proceso de refundición del Reglamento Bruselas II bis, ha reaccionado a esta aseveración, y ha dedicado parte de sus propuestas a mejorar la eficacia práctica del régimen de las medidas provisionales y cautelares de protección del menor. Para ello, se introduce una diferenciación expresa en función del origen de las referidas medidas

–del órgano jurisdiccional competente sobre el fondo o de un órgano jurisdiccional no competente- para luego otorgarles distinto tratamiento en el sector de reconocimiento y ejecución. Una vez más, la propuesta de la Comisión Europea de 2016 apostó por una reforma muy ambiciosa en el régimen de medidas provisionales o cautelares. Sin embargo, y en lo referente, específicamente, a la problemática de la eficacia extraterritorial de las medidas provisionales y cautelares, se han producido ciertos cambios durante el proceso de refundición del texto reglamentario que han conducido a que la versión final del Reglamento Bruselas II ter diste de la propuesta inicial. De forma que, ciertamente, mantiene la vocación de resolver los problemas planteados, lo hace desde una postura más moderada.

En efecto, en la Propuesta la Comisión de 2016 se otorgaba eficacia extraterritorial tanto a las medidas provisionales y cautelares dictadas por un órgano jurisdiccional competente para conocer del fondo del asunto en virtud del mismo, como a aquellas medidas adoptadas por un órgano jurisdiccional no competente en virtud del Reglamento. El tenor del artículo 48 de la Propuesta dejaba clara la aplicación del Capítulo sobre reconocimiento y ejecución a las “*medidas provisionales, incluidas las cautelares, ordenadas por una autoridad competente de conformidad con el capítulo II.*”¹³¹⁰. Un Capítulo en el que se incorporaba un artículo 12 que diseñaba, como también el actual Reglamento Bruselas II ter, un foro especial en materia cautelar.

Sin embargo, en la versión final se ha optado por solo mantener la eficacia extraterritorial de las medidas provisionales y cautelares dictadas por un órgano jurisdiccional competente sobre el fondo en virtud del Reglamento. Una decisión que tiene efectos directos sobre la virtualidad del sistema articulado a la hora de proteger al menor.

3.1 Punto de partida: el fortalecimiento de la eficacia extraterritorial de la tutela cautelar del órgano jurisdiccional de un Estado miembro competente para conocer sobre el fondo del asunto en virtud del Reglamento

Dentro del amplio elenco de cuestiones incardinadas en el ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas II bis en materia de responsabilidad parental, se ha planteado la

¹³¹⁰ Vid. COMISIÓN EUROPEA: “Propuesta...”, *cit.*, p. 61. Dichas disposiciones, añadía la propuesta de precepto, “no se aplicarán a las medidas provisionales, incluidas las cautelares, ordenadas por una autoridad sin que el demandado haya sido citado a comparecer.”

cuestión de si el órgano jurisdiccional competente para resolver el fondo de un asunto en esta materia según el Reglamento, contaba igualmente, en el marco de esta competencia, con potestad para dictar medidas provisionales o cautelares. Y, en su caso, si, posteriormente, una vez dictadas éstas, dichas medidas podían beneficiarse del sistema de reconocimiento y ejecución previsto para las resoluciones sobre responsabilidad parental.

Con respecto a la primera cuestión, tal como hemos apuntado ya, y aunque en el Reglamento Bruselas II bis, siguiendo la línea de otros instrumentos europeos en materia civil y comercial, no se hacía referencia expresa a esta cuestión, parece que nunca se ha puesto en duda este extremo por parte de la doctrina¹³¹¹. Asumiéndose, por tanto, que el volumen competencial atribuido a los órganos jurisdiccionales de un concreto Estado Miembro para abordar una disputa en materia de responsabilidad parental incluye la tutela provisional y cautelar. Es decir, se da por supuesto que los órganos competentes sobre el fondo, dentro de esta competencia, están igualmente habilitados para adoptar medidas provisionales y cautelares. Asimismo, se acepta que éstas se beneficiarán del sistema de reconocimiento y ejecución propio de las resoluciones en materia de responsabilidad parental.

Esta idea se corrobora por el Tribunal de Justicia de la Unión en su Sentencia en el asunto *Health Service Executive*, que versa sobre el reconocimiento de una medida provisional urgente dictada por el órgano jurisdiccional competente sobre el fondo, en relación con el acogimiento de un menor en un Estado miembro distinto al de su residencia habitual. El TJUE confirma, y avala, la posibilidad de reconocer y ejecutar esa eventual medida provisional emanada del órgano jurisdiccional competente sobre el fondo en otro Estado miembro. Siguiendo, como es lógico, las normas sobre reconocimiento y ejecución en materia de responsabilidad parental del Reglamento¹³¹².

Ahora bien, a raíz de este asunto se evidencia una grave deficiencia en el régimen de aseguramiento de la virtualidad de la eficacia extraterritorial de las medidas provisionales o cautelares de protección de un menor que, en la realidad práctica puede dejarle preocupantemente desprotegido. El problema se deriva del hecho de que las medidas

¹³¹¹ Es una cuestión pacífica en la doctrina, entre otros vid. SANDRINI, L.: “Provisional Measures and the Best Interests...”, *cit.*, p. 289; RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “Medidas provisionales...”, *cit.*, p. 2.

¹³¹² Asunto *Health Service Executive*, párr. 100 y ss.

provisionales o cautelares, en tanto que resolución en materia de responsabilidad parental, gozan del sistema de reconocimiento y ejecución para estas materias previstas en el Reglamento, requiriendo, por lo tanto, de la necesaria declaración de ejecutividad para poder ser ejecutadas en el Estado miembro requerido¹³¹³.

Tal como señala el TJUE, el Reglamento Bruselas II bis, recordemos, “*renunció expresamente, por razones de rapidez, a imponer una declaración de ejecutoriedad en el caso de dos categorías de resoluciones, a saber, determinadas resoluciones relativas al derecho de visita y de determinadas resoluciones que ordenan la restitución del menor*”¹³¹⁴. Sustituyéndola por un certificado del Juez de origen que debe acompañar, en estos casos, a la resolución judicial comprendida en una u otra categoría de resoluciones. Consecuentemente, del propio Reglamento se desprende que “*por consiguiente, el procedimiento de *exequatur* debe seguirse por lo que respecta a las demás resoluciones en materia de responsabilidad parental que requieren ser ejecutadas en otro Estado miembro*”¹³¹⁵. Ello implica, en suma, que debe, “*antes de ejecutarse en el Estado miembro requerido, ser declarada ejecutiva en ese Estado miembro*”¹³¹⁶.

Consecuentemente, el régimen actual de eficacia extraterritorial de las resoluciones en materia de responsabilidad parental, aplicado a las medidas provisionales y cautelares, no garantiza la celeridad necesaria en la aplicación de este tipo de medidas. Algo que, objetivamente, resulta contradictorio con su finalidad intrínseca.

Las medidas provisionales y cautelares se caracterizan por la urgencia y la inmediatez en la protección, y, en consecuencia, si se solicita su eficacia extraterritorial en otro Estado miembro, durante el transcurso del periodo mientras se declara el reconocimiento o la fuerza ejecutiva de la medida provisional el menor puede quedar desprotegido.

Frente a esta problemática, el TJUE no duda en afirmar que la necesidad urgente de proporcionar protección a un menor requiere de una interpretación teleológica de las normas procesales para la rápida obtención del *exequatur*, esencial para alcanzar los objetivos del

¹³¹³ Vid. *supra* Cap. Segundo.

¹³¹⁴ Asunto *Health Service Executive*, párr. 116.

¹³¹⁵ *Ibid.*, párr. 118.

¹³¹⁶ *Ibid.*, párr. 133.

Reglamento en materia de responsabilidad parental, de forma que los órganos jurisdiccionales nacionales del Estado miembro requerido deben minimizar al máximo la duración del procedimiento, pero no les priva de la exigencia de dotarles de fuerza ejecutiva¹³¹⁷. En palabras del Alto Tribunal: “*a efectos de interpretar y aplicar el Reglamento, es preciso decidir en función del criterio del interés superior del menor, teniendo en cuenta el artículo 24 de la Carta. Pues bien, el interés superior del menor puede exigir, en los supuestos de acogimientos transfronterizos que presentan una urgencia excepcional, que se permita una solución flexible mientras dure el procedimiento de exequátur si, a falta de tal solución, la finalidad que subyace a la resolución que ordena el acogimiento transfronterizo peligrase por el transcurso del tiempo*”¹³¹⁸. Y, por tanto, concluye que “*de las consideraciones anteriores resulta que, con el fin de no privar al Reglamento de su efecto útil, la resolución del órgano jurisdiccional del Estado miembro requerido acerca de la solicitud de declaración de ejecutoriedad debe dictarse con una particular celeridad, sin que los recursos interpuestos contra tal resolución del órgano jurisdiccional del Estado miembro requerido puedan tener efecto suspensivo*”¹³¹⁹.

Sin embargo, adicionalmente, el TJUE rechaza frontalmente que la alusión al interés superior del menor pueda justificar un cambio en la letra de la ley para eliminar el *exequátur* en este tipo de situaciones¹³²⁰. En este sentido, el Tribunal de Luxemburgo hace referencia a que corresponde al legislador de la UE, en caso de que lo estime oportuno, realizar las modificaciones necesarias que hagan frente a las “*inquietudes*” reflejadas en el caso respecto a la pérdida de tiempo en el procedimiento de ejecución¹³²¹. Y, así, garantizar una mejor protección del menor, entre los que se incluirían, lógicamente, la mencionada desaparición del *exequátur* para este tipo de resoluciones.

Esta postura es relevante, y merece una reflexión desde el punto de vista de la aproximación del interés superior del menor en relación con el Derecho de la UE en general y, en concreto, del Reglamento Bruselas II bis. El TJUE permite, incluso exige, una interpretación teleológica de las normas del Reglamento que facilite una adecuada

¹³¹⁷ SANDRINI, L.: “Provisional Measures and the Best Interests...”, *cit.*, p. 293.

¹³¹⁸ Asunto *Health Service Executive*, párr. 127.

¹³¹⁹ *Ibid.*, párr. 129.

¹³²⁰ *Ibid.*, párr. 107-120.

¹³²¹ *Ibid.*, párr. 121.

protección del menor, fomentando una interpretación flexible de éstas, pero siempre dentro de las posibilidades que permite la letra de la ley; en este caso, del Reglamento Bruselas II bis. En otras palabras, el principio del interés superior del menor no puede ser invocado para modificar el tenor literal de una norma prevista en el Reglamento, puesto que en dicho caso el legislador de la UE, al diseñar las concretas soluciones normativas recogidas en él, ya ha considerado el propio principio del interés superior del menor de forma abstracta. Las normas incorporadas son, precisamente, las que por sí mismas protegen y desarrollan ese principio.

En consecuencia, de acuerdo con el Tribunal de Luxemburgo, la valoración del interés superior del menor en el caso concreto debe estar prevista por el propio legislador de la UE, estableciendo mecanismos flexibles que garanticen un margen de maniobra suficiente a los órganos jurisdiccionales para permitirles evaluar el interés superior del menor en el caso concreto. Es, por tanto, al legislador de la UE a quien corresponde la tarea de proporcionar una regulación que proteja adecuadamente al menor y a su interés superior, tanto para la generalidad de la casuística en que se vea involucrado un menor, en abstracto, como para el específico caso concreto. Por este motivo, el TJUE, tras reconocer la centralidad del interés superior del menor como principio interpretativo de la legislación de la UE en materia de menores, fija el límite de su invocación como criterio interpretador de las normas del Reglamento en materia de responsabilidad parental. El principio del interés superior del menor permitirá una interpretación amplia del texto reglamentario, pero nunca amparará una contradicción de su tenor literal¹³²².

Atendiendo, quizás, aunque previsiblemente no solo, al mandato del Tribunal, el legislador de la UE ha asumido el envite, y ha tomado la iniciativa que le corresponde, buscando aportar respuestas a los problemas existentes en relación con la urgencia en la protección del menor durante el tiempo en que pende el procedimiento de la declaración de ejecutoriedad de las medidas provisionales o cautelares de protección en un Estado Miembro distinto de aquel en que fueron adoptadas. Y ello se ha traducido, principalmente, como punto de partida, en la eliminación del *exequátur* con carácter general para las resoluciones en materia de responsabilidad parental adoptadas por el órgano jurisdiccional competente

¹³²² SANDRINI, L.: “Provisional Measures and the Best Interests...”, *cit.*, p. 308.

sobre el fondo en virtud del Reglamento¹³²³. Por lo que dicho procedimiento ya no menoscabará, o lo hará en menor medida, la urgencia en la protección del menor en tales supuestos. Además, en un intento por coadyuvar a este objetivo, se clarifica en el texto reglamentario que las medidas provisionales y cautelares entran dentro del régimen de reconocimiento y ejecución de las resoluciones en materia de responsabilidad parental. Ello implica que, cuando un órgano jurisdiccional competente en cuanto al fondo del asunto ordene medidas provisionales, incluidas las cautelares, su circulación debe quedar garantizada en virtud del presente Reglamento. No obstante, apunta el Considerando 59 del citado texto, “*las medidas provisionales, incluidas las cautelares, ordenadas por dicho órgano jurisdiccional sin que el demandado haya sido citado a comparecer no deben ser reconocidas ni ejecutadas en virtud del presente Reglamento, a no ser que la resolución que contenga la medida sea notificada al demandado antes de su ejecución*”.

En suma, la nueva regulación relativa a la eficacia extraterritorial de las medidas provisionales en materia de responsabilidad parental dictadas por el órgano jurisdiccional competente en virtud del Reglamento para conocer del fondo del litigio mejora la regulación anterior en una doble faceta. Tanto desde un punto de vista formal o técnico, gracias a la referencia expresa a la inclusión de este tipo de medidas dentro de la eficacia extraterritorial de las resoluciones en materia de responsabilidad parental; como desde una perspectiva sustantiva, con una mejor protección del menor mediante la supresión del *exequátur*, procedimiento que en la práctica ha demostrado ser particularmente pernicioso para el interés de los menores necesitados de una urgente protección a través de una medida de protección provisional, poniendo en peligro la finalidad de estas medidas. Parece que el Reglamento Bruselas II ter supera los problemas planteados en la práctica y ofrece una regulación que asegura en mayor medida la finalidad última de las medidas provisionales y cautelares, esto es, garantizar el interés superior del menor mediante una respuesta inmediata de protección ante una situación de urgencia, tanto en el Estado miembro en el que se dicta, como, y esto es lo más complejo y a lo que ahora responde el Reglamento, en un Estado miembro diferente.

Sin embargo, como hemos señalado, frente a la propuesta realizada en 2016 por la Comisión Europea, las medidas adoptadas por los órganos jurisdiccionales de un Estado

¹³²³ Vid. *supra* Cap. Segundo, ap. II. 2.

miembro al amparo del foro especial en materia provisional y cautelar no se benefician de estos avances. Subsistiendo problemas relevantes en cuanto al aseguramiento de su eficacia extraterritorial.

3.2 La limitación de la eficacia extraterritorial de la tutela cautelar del órgano jurisdiccional de un Estado miembro no competente para conocer sobre el fondo del asunto en virtud del Reglamento

Es precisamente en el sector del reconocimiento y la ejecución en un tercer Estado, en el ámbito de su eficacia extraterritorial, en el que se genera el gran debate en torno a las medidas provisionales y cautelares dictadas por un órgano jurisdiccional no competente en virtud del Reglamento. El nudo gordiano del debate reside en la conveniencia – o no- de otorgar eficacia extraterritorial a estas medidas, para que así puedan proteger al menor no solo en el Estado miembro en el que se han dictado sino, también, en otros Estados miembros. Obviamente, y por la intrínseca naturaleza provisional reconocida por el TJUE a este tipo de medidas, subordinadas temporalmente al foro principal. Esto es, eficaces hasta que el órgano jurisdiccional del Estado miembro competente para conocer sobre el fondo del asunto se pronuncie sobre la cuestión; sobre las medidas provisionales y cautelares que considere oportunas en relación con la figura del menor o de sus bienes.

Frente al consenso general sobre la conveniencia de otorgar eficacia extraterritorial a las medidas provisionales, incluidas las cautelares, dictadas por el órgano jurisdiccional competente sobre el fondo del asunto, desde un inicio se plantean serias dudas en relación con las medidas dictadas por órganos jurisdiccionales no competentes sobre el fondo en virtud del Reglamento –artículo 20 del Reglamento Bruselas II bis y, ahora, con una naturaleza de norma de competencia judicial internacional mucho más nítida, artículo 15 del Reglamento Bruselas II ter-.

El artículo 20 del Reglamento Bruselas II bis permite este tipo de medidas pero limitando su eficacia al Estado miembro en el que se dictaron, que además debe ser en el que se encuentren las personas afectadas. Sin embargo, en el proceso de reforma del Reglamento surgió la evidente pregunta de si este régimen resulta suficientemente garantista o si, por el contrario, era necesario ampliar la eficacia de las eventuales medidas dictadas para que pudieran circular libremente en otros Estados miembros de conformidad con el

Reglamento. Ciertamente, y como ya hemos avanzado, esta ampliación supone un desafío para los objetivos y para la finalidad del Reglamento, ya que, entre otros, se corre el riesgo de que en la práctica se haga un mal uso de tal régimen de eficacia con el propósito de eludir las reglas de competencia establecidas en el propio Reglamento. Este riesgo sistémico, como otras muchas veces en esta materia, se compensa con el hecho de que en ciertos supuestos excepcionales el reconocimiento de esta posibilidad podría ayudar a una mejor protección del interés superior del menor.

Y todo ello en un contexto en el que, frente a un vacío en la regulación de la UE, el Capítulo IV del Convenio de La Haya de 1996, sí que reconoce tal eficacia extraterritorial en favor de las medidas provisionales y cautelares dictadas por un órgano jurisdiccional no competente sobre el fondo, de conformidad con el artículo 11 del texto convencional¹³²⁴.

En un primer momento, como hemos ya señalado, la Propuesta de la Comisión de 2016 abogaba, en su artículo 48, para resolver el problema apuntado, por atribuir una eficacia extraterritorial general para las medidas provisionales, incluidas las cautelares, dictadas de conformidad con el Reglamento, independientemente de si eran adoptadas por el órgano competente sobre el fondo de la cuestión o no. Sin embargo, como ya hemos apuntado, este régimen ha sido finalmente descartado en el texto final del nuevo Reglamento, optando por una regulación más precavida, sin que ello suponga renunciar de plano a solucionar los problemas evidenciados en la práctica.

Para ello, se ha optado por negar, como regla general, la eficacia extraterritorial de las medidas provisionales y cautelares dictadas de conformidad con el artículo 15 del nuevo Reglamento, pero manteniendo como excepción, precisamente, las medidas dictadas para garantizar un retorno seguro del menor en un supuesto de sustracción internacional de

¹³²⁴ Arts. 11 del Convenio de La Haya de 1996: “1. En caso de urgencia, son competentes para adoptar las medidas de protección necesarias las autoridades de cualquier Estado contratante en cuyo territorio se encuentren el niño o bienes que le pertenezcan.

2. Las medidas adoptadas en aplicación del apartado precedente respecto de un niño que tuviera su residencia habitual en un Estado contratante dejan de tener efecto desde que las autoridades competentes en virtud de los artículos 5 a 10 adopten las medidas exigidas por la situación.

3. Las medidas adoptadas en aplicación del apartado primero respecto de un niño que tenga su residencia habitual en un Estado no contratante dejan de tener efecto en todo Estado contratante desde que las medidas exigidas por la situación y adoptadas por las autoridades de otro Estado se reconocen en dicho Estado contratante”. Para un estudio exhaustivo del régimen de medidas provisionales y cautelares en el Convenio de La Haya de 1996 vid., entre otros: ZUPAN, M. LEDIC, y S. DRVENTIC, M.: “Provisional Measures and Child Abduction Proceedings”, *Pravni Vjesnik (Journal of Law, Social Sciences and Humanities)*, v. 35, n.º. 1, 2019, pp. 9-32 y AAVV: *International Issues in Family Law...*, cit., pp. 56 y 57.

menores. El Considerando 59 del Reglamento es especialmente claro al respecto: “*cuando las medidas provisionales, incluidas las cautelares, sean ordenadas por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que no es competente en cuanto al fondo del asunto, la circulación garantizada en virtud del presente Reglamento debe quedar circunscrita a las medidas ordenadas en casos de sustracción internacional de menores y destinadas a proteger al menor del grave riesgo a que se refiere el artículo 13, párrafo primero, letra b), del Convenio de La Haya de 1980. Dichas medidas deben aplicarse hasta que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro competente para conocer del fondo del asunto en virtud del presente Reglamento haya adoptado las medidas que considere apropiadas*”.

3.2.1 *Primer acto: la eficacia limitada de la tutela cautelar del artículo 20 del Reglamento Bruselas II bis*

El otorgamiento de eficacia extraterritorial a las medidas provisionales y cautelares adoptadas por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro de la Unión al amparo del artículo 20 del Reglamento Bruselas II bis -esto es, dictadas por tanto por un órgano jurisdiccional no competente en virtud del citado texto- fue una opción totalmente descartada en el sistema del Reglamento Bruselas II bis. Ni siquiera se habla expresamente de competencia para dictar medidas provisionales y cautelares, y menos, por lo tanto, se plantea su eficacia extraterritorial.

Así lo corroboró el TJUE en su Sentencia en el asunto *Purrucker I*, en el que confirma que las medidas del artículo 20 del Reglamento Bruselas II bis no son susceptibles de ser reconocidas o ejecutadas en otros Estados miembros en virtud del texto reglamentario, aunque sí “*pueden emplearse otros instrumentos internacionales u otras normas nacionales, siempre que se respete dicho Reglamento*”¹³²⁵.

Esta posición adoptada por el Tribunal de Luxemburgo viene justificada con varios argumentos de naturaleza diversa¹³²⁶. Por un lado, se emplea un argumento *a contrario*¹³²⁷, afirmando que no se pueden hacer paralelismos con el artículo 11 del Convenio de La Haya de 1996, ya que este instrumento prevé expresamente, tanto la competencia como la eficacia

¹³²⁵ Asunto *Purrucker I*, párr. 92.

¹³²⁶ *Ibíd.*, párr. 82 y ss.

¹³²⁷ SANDRINI, L.: “Provisional Measures and the Best Interests...”, *cit.*, p. 298.

extraterritorial de este tipo de medidas. Y, además, el instrumento convencional dispone el control de la competencia con anterioridad al reconocimiento o ejecución, aspecto que no cabe en el Reglamento Bruselas II bis¹³²⁸. Precisamente, es en este último punto en el que se centra el TJUE para advertir los riesgos de un posible *forum shopping* si se les otorgara eficacia extraterritorial a medidas provisionales y cautelares dictadas por un órgano jurisdiccional no competente en virtud del Reglamento, sabiendo que posteriormente no es posible un control de dicha competencia. En palabras del Tribunal de Justicia, “*admitir el reconocimiento y la ejecución de medidas incluidas en el ámbito de aplicación del artículo 20 del Reglamento n° 2201/2003 en cualquier otro Estado miembro, incluido el Estado que es competente sobre el fondo del asunto, crearía además un riesgo de elusión de las reglas de competencia previstas en este Reglamento y de «forum shopping», lo cual sería contrario a los objetivos perseguidos por dicho Reglamento y, en particular, a la consideración del interés superior del menor mediante la adopción de las decisiones que le afectan por parte del órgano jurisdiccional cercano geográficamente a su residencia habitual, que el legislador de la Unión considera el mejor situado para apreciar las medidas que han de adoptarse en interés del menor*”¹³²⁹.

En definitiva, en el Reglamento Bruselas II bis, la operatividad de su artículo 20 está limitada a casos de urgencia en los que es necesario dictar medidas de urgencia o de protección que tengan un efecto limitado al territorio del Estado miembro en que se dictan, y que cesarán sus efectos una vez el órgano jurisdiccional del Estado miembro con competencia sobre el fondo dicte una resolución¹³³⁰. Ahora bien, ni el sistema reglamentario, ni su interpretación del TJUE, cierran la puerta a la posibilidad de que las medidas provisionales y cautelares dictadas por un órgano jurisdiccional no competente sobre el fondo del asunto puedan adquirir eficacia territorial de conformidad con otros instrumentos internacionales como, por ejemplo, el Convenio de La Haya de 1996, o con la propia legislación interna del Estado miembro requerido.

¹³²⁸ Asunto *Purrucker I*, párr. 90.

¹³²⁹ *Ibíd.*, párr. 91.

¹³³⁰ AAVV: *International Issues in Family Law...*, cit., p. 56.

3.2.2 *Segundo acto: una postura arriesgada. El reconocimiento en la Propuesta de la Comisión de 2016 de la eficacia extraterritorial de la tutela cautelar de un órgano jurisdiccional no competente*

Sin embargo, a raíz de los problemas evidenciados en la práctica, sobre todo, en materia de sustracción internacional de menores, en el proceso de reforma del Reglamento se planteó la cuestión de si otorgar el reconocimiento y la ejecución a este tipo de medidas constituiría un avance para el principio de reconocimiento mutuo y el espacio de libertad, seguridad y justicia de la UE¹³³¹. Y no solo por motivos macro del avance en la integración europea, sino también, por supuesto, en cuanto se podría entender como una medida que refuerza, en mayor medida, la protección del menor en la UE. Concretamente en el caso de traslado del menor de un Estado miembro a otro, porque estas medidas de protección “viajarían” con éste hasta que el órgano jurisdiccional competente sobre el fondo del asunto se pronuncie al respecto. En este sentido, se estaría adoptando una perspectiva del interés superior del menor en el caso concreto, susceptible de proteger al menor frente a una situación excepcional.

Así lo entendió la Comisión en su Propuesta de la Comisión de 2016, en la que se reformaba ambiciosamente el modelo actual de medidas provisionales y cautelares. No solo se hablaba expresamente de competencia en la materia, sino que este sistema se reforzaba mediante el reconocimiento de la eficacia extraterritorial de estas medidas en el resto de Estados miembros de la UE¹³³². En este sentido, y tal y como confirmaba el Considerando 17 de la Propuesta de la Comisión de 2016, las medidas provisionales y cautelares debían ser reconocidas y ejecutadas en todos los Estados miembros, incluso en aquel que tuviera competencia para conocer sobre el fondo del asunto, siempre, por supuesto, hasta que la autoridad competente de dicho Estado adopte las medidas oportunas.

Además de esta alusión general, en el Capítulo dedicado a la sustracción internacional de menores se incluía una mención expresa a la posibilidad de dictar medidas provisionales y cautelares en estos casos, haciendo referencia al supuesto específico en relación con el artículo 13.1.b) del Convenio de La Haya de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, sobre el que volveremos más adelante. De alguna

¹³³¹ Vid. *infra* Cap. Cuarto, ap. I.

¹³³² Vid. COMISIÓN EUROPEA: “Propuesta...”, *cit.*, art. 48.

manera, esta propuesta de la Comisión suponía una deliberada revocación de la interpretación defendida por el TJUE en el asunto *Purrucker I*¹³³³.

Sin embargo, y sin perjuicio de estos potenciales elementos positivos, esta ampliación de la eficacia de las medidas provisionales, incluidas las cautelares, dictadas por un órgano jurisdiccional no competente sobre el fondo de la disputa no está exenta de dudas y críticas. Fundamentalmente, se apunta al potencial riesgo de que tales medidas puedan desvirtuar el sistema de competencias diseñado por el Reglamento. En este sentido, se argumenta que el sistema ya es suficientemente flexible y garantiza la protección del interés del menor en situaciones urgentes, con el doble régimen de medidas provisionales y cautelares, las dictadas por el órgano jurisdiccional competente con eficacia extraterritorial, y las dictadas por el órgano jurisdiccional no competente sobre el fondo con eficacia limitada al Estado miembro en el que se han dictado.

3.2.3 Tercer acto: una postura prudente. El mantenimiento de la eficacia limitada de la tutela cautelar dictada por un órgano jurisdiccional no competente sobre el fondo, como regla general

Quizás como consecuencia del debate sobre las bondades de la solución propuesta por la Comisión, lo cierto es que, finalmente, este novedoso avance en relación con la eficacia de las medidas provisionales y cautelares ha quedado borrado de la versión final del nuevo Reglamento, no apareciendo ya en la Propuesta de la Presidencia del Consejo de 2018¹³³⁴. El sistema del Reglamento Bruselas II ter, como se ha visto, sí que consolida la aceptación expresa a la capacidad que acompaña a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la Unión no competentes sobre el fondo para dictar medidas provisionales y cautelares, pero no termina de completar el sistema otorgándoles a éstas eficacia extraterritorial en otros Estados miembros de la UE. Es más, los Considerandos 30 y 59 del Reglamento Bruselas II ter se encargan de rechazar esta opción expresamente: “*dichas medidas no deben ser reconocidas ni ejecutadas en ningún otro Estado miembro en virtud del presente Reglamento... Las medidas adoptadas para proteger al menor de dicho riesgo deben permanecer en vigor hasta que un órgano jurisdiccional del Estado miembro*

¹³³³ KRUGER, T.: “Brussels IIa Recast moving forward”, *cit.*, p. 8.

¹³³⁴ PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE LA UE: “Orientación general ...”, *cit.*, p. 30.

de residencia habitual del menor tome las medidas que considere apropiadas. En la medida en que la protección del interés superior del menor lo exija, el órgano jurisdiccional debe informar de las medidas adoptadas, directamente o por conducto de las autoridades centrales, al órgano jurisdiccional del Estado miembro competente para conocer del fondo del asunto en virtud del presente Reglamento. No obstante, el incumplimiento de la obligación de facilitar dicha información no debe, como tal, constituir un motivo de no reconocimiento de la medida”¹³³⁵

Esta regla general, sin embargo, gozará de una excepción en lo referente a las adoptadas en relación con la sustracción de menores, al amparo del artículo 13.1.b) del Convenio de La Haya de 1980: “*excepto las medidas adoptadas para proteger al menor de un grave riesgo a que hace referencia el artículo 13, párrafo primero, letra b), del Convenio de La Haya de 1980*”, explicita el Considerando 30 del Reglamento Bruselas II ter.

Por tanto, y como regla general, la aceptación de su automática eficacia extraterritorial queda limitado en el texto de 2019 a las medidas provisionales y cautelares dictadas por órganos jurisdiccionales competentes sobre el fondo en virtud del Reglamento. Con la excepción, como hemos visto, de una mínima categoría de resoluciones en materia de sustracción de menores.

Esta diferenciación entre la tutela cautelar emanada de los órganos jurisdiccionales competentes sobre el fondo y de los que ejercen su competencia al amparo del foro especial del artículo 15 del Reglamento Bruselas II ter, se plasma en su artículo 2.1, al articular la definición del vocablo “*resolución*” a los efectos del Capítulo IV, relativo a la eficacia extraterritorial de las resoluciones en materia de responsabilidad parental. A tal efecto, dice el precepto, el término “*resolución*” incluye “*las medidas provisionales, incluidas las cautelares, ordenadas por un órgano jurisdiccional competente en virtud del presente Reglamento para conocer en cuanto al fondo del asunto o de las medidas ordenadas de conformidad con el artículo 27, apartado 5, en relación con el artículo 15*”. Dentro de estas resoluciones, se exceptúan aquellas que hayan sido dictadas sin notificación al demandado.

Por el contrario, el precepto no menciona, aparentemente de forma intencionada, las medidas provisionales y cautelares dictadas por un órgano jurisdiccional no competente

¹³³⁵ Considerando 30 Reglamento Bruselas II ter.

para conocer del fondo del asunto en virtud del Reglamento y que han sido dictadas para proteger a un concreto menor, zanjando cualquier duda que pudiera quedar al respecto. Para mayor claridad, el ya mencionado Considerando 59 del Reglamento Bruselas II ter hace referencia expresa al diferente tratamiento de ambos tipos de medidas en cuanto a su circulación en otros Estados miembros en base al Reglamento: “*cuando un órgano jurisdiccional competente en cuanto al fondo del asunto ordene medidas provisionales, incluidas las cautelares, su circulación debe quedar garantizada en virtud del presente Reglamento. No obstante, las medidas provisionales, incluidas las cautelares, ordenadas por dicho órgano jurisdiccional sin que el demandado haya sido citado a comparecer no deben ser reconocidas ni ejecutadas en virtud del presente Reglamento, a no ser que la resolución que contenga la medida sea notificada al demandado antes de su ejecución. Esto no debe obstar al reconocimiento y ejecución de tales medidas en virtud del Derecho nacional*”.

Sin embargo, añade el propio Considerando, asumiendo la reducida, pero relevante, excepción a la regla general en relación con ciertas resoluciones en supuestos de sustracción de menores, “*Cuando las medidas provisionales, incluidas las cautelares, sean ordenadas por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que no es competente en cuanto al fondo del asunto, la circulación garantizada en virtud del presente Reglamento debe quedar circunscrita a las medidas ordenadas en casos de sustracción internacional de menores y destinadas a proteger al menor del grave riesgo a que se refiere el artículo 13, párrafo primero, letra b), del Convenio de La Haya de 1980. Dichas medidas deben aplicarse hasta que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro competente para conocer del fondo del asunto en virtud del presente Reglamento haya adoptado las medidas que considere apropiadas*”.

3.2.4 Epílogo: la eficacia extraterritorial de diversas resoluciones en materia de secuestro de menores emanadas de un órgano jurisdiccional no competente sobre el fondo como excepción a la regla general de la no eficacia

El fraccionamiento del régimen de las medidas de provisionales y cautelares en el Reglamento Bruselas II bis ha provocado un preocupante déficit de protección del menor ante situaciones de grave riesgo vinculadas a un supuesto de sustracción internacional de menores. De hecho, la práctica del TJUE y de los órganos jurisdiccionales nacionales

reflejan como la mayoría de las ocasiones en las que se ha procedido a aplicar el artículo 20 del Reglamento Bruselas II bis han sido en la materia de responsabilidad parental y, más específicamente, en supuestos de sustracción internacional de menores¹³³⁶.

En este sentido, recordemos que la sustracción internacional de menores es una materia que goza de independencia material y normativa respecto de la cuestión de la responsabilidad parental, pero que aparece indisolublemente vinculada a ella, planteando el problema adicional de la puesta en contacto de distintos niveles y textos normativos de origen, objetivo y naturaleza diversa¹³³⁷.

En la mayoría de estos supuestos, el Estado miembro que debe decidir sobre el retorno o no del menor se ha encontrado con falta de garantías para ordenar un retorno seguro de éste al lugar de su residencia habitual. Este problema ha sido señalado por los operadores jurídicos¹³³⁸, por la doctrina¹³³⁹, e incluso por las propias instituciones internacionales¹³⁴⁰. También el legislador de la UE ha hecho referencia a la cuestión como uno de los principales déficits en el diseño y aplicación del Reglamento Bruselas II bis, proponiendo reformas que permitan a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que se encuentra ilícitamente el menor garantizar su retorno seguro al país de la UE en que radique su residencia habitual.

Concretamente, el problema se focaliza en aquellos casos en los que, en el marco de un procedimiento de retorno del menor, en aplicación del Convenio de La Haya de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, se le plantea al órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que se encuentra ilícitamente el menor la excepción

¹³³⁶ Así lo señala KUNDA, I. y VRBLJANAC, D.: “Provisional and Protective Measures (Articles 20)”, en HONORATI, C. (ed.): *Jurisdiction in...*, cit., p. 250.

¹³³⁷ Vid. *infra* Cap. Cuarto, ap. I.

¹³³⁸ HCCH: “Special focus: “Urgent Measures of Protection”, *The Judges’ Newsletter on International Child Protection*, v. XXIV, 2019.

¹³³⁹ JIMÉNEZ BLANCO, P.: “La ejecución forzosa de las resoluciones de retorno en las sustracciones internacionales de menores”, en ALDECOA, F. y FORNER, J.L. (dirs.): *La Protección de los niños en el Derecho internacional...*, cit., pp. 341-366; JIMÉNEZ BLANCO, P.: “Medidas cautelares y sustracciones...”, cit., p. 10; REIG FABADO, I.: “El traslado ilícito de menores ...”, cit., pp. 610-619; MORENO CORDERO, G.: “Las medidas de protección como garantía para un retorno seguro del menor sustraído o retenido ilícitamente: tensiones entre el grave riesgo y el interés superior del menor”, en GARCÍA GARNICA, M.C. y MARCHAL ESCALONA, N. (dirs.): *Aproximación interdisciplinar...*, cit., pp. 607-636.

¹³⁴⁰ En el ámbito internacional destaca la reciente Guía de Buenas Prácticas sobre el art. 13 (1) (b) del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (HCCH: “Guide to Good Practice Under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction. Part VI – Article 13 (1) (b)”, 2020. Disponible en: <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=6740>, último acceso el 15.7.2020).

del artículo 13.1 b) del texto convencional, que permite denegar su retorno en caso de que le exponga a una situación de riesgo de peligro físico o psíquico, o de cualquier otra situación intolerable.

Esta excepción, además, viene complementada por el artículo 11.4 del Reglamento Bruselas II bis, que matiza la norma convencional al incorporar la obligación dirigida al órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que se encuentra ilícitamente el menor, de ordenar su retorno si ha tenido conocimiento de que, en el Estado miembro de su residencia habitual, se han adoptado las medidas de protección pertinentes para salvar dicho riesgo hacia el menor. Los “*órganos jurisdiccionales*”, dice el precepto, “*no podrán denegar la restitución de un menor basándose en lo dispuesto en la letra b) del artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980 si se demuestra que se han adoptado medidas adecuadas para garantizar la protección del menor tras su restitución*”.

La articulación de esta excepción se vincula, además, con la preocupación creciente sobre cómo asegurar no solo el retorno del menor a su residencia habitual, sino, además, afianzar un retorno seguro. Ante a esta situación, el Reglamento Bruselas II bis no se ocupa de concretar cómo ha de articularse dicho retorno seguro del menor, a qué órgano jurisdiccional corresponde esta responsabilidad, ni cuáles son las medidas concretas que protegen al menor en estos supuestos¹³⁴¹. En este entorno se está defendiendo crecientemente que, ante una alegación de grave riesgo del artículo 13.1.b) del Convenio de La Haya de 1980, solo retorne el menor cuando vaya acompañado de las medidas de protección que aseguren que dicho retorno se va a producir sin exponerle a una situación de riesgo¹³⁴².

Adicionalmente, toda esta problemática se ve agudizada en los supuestos en los que la madre sustractora alega estar huyendo de una situación de violencia de género. Este tipo de conflictos plantean una cuestión compleja y difícil de resolver que pone bajo presión adicional al sistema, y que protagoniza una creciente preocupación de la doctrina por la deficitaria regulación internacional existente en relación con esta tipología de supuestos¹³⁴³.

¹³⁴¹ MORENO CORDERO, G.: “Las medidas de protección como garantía...”, *cit.*, p. 623.

¹³⁴² REIG FABADO, I.: “El traslado ilícito de menores ...”, *cit.*, p. 616.

¹³⁴³ Sobre la problemática de la sustracción internacional de menores y la violencia de género vid., entre otros: MOMOH, O.: “The interpretation and application of Article 13(1) b) of the Hague Child Abduction Convention in cases involving domestic violence: Revisiting *X v Latvia* and the principle of “effective examination”, *Journal of Private International Law*, v. 15, n. ° 3, 2019, pp. 626-657; PÉREZ MARTÍN, L.A.: “Protección de los menores en el ámbito internacional: Reflexiones sobre la sustracción internacional de menores y la violencia de género en torno al caso de Juana Rivas”, en BASTANTE GRANELL, V. (coord.) y

Precisamente, la misma compleja y fraccionada regulación de las medidas de protección del menor constituyen un ejemplo paradigmático de las deficiencias en este campo.

En este sentido, el propio Reglamento Bruselas II bis carece de una respuesta adecuada para estas situaciones. Y ello, principalmente, porque el órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que se encuentra ilícitamente el menor, al no ser normalmente competente sobre el fondo en virtud del Reglamento, solo ostenta la facultad de dictar medidas de protección de conformidad con el artículo 20 del citado texto, en caso de que considere urgente y necesario proteger al menor de una potencial situación de riesgo. Y, como venimos señalando, las medidas amparadas en el artículo 20 del texto reglamentario no ostentan eficacia fuera de las fronteras del Estado miembro que las dicta. Consecuentemente, el órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que se encuentra ilícitamente el menor carece de los mecanismos adecuados, y suficientes, para asegurar un retorno seguro del menor al Estado miembro de su residencia habitual. Al contrario, deberá adoptar una postura pasiva, y solo podrá garantizar el retorno seguro si le consta que tales medidas de protección se han adoptado en el Estado miembro de origen.

Ante esta deficiencia, se ha planteado la posibilidad de explorar el aseguramiento de la eficacia extraterritorial de estas medidas de protección a través del recurso a otros instrumentos internacionales, y muy en concreto, del Convenio de La Haya de 1996, cuyo sistema de eficacia extraterritorial incluye las medidas provisionales y cautelares pronunciadas al amparo de su artículo 11, esto es, aquellas dictadas por un órgano jurisdiccional no competente sobre el fondo en casos de urgencia¹³⁴⁴.

La doctrina ha resaltado, así, el importante papel que puede jugar el Convenio de La Haya de 1996 en supuestos de sustracción internacional de menores cubiertos por el

LÓPEZ SAN LUIS, R. (dir.): *La protección del menor: Situación y cuestiones actuales*, Comares, Granada, 2019, pp. 73-88; REQUEJO ISIDRO, M.: “Secuestro de menores y violencia de género en la Unión Europea”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. VI, 2006, pp. 179-194; REQUEJO ISIDRO, M.: “Mediación, secuestro internacional de menores y violencia de género”, en CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir.): *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, Wolters Kluwer, Madrid, 2011, pp. 661-700; REIG FABADO, I.: “El traslado ilícito de menores ...”, *cit.*, p. 616; RUIZ SUTIL, C.: “El menor sustraído ilícitamente en contextos internacionales de violencia machista”, en GARCÍA GARNICA, M.C. Y MARCHAL ESCALONA, N. (dirs.): *Aproximación interdisciplinar...*, *cit.*, pp. 581-606; ORTIZ VIDAL, M.D.: “Derecho de visita y violencia de género: el principio de mutuo reconocimiento y el interés superior del menor”, en ESPLUGUES MOTA, C., DIAGO DIAGO, P. y JIMÉNEZ BLANCO, P.: *50 años...*, *cit.*, pp. 327-337.

¹³⁴⁴ Al respecto vid. ZUPAN, M. LEDIC, S. y DRVENTIC, M.: “Provisional Measures...”, *cit.*, pp. 9-32; y AAVV: *International Issues in Family Law. ...*, *cit.*, p. 57.

Reglamento Bruselas II bis. El Estado parte en el Convenio, eventualmente también Estado Miembro desde la perspectiva de la UE, en el que se encuentra ilícitamente el menor podrá adoptar, de conformidad con el artículo 11 del Convenio, las medidas de protección que estime necesarias, siempre y cuando concurren los tres requisitos exigidos por el propio precepto, a saber: 1) la urgencia, 2) la presencia del menor o sus bienes en el Estado en cuestión, y 3) la necesidad de adoptar la medida de protección.

En consecuencia, los Estados contratantes, en principio, podrían adoptar las medidas de protección necesarias para complementar un procedimiento de retorno del menor iniciado en virtud del Convenio de La Haya de 1980, asegurando así, la efectividad del retorno, y haciéndolo, además, de manera segura¹³⁴⁵.

Sin embargo, tampoco este extremo es pacífico, ya que se ha llegado a cuestionar la propia posibilidad de aplicar el Convenio de La Haya de 1996 para estas cuestiones, debido a las dudas sobre la relación entre este instrumento con el Reglamento Bruselas II bis. En concreto, se plantea si el artículo 11.1 del texto convencional de 1996, relativo a las referidas medidas provisionales y cautelares, puede interpretarse dentro de las materias no reguladas por el Reglamento Bruselas II bis¹³⁴⁶.

La cuestión apuntada evidencia de forma plural la compleja realidad práctica de los asuntos transfronterizos. Por un lado, plantea la validez de las soluciones incorporadas en el Reglamento Bruselas II bis y sus eventuales lagunas. Por otro, manifiesta las dificultades derivadas de la existencia de diversos textos legales que interactúan entre sí. Precisamente, en ocasiones, para permitir colmar tales potenciales lagunas, conscientes o no, del legislador europeo, al tenerse que aplicar simultáneamente fuentes normativas de origen y alcance diferenciado.

De hecho, con carácter general, en el proceso de reforma del Reglamento Bruselas II bis uno de los puntos en los que más ha incidido el legislador de la UE ha sido en la mejora del funcionamiento práctico de las normas de sustracción internacional de menores. Y, de forma específica, el régimen actual de las medidas provisionales y cautelares y su interacción

¹³⁴⁵ BARUFFI, M.C.: “A child-friendly area of freedom...”, *cit.*, pp. 309-401.

¹³⁴⁶ ZUPAN, M. LEDIC, y S. DRVENTIC, M.: “Provisional Measures ...”, *cit.*, p. 21.

con otros textos normativos, en particular, el Convenio de La Haya de 1996, ya que genera evidentes fricciones y problemas en la práctica¹³⁴⁷.

En este sentido, en la Propuesta de la Comisión de 2016, y específicamente para los procesos de restitución de menores, la Comisión Europea introdujo en la propuesta de artículo 25, la posibilidad de adoptar medidas provisionales o cautelares de conformidad con el artículo 12 de la Propuesta. Esta opción se ha visto ahora recogida en el actual artículo 27.5, en relación con el 15, del Reglamento Bruselas II ter.

El precepto en concreto establece que *“cuando ordene la restitución del menor, el órgano jurisdiccional podrá, en su caso, dictar medidas provisionales, incluidas las cautelares, de conformidad con el artículo 15 del presente Reglamento a fin de proteger al menor del riesgo mencionado en el artículo 13, párrafo primero, letra b), del Convenio de La Haya de 1980, siempre que el estudio y la adopción de dichas medidas no retrase indebidamente el procedimiento de restitución”*.

A través de esta nueva regla se intenta hacer frente a aquellas situaciones en las que el menor podría correr un grave riesgo de daño físico o psíquico, o verse expuesto a una situación intolerable en caso de regresar a su país de residencia habitual sin las suficientes garantías. Con ello, se supera la deficiencia del vigente Reglamento Bruselas II bis, en el que, recordemos, el Estado miembro en el que se encuentra ilícitamente el menor posee la facultad de dictar medidas provisionales o cautelares conforme a su Derecho nacional que, sin embargo, no gozan de eficacia extraterritorial.

En este marco, se complementa la matización del artículo 11.4 del Reglamento Bruselas II bis -ahora recogida en el artículo 27.3 del Reglamento Bruselas II ter- dirigida hacia el órgano jurisdiccional que está conociendo de un procedimiento de retorno del menor en el que se ha alegado la excepción de grave riesgo del artículo 13.1 b) del Convenio de La Haya de 1980. En concreto, se recoge la prohibición de dictar una resolución de no retorno basada en el artículo 13.1.b) del Convenio de La Haya de 1980, si se demuestra que se han

¹³⁴⁷ Sobre los problemas de las medidas provisionales en supuestos de sustracción internacional de menores vid., entre otros: HCCH: “Special focus: “Urgent Measures of Protection”, *cit.*; HCCH: “Guide to Good Practice...”, *cit.*; JIMÉNEZ BLANCO, P.: “La ejecución forzosa de las resoluciones de retorno ...”, *cit.*, pp. 341-366; JIMÉNEZ BLANCO, P.: “Medidas cautelares y sustracciones de menores”, *cit.*, pp. 1-17; MORENO CORDERO, G.: “Las medidas de protección como garantía...”, *cit.*, pp. 607-636; REIG FABADO, I.: “El traslado ilícito de menores ...”, *cit.*, pp. 610-619; SANDRINI, L.: “Provisional Measures and the Best Interests...”, *cit.*, pp. 287-308.

adoptado las medidas de protección adecuadas en el Estado de residencia habitual del menor -previa al traslado o retención ilícito- para garantizar su protección tras su restitución.

El Considerando 29 de la Propuesta de la Comisión de 2016 explicaba ya, que, con anterioridad a dictar una resolución de retorno, el órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que se encuentra ilícitamente el menor debe comprobar no solo que no se hayan adoptado medidas de protección, sino si se podrían adoptar tales medidas. Para ello, deberá comunicarse con las autoridades del Estado miembro de residencia habitual del menor, previa al traslado o retención ilícito.

Según la Comisión en la Propuesta de 2016, las medidas provisionales o cautelares dictadas por el Estado miembro en el que se encuentra ilícitamente el menor pueden “*viajar con el menor*” al Estado miembro de su residencia habitual, de manera que tales medidas se reconocerán en dicho Estado hasta el momento en que los órganos jurisdiccionales competentes sobre el fondo en virtud del Reglamento se pronuncien sobre las mismas. La Comisión citaba como ejemplo paradigmático la concesión provisional por el Estado en el que se encuentra el menor del derecho de visita a uno de los progenitores, que sería ejecutable en el Estado de residencia del menor hasta el momento en que se dictara en este Estado una eventual resolución final en relación con el mencionado derecho de visita del menor¹³⁴⁸.

Esta propuesta de la Comisión se ha mantenido en la versión definitiva del Reglamento Bruselas II ter, de tal manera que ahora, en el texto de 2019, los órganos jurisdiccionales del Estado en el que se encuentra ilícitamente el menor no solo tendrán competencia para dictar medidas de protección ante una situación de grave riesgo del artículo 13.1.b) del Convenio de La Haya de 1980, sino que, además, dichas medidas podrán ser reconocidas y ejecutadas en otros Estados miembros. Referencia recogida en el ya apuntado Considerando 30 del Reglamento Bruselas II ter, al señalar que las medidas provisionales y cautelares del artículo 15 del Reglamento Bruselas II ter no deben verse reconocidas ni ejecutadas en ningún otro Estado miembro en virtud del Reglamento, excepto aquellas “*adoptadas para proteger al menor de un grave riesgo a que hace referencia el artículo 13, párrafo primero, letra b), del Convenio de La Haya de 1980*”. Recalcando

¹³⁴⁸ Vid. COMISIÓN EUROPEA: “Propuesta...”, *cit.*, p. 15.

además que las medidas adoptadas para proteger al menor de dicho riesgo “*deben permanecer en vigor hasta que un órgano jurisdiccional del Estado miembro de residencia habitual del menor tome las medidas que considere apropiadas*”.

En la misma línea, el Considerando 46 del Reglamento Bruselas II ter destaca la finalidad de tales medidas en aras a garantizar un retorno seguro del menor: “*si fuera apropiado, cuando ordene la restitución del menor, debe ser posible para el órgano jurisdiccional dictar las medidas provisionales, incluidas medidas cautelares con arreglo al presente Reglamento, que estime necesarias a fin de proteger al menor del grave riesgo de daño físico o psíquico que pueda suponer la restitución y que, de otro modo, daría lugar a la denegación de la restitución*”. Reconociendo expresamente que “*tales medidas deben ser reconocidas y ejecutadas en todos los demás Estados miembros, incluidos los Estados miembros que sean competentes en virtud del presente Reglamento, hasta que un órgano jurisdiccional de uno de esos Estados miembros haya adoptado las medidas que considere apropiadas*”.

Adicionalmente, y a título de ejemplo, el Considerando 46 del nuevo texto reglamentario cita algunas posibles medidas en los siguientes términos: “*dichas medidas provisionales o cautelares podrían incluir, por ejemplo, la decisión de que el menor siga residiendo con la persona que asume su cuidado efectivo o la determinación del modo en que deben tener lugar los contactos con el menor tras la restitución hasta que el órgano jurisdiccional del Estado de residencia habitual del menor haya dictado las medidas que considere apropiadas. Lo anterior ha de entenderse sin perjuicio de cualquier medida o resolución que el órgano jurisdiccional del Estado miembro de residencia habitual del menor pueda dictar tras su restitución*”.

Por último y de forma complementaria a lo anterior, el Reglamento recoge el deber de que, siempre que lo exija el interés superior del menor, y una vez dictadas estas medidas, el órgano jurisdiccional del Estado en el que se encuentra ilícitamente el menor informe al órgano jurisdiccional del Estado miembro competente para conocer del fondo del asunto, aunque la no comunicación no podrá constituir un motivo de no reconocimiento¹³⁴⁹. Destacándose, igualmente, la conveniencia de que el órgano jurisdiccional que dicte las

¹³⁴⁹ Vid. Considerando 30 del Reglamento Bruselas II ter.

medidas provisionales consulte con anterioridad al órgano jurisdiccional competente sobre el fondo, con la ayuda, a tal efecto, “*de las autoridades centrales o de jueces que formen parte de redes, en particular de la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil y de la Red Internacional de Jueces de La Haya*”¹³⁵⁰. Constituyendo, así, un ejemplo más del refuerzo de la cooperación y comunicación entre órganos jurisdiccionales.

Todo ello explica la razón de porqué en el proceso de negociación del Reglamento Bruselas II ter, y a pesar del rechazo a la eficacia extraterritorial de las medidas provisionales y cautelares dictadas al amparo del nuevo artículo 15 del texto reglamentario, se ha procedido a mantener la mencionada excepción a la regla general de la no eficacia automática. Admitiéndose, de esta suerte, el reconocimiento y la ejecución de ciertas medidas provisionales muy concretas, que se enmarcan en el complejo entramado normativo existente en materia de sustracción internacional de menores.

En definitiva, con esta nueva modificación el legislador de la UE pretende dar solución a los problemas evidenciados en algunos de los asuntos que han llegado al TJUE, particularmente derivados de la aplicación de la excepción del artículo 13.1.b) del Convenio de La Haya de 1980. Concretamente, el objetivo de esta medida es fortalecer la posición del órgano jurisdiccional del Estado en el que se encuentra ilícitamente el menor para enfrentarse a las alegaciones de la excepción del citado artículo 13.1.b). Así, dicho Juez tendrá la posibilidad de adoptar las medidas provisionales o cautelares que considere oportunas; medidas que serán ejecutables en el Estado miembro de residencia habitual del menor inmediatamente anterior al traslado o retención ilícita.

A pesar de la valoración positiva de esta modificación, queda sin respuesta una preocupación adicional en la realidad diaria de los supuestos de sustracción internacional de menores vinculados a situaciones previas de violencia de género, como es la protección del progenitor sustractor¹³⁵¹. Al respecto, el Parlamento Europeo añadió al Considerando 17 de la Propuesta de la Comisión de 2016 tras la expresión “*en caso de urgencia*”, una referencia expresa a los casos de violencia doméstica o de género: “*en caso de urgencia, por ejemplo, en los casos de violencia doméstica o de género, las disposiciones del presente Reglamento*

¹³⁵⁰ Considerando 46 del Reglamento Bruselas II ter.

¹³⁵¹ En muchos casos las medidas de protección se emplean en caso de violencia doméstica o de género. HCCH: “Guide to Good Practice ...”, *cit.*, p. 34, párr. 43.

*no impedirán que las autoridades de un Estado miembro que no sean competentes para conocer del fondo del asunto adopten medidas provisionales, incluidas las protectoras, por lo que se refiere a la persona o a los bienes de un niño que se encuentren en ese Estado miembro*¹³⁵². No obstante, esta enmienda no se ha visto incorporada al texto final.

Con vistas a garantizar esta protección, quizá una interpretación posible sería que, al hacer referencia a cualquier medida de protección necesaria, se pueda llegar a extender dicha protección a la madre sustractora, por ejemplo, adoptando una medida de alojamiento seguro del progenitor sustractor y del menor. Sin embargo, hubiera sido deseable que se hiciera mención expresa a la posibilidad de proteger, no solo al menor, sino también a la madre que huye de una situación de violencia.

3.3 La acertada reforma del régimen de medidas provisionales y cautelares en el Reglamento Bruselas II ter

Una valoración global, necesariamente –todavía– formulada desde un plano puramente teórico, del Reglamento Bruselas II ter ha llevado a la doctrina a alabar la reforma del régimen de medidas provisionales y cautelares, atendida la ciertamente ambigua regulación recogida en el Reglamento, que generaba problemas interpretativos.

La doctrina ya valoró positivamente la Propuesta de la Comisión de 2016, sobre todo en lo relativo a la referencia expresa a la eficacia extraterritorial de las medidas provisionales y cautelares¹³⁵³ y, consecuentemente, y a pesar de los cambios introducidos en la versión final del Reglamento, se extiende esta valoración al texto actual. Igualmente, respecto a la Propuesta de la Comisión de 2016, se destacó, especialmente, la alineación del régimen de las medidas provisionales y cautelares del Reglamento Bruselas II bis con el del Convenio de La Haya de 1996¹³⁵⁴. Aunque, como se ha visto, la versión definitiva del nuevo

¹³⁵² PARLAMENTO EUROPEO: “Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta...”, *cit.*, enmienda 11.

¹³⁵³ GANDÍA SELLENS, M. A.: “La responsabilidad parental...”, *cit.*, p. 810; RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “La refundición...”, *cit.*, p. 162.

¹³⁵⁴ Entre otros vid. BEAUMONT, P., WALKER, L. y HOLLIDAY, J.: “Parental Responsibility...”, *cit.*, p. 11; RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “La refundición...”, *cit.*, p. 162: “La introducción de un foro de tutela cautelar alinea la propuesta con las reglas del CH1996, y sin duda redundará en una mejor protección del menor puesto que facilita la adopción de medidas cuando el Tribunal del fondo no las haya dictado (y esto puede ser particularmente útil en supuestos de sustracción)”.

Reglamento Bruselas II ter no viene a reconocer con carácter general la eficacia extraterritorial de las medidas provisionales o cautelares dictadas por un órgano jurisdiccional no competente según el Reglamento, por lo que el régimen convencional y reglamentario ya no será idéntico.

Más allá de la valoración que pueda merecer, lo cierto es que el TJUE, en el asunto *Purrucker I*, ya alertó sobre los potenciales riesgos ante una supuesta eficacia extraterritorial de estas medidas, particularmente, la elusión de las normas de competencia y *forum shopping*, fundamentalmente, por la falta de control de la competencia¹³⁵⁵. El legislador de la UE ha optado por seguir la argumentación del TJUE, aunque sin por ello renunciar a resolver los problemas generados en la práctica en supuestos de sustracción internacional de menores.

Quizá el legislador de la UE ha perdido la oportunidad de alinear la respuesta del Reglamento Bruselas II bis en materia de medidas provisionales o cautelares con el Convenio de La Haya de 1996, tan reclamada por la doctrina¹³⁵⁶. Adicionalmente, este retroceso en el nivel de integración de la UE también podría llegar a ser interpretado como un signo evidente de los problemas aun existentes en la confianza judicial entre los Estados miembros. Sin embargo, lo cierto es que los mayores problemas se han generado en materia de sustracción internacional de menores, y en este campo el legislador de la UE sí que ha ofrecido una respuesta a la cuestión de su potencial eficacia extraterritorial. De tal manera que se ha optado por una reforma prudente que, desde una “Intervención minimalista”, da continuidad al régimen de medidas provisionales, incluidas las cautelares, del Reglamento Bruselas II bis, se ha limitado a mejorarlo y a clarificar su aplicación, por lo que los operadores jurídicos no se verán abocados a afrontar dudas interpretativas que podría haber generado una reforma de mayor calado¹³⁵⁷.

¹³⁵⁵ Asunto *Purrucker I*, párr. 91.

¹³⁵⁶ Entre otros vid. BEAUMONT, P., WALKER, L. y HOLLIDAY, J.: “Conflicts of EU Courts on Child Abduction: The reality of Article 11(6)- (8) proceedings across the EU”, *University of Aberdeen, Working Paper I*, 2016. Versión *on line* disponible en https://www.abdn.ac.uk/law/documents/CPIL_Working_Paper_No_2016_1.pdf, último acceso el 10.4.2020, p. 50. Una de las recomendaciones del proyecto “Conflicts of EU Courts on Child Abduction” es el traslado del art. 20 del Reglamento Bruselas II bis al Capítulo relativo a la competencia para así poder reconocer y ejecutar las medidas provisionales dictadas por el Estado en el que se encuentra el menor – retenido o trasladado ilícitamente – hasta que el Juez competente sobre el fondo dicte una resolución definitiva en la materia.

¹³⁵⁷ En el mismo sentido SANDRINI, L.: “Provisional Measures and the Best Interests...”, *cit.*, p. 309. Igualmente, CORNELOUP, S. y KRUGER, T.: “Le Règlement 2019/1111, Bruxelles II: la protection...”, *cit.*,

En definitiva, en el proceso de negociación de la reforma del Reglamento Bruselas II bis el legislador de la UE ha dado un paso atrás respecto de la eficacia extraterritorial de la tutela cautelar recogida en la inicial Propuesta de la Comisión de 2016, aunque manteniendo el espíritu de esta reforma mediante la introducción de importantes modificaciones con vocación de mejorar los problemas existentes en el funcionamiento práctico del régimen actual de medidas provisionales y cautelares, fundamentalmente relacionadas con supuestos de sustracción internacional de menores.

II. PROFUNDIZANDO EN LA COOPERACIÓN JUDICIAL Y ADMINISTRATIVA COMO RETO PARA EL REGLAMENTO BRUSELAS II TER

La cooperación entre las autoridades de los Estados miembros en la resolución de asuntos transfronterizos es un aspecto esencial para un adecuado funcionamiento del sistema, máxime en un ámbito jurídicamente integrado como es la UE. De sobra es conocido que los asuntos transfronterizos requieren de una estrecha colaboración entre las autoridades de más de un Estado miembro, y que de esta colaboración depende, en muchas ocasiones, la resolución más o menos satisfactoria del caso planteado. La importancia de esta interrelación de las autoridades implicadas adquiere una dimensión especial y una relevancia adicional en las situaciones privadas internacionales en las que se ve involucrado un menor puesto que, en estos supuestos, la cooperación entre autoridades se entiende como una faceta más de la necesaria protección del menor. En efecto, en los asuntos relativos a los menores, la relevancia del factor tiempo supone que una eficaz y expeditiva cooperación entre las autoridades mejore sustancialmente la resolución del caso en aras a la salvaguarda de su interés superior.

En esta línea, el legislador de la UE es consciente de la importancia de una adecuada y fluida cooperación entre las autoridades de los Estados miembros implicadas en la resolución de un determinado asunto en materia de responsabilidad parental, y por ello, se

pp. 224-225; PRETELLI, I.: “Provisional Measures in Family Law ...”, *cit.*, p. 143; CALZADO LLAMAS, A. J.: “Las medidas provisionales y cautelares en los procedimientos de restitución de menores: análisis del Reglamento (UE) 2019/1111 en conexión con el ordenamiento jurídico español”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 13, n.º 1, 2021, p. 108.

han introducido normas destinadas a regular, y reforzar, dicha cooperación en el seno de la UE en el Reglamento Bruselas II bis¹³⁵⁸.

Durante el periodo de aplicación práctica del Reglamento Bruselas II bis se ha detectado la necesidad de incidir y mejorar en la cooperación entre las autoridades, tanto entre los órganos jurisdiccionales implicados como las autoridades centrales. Al haberse detectado carencias en las labores de cooperación, quizá debido a la presencia en el Reglamento de una regulación de la cooperación un tanto simplista¹³⁵⁹. Así se manifestó en la Propuesta de la Comisión de 2016, señalando “*un problema observado por todas las partes interesadas, incluidos los Estados miembros, es la falta de claridad de la redacción del artículo que establece la ayuda que las autoridades centrales deben brindar en los casos particulares de responsabilidad parental. Esto ha provocado retrasos que han perjudicado el interés superior de los menores. Según los resultados de la consulta, dicho artículo no constituye una base jurídica suficiente para la adopción de medidas por parte de las autoridades nacionales de algunos Estados miembros, dado que su legislación nacional requeriría la inclusión en el Reglamento de una base jurídica autónoma más explícita*”¹³⁶⁰.

El legislador de la UE ha reformado, finalmente, la regulación de la cooperación en materia de responsabilidad parental en el marco del Reglamento Bruselas II ter, pasando a estar regulada en el Capítulo V del nuevo texto legal, intitulado “*la cooperación en materia de responsabilidad parental*”. Al igual que su antecesor, el nuevo Reglamento regula en este Capítulo las labores y funciones de las autoridades centrales, incluyendo, además, la regulación europea del acogimiento transfronterizo de menores.

1. Primer paso: el refuerzo y la clarificación de las funciones de las autoridades centrales

Las autoridades centrales se presentan como una pieza clave en la cooperación y el adecuado funcionamiento de los instrumentos de DIPr, particularmente en los casos de protección de menores. Estos organismos cumplen importantes funciones en el desarrollo de

¹³⁵⁸ Vid. Capítulo IV del Reglamento Bruselas II bis.

¹³⁵⁹ Así lo entiende FORCADA MIRANDA, J.: *Comentarios ...*, cit., p. 462.

¹³⁶⁰ COMISIÓN EUROPEA: “Propuesta...”, cit., p. 5.

este tipo de procesos, destacando, en especial, la doble función de representación de los particulares implicados y de valoración de determinadas solicitudes¹³⁶¹.

El legislador europeo ha querido desde un principio que la nueva regulación de la cooperación de las autoridades centrales en el marco de los procedimientos de responsabilidad parental recogida en el texto de 2019 ofrezca, en contraste con la regulación existente en el Reglamento Bruselas II bis, una respuesta mucho más completa y estructurada, con la clara finalidad de intensificar y potenciar la actuación de este tipo de autoridades que, como venimos diciendo, resulta especialmente clave en los procedimientos de responsabilidad parental.

La voluntad de los autores del Reglamento, como decimos, es manifiesta y unidireccional. En este sentido, el legislador europeo, en el Considerando 74 del Reglamento Bruselas II ter recuerda la importancia que poseen las autoridades centrales en la aplicación del Reglamento, así como las funciones que deben desempeñar: *“las autoridades centrales deben prestar asistencia a los órganos jurisdiccionales y a las autoridades competentes, así como, en determinados casos, a los titulares de la responsabilidad parental, en los procedimientos de carácter transfronterizo y cooperar, tanto en términos generales como en casos particulares, con ánimo, entre otras cosas, de facilitar la solución amistosa de conflictos familiares”*.

Resaltándose, igualmente, con claridad, la voluntad del legislador de la UE de fomentar la cooperación y asistencia de las autoridades centrales al destacar que en *“determinados casos relacionados con la responsabilidad parental que estén incluidos en el ámbito de aplicación del presente Reglamento, las autoridades centrales deben cooperar entre sí para prestar asistencia a los órganos jurisdiccionales y a las autoridades competentes, así como a los titulares de la responsabilidad parental. La asistencia proporcionada por la autoridad central requerida debe incluir, en particular, la localización del menor, directamente o a través de órganos jurisdiccionales, autoridades competentes u otros organismos, cuando ello sea necesario para la tramitación de una*

¹³⁶¹ Para ver un análisis detallado sobre las funciones de las autoridades centrales en materia de protección de menores vid. HERRANZ BALLESTEROS, M.: “Autoridad central y protección de menores: algunas funciones a examen”, en ALDECOA, F. y FORNER, J.L. (dirs.): *La Protección de los niños en el Derecho internacional...*, cit., p. 104. Y en particular en el caso español GARCÍA REVUELTA, C.: “Cooperación entre autoridades centrales en supuestos de menores y familia”, *Estudios jurídicos*, n.º 2006, 2006, pp. 1-21.

*solicitud en el marco del presente Reglamento, y el suministro de cualquier otra información pertinente para los fines de procedimientos en materia de responsabilidad parental*¹³⁶².

En suma, como seguidamente veremos, frente al modelo bastante esquemático recogido en los artículos 53 a 58 del Reglamento Bruselas II bis en relación con la cooperación entre autoridades centrales en materia de responsabilidad parental, el nuevo texto de Bruselas II ter incorpora un sistema más elaborado en el que se perfilan con más claridad y detalle las obligaciones de las autoridades centrales y su funcionamiento como engranajes esenciales del modelo reglamentario y de logro de sus objetivos¹³⁶³.

1.1 La clarificación de la solicitud de cooperación dirigida a las autoridades centrales

El artículo 78 del Reglamento Bruselas II ter es el nuevo precepto relativo a la formulación de solicitudes dirigidas a las autoridades centrales. El precepto clarifica las situaciones en las que se puede recurrir a la asistencia de las autoridades centrales. Éstas podrán provenir de otras autoridades centrales, de órganos jurisdiccionales o autoridades competentes o de los titulares de la responsabilidad parental.

1) En primer lugar, las autoridades centrales están habilitadas para presentar solicitudes de cooperación a las autoridades centrales de otro Estado miembro en asuntos concretos con la finalidad de cumplir con los objetivos del mencionado texto reglamentario¹³⁶⁴.

2) Igualmente, los órganos jurisdiccionales y las autoridades competentes pueden, igualmente, presentar solicitudes de cooperación en materia de responsabilidad parental según lo previsto en el Capítulo V del texto reglamentario¹³⁶⁵.

3) Por último, también los titulares de la responsabilidad parental de un menor están legitimados, en ciertos supuestos, para presentar solicitudes ante la autoridad central del

¹³⁶² Considerando 78 del Reglamento Bruselas II ter.

¹³⁶³ Para un análisis exhaustivo sobre el régimen de cooperación en el Reglamento Bruselas II bis vid., por todos, DE LIMA PINHEIRO, L.: “Chapter IV: Cooperation between Central Authorities in Matters of Parental Responsibility”, en MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P. (eds.): *cit.*, pp. 446-457.

¹³⁶⁴ Art. 78.1 del Reglamento Bruselas II ter.

¹³⁶⁵ Art. 78.2 del Reglamento Bruselas II ter.

solicitante¹³⁶⁶. Ahora bien, esta facultad está limitada a ciertos casos concretos, se trata específicamente de:

a) la solicitud de información y ayuda en el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en el territorio de la autoridad central requerida, especialmente en materia de derechos de visita y restitución del menor, así como, cuando sea necesario, la información sobre cómo obtener asistencia jurídica¹³⁶⁷;

b) la facilitación de la celebración de acuerdos entre los titulares de la responsabilidad parental a través de la mediación u otros medios alternativos de solución de litigios¹³⁶⁸;

c) la solicitud al órgano jurisdiccional o la autoridad competente del Estado miembro de la autoridad central en cuestión para que examine la conveniencia de adoptar medidas para la protección del menor o sus bienes¹³⁶⁹.

Este régimen viene seguidamente matizado en el resto de numerales del artículo 78 del Reglamento 2019/1111 que concretan el régimen de petición de asistencia a las autoridades centrales.

1) De entrada, el nuevo régimen exceptúa del régimen general de cooperación a las situaciones de urgencia, las cuales deberán tener un tratamiento diferenciado¹³⁷⁰. A título de ejemplo, el Considerando 76 del nuevo Reglamento cita la situación consistente en “*una solicitud directa a la autoridad competente de otro Estado miembro para que examine la necesidad de adoptar medidas para la protección del menor cuando se considere que está en riesgo inminente*”.

2) Una segunda precisión importante es que el régimen de cooperación en materia de responsabilidad parental del Reglamento Bruselas II ter no impide que los titulares de ésta dirijan su solicitud directamente a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro¹³⁷¹.

¹³⁶⁶ Art. 78.2 del Reglamento Bruselas II ter.

¹³⁶⁷ Art. 79 c) del Reglamento Bruselas II ter.

¹³⁶⁸ Art. 79 g) del Reglamento Bruselas II ter.

¹³⁶⁹ Art. 81.1 c) del Reglamento Bruselas II ter.

¹³⁷⁰ Vid. art. 78.3 del Reglamento Bruselas II ter.

¹³⁷¹ Vid. el art. 78.5 del Reglamento Bruselas II ter.

Los cambios introducidos van más allá. Adicionalmente, el texto de Bruselas de 2019 da un paso hacia adelante en este ámbito al desarrollar con mucha mayor claridad las tareas atribuidas a las autoridades centrales¹³⁷². Además, como se expone a continuación, el Reglamento Bruselas II ter diferencia entre las “tareas generales” de las autoridades centrales y otras más específicas ejercitadas por estas y ligadas a casos y situaciones concretas. Conviene que nos centremos en ellas.

1.2 Las “tareas generales” de las autoridades centrales

Con un marcado carácter continuista, el artículo 77 del Reglamento Bruselas II ter, relativo a las tareas generales de las autoridades centrales, reproduce el antiguo artículo 54 del Reglamento Bruselas II bis. Ahora bien, es posible, a la vez, percibir una clara intención de reforzar y potenciar las tareas generales de las mencionadas autoridades centrales¹³⁷³. En este sentido, y tomando como referencia las previsiones del artículo 30 del Convenio de La Haya de 1996, se han redefinido los cometidos que con carácter “general” son susceptibles de ser desarrollados por las autoridades centrales en los siguientes términos:

1) Se prevén, así, las dos funciones esenciales de las autoridades centrales en los procedimientos en materia de responsabilidad parental. Por un lado, se dice, “*las autoridades centrales proporcionarán información sobre la normativa, procedimientos y servicios nacionales disponibles en materia de responsabilidad parental*”; y por otro, “*adoptarán las medidas que consideren apropiadas para mejorar la aplicación del presente Reglamento*”¹³⁷⁴.

2) Junto a ello, el nuevo texto reglamentario, recoge el deber adicional de cooperación que acompaña a las autoridades centrales. Así como la obligación de promover la cooperación entre las autoridades competentes de sus respectivos Estados miembros con el fin de cumplir los objetivos del Reglamento¹³⁷⁵.

¹³⁷² Abordando igualmente la problemática de los gastos incurridos por éstas, en su art. 83.

¹³⁷³ FORCADA MIRANDA, J.: *Comentarios ...*, cit., p. 465.

¹³⁷⁴ Art. 77.1 del Reglamento Bruselas II ter.

¹³⁷⁵ Art. 77.2 del Reglamento Bruselas II ter.

3) Lógicamente, y como apunta el Reglamento, cabrá siempre la posibilidad de hacer uso de la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil¹³⁷⁶.

4) A su vez, y de forma genérica, el artículo 84.1 del Reglamento al abordar las “reuniones” de las autoridades centrales, afirma que éstas deberán hacerlo regularmente para facilitar la aplicación del citado texto¹³⁷⁷.

1.3 Las tareas específicas de las autoridades centrales requeridas

Junto a estas “tareas generales” atribuidas a las autoridades centrales, el Reglamento habla, igualmente, de ciertas “tareas específicas” imputadas a las autoridades centrales requeridas. Así, el artículo 79 del texto de 2019 clarifica las tareas específicas susceptibles de ser realizadas por las autoridades centrales requeridas, mejorando, de esta forma, la atención a los ciudadanos y en concreto, a los titulares de la responsabilidad parental y al menor implicado. El precepto obliga a las autoridades centrales requeridas a adoptar, ya sea de forma directa o a través de los órganos jurisdiccionales, las autoridades competentes u otros organismos, todas las medidas adecuadas, para alcanzar diversos objetivos de naturaleza diversa que enumera el artículo. Se habla, así:

1) En primer lugar, de “*proporcionar asistencia, de conformidad con el Derecho y los procedimientos nacionales, para facilitar la localización del menor cuando haya indicios de que este se encuentra en el territorio del Estado miembro requerido y dicha información sea necesaria para tramitar una solicitud o requerimiento en el marco del presente Reglamento*”¹³⁷⁸. Dicha asistencia será especialmente útil en los supuestos de sustracción internacional de menores.

2) Junto a ello, las autoridades centrales llevarán a cabo una función esencial de información y ayuda, tanto en los procedimientos en materia de responsabilidad parental como en los relativos a los derechos de visita y restitución del menor. Así, se menciona la

¹³⁷⁶ Art. 77.3 del Reglamento Bruselas II ter.

¹³⁷⁷ El numeral 2 del precepto añade que la convocatoria de estas reuniones de las autoridades centrales se hará, en particular, por la Comisión en el marco de la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil de conformidad con la Decisión 2001/470/CE de 28.5.2001 por la que se crea dicha Red, *DO L 174*, de 27.6.2001. Sin que ello implique, tal como señala el Considerando 86 del Reglamento, que “*se organicen otras reuniones de las autoridades centrales*” distintas de las convocados en el marco de la mencionada Red.

¹³⁷⁸ Art. 79 a) del Reglamento Bruselas II ter.

necesidad de “*recabar e intercambiar información pertinente en procedimientos en materia de responsabilidad parental con arreglo al artículo 80*”¹³⁷⁹. E igualmente, de “*proporcionar información y ayuda a los titulares de la responsabilidad parental que soliciten el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en el territorio de la autoridad central requerida, en especial en materia de derechos de visita y de restitución del menor, incluida, cuando sea necesario, información sobre cómo obtener asistencia jurídica*”¹³⁸⁰.

3) Seguidamente, las autoridades centrales prestarán una labor esencial facilitando las comunicaciones entre los órganos jurisdiccionales, así como las demás autoridades implicadas. Con esta medida, es evidente que se está buscando reforzar la cooperación y comunicación entre autoridades implicadas como forma de mejora de la resolución de los litigios en materia de responsabilidad parental, en beneficio no solo de los intereses del menor afectado, sino también de la misma confianza judicial entre administraciones de justicia de los Estados miembros. Dentro de esta finalidad, se habla, en concreto, de “*facilitar las comunicaciones entre órganos jurisdiccionales, autoridades competentes y otros organismos involucrados, en especial para la aplicación del artículo 81*”¹³⁸¹, relativo a la aplicación de las resoluciones en materia de responsabilidad parental en otro Estado miembro¹³⁸².

O, también, “*facilitar las comunicaciones entre órganos jurisdiccionales, cuando sea necesario, en particular para la aplicación de los artículos 12, 13, 15 y 20*”¹³⁸³. En relación con este objetivo, el Considerando 79 del Reglamento Bruselas II ter recalca la importancia de la actuación de las autoridades centrales con vistas a facilitar las comunicaciones entre órganos jurisdiccionales, particularmente, en la aplicación de las normas de competencia, las normas sobre medidas provisionales, incluidas las cautelares en casos de urgencia, en casos de sustracción internacional de menores y con objeto de proteger al menor del grave riesgo a que se refiere el artículo 13.1.b), del Convenio de la Haya de 1980, y las normas sobre litispendencia y acciones dependientes¹³⁸⁴.

¹³⁷⁹ Art. 79 b) del Reglamento Bruselas II ter.

¹³⁸⁰ Art. 79 c) del Reglamento Bruselas II ter.

¹³⁸¹ Art. 79 d) del Reglamento Bruselas II ter.

¹³⁸² Vid. *infra* Cap. Tercero, ap. II. 2.1 “La asistencia en la “aplicación” de resoluciones en materia de responsabilidad parental en otro Estado miembro”.

¹³⁸³ Art. 79 e) del Reglamento Bruselas II ter.

¹³⁸⁴ Al respecto vid. *infra* Cap. Tercero, ap. II. 2.2 “El fortalecimiento de la cooperación y la comunicación entre órganos jurisdiccionales”.

4) Las autoridades centrales requeridas, deberán igualmente, adoptar directa o indirectamente aquellas medidas necesarias para “*proporcionar toda la información y la asistencia que puedan ser de utilidad para la aplicación por los órganos jurisdiccionales y las autoridades competentes del artículo 82*”¹³⁸⁵, esto es, para colaborar en los procesos relativos a los acogimientos transfronterizos en otro Estado miembro¹³⁸⁶.

5) Así como, por último, pero no por ello menos relevante, para “*facilitar la celebración de acuerdos entre los titulares de la responsabilidad parental a través de la mediación o por otros medios alternativos de resolución de litigios, y facilitar con este fin la cooperación transfronteriza*”¹³⁸⁷. Fomentando el legislador de la UE, aunque sea de forma tímida, el recurso a la mediación como forma de solución de los asuntos transfronterizos en materia de responsabilidad parental.

Este listado de tareas implica un mayor grado de elaboración y desarrollo y, con ello, de mayor certeza, respecto a las obligaciones exigibles a las autoridades centrales requeridas, facilitando su funcionamiento en la praxis.

1.4 La cooperación de las autoridades centrales en la recogida e intercambio de información en los procedimientos de responsabilidad parental

En el proceso de perfilar al máximo las tareas imputadas a las autoridades centrales, el Reglamento Bruselas II ter procede a regular en su artículo 80 la cooperación en la recogida y el intercambio de información entre las autoridades centrales. Lo que en sí mismo, y dada su relevancia, constituye una importante novedad. Esta función no estaba operando bien en la práctica en el marco del Reglamento Bruselas II bis, seguramente debido a la ausencia de un mayor detalle en cuanto a las obligaciones de las autoridades centrales en la materia. Las novedades introducidas por el artículo 80 del texto de 2019 son las siguientes:

1) De entrada, el procedimiento de recogida e intercambio de información contemplado en el artículo 80 del Reglamento Bruselas II ter se europeiza de alguna manera, al hacerse independiente de los eventuales requisitos establecidos en las legislaciones

¹³⁸⁵ Art. 79 f) del Reglamento Bruselas II ter.

¹³⁸⁶ Vid. *infra* Cap. Tercero, ap. II. 3 “El nuevo modelo de acogimiento del menor en otro Estado miembro del Reglamento Bruselas II ter: mejorando la regulación existente”.

¹³⁸⁷ Art. 79 g) del Reglamento Bruselas II ter.

nacionales de cada Estado miembro. En este sentido, además, los órganos jurisdiccionales o autoridades competentes solicitantes de la información podrán elegir libremente entre los distintos conductos existentes para recabar la información necesaria¹³⁸⁸.

2) En segundo lugar, la nueva regulación concreta dos supuestos en los que se podrá solicitar la cooperación a las autoridades centrales.

a) Por un lado, siguiendo en líneas generales lo establecido en el actual artículo 55 del Reglamento Bruselas II bis, el artículo 80 del texto de 2019 al articular el régimen de cooperación precisa en su primera numeral que, previa petición debidamente justificada, la autoridad central del Estado miembro en el que el menor tuviera o tenga su residencia habitual, o se encuentre en ese momento, bien directamente o a través de los órganos jurisdiccionales, las autoridades competentes u otros organismos deberán:

i) Cuando exista, facilitar un informe o elaborar y facilitar un informe sobre la situación del menor, los procedimientos pendientes relacionados con la responsabilidad parental sobre el menor o las resoluciones adoptadas en materia de responsabilidad parental sobre el menor¹³⁸⁹.

ii) Junto a ello, deberán facilitar cualquier otra información pertinente en procedimientos en materia de responsabilidad parental en el Estado miembros requirente, en particular sobre la situación de un progenitor, pariente u otra persona que pueda resultar adecuada para el cuidado del menor, si la situación del menor lo exige¹³⁹⁰.

iii) A su vez, podrá igualmente “solicitar al órgano jurisdiccional o a la autoridad competente de su Estado miembro que examine la conveniencia de adoptar medidas para la protección de la persona o de los bienes del menor”¹³⁹¹.

b) Por otro lado, el Reglamento prevé un segundo supuesto en el que la autoridad central deberá cooperar proporcionando información es aquel en el que el menor esté expuesto a un grave peligro. En este caso, tal como precisa el numeral 2 del artículo 80 del Reglamento, el órgano jurisdiccional o la autoridad competente que contemple adoptar medidas, o que efectivamente las haya adoptado para la protección del menor, si tuviera

¹³⁸⁸ Vid., en este sentido, Considerado 80 del Reglamento Bruselas II ter.

¹³⁸⁹ Art. 80.1 a) del Reglamento Bruselas II ter.

¹³⁹⁰ Art. 80.1 b) del Reglamento Bruselas II ter.

¹³⁹¹ Art. 80.1 c) del Reglamento Bruselas II ter.

conocimiento del cambio de residencia del menor o de la presencia del mismo en otro Estado miembro, procederá a informar a los órganos jurisdiccionales o las autoridades competentes de dicho Estado miembro acerca del peligro inherente y sobre las medidas adoptadas o en curso de examen. La información, añade el precepto *in fine*, se podrá transmitir directamente o a través de las autoridades centrales.

3) Los dos datos anteriores vienen acompañados de la introducción de dos requisitos procesales de gran importancia en los dos últimos apartados del artículo 80 del Reglamento Bruselas II ter.

a) Así, en primer lugar, el artículo 80.3 del Reglamento Bruselas II ter exige acompañar la traducción a la lengua oficial del Estado miembro requerido de las solicitudes referidas en los apartados 1 y 2 del precepto, y que hemos abordado en los numerales anteriores, y de todo documento suplementario. En caso de que existan varias lenguas oficiales en dicho Estado miembro, la traducción deberá serlo a la lengua oficial o una de las lenguas oficiales del lugar en el que se vaya a cursar la solicitud, o a cualquier otra lengua que el Estado miembro requerido haya indicado que puede aceptar al amparo del artículo 103 del texto reglamentario.

b) En segundo lugar, el Reglamento incorpora un importante avance en el funcionamiento práctico de las solicitudes a las autoridades centrales, al exigir el artículo 80.4 del nuevo texto reglamentario que se comunique la información a más tardar tres meses después de la recepción de la solicitud, salvo que existan circunstancias excepcionales que lo impidan. De nuevo, el legislador de la UE incide en la importancia del factor del tiempo en la resolución de los procedimientos en materia de responsabilidad parental.

Este refuerzo de las funciones y las obligaciones de las autoridades centrales recogido en el nuevo modelo reglamentario debe ser considerado como un avance positivo¹³⁹². El incremento de la eficacia en el funcionamiento de las autoridades favorecerá la mejora de la resolución de los litigios de las familias internacionales en la UE, y en

¹³⁹² En general, esta modificación también ha sido considerada como positiva por la doctrina, en este sentido vid. RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “El nuevo Reglamento Comunitario ...”, *cit.*, p. 14; RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “La refundición...”, *cit.*, p. 157; GANDÍA SELLENS, M. A.: “La responsabilidad parental...”, *cit.*, p. 809; BEAUMONT, P., WALKER, L. y HOLLIDAY, J.: “Parental Responsibility...”, *cit.*, p. 13; GEDIP (SUBGRUPO NACIONALIDAD): “Comments ...”, *cit.*, párr. 26; HONORATI, C.: “La proposta ...”, *cit.*, pp. 30 y ss.

concreto, el progreso en la salvaguarda de los derechos del menor y el avance en la protección del menor. Esperemos que el compromiso por avanzar en la cooperación de las autoridades centrales venga acompañado del correlativo apoyo económico y de medios materiales necesario para que estos organismos puedan hacer frente a las funciones atribuidas.

2. Un segundo paso: incrementando la protección del interés superior del menor a través de una mejor cooperación entre órganos jurisdiccionales

La especificación de las tareas atribuidas a las autoridades centrales viene acompañada por una apuesta en favor de una mayor y mejor cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en esta materia. En este sentido, el legislador de la UE también ha apostado en el texto del nuevo Reglamento por reforzar la cooperación entre órganos jurisdiccionales, como otra faceta clave para lograr el aseguramiento de la mejor protección de los intereses de los menores involucrados en procedimientos transfronterizos en materia de responsabilidad parental.

Por su propia naturaleza internacional y por la naturaleza de los sujetos e intereses involucrados en este tipo de supuestos, en muchos procedimientos en materia de responsabilidad parental es necesaria la colaboración entre los órganos jurisdiccionales de más de un Estado miembro. Basta aquí con mencionar, a modo puramente ejemplificativo y entre otros, los casos de transferencia de la competencia a un órgano mejor situado para conocer del asunto, los supuestos de litispendencia, o a los asuntos de sustracción internacional de menores. Todos ellos son ejemplos paradigmáticos de la imprescindible – estrecha- colaboración que deben llevar a cabo los órganos jurisdiccionales implicados.

Esta idea ha sido resaltada en diversas ocasiones por el propio TJUE. Cabe así mencionar su decisión en el asunto *A*, en el que el Alto Tribunal hace referencia a la idoneidad de comunicar la adopción de medidas provisionales al otro órgano jurisdiccional implicado. Resaltando de esta suerte que, *“siempre que la protección del interés superior del menor lo exija, el órgano jurisdiccional nacional que haya adoptado las medidas provisionales o cautelares informe de ellas al órgano jurisdiccional competente de otro*

*Estado miembro directamente o por conducto de la autoridad central designada de conformidad con el artículo 53 del Reglamento*¹³⁹³.

Esta apuesta por la cooperación se plasma en el Reglamento en una regulación más detallada en relación con la solicitud de asistencia en la “aplicación” de resoluciones en materia de responsabilidad parental y por una apuesta a favor del fortalecimiento de la cooperación y la comunicación entre órganos jurisdiccionales a las que seguidamente hacemos referencia.

2.1. La asistencia en la “aplicación” de resoluciones en materia de responsabilidad parental en otro Estado miembro

Como primera novedad, el Reglamento Bruselas II ter hace referencia, en su artículo 81, a la posibilidad de solicitar asistencia a los órganos jurisdiccionales o autoridades competentes de un Estado miembro en la “aplicación”, un término carente de especial depuración técnica y de un significado claro¹³⁹⁴, de resoluciones en materia de responsabilidad parental. Concretamente, el texto de 2019 prevé la posibilidad de que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro pueda solicitar asistencia a los órganos jurisdiccionales o autoridades competentes de otro Estado miembro en la aplicación de una resolución judicial en materia de responsabilidad parental dictada con arreglo al Reglamento, en particular para garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de visita¹³⁹⁵.

La utilidad de este precepto viene ampliada por el tenor del Considerando 82 del Reglamento Bruselas II ter, que clarifica la posible aplicación de esta norma y en la que, además, significativamente, deja de lado el término “*aplicación*” y usa el mucho más correcto y técnico de “*ejecución*”. El Considerando señala que el órgano jurisdiccional de un Estado miembro que ya haya dictado o tenga intención de dictar una resolución en materia de responsabilidad parental “*que vaya a ejecutarse en otro Estado miembro debe poder solicitar a los órganos jurisdiccionales o a las autoridades del otro Estado miembro que le presten asistencia en la ejecución de la resolución.*” Esto, añade el Considerando, “*debe aplicarse, por ejemplo, a las resoluciones de concesión de derechos de visita con vigilancia*

¹³⁹³ Asunto A, párr. 64.

¹³⁹⁴ “*Implementation*” en la versión inglesa del texto y “*Mise en oeuvre*” en el texto en francés.

¹³⁹⁵ Art. 81.1 del Reglamento Bruselas II ter.

que deban ejercerse en un Estado miembro distinto del Estado miembro en el que se encuentre órgano jurisdiccional que ordena el derecho de visita o que impliquen cualquier otra medida complementaria de los órganos jurisdiccionales o autoridades competentes del Estado miembro en el que vaya a ejecutarse la resolución”.

En línea con lo previsto en el artículo 80.3 del texto reglamentario en relación con la cooperación en la recogida y el intercambio de información pertinente en procedimientos en materia de responsabilidad parental, al que hicimos referencia en su momento¹³⁹⁶, el artículo 81 exige que las solicitudes a las que refiere el apartado 1 del precepto y cualquier otro documento suplementario vengán acompañados de una traducción a la lengua oficial del Estado miembro requerido o, en el supuesto de que existan varias lenguas oficiales en dicho Estado miembro, a la lengua oficial o una de las lenguas oficiales del lugar en el que se vaya a cursar la solicitud, o a cualquier otra lengua que el Estado miembro requerido haya indicado que puede aceptar en consonancia con el artículo 103 del Reglamento¹³⁹⁷.

2.2. El fortalecimiento de la cooperación y la comunicación entre órganos jurisdiccionales

A su vez, el legislador de la UE ha realizado en el Reglamento Bruselas II ter una clara apuesta por reforzar las referencias a la colaboración entre los órganos jurisdiccionales implicados en la resolución en materia de responsabilidad parental, facilitando ésta al máximo. Al respecto, y como exponente nítido de esta posición, el artículo 86 del Reglamento Bruselas II ter, ubicado en el Capítulo VI relativo a las disposiciones generales, recoge expresamente una referencia a la cooperación y comunicación entre órganos jurisdiccionales.

En tal sentido, y siguiendo este espíritu de fomentar las relaciones entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros implicados en la resolución de un asunto en materia de responsabilidad parental, el nuevo Reglamento faculta a los órganos jurisdiccionales a cooperar y comunicarse directamente entre sí, incluyendo la solicitud

¹³⁹⁶ Vid. *supra* Cap. Tercero, ap. II.1.1 “Las tareas específicas de las autoridades centrales requeridas”.

¹³⁹⁷ Art. 81.2 del Reglamento Bruselas II ter.

mutua de información, también “directamente”, siempre respetando los derechos de las partes en los procedimientos y la naturaleza confidencial de la información¹³⁹⁸.

Esta cooperación, añade el apartado 2 del artículo 86 del Reglamento, podrá llevarse a cabo por cualquier medio que el órgano jurisdiccional considere adecuado. En un intento de facilitar y apoyar al máximo esta cooperación, el Reglamento especifica, en coherencia con los preceptos que recogen la cooperación entre órganos jurisdiccionales en materia de responsabilidad parental a lo largo del nuevo texto reglamentario, algunos de los supuestos en los que se puede producir esta cooperación: “*en concreto puede tratarse de*”, señala el precepto:

1) La comunicación a efectos de la transferencia de la competencia a un órgano jurisdiccional mejor situado para conocer del asunto¹³⁹⁹, regulada, recordemos, en los artículos 12 y 13 del Reglamento Bruselas II ter¹⁴⁰⁰.

2) La información necesaria en el contexto de la adopción de las medidas provisionales, incluidas las cautelares¹⁴⁰¹, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del texto reglamentario¹⁴⁰².

3) En los casos de litispendencia de acuerdo con el artículo 20 del Reglamento¹⁴⁰³, para proporcionar la información sobre los procedimientos pendientes¹⁴⁰⁴.

4) En general, para las comunicaciones en materia de sustracción internacional de menores, eficacia extraterritorial de resoluciones en materia de responsabilidad parental y cooperación entre autoridades¹⁴⁰⁵.

Sin duda, como se ha ido comentando en las respectivas materias apuntadas, una mejor cooperación entre los órganos jurisdiccionales implicados en la resolución del asunto es esencial para asegurar una adecuada valoración del interés superior del menor en asuntos transfronterizos. En muchas ocasiones, una adecuada colaboración entre los órganos

¹³⁹⁸ Art. 86.1 del Reglamento Bruselas II ter.

¹³⁹⁹ Art. 86.2 a) del Reglamento Bruselas II ter.

¹⁴⁰⁰ Al respecto vid. *infra* Cap. Segundo, ap. II. 4.2.2 “La transferencia de la competencia a un órgano jurisdiccional mejor situado para conocer del asunto como máximo exponente del interés superior del menor en el caso concreto: la flexibilización de la respuesta”.

¹⁴⁰¹ Art. 86.2 b) del Reglamento Bruselas II ter.

¹⁴⁰² Vid. *supra* Cap. Tercero, ap. III, relativo a las medidas provisionales y cautelares.

¹⁴⁰³ Vid. *supra* Cap. Primero, ap. II. 5 “Los procedimientos paralelos en el Reglamento Bruselas II ter”.

¹⁴⁰⁴ Art. 86.2 c) del Reglamento Bruselas II ter.

¹⁴⁰⁵ Art. 86.2 d) del Reglamento Bruselas II ter.

jurisdiccionales implicados puede agilizar y simplificar en gran medida el procedimiento en materia de responsabilidad parental. Esta adecuada comunicación requiere pero, a la vez, favorece el fomento de un clima de confianza entre las Administraciones de justicia de los Estados miembros.

3. El nuevo modelo de acogimiento del menor en otro Estado miembro del Reglamento Bruselas II ter: mejorando la regulación existente

Dentro del Capítulo relativo a la cooperación entre autoridades recogido en el Reglamento Bruselas II bis, el legislador de la UE decidió abordar un supuesto muy específico que, de forma paradigmática, ejemplifica la importancia de una adecuada cooperación entre las autoridades implicadas en cualquier asunto relativo a la protección del menor. Nos referimos a los acogimientos de menores con un carácter transfronterizo. Esta situación se reproduce ahora en el Reglamento Bruselas II ter.

La problemática del acogimiento transfronterizo refiere a aquellos supuestos en los que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro competente en materia de responsabilidad parental de un menor valora que éste debe someterse a un régimen de acogimiento en otro Estado miembro, lo que adicionalmente conduce, en múltiples ocasiones, a la necesaria ejecución de dicha resolución en dicho Estado generándose una situación de especial complejidad por la necesidad de combinar la máxima celeridad con la salvaguarda de los derechos del menor.

Es evidente que este tipo de situaciones transfronterizas requieren de una particular cooperación entre los órganos jurisdiccionales y las autoridades de los dos Estados miembros implicados. Seguramente por este motivo, el legislador de la UE, como hemos avanzado, en el Reglamento Bruselas II bis introdujo una referencia a estas situaciones al final del Capítulo relativo a la cooperación entre autoridades centrales, concretamente, en el artículo 56 del mencionado texto reglamentario, en el que se abordaba la situación y se aportan soluciones con pretensión de globalidad¹⁴⁰⁶.

¹⁴⁰⁶ Para un análisis en profundidad sobre el art. 56 del Reglamento Bruselas II bis vid, por todos, DE LIMA PINHEIRO, L.: “Article 56: Placement of a child in another Member State”, en MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P. (eds.): *cit.*, pp. 452-457.

El régimen de acogimiento transfronterizo recogido en el Reglamento Bruselas II ter ha mantenido su ubicación dentro de la estructura del texto reglamentario, pasando a estar regulado en su artículo 82. Si bien este nuevo régimen es deudor de su predecesor, de su análisis se deduce una clara vocación de superación de ciertos problemas que se habían evidenciado durante la aplicación práctica del Reglamento Bruselas II bis. Y ello porque el sistema presentaba un exceso de complejidad que lo hacía difícil de adaptarse con ductilidad a la importante práctica que protagoniza esta materia¹⁴⁰⁷.

Desde las instituciones de la UE se ha mostrado la preocupación sobre el funcionamiento de esta figura en el contexto de la UE¹⁴⁰⁸. De hecho, la relevancia de los acogimientos transfronterizos y la necesidad de mejorar su régimen de funcionamiento fue destacada por la Comisión Europea en su Propuesta de 2016, hasta el punto de ser identificado como una de las seis deficiencias principales existente en los asuntos en materia de responsabilidad parental¹⁴⁰⁹. También la doctrina ha reivindicado una mejora del régimen de acogimiento transfronterizo, sobre todo, a través del establecimiento de un procedimiento común y claro para todos los Estados miembros, así como un refuerzo de la colaboración y cooperación entre las autoridades implicadas, tanto en el Estado miembro de origen como en el requerido¹⁴¹⁰.

3.1 Acogimiento transfronterizo: su significado y la delimitación del ámbito de aplicación material del Reglamento

El acogimiento de los menores viene definido como aquella medida de protección que es necesaria cuando un menor no tiene a nadie que se haga cargo de él o ella de una forma efectiva, o en aquellas ocasiones en las que el menor necesita un apoyo especial

¹⁴⁰⁷ Herranz Ballesteros señala que “Para ver la importancia de la práctica del precepto por las autoridades de los EM, la Autoridad Central alemana en sus estadísticas tiene registrados solo con España las siguientes cifras de acogimientos transfronterizos de menores desplazados desde Alemania a España en aplicación del art. 56: en el año 2013 noventa y tres supuestos; en el año 2014 ochenta y seis supuestos; en el año 2015 ciento catorce supuestos”. HERRANZ BALLESTEROS, M.: “El acogimiento transfronterizo en la propuesta de refundición del Reglamento Bruselas II bis”, *La Ley Unión Europea*, n.º 44, 2017, p. 2.

¹⁴⁰⁸ En este sentido vid. el estudio PARLAMENTO EUROPEO: “Cross-border Placement of Children...”, *cit.*, p. 1-83.

¹⁴⁰⁹ COMISIÓN EUROPEA: “Propuesta...”, *cit.*, p. 4.

¹⁴¹⁰ HERRANZ BALLESTEROS, M.: “Cross-border placement of children: the current situation in Spain”, *Yearbook of Private International Law*, v. 17, 2015–2016, p. 461.

debido a una enfermedad física o psíquica¹⁴¹¹. Como en cualquier asunto que afecte a un menor, esta decisión debe adoptarse por la autoridad competente tomando su interés superior como consideración primordial. Siendo como son especialmente complejas las realidades en que se plantea el acogimiento, este tipo de situaciones irradian una dificultad adicional al radicar en la tenue frontera entre el Derecho privado y el Derecho público, que, además, se ve acentuada exponencialmente por la presencia de un dato de transnacionalidad¹⁴¹².

Por un lado, y focalizándonos en la dimensión de regulación de las relaciones entre individuos, en el sentido de reglamentar las relaciones de un menor con su familia, y en particular, con sus progenitores. Desde este punto de vista, el acogimiento de los menores constituiría una materia cubierta por el Derecho privado, y, por ende, de la materia civil siguiendo el concepto de Derecho autónomo de la UE proporcionada por el artículo 81 del TFUE¹⁴¹³.

Por otro lado, el acogimiento del menor en una familia de acogida o en una institución constituye una medida social de protección del menor con una clara dimensión de Derecho público, ya que no deja de suponer, en última instancia, una interferencia del Estado en la vida familiar. Es evidente que la protección del menor en estos casos constituye una cuestión de interés público y para la sociedad en general¹⁴¹⁴. Además, como materia cubierta por el Derecho público, su naturaleza “publicitada” conlleva la participación de autoridades públicas en los diversos ámbitos que componen y caracterizan a los acogimientos transfronterizos.

Además, poniendo el punto de referencia en su puesta en práctica, la institución del acogimiento de menores puede ser partícipe de distintas tipologías. Se puede producir en un marco institucional –en régimen abierto o cerrado en instituciones diversas o centros de acogida-, y por otro lado, en el ámbito familiar: los acogimientos familiares. Además de lo anterior, es evidente que los acogimientos de menores hacen frente a supuestos y situaciones en las que éstos se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad y necesidad de

¹⁴¹¹ PARLAMENTO EUROPEO: “Cross-border Placement of Children...”, *cit.*, p. 17.

¹⁴¹² En profundidad sobre esta cuestión vid. CORBETT, M.: “The Public Law Aspects of the Brussels IIbis Regulation Through an Irish Lens”, en BOELE-WOELKI, K. y MARTINY, D. (eds.): *Plurality and Diversity...*, *cit.*, pp. 203-223.

¹⁴¹³ *Ibíd.*, p. 17.

¹⁴¹⁴ *Ibíd.*

protección urgente por parte del Estado, y consecuentemente, el impacto de las normas de Derecho público en materia de protección de menores es muy notorio y habitual.

Esta compleja realidad ha planteado la pregunta inicial de si todos los supuestos de acogimiento transfronterizo tienen cabida dentro del ámbito de aplicación material del Reglamento Bruselas II bis y, ahora, del Bruselas II ter.

3.1.1 *La difusa frontera entre el Derecho privado y el público, y la delimitación del ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas II bis*

Una primera cuestión que ha suscitado dudas en el ámbito de los acogimientos transfronterizos entre Estados miembros de la UE ha sido su propio ámbito de aplicación. Es decir, si determinadas resoluciones dotadas de un marcado carácter de Derecho público podían ubicarse dentro del ámbito de aplicación material del Reglamento Bruselas II bis y, ahora, del II ter. Dos ejemplos de esta difusa frontera entre el ámbito público y el privado, y de su impacto, especialmente, en esta materia en la que se ve involucrado el interés superior de un menor, se encuentran ya en la jurisprudencia del TJUE.

Así, en la ya mencionada STJUE de 2 de abril de 2009, en el asunto *A*, el TJUE conoció de una cuestión prejudicial en la que, precisamente, se cuestionaba si una resolución dictada en aplicación de distintas normas de Derecho público de protección de menores entraba dentro del ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas II bis. El Alto Tribunal respondió en sentido positivo, afirmando que dentro de la “materia civil” del artículo 1 del Reglamento Bruselas II bis se incluye “una resolución por la que se decide asumir la guarda inmediata de un menor y ordenar su acogimiento fuera del domicilio de su familia de origen cuando dicha resolución ha sido adoptada en el marco de las normas de Derecho público relativas a la protección de menores”¹⁴¹⁵.

En relación con el punto tratado, también en la conocida SJTUE de 26 de abril de 2013, en el asunto *Health Executive Service*, el TJUE hubo de resolver una cuestión relacionada con el ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas II bis en un particular caso de acogimiento de los menores. Brevemente, recordemos que el caso trataba de un menor bajo la protección de las autoridades irlandesas, quienes consideraron que lo más adecuado

¹⁴¹⁵ Asunto *A*, párr. 29.

para preservar su interés era ordenar el acogimiento transfronterizo en Reino Unido, donde vivía su madre. Y, para ello, iniciaron el procedimiento de consulta previa previsto en el artículo 56 del Reglamento Bruselas II bis. Al valorar estos hechos, y su incardinación en el ámbito de aplicación material del Reglamento, el Tribunal de Luxemburgo concluyó que “una resolución de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que dispone el acogimiento de un menor, en régimen cerrado, en un centro asistencial terapéutico y educativo situado en otro Estado miembro que implique, para su protección, una privación de libertad durante un período determinado, está comprendida en el ámbito material de aplicación del Reglamento”¹⁴¹⁶.

Se observa, así, como la materia de acogimiento transfronterizo de menores se presenta como el ejemplo por antonomasia de la constante interacción entre el Derecho privado, y en particular, el DIPr de la UE, con el Derecho público, y en concreto, con normas nacionales de Derecho público de cada Estado miembro. Obviamente, en materia de acogimiento transfronterizo las normas e instituciones de protección de menores poseen un papel fundamental, y es evidente que sus resoluciones no pueden quedar fuera del ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas II bis, como adecuadamente ha reconocido el TJUE.

3.1.2 La limitación del ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas II ter en relación con los acogimientos transfronterizos

El Reglamento Bruselas II ter se embebe de toda esta complejidad y, llamativamente, adopta una posición dirigida a delimitar su ámbito de aplicación en relación con los acogimientos transfronterizos. En el nuevo modelo articulado en el Reglamento Bruselas II ter en relación con ellos, y frente a lo que recogía el Reglamento 2201/2003, se ha restringido la definición de los acogimientos que entran dentro del concepto de responsabilidad parental y, por ende, dentro del ámbito de aplicación del Reglamento¹⁴¹⁷. Precisamente, desde un sector de la doctrina se había reivindicado una diferenciación de los potenciales tipos de acogimiento para conocer con claridad cuáles de ellos estaban cubiertos

¹⁴¹⁶ Asunto *Health Service Executive*, párr. 66.

¹⁴¹⁷ FORCADA MIRANDA, J.: *Comentarios ...*, cit., p. 497.

dentro del ámbito de aplicación del Reglamento y cuáles no. Sobre todo, atendidas sus importantes diferencias y tratamiento jurídico¹⁴¹⁸.

En efecto, el nuevo régimen diseñado limita el ámbito de aplicación de los acogimientos transfronterizos respecto de las soluciones recogidas en el Reglamento Bruselas II bis, ya que se excluyen los acogimientos por parte de familiares, limitándose su aplicabilidad, en consecuencia, a los acogimientos institucionales producidos en establecimientos u hogares de acogida. Así, el Considerando 11 del texto de 2019 al detallar los acogimientos transfronterizos incluidos dentro del ámbito de aplicación del nuevo Reglamento, precisa que: *“cualquier tipo de acogimiento del menor en un hogar de acogida, es decir, según el Derecho y los procedimientos nacionales, por una o más personas, o en una institución, por ejemplo en un orfanato o en un centro de acogida de menores”*. Igualmente, también deben considerarse incluidos los “acogimientos educativos”, entendidos como aquellos ordenados por un órgano jurisdiccional o concertados con el acuerdo de los progenitores, o a petición de estos a causa de un comportamiento anómalo del menor.

Ahora bien, a partir de esta posición general, el mencionado Considerando 11 del Reglamento Bruselas II ter señala algunas exclusiones, como son los acogimientos con vistas a la adopción –acogimiento preadoptivo- o el acogimiento por un progenitor – o pariente cercano-. Tampoco se considerarán incluidos en el ámbito de aplicación del Reglamento los acogimientos educativos o punitivos que hayan sido ordenados o concertados *“como consecuencia de un acto del menor que, de haber sido cometido por un adulto, podría ser constitutivo de delito con arreglo al Derecho penal nacional, con independencia de si en este caso concreto puede conducir a una condena”*.

3.2 La preceptiva solicitud de aprobación del Estado miembro del acogimiento transfronterizo: mejorando la protección del menor

Además de la delimitación del ámbito de aplicación del instituto del acogimiento transfronterizo, la reforma del Reglamento Bruselas II ter ha incorporado algunas novedades

¹⁴¹⁸ Así lo apunta HERRANZ BALLESTEROS, M.: “El acogimiento transfronterizo en la propuesta...”, *cit.*, p. 10.

adicionales sobre cuestiones diversas, algunas de ellas especialmente complejas. Ejemplo de esta dificultad es, por ejemplo, la regulación de la preceptiva consulta previa a la autoridad central o a la autoridad competente del Estado miembro receptor del menor. Nos referimos al requisito contenido ya en el artículo 56.1 del Reglamento Bruselas II bis, según el cual el órgano jurisdiccional competente en virtud del Reglamento que considere oportuno el acogimiento del menor en un establecimiento o una familia de otro Estado miembro deberá, previamente, solicitar autorización al Estado miembro receptor.

La práctica del Reglamento ha permitido detectar múltiples problemas en relación con este trámite. Una de las incógnitas que se ha planteado en relación con los acogimientos transfronterizos del artículo 56 del Reglamento Bruselas II bis es la excesiva duración de los procedimientos conducentes al mismo¹⁴¹⁹. Esta realidad se conectaría con un segundo problema revelado en la práctica, como es el hecho de que en la mayoría de las ocasiones los acogimientos transfronterizos se llevan a cabo antes de haber recibido el consentimiento del Estado miembro requerido, y consecuentemente, deben otorgarse retroactivamente¹⁴²⁰. En relación con el procedimiento de consulta, también se han vislumbrado disfunciones en la actividad de las autoridades centrales, concretamente, en el dato de que en ocasiones la autoridad central que solicita el acogimiento proporciona la información incompleta, y en general, que el procedimiento no está claro en cuanto a la división de tareas entre las distintas autoridades implicadas. Específicamente, no queda resuelto qué información debe proporcionar la autoridad central solicitante y qué labor de investigación debe llevar a cabo el Estado miembro requerido¹⁴²¹.

3.2.1 La problemática que acompaña al requisito de consulta previa al Estado miembro del acogimiento transfronterizo en el Reglamento Bruselas II bis

Toda esta problemática fue resaltada por la Comisión Europea en su Propuesta de 2016. La Comisión señalaba ya que “*las autoridades centrales que tienen la obligación de ayudar a los órganos jurisdiccionales y a las autoridades en la organización de los acogimientos transfronterizos han señalado regularmente que a veces transcurren varios*

¹⁴¹⁹ PARLAMENTO EUROPEO: “Cross-border Placement of Children...”, *cit.*, p. 54.

¹⁴²⁰ *Ibidem.*

¹⁴²¹ *Ibidem.*

*meses hasta que se comprueba si se requiere la aprobación en un caso concreto*¹⁴²². La Comisión añadía que “*cuando es preciso recabar la aprobación, el procedimiento de consulta como tal ha de seguir, y es, al parecer, igual de lento, ya que no existe un plazo en el que las autoridades requeridas deban responder. Como consecuencia de ello, en la práctica, muchas autoridades requirentes ordenan el acogimiento y envían al niño al Estado receptor mientras el procedimiento de consulta sigue pendiente o incluso en el momento en el que empieza, al considerar la urgencia del acogimiento y ser conscientes de la lentitud de los procedimientos. Así, los Estados receptores se han quejado de que a menudo se acoge a los niños antes de que se haya dado la aprobación, lo que deja a los niños en una situación de inseguridad jurídica*”¹⁴²³.

El requisito de consulta previa adquiere una vital importancia en el funcionamiento de esta parte del Reglamento ya que, de conformidad con el artículo 56.2 del Reglamento Bruselas II bis, el órgano jurisdiccional del Estado miembro requirente no puede dictar la resolución de acogimiento del menor hasta que la autoridad competente del Estado miembro requerido haya aprobado el acogimiento.

La complejidad de esta situación reside en la necesaria existencia de una estrecha colaboración entre las autoridades de dos Estados miembros, cada uno con sus respectivas normas nacionales en materia de protección de menores. Sin embargo, en la práctica se ha demostrado que esta premisa constituye en demasiadas ocasiones más un deseo o un objetivo que una realidad. Como ejemplo paradigmático de esta complejidad, encontramos precisamente el caso español. España ha recibido un número considerable de consultas respecto de acogimientos transfronterizos de otros Estados miembros, y en muchas ocasiones, las autoridades extranjeras han expresado su incertidumbre respecto a la concreta autoridad española a la que debe consultarse la autorización del acogimiento, en concreto, debido a que la competencia en la materia corresponde a las distintas Comunidades Autónomas¹⁴²⁴.

Como preclaro exponente de la problemática del procedimiento de consulta se encuentra la ya tantas veces mencionada decisión en el asunto *Health Executive Service*. Un

¹⁴²² COMISIÓN EUROPEA: “Propuesta...”, *cit.*, p.4.

¹⁴²³ *Ibidem*.

¹⁴²⁴ PARA un análisis en profundidad sobre la situación en España de los acogimientos transfronterizos vid. HERRANZ BALLESTEROS, M.: “Cross-border placement of children...”, *cit.*, pp. 449-461.

supuesto que cuenta con el valor añadido de ser la primera vez que el TJUE evalúa el procedimiento de consulta previo del artículo 56 del Reglamento Bruselas II bis. La decisión es de especial relevancia dada la pluralidad de cuestiones que aborda.

En este caso el Alto Tribunal confirmó, en primer lugar, la condición obligatoria de este procedimiento de consulta, en consonancia con el tenor del artículo 56.2 del Reglamento Bruselas II bis, destacando que *“la aprobación a la que se refiere el artículo 56, apartado 2, del Reglamento debe darla, antes de que se dicte la resolución sobre el acogimiento de un menor, una autoridad competente de Derecho Público. No basta con que dé su aprobación el establecimiento en el que el menor ha de ser acogido”*¹⁴²⁵. Más aún, añade, *“en circunstancias como las del asunto principal, en las que el órgano jurisdiccional del Estado miembro que dispuso el acogimiento tiene dudas acerca de si la aprobación se concedió válidamente en el Estado miembro requerido, ya que no se ha podido determinar con certeza cuál era la autoridad competente en ese último Estado, es posible proceder a una regularización con el fin de asegurarse de que el requisito de la aprobación que establece el artículo 56 del Reglamento se ha cumplido íntegramente”*¹⁴²⁶.

En este sentido el Alto Tribunal destaca, en segundo lugar, la necesidad de que los Estados miembros establezcan normas y procedimientos claros *“a los efectos de la aprobación a la que se refiere el artículo 56 del Reglamento, de modo que se garanticen la seguridad jurídica y la celeridad. En particular, los procedimientos deben permitir al órgano jurisdiccional que proyecta el acogimiento identificar fácilmente la autoridad competente y a la autoridad competente conceder o denegar su aprobación en un plazo breve”*¹⁴²⁷. El TJUE concluye, consecuentemente, que los Estados miembros ya no son libres para no aceptar los acogimientos de menores, sino que deben crear las estructuras necesarias en su legislación nacional para llevar a cabo el procedimiento de consulta del artículo 56 del Reglamento Bruselas II bis, hasta el punto de que los miembros de la UE tienen la obligación de asegurar que su legislación nacional no socava los objetivos del Reglamento o los hace inefectivos¹⁴²⁸.

¹⁴²⁵ Asunto *Health Service Executive*, párr. 95.

¹⁴²⁶ *Ibíd.*, párr. 95.

¹⁴²⁷ *Ibíd.*, párr. 81 y 82.

¹⁴²⁸ Así lo destaca DUTTA, A. y SCHULZ, A.: “First Cornerstones of the EU Rules...”, *cit.*, p. 32.

En su decisión en el mencionado asunto *Health Executive Service*, el Tribunal de Luxemburgo subraya adicionalmente el papel fundamental que, en especial, desarrollan las autoridades centrales de cada país, proporcionando información precisa y clara para aplicar adecuadamente el Reglamento Bruselas II bis, y dar cumplimiento a los objetivos que éste persigue: “*que las autoridades centrales, a petición de una autoridad central de otro Estado miembro o del titular de la responsabilidad parental, cooperen con el fin, en particular, de asegurarse de que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro requirente disponen de información precisa y clara para aplicar el artículo 56 del Reglamento*”¹⁴²⁹.

Sobre todo, en relación con el final del apartado 1 del mencionado artículo 56 en el que se exige la consulta a “*la autoridad central o a otra autoridad competente de este último Estado miembro si estuviera prevista la intervención de una autoridad pública en dicho Estado miembro para los casos internos de acogimiento de menores*”. A este requisito, el artículo 56.4 del Reglamento Bruselas II bis adiciona que, en los casos en que el órgano jurisdiccional competente en virtud del Reglamento decide el acogimiento del menor en una familia y este acogimiento va a tener lugar en otro Estado miembro en el que no está prevista la intervención de una autoridad pública para los casos internos de acogimiento de menores, el órgano jurisdiccional informará de su decisión a la autoridad central u otra autoridad competente de ese Estado miembro.

Si lo mencionado hasta el momento resulta de por sí relevante, en su decisión en el asunto *Health Executive Service* el TJUE aporta, a mayor abundamiento, dos claves de gran relevancia en la puesta en práctica del régimen de acogimiento transfronterizo del Reglamento Bruselas II bis.

Así, por un lado, el TJUE reitera que las resoluciones relativas a los acogimientos transfronterizos siguen el régimen general de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras del Reglamento Bruselas II bis, y consecuentemente, es necesario solicitar, eventualmente, la declaración de ejecutividad. Ahora bien, el TJUE matiza esta afirmación en aras a la consecución de la mejor protección del interés del menor posible dentro del marco establecido por el legislador de la UE, al señalar que “*con el fin de no privar al Reglamento de su efecto útil, la resolución del órgano jurisdiccional del Estado miembro*

¹⁴²⁹ Asunto *Health Service Executive*, párr. 83.

*requerido acerca de la solicitud de declaración de ejecutoriedad debe dictarse con una particular celeridad, sin que los recursos interpuestos contra tal resolución del órgano jurisdiccional del Estado miembro requerido puedan tener efecto suspensivo”*¹⁴³⁰.

Por otro lado, en segundo lugar, el Tribunal de Luxemburgo apunta que, en el caso de que el acogimiento transfronterizo haya sido establecido por un plazo determinado, la aprobación de dicho acogimiento tendrá efectos tan solo en dicho periodo y, en consecuencia, la consulta previa no tendrá validez para las resoluciones que tengan por objeto prorrogar la duración del acogimiento, por lo que deberá solicitarse una nueva aprobación. En este sentido, el TJUE matiza que “*una resolución que ordene el acogimiento, adoptada en un Estado miembro y declarada ejecutiva en otro Estado miembro, sólo podrá ejecutarse en este último Estado miembro por el período indicado en la resolución de acogimiento*”¹⁴³¹.

En definitiva, la decisión del Tribunal de Justicia de la Unión en el asunto *Health Executive Service* marcó un antes y un después en lo referente a la problemática de los acogimientos transfronterizos en el marco del Reglamento Bruselas II bis. La sentencia favoreció enormemente que la doctrina se interesara en mayor medida por este tipo de situaciones y su funcionamiento en la práctica, detectando, con ello, aquellos aspectos susceptibles de mejorar en la praxis¹⁴³².

3.2.2 La ratificación de la necesaria aprobación previa a los acogimientos transfronterizos, y la delimitación de sus extremos

En la regulación del acogimiento transfronterizo en el nuevo Reglamento Bruselas II ter el legislador de la UE ha mantenido en el trámite preceptivo previo de su aprobación por parte de las autoridades del Estado miembro en el que se va a producir. Ahora bien, a

¹⁴³⁰ *Ibid.*, párr. 133.

¹⁴³¹ *Ibid.*, párr. 146.

¹⁴³² Entre otros vid. FORCADA MIRANDA, F.J.: “Revision with Respect to the Cross-border Placement of Children”, *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, n.º 1, 2015, pp. 36–42; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “Sentencia del Tribunal...”, *cit.*, pp. 234–238; DURÁN AYAGO, A.: “Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 2.ª), de 26 de abril de 2012, asunto C–92/2012, PPU *Health Service Executive c. S.C., A. C.*”, *cit.*, pp. 953-960; DOMINELLI, S.: “Cross-border Placement of Children within the European Judicial Space: First Thoughts on the Recast Brussels IIa Regulation in Light of the German Experience”, *The European legal forum*, n.º 5-6, 2016, pp. 113-123; DUTTA, A. y SCHULZ, A.: “First Cornerstones of the EU Rules...”, *cit.*, pp. 31y ss.

partir de la asunción de esta exigencia, se han simplificado los trámites respecto al modelo del Reglamento Bruselas II bis. En particular, el nuevo artículo 82 del Reglamento Bruselas II ter ya no hace referencia a dos mecanismos posibles de cooperación – uno simplificado y otro más complejo, para los casos en los que se precisa la intervención de una autoridad pública-¹⁴³³. Por contra, se ha unificado el modelo para todos los acogimientos transfronterizos, independientemente de la intervención o no de una autoridad pública según la legislación de cada Estado miembro.

Efectivamente, como requisito fundamental, el régimen del acogimiento transfronterizo del texto de Bruselas de 2019 exige que se obtenga la aprobación de la autoridad competente en el Estado miembro en el que se va a producir el acogimiento transfronterizo. Así, y tal como precisa el artículo 82.1 del citado instrumento, el órgano jurisdiccional o autoridad competente que considere adecuado dicho acogimiento transfronterizo de un menor en otro Estado miembro “*deberá primero obtener la aprobación de la autoridad competente en ese otro Estado miembro*”.

El nuevo régimen recogido en el artículo 82.1 del Reglamento clarifica el cauce de transmisión de la solicitud de aprobación de la medida, precisando la extensión de la intervención de las autoridades centrales¹⁴³⁴. De esta forma, será la autoridad central del Estado miembro requirente – el que solicita el acogimiento- la que trasladará al Estado miembro requerido -donde se va a producir el acogimiento- la solicitud de aprobación. Especificándose, como elemento novedoso que busca unificar y clarificar el régimen de consulta, la documentación a aportar junto con la solicitud. Así, y tal como precisa el precepto *in fine*, ésta incluirá “*un informe sobre el menor y los motivos de su propuesta de acogimiento o asistencia, información sobre cualquier dotación financiera prevista, así como cualquier otra información que considere pertinente, como la duración prevista del acogimiento*”¹⁴³⁵.

Además, y reiterando la posición mantenida en el propio Reglamento¹⁴³⁶, la solicitud, y todo documento suplementario, deberá ir acompañada por una traducción en la

¹⁴³³ HERRANZ BALLESTEROS, M.: “El acogimiento transfronterizo en la propuesta...”, *cit.*, p. 4.

¹⁴³⁴ Así lo destaca HERRANZ BALLESTEROS, M.: “El acogimiento transfronterizo en la propuesta...”, *cit.*, p. 6.

¹⁴³⁵ Vid. art. 82.1 del Reglamento Bruselas II ter.

¹⁴³⁶ Recuérdense los arts. 80.3 y 81.2 del Reglamento Bruselas II ter.

lengua oficial del Estado miembro requerido, o, en caso de que existan varias lenguas oficiales en dicho Estado miembro, a la lengua oficial o una de las lenguas oficiales del lugar en el que se vaya a cursar la solicitud, o a cualquier otra lengua que el Estado miembro requerido haya indicado de forma expresa que puede aceptar en consideración del artículo 103¹⁴³⁷. Con todas estas medidas el mecanismo de cooperación entre las autoridades implicadas estará más definido, por lo que cabe esperar que la práctica en la materia mejore sustancialmente.

Junto a lo anterior, el legislador de la UE matiza que la regla general del apartado 1 del artículo 82 no se aplica “*cuando el menor deba ser acogido por un progenitor*”¹⁴³⁸. Pudiendo, adicionalmente, los Estados miembros decidir que no es necesaria su aprobación en virtud del mencionado artículo 82.1 para los acogimientos dentro de su propio territorio con determinadas categorías de parientes cercanos además de los progenitores. Categorías que deberán ser comunicadas a la Comisión en virtud del artículo 103 del texto reglamentario¹⁴³⁹.

De esta forma, y en línea con la posición ya mantenida por el Reglamento Bruselas II bis y reiterada por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo, el artículo 82.5 del texto de 2019 reitera que el acogimiento contemplado en el artículo 82.1 solo lo podrá ordenar o concertar el Estado miembro requirente después de que la autoridad competente del Estado miembro requerido lo haya aprobado.

Adicionalmente, el nuevo régimen incorporado en el Reglamento Bruselas II ter clarifica el funcionamiento práctico de la solicitud de aprobación, que había generado confusión en la aplicación del Reglamento Bruselas II bis. En este sentido, se realizan las siguientes puntualizaciones:

1) Se establece que el procedimiento para recabar la aprobación del acogimiento transfronterizo se regirá por el Derecho nacional del Estado miembro requerido¹⁴⁴⁰.

2) Salvo que existan circunstancias excepcionales que lo impidan, la resolución relativa a la aprobación o denegación del acogimiento transfronterizo deberá comunicarse a

¹⁴³⁷ Art. 82.4 del Reglamento Bruselas II ter.

¹⁴³⁸ Art. 82.2 del Reglamento Bruselas II ter.

¹⁴³⁹ Art. 82.2 *in fine* del Reglamento Bruselas II ter.

¹⁴⁴⁰ Art. 81.7 del Reglamento Bruselas II ter.

la autoridad central requirente, a más tardar, tres meses después de la recepción de la solicitud¹⁴⁴¹. Abundando en este extremo, el Considerando 83 del Reglamento Bruselas II ter indica que la falta de respuesta en un plazo de tres meses no debe entenderse como una aprobación, y, por tanto, el acogimiento no puede producirse sin tal aprobación. Este límite de tiempo ha constituido una demanda constante en aras a reducir el tiempo de los procedimientos de acogimiento de los menores y proteger mejor su interés superior¹⁴⁴², ya que se ha constatado que los procedimientos de consulta se alargan varios meses, llegando incluso al año en algunos Estados miembros¹⁴⁴³.

3) Además, la autoridad central de un Estado miembro tendrá la potestad de informar al órgano jurisdiccional o autoridad competente que esté considerando un acogimiento sobre *“un vínculo estrecho del menor con ese Estado miembro”*. No obstante, ello no afectará a la legislación ni a los procedimientos nacionales del Estado miembro que esté considerando dicho acogimiento¹⁴⁴⁴.

4) Finalmente, el Considerando 84 del Reglamento Bruselas II ter incide en la importancia de asegurar el respeto de los derechos del menor en cualquier procedimiento en el que se esté valorando un acogimiento transfronterizo, particularmente, cuando se esté llevando a cabo en el Estado miembro de la residencia habitual del menor. En tal sentido, resalta que *“cuando se esté valorando en el Estado miembro de residencia habitual de un menor una resolución de acogimiento del menor en un establecimiento o en un hogar de acogida, los órganos jurisdiccionales deben estudiar, lo antes posible en el curso de los procedimientos, medidas adecuadas para asegurar el respeto de los derechos del menor, en particular el derecho a conservar su identidad y a mantener el contacto con los progenitores, o, cuando proceda, con otros parientes, habida cuenta de los artículos 8, 9 y 20 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño”*.

Si bien es cierto que el respeto de los derechos del menor es preceptivo en los acogimientos transfronterizos -al igual que en cualquier otra materia que afecte al menor- y lo es independientemente de que aparezca en un Considerando o no, lo cierto es que esta explicitación de la necesaria salvaguarda del interés superior del menor debe ser acogida

¹⁴⁴¹ Art. 81.6 del Reglamento Bruselas II ter.

¹⁴⁴² Esta demanda se observa, entre otros, en LAMONT, R.: “Care proceedings...”, *cit.*, p. 81.

¹⁴⁴³ DUTTA, A. y SCHULZ, A.: “First Cornerstones of the EU Rules...”, *cit.*, p. 36.

¹⁴⁴⁴ Art. 81.3 del Reglamento Bruselas II ter.

positivamente, ya que evidencia la preocupación del legislador de la UE de proteger al menor en este tipo de supuestos, en los que se encuentra en una situación de especial vulnerabilidad. Especialmente, la doctrina ha mostrado su preocupación respecto al necesario respeto del derecho del menor a ser escuchado y el derecho del menor a mantener el contacto con sus progenitores¹⁴⁴⁵.

Como último punto a destacar del nuevo régimen de acogimiento transfronterizo diseñado en el Reglamento Bruselas II ter, se debe recordar que, teniendo en cuenta que las resoluciones en este ámbito siguen el modelo general de reconocimiento y ejecución en materia de responsabilidad parental, ya no será necesaria la declaración de ejecutividad¹⁴⁴⁶. Sin duda, la supresión del *exequatur* en este tipo de situaciones implica una mejor protección del interés del menor afectado, ya que no se provocarán situaciones de desprotección como las acontecidas en el supuesto de hecho del asunto *Health Executive Service*, en el que el tiempo durante el que se obtenía la declaración de ejecutividad de la resolución del acogimiento transfronterizo fue considerado potencialmente perjudicial para el menor.

A modo de conclusión, necesariamente provisional, cabe resaltar que en términos generales, la nueva regulación del acogimiento transfronterizo del menor en otro Estado miembro mejora la regulación existente en la materia, ofreciendo un mecanismo de cooperación más claro que será susceptible de garantizar una mayor eficacia en la resolución de estos procedimientos en el futuro. Dando respuesta, por tanto, a una de las seis deficiencias identificadas por la Comisión Europea en los inicios del proceso de refundición del Reglamento objeto de análisis.

III. EL DERECHO FUNDAMENTAL DEL MENOR A SER ESCUCHADO COMO RETO PENDIENTE DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL MENOR EN LA UE

La cooperación de las autoridades judiciales y administrativas resulta esencial para la práctica fluida y exitosa del Reglamento, especialmente en ámbitos como es el del acogimiento familiar. El legislador europeo es consciente de ello y en el Reglamento

¹⁴⁴⁵ HERRANZ BALLESTEROS, M.: “Cross–border placement of children...”, *cit.*, p. 460.

¹⁴⁴⁶ Vid. *supra* Cap. Segundo, ap. II. 2.1 “Hacia la libre circulación de las resoluciones judiciales en materia de responsabilidad parental del menor”.

Bruselas II ter aporta elementos novedosos que buscan facilitar al máximo y canalizar esta colaboración. Su actuación, sin embargo, como hemos ya avanzado, trasciende esta dimensión cooperativa y busca incidir en un segundo ámbito que resulta esencial en el desarrollo de los procesos de responsabilidad parental con vistas a asegurar la necesaria preservación del interés superior de los menores: la audiencia del menor.

El derecho a que el menor sea oído en todos los asuntos que le afecten ha ido adquiriendo paulatinamente un mayor reconocimiento y protagonismo gracias a la codificación y desarrollo del elenco de derechos de los menores¹⁴⁴⁷. Actualmente, este derecho es reconocido en un plano multinivel: tanto en los textos internacionales de derechos humanos como en las legislaciones procesales nacionales de los distintos Estados. Sin embargo, y a pesar del reconocimiento general de este derecho, su desarrollo práctico es muy desigual en la propia Unión Europea y no está exento de problemas.

1. El derecho del menor a ser escuchado: la concreción de su contenido en los textos internacionales de derechos humanos

El derecho de los menores a que sus opiniones sean tenidas en cuenta, de conformidad con su edad y madurez es, sin duda, uno de los máximos exponentes de la nueva concepción de los menores –englobando, como ya dijimos en su momento bajo esta denominación genérica a los niños, niñas y adolescentes- como sujeto titular de derechos. Frente a la concepción tradicional de los menores como sujeto pasivo necesitado de protección, el derecho del menor a ser escuchado refuerza el estatus independiente de éste como persona capaz de formular sus opiniones propias, que deberán tenerse en cuenta dependiendo, y este es un punto relevante, del estado de su desarrollo – edad y madurez –, en suma, de su capacidad de formular un juicio y opinión propio sobre las cosas.

Como es sabido, el derecho de los menores a ser escuchado es un derecho humano ampliamente reconocido en el ámbito internacional, tanto en el marco de las Naciones Unidas como en textos sobre derechos fundamentales de carácter regional.

¹⁴⁴⁷ Vid. *supra* Cap. Introductorio, ap. I.

1.1 La promulgación del derecho del menor a ser escuchado desde Naciones Unidas

La Convención de Derechos del Niño de 1989 (CDN), como referente mundial de los derechos humanos de los menores, recoge el derecho del menor a ser escuchado en su artículo 12, imponiendo la obligación a los Estados parte de reconocerlo y garantizar que en sus sistemas judiciales se oiga a los menores. Y que sus opiniones sean tenidas debidamente en cuenta, en función de su edad y madurez. El precepto, literalmente señala que:

“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.”

Este precepto ha sido desarrollado por el Comité de Derechos del Niño en la Observación General n.º 12 sobre el derecho del niño a ser escuchado, elaborada por el Comité de Derechos del Niño en 2009.

Como punto de partida, el derecho del menor a ser escuchado constituye uno de los derechos fundamentales de la Convención, junto con el derecho del niño a que su interés superior constituya una consideración primordial, el derecho a la no discriminación y el derecho a la vida y el desarrollo¹⁴⁴⁸.

Es más, tanto la Observación general n.º 12 como la n.º 14 – sobre la interpretación del artículo 3.1 relativo a la consideración primordial del interés superior del menor- ponen de relieve los vínculos indisolubles entre el artículo 3.1 de la CDN, relativo a la consideración primordial del interés superior del niño -en el que se explicita que en *“todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los Tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos,*

¹⁴⁴⁸ COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO: “Observación General n.º 14...”, *cit.*, párr. 2.

una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”- y el artículo 12 del CDN.

Se señala, así, que ambos artículos ejercen funciones complementarias: el primero tiene como objetivo hacer realidad el interés superior del menor, mientras que el segundo establece la metodología para escuchar las opiniones de los menores, así como su inclusión en todos los asuntos que les afectan, incluida la evaluación del interés superior. Consecuentemente, *“el artículo 3, párrafo 1, no puede aplicarse correctamente si no se cumplen los requisitos del artículo 12. Del mismo modo, el artículo 3, párrafo 1, refuerza la funcionalidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten a su vida”*¹⁴⁴⁹. Esta idea nos refleja con exactitud la importancia de la audiencia del menor en todo procedimiento que le afecte.

En cuanto al desarrollo de este derecho humano, el artículo 12.1 del CDN establece ciertas condiciones de índole diversa:

1) En primer lugar, el precepto señala que el ejercicio de este derecho debe realizarse, ya ha sido señalado con anterioridad, en función de la edad y madurez del menor implicado. Ahora bien, el Comité de Derechos del Niño insiste en recordar que este criterio no debe actuar como una limitación, y por ello, se muestra contrario al establecimiento de límites de edad que restrinjan el derecho a ser escuchado¹⁴⁵⁰. En este sentido, el Comité destaca que el artículo 12 de la CDN no impone ningún límite de edad al derecho del niño a expresar su opinión, y desaconseja a los Estados parte que introduzcan por ley, o en la práctica, límites de edad que restrinjan el derecho. El niño, se afirma, debe tener una comprensión suficiente para ser capaz de formarse un juicio propio, lo cual no es equivalente a la necesidad del conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto.

En relación con este punto, se admite que los niveles de comprensión de los menores no van ligados de manera uniforme con su edad biológica. Así, *“algunas jurisdicciones, por motivos de política o de legislación, prefieren indicar una edad en que el niño es considerado capaz de expresar sus propias opiniones. Sin embargo, la Convención prevé que este asunto se determine caso por caso, ya que se refiere a la edad y la madurez, por lo que se exige una evaluación individualizada de la capacidad del*

¹⁴⁴⁹ *Ibíd.*, párr. 37.

¹⁴⁵⁰ *Ibíd.*, párr. 21.

niño”¹⁴⁵¹. Por tanto, debe prestarse atención a la noción de evolución de las facultades del menor y, por todo ello, la edad en sí misma no puede determinar la trascendencia de las opiniones del niño¹⁴⁵².

2) En segundo lugar, el menor tiene derecho a expresar su opinión libremente, es decir, que puede elegir si quiere o no quiere ejercer su derecho. Y, además, en caso de ser ejercido, debe ser sin manipulaciones ni presiones¹⁴⁵³. Para ello, el menor tiene derecho a ser informado sobre todo el procedimiento, así como sobre las consecuencias de la audiencia del menor.

3) En tercer lugar, se exige que el menor no solo sea escuchado, sino que, además, sus opiniones sean debidamente tomadas en cuenta, en función, de nuevo, de su edad y madurez. Una vez más, la relevancia que le otorga el Juez a la opinión del menor deberá ser determinada por éste en el caso concreto¹⁴⁵⁴.

A partir de estas tres premisas, el artículo 12.2 del CDN especifica el derecho a “*ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño*”. Entre ellos, aquellos en los que se aborden cuestiones de separación de los padres, custodia, cuidado y adopción. Los procedimientos deben ser accesibles y apropiados para los menores, ya que no se puede escuchar eficazmente a un menor en un entorno intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado para su edad¹⁴⁵⁵. En particular, respecto al derecho del niño a ser escuchado en procedimientos judiciales civiles en supuestos de separación y divorcio, el Comité establece que: “*toda la legislación sobre separación y divorcio debe incluir el derecho del niño a ser escuchado por los encargados de adoptar decisiones y en los procesos de mediación*”¹⁴⁵⁶.

Finalmente, el Comité detalla minuciosamente las medidas para garantizar la observancia del derecho, entre las que podemos destacar la preparación, la audiencia, la evaluación de la capacidad del niño, la información al niño sobre el resultado del proceso y

¹⁴⁵¹ COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO: “Observación General n.º 12...”, *cit.*, párr. 52, vid. igualmente párr. 51.

¹⁴⁵² *Ibid.*, párrs. 28 a 31.

¹⁴⁵³ COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO: “Observación General n.º 14...”, *cit.*, párr. 22.

¹⁴⁵⁴ *Ibid.*, párrs. 28-31.

¹⁴⁵⁵ COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO: “Observación General n.º 12...”, *cit.*, párrs. 32 a 34.

¹⁴⁵⁶ *Ibid.*, párr. 52, vid. igualmente párr. 51.

sobre cómo se han tenido en cuenta sus opiniones, y las quejas, vías de recurso y desagravio disponibles en la legislación¹⁴⁵⁷.

1.2 Ámbito regional: el desarrollo del derecho del menor a ser escuchado en Europa

Fuera del específico marco de las Naciones Unidas, el derecho del menor a ser escuchado también se encuentra reconocido en otros instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos de carácter regional.

1.2.1 Desarrollo en el marco del Consejo de Europa

Particularmente, en el ámbito europeo, el derecho del menor a ser escuchado se encuentra recogido en el artículo 3 del Convenio Europeo sobre el ejercicio de los Derechos de los Niños de 1996 que reconoce el derecho a ser informado y a ser escuchado en los procedimientos en los siguientes términos:

“Cuando según el derecho interno se considere que un niño tiene el suficiente discernimiento se le reconocerán, en los procedimientos que le afecten ante una autoridad judicial, los siguientes derechos cuyo ejercicio podrá exigir por sí mismo:

a. recibir toda la información pertinente;

b. ser consultado y expresar su opinión;

c. ser informado de las posibles consecuencias de actuar conforme a esa opinión y de las posibles consecuencias de cualquier resolución”.

En el marco del Consejo de Europa, también es de necesaria referencia el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Aunque el texto convencional no contiene ninguna referencia expresa al derecho del menor a ser escuchado, de la jurisprudencia del TEDH se extrae que este derecho forma parte tanto del artículo 6 como del artículo 8 del CEDH¹⁴⁵⁸. El Tribunal de Estrasburgo no exige a las autoridades nacionales que se escuche al menor en todos los casos, sino que deben tener cierta discreción para decidir, en función de las

¹⁴⁵⁷ Vid. *Ibid.*, párr. 40 a 47.

¹⁴⁵⁸ UBERTAZZI, B.: “The hearing of the child in the Brussels IIa Regulation and its Recast Proposal”, *Journal of Private International Law*, v. 13, n. ° 3, 2017, p. 576.

circunstancias del caso concreto, la idoneidad de escuchar al menor. En este sentido, especialmente significativa por lo que refiere a nuestro país es la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 11 de octubre de 2016, en el asunto *Iglesias Casarrubios y Cantalapiedra Iglesias c/. España*¹⁴⁵⁹, (en adelante asunto *Iglesias Casarrubios*), en el que se consideró violado tal derecho al no haber sido escuchada por las autoridades judiciales españolas la reiterada solicitud de la madre de que se diera audiencia a sus hijas, en un momento en que éstas eran menores de edad¹⁴⁶⁰.

El Alto Tribunal incide en la idea de la modulación de la exigencia de la audiencia del menor y de la ausencia de automatismo y obligatoriedad respecto de ella: “*en lo que respecta particularmente al trámite de audiencia de las niñas por parte de un Tribunal, el TEDH ha estimado que sería ir demasiado lejos decir que los Tribunales internos están siempre obligados a oír a un niño en audiencia cuando está en juego el derecho de visita de un padre que no ejerce la guarda. En efecto, esto depende de las circunstancias particulares de cada caso y teniendo debida cuenta de la edad y de la madurez del niño afectado (Sahin c. Alemania [GC], no 30943/96, § 73, CEDH 2003-VIII. Observa, sin embargo, que en Derecho español (apartados 18 y 19 anteriores) en caso de procedimiento contencioso de divorcio, y si se estima necesario, los hijos menores, si son capaces de discernimiento, deben ser oídos por el Juez y, en todo caso, los menores con edades de 12 y más años. En cualquier*

¹⁴⁵⁹ STEDH de 11.10.2016, demanda n.º 23298/12, *Iglesias Casarrubios y Cantalapiedra Iglesias c/. España*, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-196867>. Los hechos del caso se detallan en: EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS: “Press Release issued by the Registrar of the Court”, ECHR 322 (2016), 11.10.2016, Judgments of 11 October 2016. Disponible en https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjphqbGk_HtAhXIMMAKHQfKDCUQFjAAegQIBRAC&url=http%3A%2F%2Fhudoc.echr.coe.int%2Fapp%2Fconversion%2Fpdf%3Flibrary%3DECHR%26id%3D003-5514573-6935022%26file-name%3DJudgments%2520of%252011.10.16.pdf.63&usg=AOvVaw1esPeorSrx-RAXqnnURX4n, último acceso el 28.12.2020. Con respecto a las medidas adoptadas con posterioridad por el Gobierno español, vid. DH-DD(2019)332 26/03/2019 - 1348th meeting (June 2019) (DH) - Action report (20/03/2019) - Communication from Spain concerning the case of *Iglesias Casarrubios and Cantalapiedra Iglesias v. Spain* (Application No. 23298/12) (https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=090000168093ae67, último acceso el 28.12.2020).

¹⁴⁶⁰ Adicionalmente, considérese STEDH de 3.2.2016, demanda n.º 71776/12, *NTs y otros c./ Georgia*, <http://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-160313>, que entiende vulnerado el CEDH respecto de la obligación de oír al menor. Y la STEDH de 8.7.2003, demanda n.º 30943/96, *Sahin c./ Alemania*, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61194>, o la STEDH de 22.6.2004, demanda n.º 78028/01 y 78030/01, *Pini, Bertani, Manera and Atripaldi c./ Rumanía*, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61837>, en la que no consideró vulnerado el CEDH por no escuchar al menor.

caso, cuando el menor solicita ser oído, la denegación del trámite de audiencia deberá ser motivada”¹⁴⁶¹.

En este caso, la Sra. Casarrubios había solicitado al Tribunal que diera audiencia a sus hijas, y “no aprecia ninguna razón que justifique que la opinión de la hija mayor de la demandante, una menor con una edad entonces de más de 12 años, no fuera recogida directamente por el Juzgado de Primera Instancia en el marco del procedimiento de divorcio, como lo exigía la Ley interna (apartado 18 anterior). El TEDH no ve tampoco ninguna razón que justifique que el Juzgado de Primera Instancia no se pronunciara, en el marco de este mismo procedimiento, de manera motivada sobre la solicitud de la hija menor de ser oída por aquel, tal como se lo exigía la Ley”¹⁴⁶².

Lo que le condujo, en definitiva, a considerar la existencia de una violación del artículo 6.1 del CEDH: “la denegación de oír por lo menos a la hija mayor, así como la ausencia de cualquier motivación para rechazar las pretensiones de las menores de ser oídas directamente por el Juez que debía resolver sobre el régimen de visitas de su padre (apartado 13 anterior), conduce al TEDH a concluir que se ha privado indebidamente a la Sra. Iglesias Casarrubios del derecho de que sus hijas sean oídas personalmente por el Juez, no obstante las disposiciones legales aplicables, sin que las jurisdicciones superiores que examinaron los recursos que aquella había interpuesto pusieran remedio a tal privación.”¹⁴⁶³.

Por último, el propio Consejo de Europa ha abordado el desarrollo y aseguramiento en la práctica de este derecho a través sus Directrices de 2010 sobre una justicia adaptada a los niños¹⁴⁶⁴, en las que se destaca la importancia de que los jueces escuchen a los menores en los procedimientos que les afecten, y les otorguen el peso adecuado a su audiencia. Estas

¹⁴⁶¹ Asunto *Iglesias Casarrubios*, párr. 36. Utilizamos la traducción realizada por el Ministerio de Justicia, y accesible en: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwidqP-dqfbtAhUIAGMBHYBZBdAQFjAAegQIBRAC&url=https%3A%2F%2Fwww.idhc.org%2Fimg%2Fbutletins%2Ffiles%2FCASE%2520OF%2520IGLESIAS%2520CASARRUBIOS%2520AND%2520CANTALAPIEDRA%2520IGLESIAS%2520v.%2520SPAIN%2520%2520-%2520%2520Spanish%2520Translation%2520D%2520by%2520the%2520Spanish%2520Ministry%2520of%2520Justice.pdf&usq=AOvVaw3MPtH2OJBvzv55IvE54j9W>, último acceso el 30.12.2020)

¹⁴⁶² *Ibíd.*, párr. 42.

¹⁴⁶³ *Ibíd.*

¹⁴⁶⁴ CONSEJO DE EUROPA: “Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on Child-friendly Justice”, adoptadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 17.11.2010 en su 1098 reunión. Disponible en: <https://rm.coe.int/16804b2cf3>, último acceso el 9.6.2020.

Directrices forman parte del Programa del Consejo de Europa “Construir una Europa para y con los niños”.

1.2.2 Desarrollo en la UE

También en el marco de la UE se han producido desarrollos normativos que se hacen eco del derecho del menor a ser escuchado en todos los procedimientos, tanto judiciales como administrativos que les afectan. En este sentido, en el seno de la Unión adquiere particular importancia el artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE).

El artículo 24 de la CDFUE, garante de los derechos del menor, contiene una referencia expresa en su apartado primero al derecho con que cuentan los menores a expresar su opinión libremente, y a que ésta sea tenida en cuenta en los asuntos que le afecten, en función de su edad y madurez. Así, el artículo 24.1 de la CDFUE estipula que:

“Los niños tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tenida en cuenta para los asuntos que les afecten, en función de su edad y madurez”.

El propio Considerando 33 del Reglamento Bruselas II bis admite la importancia del artículo 24 de la CDFUE en la interpretación del texto reglamentario, afirmando el reconocimiento que realiza el Reglamento de los derechos fundamentales y su observancia *“a los principios consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Concretamente, pretende garantizar el respeto de los derechos fundamentales del menor enunciados en el artículo 24 de dicha Carta.”* Algo que igualmente, y de forma más elaborada realiza ahora el Reglamento Bruselas II ter al señalar en su Considerando 19 que las normas de competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental diseñadas en el Reglamento *“están concebidas en función del interés superior del menor, y deben aplicarse de acuerdo con este”*. Resaltando que *“cualquier referencia al interés superior del menor debe interpretarse a la luz del artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, tal y como son aplicadas por las legislaciones y procedimientos nacionales”*.

1.3 El reconocimiento en la legislación española del derecho fundamental del menor a ser escuchado

España no ha quedado ajena a todo este proceso. Además de asumir el principio a través de su vinculación a los mencionados textos internacionales, el legislador español, influido por ellos, ha incorporado el derecho de audiencia del menor en la legislación española.

El artículo 39 de la propia Constitución de 1978 recoge la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación¹⁴⁶⁵. Pero es en el artículo 9 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, donde viene explicitado el derecho de audiencia del menor a ser oído. El tenor del precepto se vio alterado tras la reforma de 2015, a través, concretamente, de la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que supuso un gran avance para los derechos del menor¹⁴⁶⁶.

Así, actualmente, el artículo 9 de la LO 1/1996 detalla ampliamente el derecho del menor a ser oído y escuchado. Tal como explicita su apartado 1: *“el menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias”*.

¹⁴⁶⁵ Sobre la dimensión constitucional del derecho a ser oído como parte del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, vid. SÁNCHEZ MARTÍN, P.: “El procedimiento contencioso de crisis matrimonial”, en AA.VV.: *Las crisis matrimoniales: nulidad, separación y divorcio*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p. 444. También, NUÑEZ RIVERO, C. y ALONSO CARVAJAL, A.: “La protección del menor desde un enfoque del Derecho Constitucional”, *Revista Derecho UNED*, n.º 9, 2011, p. 273 y ss.

¹⁴⁶⁶ Sobre la reforma de 2015 vid. CALVO SAN JOSÉ, M. J.: “La reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (Ley Orgánica 8/2015, de 22 de junio y Ley 26/2015, de 28 de julio)”, *Ars Iuris Salmanticensis*, v. 4, 2016, pp. 29-39; SÁNCHEZ DE LEÓN GUARDIOLA, P. y COMANY CARRETERO, F.J.: “El interés superior del menor y el derecho del niño a ser escuchado”, *Actualidad Civil*, n.º 7, 2017, pp. 1-13; LÁZARO GONZÁLEZ, I.E.: “La reforma del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia”, *Familia y Sucesiones. Cuaderno Jurídico*, n.º 111, 2015, pp. 17-23.

Además del reconocimiento de este derecho fundamental del menor, el artículo 9 explicita las condiciones en las que se debe celebrar dicha audiencia.

1) En primer lugar, se señala que, en los procedimientos judiciales y administrativos, la audiencia del menor tendrá un carácter preferente¹⁴⁶⁷.

2) Además, se explicita la necesidad de adaptar la audiencia del menor a un formato que le sea comprensible, así, la audiencia del menor se realizará “*de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento*”¹⁴⁶⁸. Continuando con ese espíritu de asegurar la salvaguarda del menor, el artículo 9.2 de la LO 1/1996 incluye que “*para garantizar que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo será asistido, en su caso, por intérpretes. El menor podrá expresar su opinión verbalmente o a través de formas no verbales de comunicación*”.

3) Respecto a los criterios para escuchar al menor, como es habitual, la L.O se basa en la edad y madurez del menor. Ahora bien, la regulación de 2015 incorpora una referencia a la valoración de dicha madurez del menor, concretamente, en el artículo 9.2 de la LO 1/1996, de forma que la madurez se valore por “*personal especializado*”; y tomando en consideración el “*desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso*”. A lo anterior se añade un límite de edad – los 12 años- a partir del cual se entiende necesariamente que el menor posee una madurez suficiente.

4) A pesar de esta evidente prioridad por la audiencia del menor, el artículo 9.2 de la L.O 1/1996 habilita la posibilidad de que la opinión del menor sea conocida por medio de sus representantes legales u otras personas que “*por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente*”.

¹⁴⁶⁷ Art. 9.1 *in fine* de la LO 1/1996.

¹⁴⁶⁸ Art. 9.1 *in fine* de la LO 1/1996.

5) Finalmente, la salvaguarda del menor se refuerza en el artículo 9.3 de la LO 1/1996 mediante la introducción de una preceptiva comunicación al Ministerio Fiscal en aquellos supuestos en los que se deniegue la audiencia del menor.

No es, sin embargo, la única mención recogida en el ordenamiento jurídico español a la necesaria audiencia del menor en aquellos procedimientos judiciales y administrativos que les afectan. A partir de la asunción de esta referencia genérica sobre el derecho del menor a ser oído recogida en la LO 1/1996, el sistema jurídico español incluye una diversidad de preceptos en los más diversos textos legales que prevén la audiencia del menor para situaciones concretas¹⁴⁶⁹:

1) Así lo hace, por ejemplo, el CC, el cual refiere a la audiencia del menor en sus artículos 92.6, en relación con la guarda y custodia, 154.III y 159 en relación con la patria potestad, 177.3.3. respecto de la adopción, 231 en relación con la tutela o 173 respecto del acogimiento.

2) Como la LEC, artículos 770.I.4, 777.5 ó 778 quinquies.8, o

3) El artículo 18.2.4.I y II de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria¹⁴⁷⁰.

De todas ellas se deriva la trascendencia de una audiencia que no es obligatoria para la autoridad que conoce de la disputa, sino que deberá ser evaluada por ella atendiendo a las circunstancias del caso y a la madurez y edad del menor. Una realidad amparada por el TC en su Sentencia 163/2009, de 29 de junio de 2009¹⁴⁷¹ al señalar que *“los órganos judiciales deducen que la audiencia al menor no se concibe ya con carácter esencial, siendo así que el conocimiento del parecer del menor puede sustanciarse a través de determinadas personas (art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996) y sólo resultará obligado cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial, o*

¹⁴⁶⁹ En profundidad sobre el derecho de audiencia del menor en el sistema jurídico español vid. AA.VV.: *La audiencia del menor en los procesos de Familia*, Sepín, Madrid, 2019; ABEL LLUCH, X.: “La audiencia del menor de edad en los procesos de familia”, en PICÓ I JUNOY, J., ABEL LLUCH, X. y DE MIRANDA VÁZQUEZ, C. (Dirs.): *Problemática actual de los procesos de familia. Especial atención a la prueba*, J.B. Bosch Editors, Barcelona, 2018, pp. 303-344; MARÍN LÓPEZ, M. J.: “Tutela judicial efectiva y audiencia del menor en los procesos judiciales que le afecten”, *Derecho Privado y Constitución*, n.º 19, 2005, pp. 165-223; RODA y RODA, D.: *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad. El derecho del menor a ser oído*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

¹⁴⁷⁰ BOE de 3.7.2015.

¹⁴⁷¹ ECLI:ES:TC:2009:163.

*del propio menor (art. 92.6 CC). Esta argumentación no puede entenderse que incurra en irrazonabilidad, error patente o arbitrariedad, únicas circunstancias que determinarían la lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)*¹⁴⁷².

Sin restarle importancia al conjunto de textos mencionados, lo cierto es que en muchas ocasiones quedan reducidos a textos programáticos cuya praxis presenta notables altibajos y diferencias prácticas. En demasiadas ocasiones realidad práctica dista de asegurar los estándares internacionales impuestos en materia del derecho del menor a ser escuchado. En muchos casos y en muchos lugares, los menores no son escuchados en procedimientos que les afectan¹⁴⁷³. Esta realidad se ve acrecentada en el contexto de los procedimientos transfronterizos, en los que la complejidad añadida del elemento extranjero complica, en mayor medida, que en la práctica se dé al menor afectado la posibilidad de ser escuchado. Y ocurre, también, en el entorno europeo.

2. La audiencia del menor en el Reglamento Bruselas II bis

Todos los textos internacionales mencionados en los que se recoge el derecho a la audiencia del menor como derecho humano son aplicables en el contexto de los procedimientos en materia de responsabilidad parental que entran dentro del ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas II bis, tal y como explicita el ya mencionado Considerando 33 del texto reglamentario que: *“el presente Reglamento reconoce los derechos fundamentales y observa los principios consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Concretamente, pretende garantizar el respeto de los derechos fundamentales del menor enunciados en el artículo 24 de dicha Carta”*.

De hecho, el mismo texto de Bruselas II bis admite la importancia de la audiencia del menor en los procedimientos en materia de responsabilidad parental en el Considerando 19 del Reglamento, aunque recordando que el Reglamento no tiene por objeto *“modificar los procedimientos nacionales aplicables en la materia”*. En este sentido, y específicamente en relación con la audiencia, el Considerando 20 del mismo texto reglamentario también

¹⁴⁷² F.J. 5. En este mismo sentido, vid. STC 22/2008, de 31.1.2008, ECLI:ES:TC:2008:22, F.J.7.

¹⁴⁷³ Vid. por todos, DEFENSOR DEL PUEBLO: “Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor. Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia”, Madrid, 2014, p. 17 y ss. Disponible en <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2014-05-Estudio-sobre-la-escucha-y-el-interes-superior-del-menor.pdf>, último acceso el 31.12.2020.

hace referencia a la posibilidad de emplear los procedimientos del Reglamento (CE) n.º 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 mercantil¹⁴⁷⁴.

2.1 Las claves del modelo recogido en el Reglamento Bruselas II bis en relación con la audiencia del menor

Más allá de los Considerandos citados, el Reglamento Bruselas II bis contiene escasas – y esporádicas- referencias en su articulado a la audiencia del menor como derecho fundamental de éste. Es decir, el Reglamento 2201/2003 carece de una regulación o referencia genérica al derecho de los menores a ser escuchados en los procedimientos que entran dentro de su ámbito de aplicación material. Frente a ello, se limita a recoger ciertas referencias puntuales a la audiencia. En concreto, se trataría de las siguientes:

1) La primera norma que menciona la audiencia del menor es el artículo 11 del Reglamento Bruselas II bis, relativo al procedimiento de retorno del menor tras un supuesto de sustracción internacional de menores. El artículo 11.2 del citado texto, en el contexto de la aplicación de las excepciones de los artículos 12 y 13 del Convenio de La Haya de 1980, hace referencia a la necesidad de velar por que se dé al menor la posibilidad de audiencia en este tipo de procedimientos, a menos que no se considere conveniente debido a su edad o madurez.

De esta manera, el Reglamento Bruselas II bis refuerza la audiencia del menor respecto a lo previsto en el Convenio de La Haya de 1980, al incorporar una referencia expresa a la posibilidad de audiencia del menor, que no aparece en el Convenio de 1980. El texto convencional se limita a configurar la oposición firme del menor como excepción al retorno; excepción, recordemos, potestativa para la autoridad que esté conociendo del retorno. Por ello, en el Convenio la opinión del menor es importante pero no determinante. En la lógica convencional, el menor debe tener voz, pero no veto¹⁴⁷⁵. Desde esta óptica, por

¹⁴⁷⁴ DO L 174, de 27.6.2001.

¹⁴⁷⁵ UBERTAZZI, B.: “The hearing of the child in the Brussels IIa...”, *cit.*, p. 582.

tanto, el Reglamento Bruselas II bis es más garantista que el texto convencional en cuanto a la protección de los derechos del menor.

2) La segunda referencia a la audiencia del menor sí se refiere, con carácter genérico, a todas las resoluciones judiciales en materia de responsabilidad parental del Reglamento Bruselas II bis. Concretamente, la falta de audiencia del menor desempeña la función de causa de denegación al reconocimiento y a la ejecución de las resoluciones en materia de responsabilidad parental, siempre que el menor tuviera edad y madurez suficientes y no fuera un caso de urgencia. En este sentido, el artículo 23 b) del Reglamento señala que se podrá denegar el reconocimiento de una resolución en materia de responsabilidad parental si “*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*”¹⁴⁷⁶.

Sin embargo, la audiencia del menor como causa de denegación queda reducida a aquellos supuestos en los que se hayan vulnerado principios fundamentales del procedimiento del Estado miembro requerido. En última instancia, este control del respeto del derecho a la audiencia del menor parece estar focalizado más en la protección del proceso nacional de cada Estado miembro que en la protección del menor¹⁴⁷⁷. Quizá, asumiendo el mandato del Considerando 33 del Reglamento, sería más adecuada una referencia a si efectivamente se ha violado el derecho de la audiencia del menor contenido en la CDFUE. Esta referencia ayudaría a conseguir un similar estándar de protección del derecho de audiencia del menor en todos los Estados miembros de la UE. Asimismo, facilitaría ir homogenizando, paulatinamente, las potenciales divergencias existentes entre las legislaciones de los Estados miembros¹⁴⁷⁸.

3) En tercer y último lugar, la audiencia del menor actúa también en el modelo del Reglamento Bruselas II bis como un prerequisite para la eliminación del *exequatur* de las resoluciones pertenecientes al régimen privilegiado. Es decir, de las resoluciones en materia de derechos de visita y las resoluciones de retorno del artículo 11.8 del Reglamento Bruselas

¹⁴⁷⁶ Vid. *supra* Cap. Segundo, ap. I. 1.1 “El régimen general previsto en el Reglamento Bruselas II bis para las resoluciones en materia de responsabilidad parental”.

¹⁴⁷⁷ KRUGER, T. y SAMYN, L.: “Brussels II bis: successes and suggested...”, *cit.*, p. 157.

¹⁴⁷⁸ *Ibidem*.

II bis¹⁴⁷⁹. Esto se debe a que la audiencia actúa como condición para la emisión de los certificados, tanto del artículo 41 – derechos de visita- del artículo 42 – resoluciones de retorno- del Reglamento Bruselas II bis. De tal manera que tal emisión no será factible sin la audiencia del menor, ni tan siquiera por razones de urgencia, a diferencia del artículo 23 del Reglamento.

En concreto, los certificados previstos en los artículos 41 y 42 del texto reglamentario exigen al Juez del Estado miembro de origen que confirme que se ha dado al menor la oportunidad de audiencia. Sin embargo, una cosa es la teoría y otra la práctica, y a pesar de este tener taxativo sí que es cierto que la obligatoriedad de dar audiencia al menor es una cuestión subjetiva sujeta, en última instancia, a la interpretación de cada órgano jurisdiccional. Esto se evidencia por la multitud de supuestos en los que, a pesar de que efectivamente no se ha escuchado al menor, se certifica que sí se ha hecho. Lo que implica que, *de facto*, es posible eludir la audiencia del menor, así como el requisito establecido en el certificado, tal y como ocurrió en la sentencia del TJUE en el conocido asunto *Aguirre Zárraga*, de 2010¹⁴⁸⁰.

2.2 La interpretación de la exigencia de oír al menor por parte del TJUE

En este supuesto, el TJUE tuvo la oportunidad de interpretar el contenido del derecho de audiencia del menor en el marco del Reglamento Bruselas II bis. El supuesto planteado muestra a la perfección los problemas derivados de una divergente legislación entre los Estados miembros de la UE en materia del derecho de audiencia del menor.

El caso es un supuesto típico de sustracción internacional de menores, en el que una madre retiene ilícitamente a una menor cuya residencia habitual se encuentra en España. El Juez alemán, como consecuencia de un procedimiento de retorno solicitado de conformidad con el Convenio de La Haya de 1980, dicta una resolución de no retorno de la menor, basándose en su firme oposición a volver a España. Posteriormente, y en sentido contrario, el Juez español dicta una resolución de retorno certificada conforme a los artículos 11.8 y

¹⁴⁷⁹ FORCADA MIRANDA, J.: *Comentarios ...*, cit., p. 189.

¹⁴⁸⁰ Sobre la jurisprudencia del TJUE vid. Cap. Segundo, ap. I. 1.3.1 “La opción del TJUE en favor de la ortodoxia del modelo, y del consiguiente apoyo a la prevalencia del Estado miembro de origen” *supra*.

42 del Reglamento Bruselas II bis, indicando que la menor había tenido la oportunidad de ser escuchada.

La realidad, sin embargo, era otra. La audiencia de la menor no llegó a producirse, ya que, pese a la solicitud del Juez de escucharle, finalmente, no fue posible hacerlo, dado que la madre se negó a trasladar a la menor a España sin contar con la seguridad de la posterior autorización de salida del territorio español. De hecho, la madre planteó la opción de la videoconferencia, posibilidad que fue rechazada por el Juez español.

A pesar de que el Juez español consideró respetado el derecho de audiencia del menor, el Juez alemán interpuso una cuestión prejudicial ante el TJUE, consultando si debía ejecutar una resolución de retorno cuyo certificado contenía, según él, información manifiestamente inexacta. Y, por este motivo, planteó una posible denegación de la ejecución en base a una interpretación del Reglamento respetuosa con el artículo 24 de la CDFUE¹⁴⁸¹.

Por lo que respecta al respeto al derecho fundamental a la audiencia del menor, el TJUE recuerda que el Reglamento Bruselas II bis descansa sobre la premisa de que todos los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros honran la CDFUE¹⁴⁸². Y, por tanto, el artículo 42 del Reglamento debe ser interpretado de conformidad con el derecho del menor a ser oído que aparece recogido en el artículo 24 de la CDFUE¹⁴⁸³. El Reglamento Bruselas II bis, pues, aparece anclado en la premisa de que en todos los Estados miembros de la UE existe un nivel equivalente de protección de los derechos fundamentales, y para el caso concreto, del derecho fundamental de audiencia del menor.

Fruto de esta confianza mutua entre las Administraciones de Justicia de los Estados miembros, y partiendo del sistema de reparto de competencias establecido en el Reglamento para los casos de sustracción internacional de menores, el TJUE concluye que cualquier valoración sobre el respeto del derecho de audiencia del menor debe provenir, por tanto, del sistema judicial del Estado miembro que emite la resolución de retorno del artículo 11.8 del Reglamento Bruselas II bis. Por esta razón, se impide al Estado miembro requerido denegar el reconocimiento o la ejecución de las resoluciones privilegiadas en base a motivos de orden

¹⁴⁸¹ Asunto *Aguirre Zárraga*, párr. 42.

¹⁴⁸² *Ibíd.*, párr. 59.

¹⁴⁸³ *Ibíd.*, párr. 60.

público o de protección de los derechos fundamentales del menor¹⁴⁸⁴. Esta línea argumentativa se ha llegado a considerar como una respuesta por parte del TJUE desde una idea de confianza mutua “pro-europea”¹⁴⁸⁵.

Asentadas estas premisas, el Tribunal de Luxemburgo afirma que el artículo 24 de la CDFUE y el 42.2 del Reglamento Bruselas II bis “*no se refieren a la audiencia del menor en cuanto tal, sino a que el menor tenga la posibilidad de ser oído*”¹⁴⁸⁶. Y ello porque entiende que el derecho del menor a ser oído no constituye un derecho absoluto, sino que debe ser valorado en función del interés del menor en un caso concreto.

Así, “*ello implica que incumbe al Juez que haya de resolver sobre la restitución del menor apreciar la oportunidad de tal audiencia, en la medida en que los conflictos que hacen necesaria una decisión en cuanto a la atribución de la custodia de un menor a uno de los progenitores, y las correspondientes tensiones, constituyen situaciones en las que la audiencia del menor, por cuanto requiere, llegado el caso, su presencia física ante el Juez, puede resultar inapropiada, incluso perjudicial para la salud psíquica del menor, que a menudo se ve sometido a dichas tensiones y padece sus efectos dañinos. Así, aunque siga siendo un derecho del menor, la audiencia no puede constituir una obligación absoluta, sino que debe ser objeto de una apreciación en función de las exigencias ligadas al interés superior del menor en cada caso concreto, conforme al artículo 24, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales*”¹⁴⁸⁷.

Esta modulación del derecho, atendiendo a las circunstancias específicas de la situación objeto de valoración, conlleva, por ejemplo, que la satisfacción del derecho del menor a ser oído no supone la exigencia de que se realice, necesariamente, la audiencia del menor ante el Juez de origen, sino que implica “*poner a disposición de ese menor los procedimientos y condiciones legales que le permitan expresar libremente su opinión y que ésta sea considerada por el Juez*”¹⁴⁸⁸. Ahora bien, los preceptos señalados “*no obligan al Juez del Estado miembro de origen a oír en todos los casos al menor en el marco de una audiencia, dejando así cierto margen de apreciación a dicho Juez, no es menos cierto que,*

¹⁴⁸⁴ UBERTAZZI, B.: “The hearing of the child in the Brussels IIa...”, *cit.*, p. 588.

¹⁴⁸⁵ KRUGER, T.: “Brussels IIa Recast moving forward”, *cit.*, p. 5.

¹⁴⁸⁶ Asunto Aguirre Zárraga, párr. 62.

¹⁴⁸⁷ *Ibíd.*, párr. 64.

¹⁴⁸⁸ *Ibíd.*, párr. 65.

cuando éste decide oír al menor, estas disposiciones exigen que adopte, en función del interés superior del menor y habida cuenta de las circunstancias de cada caso concreto, todas las medidas apropiadas con vistas a tal audiencia, para respetar la eficacia de dichas disposiciones, ofreciendo al menor una posibilidad real y efectiva de expresarse”¹⁴⁸⁹.

El elemento relevante es la potencialidad de ser oído. El Juez, por ello, está obligado a adoptar todas las medidas para dar al menor la posibilidad real y efectiva de expresarse, teniendo en cuenta los medios procesales nacionales y los instrumentos de cooperación transfronteriza. En consecuencia con lo anterior, el Juez del Estado miembro origen solo deberá emitir el certificado del artículo 42 del Reglamento Bruselas II bis si en virtud del interés superior del menor en el caso concreto, se han cumplido tales exigencias¹⁴⁹⁰.

Con todo, y sin perjuicio de estas distintas normas del Reglamento que refieren al derecho del menor a ser oído, lo cierto es que el Reglamento Bruselas II bis no realiza un reconocimiento genérico de esta derecho, ni enfatiza de forma expresa, la importancia de promover y proteger el derecho fundamental de audiencia del menor para todos los asuntos en materia de responsabilidad parental, limitándose tan solo, como hemos visto, a realizar una referencia al mismo en los procedimientos en materia de sustracción internacional de menores.

Las escasas, y puntuales referencias a la audiencia del menor en el articulado del Reglamento Bruselas II bis evidencian que éste no fue uno de los objetivos prioritarios del legislador de la UE en la elaboración del texto reglamentario. De hecho, pareciera intuirse un cierto temor del legislador de la UE a incidir en la regulación de la materia, hasta el punto de que, sin dejar de reseñar la importancia de la audiencia del menor en la aplicación del Reglamento, el ya apuntado Considerando 19 del Reglamento Bruselas II bis explicita que el mismo no tiene por objeto modificar los procedimientos nacionales aplicables en la materia.

Toda esta situación condujo a numerosa doctrina a solicitar un mayor desarrollo del derecho fundamental del menor a ser oído, en general, para todos los procedimientos en materia de responsabilidad parental desarrollados en el marco del Reglamento Bruselas II

¹⁴⁸⁹ *Ibíd.*, párr. 66.

¹⁴⁹⁰ *Ibíd.*, párr. 68.

bis¹⁴⁹¹. Reivindicándose una mayor protección de los derechos de los menores por parte del sistema del Reglamento Bruselas II bis¹⁴⁹². Una exigencia necesaria que es plenamente acorde con el diagnóstico de la práctica del texto reglamentario.

2.3 Los problemas detectados en la práctica en la audiencia del menor en el marco del Reglamento Bruselas II bis

La audiencia del menor en los asuntos transfronterizos en los que es de aplicación el Reglamento Bruselas II bis ha encontrado importantes escollos en su puesta en práctica. Siendo las dos cuestiones que han suscitado mayores problemas, por un lado, los preocupantes datos en cuanto al verdadero desarrollo de la audiencia del menor en la práctica, y por otro, los problemas existentes debido a las profundas divergencias de las legislaciones nacionales de los Estados miembros en el desarrollo de la audiencia del menor – y, por tanto, la ausencia de una armonización mínima en la materia desde las instituciones de la UE-.

2.3.1 Las dudas sobre la virtualidad práctica de la audiencia del menor en los procedimientos que le afectan

A pesar del reconocimiento internacional y europeo del derecho del menor a ser oído, parece que no en todos los casos los menores están teniendo tal oportunidad. La práctica de la audiencia del menor en los distintos Estados miembros es ampliamente dispar y fragmentada. Incluso se ha sugerido que en algunos Estados miembros de la UE no se estaba dando posibilidad de audiencia al menor en procedimientos en materia de responsabilidad parental del Reglamento Bruselas II bis. Ciertos autores apuntan como una explicación de ello, entre otras, a la influencia de prácticas pasadas en ciertos Estados miembro, en los que se partía de la base de que los padres realizaban aquello que era mejor

¹⁴⁹¹ Entre otros vid. UBERTAZZI, B.: “The hearing of the child in the Brussels IIa...”, *cit.*, p. 589; KRUGER, T. y SAMYN, L.: “Brussels II bis: successes and suggested...”, *cit.*, p. 156; CARPANETO, L.: “Impact of the Best Interests of the Child on the Brussels II ter...”, *cit.*, p. 279.

¹⁴⁹² KRUGER, T. y SAMYN, L.: “Brussels II bis: successes and suggested...”, *cit.*, p. 156.

para el interés de sus hijos, y, además, que el menor debía ser protegido del hecho traumático de tener que posicionarse en favor de uno de los progenitores¹⁴⁹³.

Frente a esta antigua concepción, hoy en día se ha demostrado que no escuchar a los menores les daña más que hacerlo, y que, tener en cuenta sus opiniones no solo le empodera sino que también aporta credibilidad al procedimiento en su conjunto¹⁴⁹⁴. A todo ello se suma el hecho de facilitar al juzgador la tarea de verificar la realidad del supuesto de hecho, cometido particularmente complejo en procedimientos transfronterizos¹⁴⁹⁵.

Esta tendencia hacia una mayor consideración de los menores como sujetos de derechos, y, en consecuencia, de la necesidad de respetar su derecho fundamental a ser escuchados cuando cuentan con capacidad para conformar su propio juicio, se ha ido instaurando, paulatinamente, y con distinta intensidad, en las legislaciones de los Estados miembros de la UE. Impulsados por los textos internacionales en materia de protección de los derechos fundamentales del menor, principalmente, de los trabajos tanto del Comité de Derechos del Niño como del Consejo de Europa. No obstante, como decíamos, el grado de aceptación y, lo que es más lesivo y grave, de cumplimiento de este derecho no es homogéneo.

En el marco de este proceso, el Reglamento Bruselas II bis ha jugado y juega un papel importante que, sin embargo, genera una situación con notables claroscuros. El reconocimiento del derecho que realiza el Reglamento y la aceptación, aunque sea de forma parcial de la trascendencia de respetar este derecho fundamental del menor, se combina con una realidad caracterizada, tras evaluar en la práctica el grado de cumplimiento de la audiencia del menor en los procedimientos en materia de responsabilidad parental del Reglamento Bruselas II bis, por la detección de importantes debilidades en el ejercicio de este derecho.

Así, y focalizándonos en el muy relevante y clave supuesto de la sustracción internacional de menores, y pese a las previsiones del artículo 11 del Reglamento Bruselas II bis en relación con la audiencia del menor en los procedimientos de retorno del menor, y su refuerzo respecto al sistema del Convenio de La Haya de 1980, su sola mención no ha

¹⁴⁹³ UBERTAZZI, B.: “The hearing of the child in the Brussels IIa...”, *cit.*, p. 571.

¹⁴⁹⁴ *Ibidem*.

¹⁴⁹⁵ CARPANETO, L.: “Impact of the Best Interests of the Child on the Brussels II ter...”, *cit.*, p. 279.

resultado suficiente para garantizarla en el día a día. Aunque los datos no son uniformes, todos ellos ponen de manifiesto la complejidad de trasladar a la práctica un derecho dotado, como hemos visto, de un amplio reconocimiento en el plano comparado.

De esta suerte, ciertos estudios han demostrado que la práctica del derecho a ser oído en los procedimientos que le afecten muestra una realidad preocupante. Concretamente, el estudio “Conflicts of EU Courts on Child Abduction” elaborado por Beaumont, Walker y Holliday en 2016 en todos los Estados miembros de la UE concluye que en la mayoría casos, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros que conocen sobre un procedimiento de retorno del menor, bien en aplicación del Reglamento Bruselas II bis, bien en aplicación del Convenio de La Haya de 1980, no escuchan al menor¹⁴⁹⁶.

En este sentido, varias son las razones que se aportan como susceptibles de explicar este preocupante dato sobre la ausencia de la escucha del menor en los procedimientos de sustracción internacional de menores. Un primer factor, que la audiencia no sea adecuada por la edad y madurez del menor, no parece cuadrar, por sí solo, con los resultados recogidos. Más bien un segundo factor, la divergencia en las normas procesales nacionales, se identifica como el motivo por el cual los menores de menos de doce años no son escuchados en algunos Estados miembros. Sin embargo, este último dato no explicaría por qué no se está escuchando a menores de 15 años o más. Para ello, se recurre a otras circunstancias adicionales como la falta de recursos humanos y tecnológicos, o el impedimento del progenitor sustractor¹⁴⁹⁷.

Además, se reconoce adicionalmente que la audiencia del menor está sujeta a diversos elementos subjetivos, como pueden ser los mencionados datos de la edad y la madurez del menor, valorados por el órgano jurisdiccional; la forma de escuchar a los menores se desarrolla de conformidad con la legislación procesal nacional, teniendo en cuenta –recordemos– las divergencias normativas en la materia; la formación y trayectoria de la persona que escucha al menor, el ambiente en el que el menor es escuchado, o la disponibilidad de la adecuada tecnología para escuchar al menor.

¹⁴⁹⁶ En los casos analizados por el proyecto “Conflicts of EU Courts on Child Abduction” tan solo el 20% de los menores fueron escuchados. En este sentido vid. BEAUMONT, P., WALKER, L. y HOLLIDAY, J.: “Conflicts of EU Courts on Child Abduction...”, *cit.*, p. 32.

¹⁴⁹⁷ BEAUMONT, P., WALKER, L. y HOLLIDAY, J.: “Parental Responsibility...”, *cit.*, p. 5.

Todos estos factores coadyuvan a favorecer la presencia de desigualdades e incertidumbres relacionados con el ejercicio de este derecho en el marco de la UE¹⁴⁹⁸. Y manifiestan que, a pesar de la referencia a la audiencia del menor recogida en el Reglamento Bruselas II bis, en la práctica no se está respetando suficientemente este derecho. Proponiéndose como solución a esta situación, más que una actuación en el plano normativo modificando la referencia a este derecho, el articular y proporcionar los medios suficientes para el adecuado ejercicio del derecho del menor a ser oído, incidiéndose en la formación de los profesionales y en la creación de ambientes que perjudiquen lo menos posible al menor¹⁴⁹⁹.

Sin embargo, como decimos, de forma llamativa, los datos manejados no resultan ser uniformes. Otros estudios realizados también en relación específicamente con la realidad de la sustracción internacional de menores reflejan cifras diferentes, casi contradictorias con el anterior, puesto que muestran que el 68% de los menores son escuchados en procedimientos de sustracción internacional de menores¹⁵⁰⁰. Afirmándose, además, que en aquellas ocasiones en las que el órgano jurisdiccional decide escuchar al menor, su opinión es mayoritariamente tomada en cuenta para decidir sobre el interés superior del menor en el caso, o para evaluar la posibilidad de alegar una causa de denegación del retorno del menor. Sin embargo, y a pesar de lo anterior, se insiste en el hecho de que, en muchos casos, demasiados, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la Unión tienden a ser reacios a escuchar al menor o a confiar en sus opiniones en este tipo de procesos.

Este debate en torno a la realidad de la aplicación práctica del derecho a la audiencia del menor en aquellos procesos que lo involucran está igualmente abierto en España. También en nuestro país, ciertos supuestos planteados ante los Tribunales patrios que han acabado llegando a instancias internacionales han abierto el debate acerca de la adecuada protección del derecho de audiencia del menor en España y de la realidad de su práctica. Basta recordar, una vez más, la decisión de referencia del TJUE en la en esta materia: el

¹⁴⁹⁸ BEAUMONT, P., WALKER, L. y HOLLIDAY, J.: “Conflicts of EU Courts on Child Abduction...”, *cit.*, p. 25.

¹⁴⁹⁹ *Ibid.*, p. 32.

¹⁵⁰⁰ AA.VV.: “The Voice of the Child in International Child Abduction Proceedings in Europe. Work Stream Two: Case Law Results”, European Union, Brussels, 2019. Versión *on line* disponible en <https://repository.uantwerpen.be/desktop/irua>, último acceso el 27.4.2020, p. 11. Concretamente, el estudio señala que se escuchó al menor en el 68% de 207 casos, en los que el menor tenía entre 4 y 16 años.

asunto *Aguirre Zárraga*. Un supuesto el que, precisamente, el Estado miembro de origen cuyas prácticas se ponen en duda es España.

Esta situación también se evidencia en la STEDH de 11 de octubre de 2016, en el ya abordado asunto *Iglesias Casarrubios y Cantalapiedra Iglesias c/. España*, en la que el TEDH condena a España por vulneración del artículo 6.1 del CEDH, precisamente, por no dar audiencia a dos menores en un procedimiento de divorcio. Efectivamente, a pesar de las peticiones de la madre en el procedimiento de instancia, el Juez no dio audiencia a dos menores de 11 y 12 años, y sin la motivación de la falta de ésta. Como ya hemos apuntado, el TEDH señala que habiéndose formulado en tiempo y forma la petición de trámite de audiencia de las menores por parte de la demandante y no habiéndose producido tal audiencia, *“no aprecia ninguna razón que justifique que la opinión de la hija mayor de la demandante, una menor con una edad entonces de más de 12 años, no fuera recogida directamente por el Juzgado de Primera Instancia en el marco del procedimiento de divorcio, como lo exigía la Ley interna El TEDH no ve tampoco ninguna razón que justifique que el Juzgado de Primera Instancia no se pronunciara, en el marco de este mismo procedimiento, de manera motivada sobre la solicitud de la hija menor de ser oída por aquel, tal como se lo exigía la Ley. La denegación de oír por lo menos a la hija mayor, así como la ausencia de cualquier motivación para rechazar las pretensiones de las menores de ser oídas directamente por el Juez que debía resolver sobre el régimen de visitas de su padre (apartado 13 anterior), conduce al TEDH a concluir que se ha privado indebidamente a la Sra. Iglesias Casarrubios del derecho de que sus hijas sean oídas personalmente por el Juez, no obstante las disposiciones legales aplicables, sin que las jurisdicciones superiores que examinaron los recursos que aquella había interpuesto pusieran remedio a tal privación”*¹⁵⁰¹.

¹⁵⁰¹ Asunto *Iglesias Casarrubios*, párr. 42.

2.3.2 Las profundas divergencias en la legislación de los Estados miembros en materia de audiencia del menor como una de las causas de los problemas de su puesta en práctica

Como vemos, los datos manejados no son uniformes. Tampoco las interpretaciones de estos datos resultan unánimes. Sí que existe consenso, sin embargo, en considerar que uno de los grandes problemas de fondo que presenta la práctica de la audiencia del menor en el seno de la Unión Europea está directamente anclado en la importante divergencia de las legislaciones nacionales en la materia, tanto desde el punto de vista sustantivo como procesal, y en la ya apuntada ausencia de actuación armonizadora de la Unión en relación con ellas¹⁵⁰². Aun aceptándolo de base, cada Estado miembro regula de forma muy diferenciada el derecho de audiencia del menor, fijando distintos estándares en cuanto a la forma de llevar a cabo tal audiencia, o, incluso, en relación a la relevancia misma que tiene la audiencia del menor en el proceso. Estas evidentes diferencias no fueron superadas por el Reglamento Bruselas II bis, instrumento que no contiene medidas armonizadoras en la materia.

La ausencia de armonización sustantiva en un aspecto tan relevante para los procesos en materia de responsabilidad parental contrasta con los ambiciosos niveles de armonización alcanzados en el terreno del reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras, sobre todo del régimen privilegiado para las resoluciones en materia de derechos de visita y retorno del menor.

Las variaciones regulatorias presentes en los distintos Estados miembros son notables y diversas, y afectan a múltiples aspectos del procedimiento de audiencia del menor. Podemos así citar, entre otras:

1) En primer lugar, ni siquiera existe unanimidad en cuanto a la propia obligatoriedad de la audiencia del menor. Así, aunque la audiencia del menor es mayoritariamente obligatoria – así lo han establecido 18 Estados miembros de la Unión-, no todas las legislaciones nacionales incluyen este mandato. Además, aún entre aquellos Estados miembros en los que sí es obligatorio escuchar al menor, difieren las consecuencias otorgadas a la ausencia de tal audiencia. Así, en algunos Estados no escuchar al menor puede

¹⁵⁰² Por todos, vid. las conclusiones del informe COMISIÓN EUROPEA: “Study on the assessment of Regulation (EC) No 2201/2003...”, *cit.*, p. 48.

constituir un error procesal que dé lugar a un posible recurso contra la resolución judicial. En cambio, en otros Estados miembros no hay consecuencias específicas por la falta de audiencia del menor, aunque escuchar al menor sea en principio obligatorio¹⁵⁰³.

2) Una segunda cuestión relevante son los requisitos para decidir sobre si el menor debe ser o no escuchado que, normalmente, son la edad y/o la madurez de aquel. Ahora bien, no hay una homogeneidad respecto a si debe haber una edad mínima establecida por ley para escuchar al menor, y en su caso, cuál debería ser ésta. En este sentido, en algunos países hay una edad mínima a partir de la cual es obligatorio escuchar al menor, 12 en España¹⁵⁰⁴, esta edad suele situarse entre los 10 y los 15 años. A pesar de este límite en la edad, no se impide que se escuche a menores por debajo de tal franja si se considera que son suficientemente maduros¹⁵⁰⁵.

3) Otra manifestación evidente de la diversidad de la legislación de los Estados miembros en la materia es la importante cuestión de la representación legal del menor ante los Tribunales. En todos los Estados miembros los titulares de la responsabilidad parental ostentan la representación del menor. Además, en la mayoría de Estados miembros es posible designar una persona externa en caso de potencial conflicto con los titulares de la responsabilidad parental. Es en este punto en el que difieren las respuestas, concretamente en torno a la figura de defensor judicial o “*guardian ad litem*” y las funciones que desempeña¹⁵⁰⁶.

4) A mayor abundamiento, también hay múltiples prácticas en el desarrollo efectivo de la audiencia del menor. Prácticas que suscitan, entre otras, cuestiones relativas a si la audiencia del menor es realizada de oficio o a instancia de parte; los métodos y medios con los que cuenta el órgano jurisdiccional para escuchar al menor; el hecho de si el Juez debe escuchar directa y personalmente al menor, si lo debe hacer ayudado por expertos, o si lo deben hacer directamente los expertos en la materia como un trabajador social o un psicólogo; las formas de representación del menor; la posibilidad de nombrar un defensor judicial; qué tipo de formación deben recibir los profesionales que interactúan con el menor;

¹⁵⁰³ Estos datos han sido extraídos de COMISIÓN EUROPEA: “Study on the assessment of Regulation (EC) No 2201/2003...”, *cit.*, p. 48.

¹⁵⁰⁴ Vid. art. 9.1 de la LO 1/1996.

¹⁵⁰⁵ COMISIÓN EUROPEA: “Study on the assessment of Regulation (EC) No 2201/2003...”, *cit.*, p. 48.

¹⁵⁰⁶ *Ibid.*, p. 54.

el derecho del menor a ser informado sobre el asunto y sobre las consecuencias de la audiencia; el espacio en el que se va a escuchar al menor; los materiales adaptados a menores para que entiendan adecuadamente la situación; el peso que debe verse atribuida la opinión del menor; la posibilidad o no de grabación del menor; o la posición de las partes en la audiencia del menor, entre otras¹⁵⁰⁷. Cuestiones que, en muchas ocasiones, se ven reproducidas en el interior mismo de los distintos Estados: España constituye un ejemplo al respecto¹⁵⁰⁸.

La ausencia de armonización de las normas procesales en materia del derecho de audiencia del menor genera como resultado directo la existencia de distintos estándares en la aplicación de este derecho en la Unión¹⁵⁰⁹. Con la consecuencia adicional de que estos diferentes estándares pueden afectar, directamente, al principio de confianza mutua entre las Administraciones de justicia de los Estados miembros¹⁵¹⁰. Hasta el punto de que se ha constatado una conexión entre las diferentes prácticas en relación con la audiencia del menor y las potenciales denegaciones del reconocimiento o la ejecución de resoluciones en materia de responsabilidad parental en los distintos Estados miembros de la Unión¹⁵¹¹.

Esta realidad se vio claramente reflejada en el tantas veces mencionado asunto *Aguirre Zárraga*, en el que el Juez alemán entendió que sus estándares respecto al derecho fundamental a la audiencia del menor no habían sido alcanzados, mientras que el Juez español consideró que sí lo habían sido de acuerdo con la normativa española, confirmando que sí se le había ofrecido a la menor la oportunidad efectiva de ser escuchada en el proceso. Concluyendo el TJUE, en una decisión que prima la ortodoxia del enfoque de sistema a la

¹⁵⁰⁷ Para una comparación entre las divergentes legislaciones procesales nacionales en la materia vid. UBERTAZZI, B.: “The Child’s Right to Be Heard in the Brussels System”, *European Papers*, v. 2, n.º 1, 2017, pp. 64 y ss.

¹⁵⁰⁸ Vid., por todos, PARRA LUCÁN, M.A.: “El principio del interés del menor en la jurisprudencia”, en PICÓ I JUNOY, J., ABEL LLUCH, X. y DE MIRANDA VÁZQUEZ, C. (Dirs.): *Problemática actual ...*, cit., pp. 34-44.

¹⁵⁰⁹ La divergencia de las legislaciones nacionales en materia del derecho de audiencia del menor es señalada por el conjunto de la doctrina. Entre otros vid. UBERTAZZI, B.: “The hearing of the child in the Brussels IIa...”, cit., p. 589; ESPINOSA CALABUIG, R.: *Custodia y visita de menores...*, cit., pp. 190 y ss.; BEAUMONT, P., WALKER, L. y HOLLIDAY, J.: “Parental Responsibility...”, cit., p. 5.

¹⁵¹⁰ Así se concluye en el Informe de la Comisión Europea sobre el Reglamento Bruselas II bis: “Based on the study team’s assessment, the following main findings result from the evidence collected: On the basis of significantly varying rules on the hearing of the child, many practitioners do not trust that other Member States’ rules take into account the interests of the child to a sufficient extent in all cases. This has led to reservations and refusals of the recognition and enforcement of judgments”. COMISIÓN EUROPEA: “Study on the assessment of Regulation (EC) No 2201/2003...”, cit., p. 47.

¹⁵¹¹ *Ibid.*, pp. 52-53.

situación planteada en contra de una eventual opción heterodoxa focalizada en la salvaguarda del menor y de sus intereses, que correspondía tan solo al Juez español – Juez de origen- valorar la vulneración o no del derecho fundamental a la audiencia del menor. Este asunto sirve como ejemplo paradigmático de la cautela respecto a la audiencia del menor en los distintos Estados miembros, entre cuyas legislaciones no existe un consenso respecto a su alcance¹⁵¹².

Pero no solo son los Tribunales extranjeros los que ponen en duda la validez de las soluciones adoptadas por los Tribunales españoles. Esta misma situación se refleja en la práctica española respecto de resoluciones provenientes de otros Estados de la Unión. La STS 469/2018, Sala de lo Civil, de 19 de julio de 2018¹⁵¹³ constituye un ejemplo paradigmático de ello. En esta ocasión ha sido el TS español el que ha conocido de un supuesto en el que se solicitaba la denegación del reconocimiento y ejecución de una sentencia extranjera –húngara- en España en base al artículo 23 b) del Reglamento Bruselas II bis, por no haber dado audiencia del menor¹⁵¹⁴.

Los hechos responden a un supuesto de sustracción internacional de una menor con residencia habitual en Hungría, y que es trasladada ilícitamente por la madre cuidadora a España. El padre solicita la restitución de la menor en Hungría, emitiendo el Tribunal húngaro una resolución ordenando el retorno de la menor. El padre solicitó el reconocimiento y la ejecución de esta resolución en España por la vía de la modalidad general establecida en el Reglamento Bruselas II bis, esto es, solicitando el *exequátur* de la resolución.

Frente a esta solicitud, el Tribunal de Primera Instancia español deniega el reconocimiento de la resolución basándose en la falta de audiencia de la menor, sin haber realizado ningún intento a tal efecto. Sin embargo, el TS concluye que “*aunque la hija común no haya sido oída por el órgano jurisdiccional húngaro, ello no viola ningún principio esencial del Derecho procesal español, como Estado miembro requerido. La resolución ejecutiva del Tribunal Húngaro designa Hungría como lugar de residencia habitual de la*

¹⁵¹² RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “La refundición...”, *cit.*, p. 155.

¹⁵¹³ ECLI:ES:TS:2018:2832.

¹⁵¹⁴ Para una valoración en profundidad de esta sentencia vid. OTAEGUI AIZPURÚA, I.: “La alegación de la falta de audiencia de una menor como causa de denegación del reconocimiento y ejecución de una orden de retorno: comentario a la STS 469/2018, Sala de lo Civil, de 19 de julio de 2018”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 36, 2018, pp. 31-36.

hija y se dicta en un procedimiento que dio lugar a un pronunciamiento de urgencia derivado del traslado irregular de la menor por la madre a España, teniendo en ese momento la niña 9 años de edad, lo que conforme al Reglamento y a nuestro derecho, no es obligatorio (art. 159 del Código Civil)” ¹⁵¹⁵.

A continuación, el TS realiza una muy pertinente interpretación sobre la finalidad del Reglamento Bruselas II bis, al señalar que: *“el Reglamento no 2201/2003 tiene como objetivo, en aras del interés superior del menor, permitir al órgano jurisdiccional más próximo a este y como tal el que mejor conoce su situación y el estado de su desarrollo, tomar las decisiones necesarias, nótese, como recuerda la sentencia recurrida, que la eventual suficiencia de juicio de la menor o la consideración de la urgencia, ni siquiera se ha invocado en el caso por la parte opuesta al reconocimiento y ejecución de la resolución del Tribunal de Hungría como violación de los principios fundamentales del procedimiento en España y que la interpretación que merecen los motivos de no reconocimiento debe ser restrictiva, como corolario lógico de que el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales dictadas en un Estado miembro deben basarse en el principio de confianza mutua, y los motivos del no reconocimiento deben limitarse al mínimo necesario (Considerando 21 del Reglamento 2201/03)”* ¹⁵¹⁶.

La decisión es significativa de la tormentosa práctica del Reglamento en este punto y del impacto que la ausencia de una efectiva audiencia del menor puede llegar a tener en su funcionamiento. Si bien en esta ocasión el TS no entendió vulnerados los principios esenciales de nuestras normas procesales, lo cierto es que refleja de forma plena la problemática susceptible de generarse en la realidad práctica de la circulación de resoluciones en materia de responsabilidad parental en el territorio de la UE.

La realidad, en suma, ha puesto en evidencia las limitaciones del Reglamento Bruselas II bis en esta materia y el impacto sobre su funcionamiento, precisamente, debido a su silencio respecto al ejercicio del derecho a la audiencia del menor. La regulación vigente no parece fomentar una adecuada confianza entre los Estados miembros en relación con este punto, llegando a impactar en el ámbito del reconocimiento y ejecución de resoluciones

¹⁵¹⁵ F.J. Segundo, párr. 3.

¹⁵¹⁶ *Ibidem*.

judiciales y en el funcionamiento del modelo del Reglamento, y en última instancia, en la propia salvaguarda del interés superior del menor.

Ante los problemas expuestos, y como solución a ellos, algunos autores entienden que la audiencia del menor debería ser objeto de una interpretación autónoma como concepto propio del Derecho de la UE, de tal suerte que sea uniformemente entendido por todos los Estados miembros. En favor de ello se presentaría el hecho de que la audiencia del menor en el marco de la interpretación del Reglamento Bruselas II bis exige ser interpretada, ya en la actualidad, de conformidad con las disposiciones internacionales que contienen el derecho de audiencia del menor, particularmente, del Convenio de Derechos del Niño y de la CDFUE. En este sentido, una norma del Reglamento que no hace referencia expresa a la legislación de los Estados miembros debería ser aproximada autónomamente de conformidad con el Derecho de la UE¹⁵¹⁷.

El debate es complejo e intenso. Y la Comisión Europea, ya se ha avanzado, era consciente de todos los problemas que acompañan al Reglamento Bruselas II bis y su práctica en este punto. La propia Comisión identificó las dificultades existentes en la práctica en relación con la audiencia del menor debido a la presencia de normas divergentes en la materia en los distintos Estados miembros. En tal sentido, en la Propuesta de la Comisión de 2016 se detalla cómo *“surgen dificultades por el hecho de que los Estados miembros disponen de normas divergentes que regulan la audiencia del menor. En particular, las normas actuales animan a los Estados miembros con normas más estrictas en lo que respecta a la audiencia del menor que el Estado miembro de origen de la resolución a denegar el reconocimiento y exequatur si la audiencia del menor no cumple sus propios requisitos”*¹⁵¹⁸. Y, como seguidamente veremos, abogó por revisar la situación existente en este punto.

¹⁵¹⁷ UBERTAZZI, B.: “The hearing of the child in the Brussels IIa...”, *cit.*, p. 589.

¹⁵¹⁸ COMISIÓN EUROPEA: “Propuesta...”, *cit.*, p. 5.

3. El reforzamiento de la audiencia del menor en el Reglamento Bruselas II ter: ¿un punto y aparte?

Todo lo dicho hasta el momento justifica que la voluntad de reforzar y mejorar la virtualidad del derecho de audiencia del menor haya constituido uno de los objetivos paradigmáticos del nuevo Reglamento Bruselas II ter. De hecho, la Propuesta de la Comisión de 2016 identifica el derecho de audiencia del menor como una de las seis deficiencias principales en el funcionamiento práctico del Reglamento Bruselas II bis¹⁵¹⁹.

En efecto, la Comisión hace referencia tanto al problema relativo a la divergencia entre las legislaciones de los Estados miembros como al hecho de que la importancia de escuchar a los menores no viene resaltada con suficiente relevancia en el Reglamento Bruselas II bis con carácter global para todos los supuestos en materia de responsabilidad parental. Ello afecta directamente al funcionamiento del modelo del Reglamento además de suponer un peligro para la satisfacción del principio del interés superior del menor si llegase a dictarse una resolución que le afecte sin haber procedido a escucharle¹⁵²⁰.

Precisamente, la identificación de esta problemática será la que conduzca al legislador de la UE a reforzar el derecho de la audiencia del menor, tanto de forma genérica para los procedimientos en materia de responsabilidad parental, como de forma específica para los procedimientos de restitución de menores. El compromiso del legislador de la UE por una mayor protección de los derechos de los menores es evidente, tal y como se patentiza en el tenor del Considerando 39 del Reglamento Bruselas II ter: *“tanto los procedimientos en materia de responsabilidad parental en virtud del presente Reglamento como los procedimientos de restitución en virtud del Convenio de La Haya de 1980 deben, como principio fundamental, dar a los menores que sean objeto de los procedimientos y tengan capacidad para formarse su propio juicio, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la posibilidad real y efectiva de expresar su opinión y a la hora de valorar el interés superior del menor, debe tenerse debidamente en cuenta dicha opinión. La posibilidad de que el menor exprese su opinión libremente, conforme al artículo 24, apartado 1, de la Carta y a la luz del artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas*

¹⁵¹⁹ *Ibidem.*

¹⁵²⁰ *Ibidem.*

sobre los Derechos del Niño, desempeña un papel importante en la aplicación del presente Reglamento”.

Una apuesta, insistimos, que presenta tres dimensiones interconectadas. Por un lado, y frente a lo que hacía el Reglamento 2201/2003, el legislador europeo deja ahora nítida la importancia de la audiencia del menor, citando los textos internacionales aplicables en la materia. Junto a ello, además, y en la búsqueda de soluciones flexibles y adaptables al caso concreto, se combinan reglas genéricas para todo tipo de procesos de responsabilidad parental, con el diseño de otras específicamente referidas a la sustracción internacional de menores y que aproximamos seguidamente.

3.1 La audiencia del menor en los procedimientos de responsabilidad parental

El Reglamento Bruselas II ter introduce un precepto relativo al derecho de audiencia del menor, con carácter genérico para todos los procedimientos en materia de responsabilidad parental, situado en la Sección 3^a- *Disposiciones comunes*- del Capítulo II, relativo a la competencia judicial internacional. Como respuesta a las apuntadas deficiencias en el funcionamiento del modelo, el nuevo artículo 21 del Reglamento Bruselas II ter, rubricado “*derecho del menor a expresar sus opiniones*”, explicita que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, en el ejercicio de su competencia en virtud del Reglamento, y de conformidad con la legislación y los procedimientos nacionales, otorgarán a los menores la oportunidad de audiencia. En concreto, el mencionado artículo explicita que éstos: “*darán a los menores que tengan capacidad para formarse sus propios juicios la posibilidad real y efectiva de expresar libremente sus opiniones, bien directamente bien a través de un representante o un organismo apropiado*”¹⁵²¹.

Como corolario de lo anterior, el legislador de la UE añade la obligación que acompaña a los órganos jurisdiccionales competentes en virtud del Reglamento de prestar “*la debida importancia a las opiniones del menor de acuerdo con su edad y madurez*”, una vez más, siempre de conformidad con la legislación y procedimiento nacional¹⁵²².

¹⁵²¹ Art. 21.1 del Reglamento Bruselas II bis.

¹⁵²² Art. 21.2 del Reglamento Bruselas II bis.

En línea con la filosofía que imbuye al artículo 24 de la CDFUE, el nuevo artículo 21 del Reglamento Bruselas II ter refleja dos planos diferenciados en relación con la audiencia del menor y su exigibilidad. Así, ciertamente, se recoge la obligación de dar la palabra al menor, pero ésta se diferencia de la consideración que el Juez debe darles a dichas opiniones. Por un lado, se establece en qué ocasiones debe darse al menor la posibilidad de ser oído (cuando esté en condiciones de formarse un juicio propio y expresar sus propias opiniones). Y, por otro, se regula una obligación dirigida al Juez sobre qué importancia debe atribuirle éste a la opinión de un menor (el criterio será en este caso su edad y madurez) que, recordemos, será oído, precisamente, porque cuenta con la capacidad para conformar un juicio propio sobre la situación.

En consecuencia, los órganos jurisdiccionales deberán asumir y ser conscientes de ambas realidades. Si lo hacen, tal y como explicita la explicación de la Propuesta de la Comisión de 2016, caso de solicitarse dotar de eficacia extraterritorial a la resolución en materia de responsabilidad parental dictada en un Estado de la Unión, en otro Estado miembro, no cabrá denegar su reconocimiento y eventual ejecución por el mero hecho de que la audiencia del menor se haya realizado de manera distinta a la legislación del Estado miembro en el que se pretenda su ejecución¹⁵²³.

El texto de la Propuesta de la Comisión de 2016 era muy similar al finalmente recogido en el nuevo Reglamento, excepto por la referencia a la legislación nacional de los Estados miembros, que no aparecía en el texto originario del precepto en la Propuesta. Aunque, significativamente, sí lo hacía en varias ocasiones, tanto en la explicación de la Propuesta como en los Considerandos.

En el trámite parlamentario del Reglamento, el Parlamento Europeo procedió a enmendar, considerablemente, el precepto relativo a la audiencia del menor, buscando introducir, fundamentalmente, mayores garantías en el procedimiento de audiencia. En primer lugar, procedió a incorporar la referencia a la legislación nacional de los Estados miembros. Además, el Parlamento Europeo añadió en el entonces artículo 20 de la Propuesta de la Comisión de 2016 dos párrafos relativos, respectivamente, al procedimiento de audiencia del menor, y a cómo y por quién debe desarrollarse:

¹⁵²³ Vid. COMISIÓN EUROPEA: “Propuesta...”, *cit.*, p. 16.

“La audiencia de un menor que ejerza su derecho a expresar sus puntos de vista será efectuada por un Juez o por un experto con una formación específica de conformidad con las disposiciones nacionales, libre de cualquier presión, en particular parental, en un entorno apropiado para menores y adecuado a su edad, tanto en términos del lenguaje como del contenido, y proporcionará todas las garantías que permitan preservar la integridad emocional y el interés superior del menor.

*La audiencia del menor no se realizará en presencia de las partes implicadas en el proceso o de sus representantes legales, sino que será grabada y añadida a la documentación para que las partes y sus representantes legales puedan tener la oportunidad de consultar la grabación de la audiencia”*¹⁵²⁴.

Por último, también la referencia a la necesidad de prestar la debida importancia a las opiniones del menor, teniendo en cuenta su interés superior, fue objeto de adición por parte del Parlamento¹⁵²⁵.

El ya apuntado Considerando 39 del Reglamento Bruselas II ter resalta el papel fundamental de la audiencia del menor, y la necesidad de que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros sean diligentes en el respeto de este derecho fundamental del menor. En este sentido, el legislador de la UE insiste en que, a pesar de que el artículo 24 de la CDFUE no obliga al órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen a oír al menor en todos los casos, dotándole de cierto margen de apreciación sobre la necesidad de proceder en este sentido, en los casos en que se decide escuchar al menor, se deben adoptar todas las medidas necesarias para ejercer este derecho con garantías. Así, se señala que *“cuando este decide oír al menor, debe adoptar, atendiendo al interés superior del menor y en función de las circunstancias de cada caso, todas las medidas apropiadas para organizar tal audiencia de modo que quede asegurada la eficacia de las mencionadas disposiciones, ofreciendo al menor una posibilidad real y efectiva de expresar su opinión. El órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen debe utilizar, en la medida de lo posible, y siempre teniendo en cuenta el interés superior del menor, todos los medios que pone a su disposición el Derecho*

¹⁵²⁴ PARLAMENTO EUROPEO: “Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta...”, *cit.*, enmienda 44.

¹⁵²⁵ *Ibidem.*

*nacional, además de los instrumentos propios de la cooperación judicial internacional, incluidos, si ha lugar, los previstos por el Reglamento (CE) n. 1206/2001 del Consejo*¹⁵²⁶.

En línea con ello, y en un intento de facilitar la viabilidad y la práctica de la audiencia, el Considerando 53 del Reglamento Bruselas II ter alude, igualmente, a la posibilidad de recurrir a la videoconferencia u otro medio tecnológico cuando no sea posible oír a una parte o a la persona del menor.

La relevancia del instituto de la audiencia del menor no solo se refuerza mediante la incardinación en el Reglamento Bruselas II ter del artículo 21, ubicado en el sector de competencia, sino que, atendiendo a la compleja realidad del Reglamento 2201/2003, también se toma en consideración en el sector de reconocimiento y ejecución de las resoluciones en materia de responsabilidad parental. Concretamente, se incide en la exigencia de asegurar al máximo la virtualidad de la oportuna audiencia del menor en todo el sistema de certificados en materia de responsabilidad parental.

Tanto el certificado relativo a las resoluciones en materia de responsabilidad parental¹⁵²⁷ como el certificado relativo a los documentos públicos en materia de responsabilidad parental¹⁵²⁸ exigen que se haya garantizado la auténtica y efectiva posibilidad al menor de ser escuchado, de conformidad con el artículo 21 del nuevo texto reglamentario. De tal forma que el órgano jurisdiccional competente deberá indicar en el certificado si “*se ha dado al menor o menores capaces de formarse su propio juicio, (...) la posibilidad real y efectiva de expresar su opinión de conformidad con el artículo 21 del Reglamento*”. Con esta redacción se reitera el carácter obligatorio –y no potestativo– de la audiencia del menor y su conversión en una pieza clave del engranaje reglamentario en relación con el reconocimiento y ejecución de las resoluciones en materia de responsabilidad parental. Es más, el formulario, en caso de una respuesta negativa a la petición de audiencia del menor, exige que se den los motivos por los que no se ha escuchado al menor.

De esta suerte, la introducción de la obligación de que se dé al menor la oportunidad de expresar sus opiniones ha sido acogida positivamente¹⁵²⁹, al acercar las soluciones del

¹⁵²⁶ Considerando 39 del Reglamento Bruselas II ter.

¹⁵²⁷ Anexo III del Reglamento Bruselas II ter.

¹⁵²⁸ Anexo IX del Reglamento Bruselas II ter.

¹⁵²⁹ BORRÁS RODRÍGUEZ, A.: “Bruselas II, Bruselas II bis, Bruselas II ter...”, *cit.*, p. 4; RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “La refundición...”, *cit.*, pp. 155-156; GANDÍA SELLENS, M. A.: “La responsabilidad

Reglamento Bruselas II ter a las exigencias del Comité de Derechos del Niño manifestadas en la Observación General nº 12¹⁵³⁰. Con esta alusión genérica se refuerza este derecho fundamental del menor, y se recuerda que dar a los menores la oportunidad de ser escuchados en todos los procedimientos de responsabilidad parental que entran dentro del ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas II ter constituye una obligación para los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, en aquellas ocasiones en que aquellos puedan formarse un juicio propio. En este sentido, esta referencia genérica al derecho de audiencia del menor podría servir para acelerar el necesario cambio de mentalidad en algunos Estados miembros, en los que se sigue dudando sobre la conveniencia y utilidad de la audiencia del menor en todos los procedimientos que le afecten¹⁵³¹.

Sin embargo, y a pesar de las nuevas soluciones recogidas en el Reglamento, se siguen mostrando ciertas dudas sobre la finalidad última de la opción planteada, amén de diversas reticencias sobre la realidad futura de un funcionamiento efectivo en la práctica. Un sector se muestra preocupado por la pervivencia de las divergencias entre las legislaciones nacionales, tanto procesales como sustantivas, entendiendo el refuerzo de la audiencia del menor más como una medida armonizadora para forzar la confianza mutua, que como una medida en favor del interés superior del menor¹⁵³². Otros sectores dudan de que, con la redacción abstracta del artículo 21 del nuevo Reglamento, se consiga modificar la tendencia de no facilitar o llevar a cabo en la práctica la escucha a los menores en los procesos sobre responsabilidad parental que les afectan¹⁵³³. En este sentido, el refuerzo del derecho de audiencia del menor en el Reglamento Bruselas II ter solo podrá tener efectividad si se toma como una “llamada al orden o toque de atención a los Estados por parte del legislador de la UE”¹⁵³⁴. En esta línea, tan solo se conseguirá un verdadero cambio en la práctica si el

parental...”, *cit.*, pp. 808 y 809; BEAUMONT, P., WALKER, L. y HOLLIDAY, J.: “Parental Responsibility...”, *cit.*, p. 6; GEDIP (SUBGRUPO NACIONALIDAD): “Comments ...”, *cit.*, párr. 26; HONORATI, C.: “La proposta ...”, *cit.*, p. 11; CARPANETO, L.: “La ricerca di una (nuova) sintesi tra interesse superior del ...”, *cit.*, p. 969; CARPANETO, L.: “Impact of the Best Interests of the Child on the Brussels II ter...”, *cit.*, p. 279.

¹⁵³⁰ En este sentido vid. COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO: “Observación General n.º 12...”, *cit.*

¹⁵³¹ Así lo indica Honorati: “l’attuazione pratica e generalizza- ta di tale disposizione in Italia richiederà un cambio di mentalità e di ap- proccio nella magistratura italiana, poiché sono numerose ancora le voci che ritengono, e non solo per motivi pratici ma anche ideologici, che l’ascolto del minore sia una prassi doverosa e utile, ma solo con riguardo ai casi più problematici”. HONORATI, C.: “La proposta ...”, *cit.*, p. 11.

¹⁵³² Vid. RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “La refundición...”, *cit.*, p. 156.

¹⁵³³ Vid. GANDÍA SELLENS, M. A.: “La responsabilidad parental...”, *cit.*, p. 807.

¹⁵³⁴ FORCADA MIRANDA, J.: *Comentarios ...*, *cit.*, p. 191.

refuerzo de la audiencia del menor en el plano legislativo se acompaña de toda una serie de medidas de naturaleza diversa destinadas a asegurar su efectividad. Medidas plurales que abarcan desde la formación de los jueces a la mejora de la comunicación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros implicados, pasando por la paulatina homogeneización de los estándares del derecho del menor a ser oído en las legislaciones de los Estados miembros, y sin duda, de la concienciación de la importancia de escuchar al menor en los procedimientos que le afectan.

3.2 La exigencia de audiencia del menor, en particular, para las resoluciones en materia de sustracción internacional de menores

En contraste con la posición mantenida en el Reglamento Bruselas II bis, el nuevo Reglamento incorpora una apuesta decidida a favor de que el menor sea oído en los procesos que le afectan. Una apuesta que se plasma en la existencia de una solución genérica para todos los procesos en materia de responsabilidad parental, que acabamos de analizar. Y otra referida específicamente a los supuestos de sustracción de menores.

En relación con esta última, en el Capítulo III del Reglamento Bruselas II ter – dedicado exclusivamente a la sustracción internacional de menores – se vuelve a hacer referencia a la audiencia del menor con carácter específico para los procedimientos de restitución. En este sentido, el artículo 26 del nuevo Reglamento establece que el artículo 21 del mismo texto, recordemos, relativo al derecho del menor a expresar sus opiniones, será plenamente aplicable a los procedimientos de restitución con arreglo al Convenio de La Haya de 1980.

Si bien esta referencia expresa a la necesidad de audiencia del menor para los procedimientos de sustracción internacional de menores resulta de alguna manera reiterativa, ya que no era necesaria, puesto que el artículo 21 del Reglamento Bruselas II ter es genérico para todos los procedimientos en materia de responsabilidad parental. Lo cierto es que debe ser acogida positivamente, como una reiteración por parte del legislador de la ineludible necesidad de escuchar al menor, incluso en este tipo de procedimientos, caracterizados por su condición sumaria. Se trata, en suma, de una advertencia más; de una llamada adicional de atención para el operador práctico, frente a las apuntadas deficiencias evidenciadas en la práctica en relación con este derecho en el anterior texto reglamentario. Más aún, en unos

procedimientos que, por sus propias características, debido a su carácter habitualmente expeditivo y a la necesidad de resolver la situación suscitada en un breve periodo de tiempo, pueden acabar dificultando, aún en mayor medida, el ejercicio del derecho de audiencia del menor.

Además, y a pesar del hecho de reiterar el mandato del artículo 21 del nuevo texto reglamentario en relación con la audiencia del menor, el precepto parece ir más allá. Su lectura permite observar como el resultado final supone una mejora de la protección del derecho frente a la regulación del Reglamento Bruselas II bis por distintos motivos.

1) En primer lugar, se hace referencia al derecho de audiencia del menor en todo procedimiento en materia de sustracción internacional de menores, y no solo, como se recogía en el Reglamento Bruselas II bis, para los supuestos en los que se apliquen las excepciones de los artículos 12 y artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980. Con esta referencia genérica se altera la perspectiva, exigiendo que, como principio fundamental, en todo procedimiento de retorno se dé al menor la posibilidad de ser escuchado, salvaguardándose de esta suerte su cumplimiento.

2) En segundo lugar, el Reglamento Bruselas II ter mejora y corrige, significativamente, el sistema de certificados en cuanto al control del respeto del derecho de audiencia del menor. Para ello, el nuevo Reglamento prevé dos certificados diferenciados, uno para los procedimientos de retorno del menor de conformidad con el Convenio de La Haya de 1980 y otro para las resoluciones de retorno resultantes del mecanismo de prevalencia.

a) Por un lado, el certificado específico para las resoluciones de retorno dictadas de conformidad con el Convenio de La Haya de 1980¹⁵³⁵, recoge, en los mismos términos que el certificado genérico en materia de responsabilidad parental, la necesidad de certificar si se ha dado al menor una posibilidad real y efectiva de expresar sus opiniones.

b) Por otro lado, y de forma especialmente significativa, el certificado relativo a las resoluciones de retorno dictadas como resultado de la aplicación del mecanismo de prevalencia, introduce una importante matización respecto al derecho de audiencia del menor. Así, en las resoluciones resultantes del mecanismo de prevalencia, así como en

¹⁵³⁵ Anexo IV del Reglamento Bruselas II ter.

aquellas en materia de derechos de visita, se incrementa el control sobre el respeto del derecho de la audiencia del menor. Y ello, recordemos, debido a que estas materias continúan gozando de un régimen privilegiado de ejecución, en el que no se podrán alegar motivos de oposición al reconocimiento y a la ejecución; en particular, el motivo ligado al respeto del derecho de audiencia del menor.

En consecuencia, y para resolver los problemas detectados en la práctica en relación con el funcionamiento del régimen privilegiado, el legislador de la UE introduce un plus de exigencias para que pueda entrar en juego la aplicación del régimen de prevalencia. En estas ocasiones, tanto el certificado sobre resoluciones de retorno derivadas del mecanismo de prevalencia¹⁵³⁶ como el certificado en materia de derechos de visita¹⁵³⁷ requieren que al menor se le haya dado la oportunidad real y efectiva de expresar sus opiniones. Pero en este supuesto, la exigencia llega hasta el punto de que la emisión del certificado queda condicionada a la respuesta afirmativa de haber dado al menor la oportunidad real y efectiva de expresar sus opiniones. Puesto que, en caso contrario, esto es, si no se ha ofrecido al menor la oportunidad de expresar sus opiniones, el propio certificado remite, directamente, al certificado genérico para las resoluciones en materia de responsabilidad parental¹⁵³⁸, impidiendo, con ello, la aplicación del régimen privilegiado. Este control reforzado pretende evitar futuras situaciones como la planteada en el supuesto de hecho que dio lugar a la Sentencia en el asunto *Aguirre Zárraga*.

3.3 El debate sobre la pervivencia de la falta de audiencia del menor como causa de denegación al reconocimiento y ejecución de una resolución en materia de responsabilidad parental en el marco del Reglamento Bruselas II ter

Las diferentes prácticas en relación con la audiencia del menor, como se ha expuesto, han generado problemas en el sector del reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de responsabilidad parental, concretamente, por la denegación de ciertas resoluciones al amparo del artículo 23 b) del Reglamento Bruselas II bis.

¹⁵³⁶ Anexo VI del Reglamento Bruselas II ter.

¹⁵³⁷ Anexo V del Reglamento Bruselas II ter.

¹⁵³⁸ Anexo III del Reglamento Bruselas II ter.

Quizá por este motivo, la Comisión Europea, en la Propuesta de la Comisión de 2016, optó, de manera un tanto sorprendente, por eliminar la falta de audiencia del menor como causa de denegación del reconocimiento y ejecución en materia de responsabilidad parental¹⁵³⁹. Con estos cambios se pretendía reforzar el reconocimiento mutuo, aunque lo cierto es que la solución propuesta no parecía muy imaginativa en la resolución de los problemas acontecidos en la práctica, teniendo en cuenta que todos los Estados miembros ya tienen la obligación de escuchar a los menores de conformidad con la CDN¹⁵⁴⁰. Sin embargo, y a pesar de que la Propuesta de la Comisión de 2016 eliminaba este motivo de denegación, lo cierto es que alguna doctrina ya había señalado que la audiencia del menor, como derecho fundamental de éste, tenía cabida en el motivo de denegación relativo a la contrariedad con el orden público, y en este sentido, que el derecho de audiencia del menor estaba igualmente protegido en sede de reconocimiento y ejecución¹⁵⁴¹.

La propuesta de eliminación de la causa de denegación del reconocimiento y ejecución basada en la ausencia de audiencia del menor no fue favorablemente acogida en el proceso de negociación. Y, finalmente, y de forma acertada, en la versión del Reglamento Bruselas II ter sí se ha mantenido la falta de audiencia del menor como causa de denegación al reconocimiento y a la ejecución, en la misma línea que lo hacía el artículo 23 b) del Reglamento Bruselas II bis, aunque con un cambio de terminología. Así, el nuevo artículo 39.2 del texto de 2019 señala, en sintonía con el artículo 21 del mismo texto, que:

“Podrá denegarse el reconocimiento de una resolución en materia de responsabilidad parental si este se concedió sin que el menor capaz de formarse su propio juicio haya tenido la posibilidad de expresar su opinión de conformidad con el artículo 21, excepto en los casos en que:

- a) el procedimiento solo afectó a los bienes del menor y siempre que no se requiriera dar dicha oportunidad al menor, habida cuenta del objeto del procedimiento; o*
- b) existían motivos fundados habida cuenta, en particular, de la urgencia del asunto”.*

¹⁵³⁹ Vid., en este sentido, COMISIÓN EUROPEA: “Propuesta...”, *cit.*, art. 38.

¹⁵⁴⁰ FORCADA MIRANDA, J.: *Comentarios ...*, *cit.*, p. 189.

¹⁵⁴¹ Así lo apunta GANDÍA SELLENS, M. A.: “La responsabilidad parental...”, *cit.*, p. 806.

En la misma línea, pero en el marco del nuevo tratamiento que incorpora el legislador europeo respecto a los documentos públicos y a los acuerdos en materia de responsabilidad parental, el artículo 68.3 del citado texto prevé la posibilidad de denegar el reconocimiento o la ejecución de un documento público, o acuerdo en materia de responsabilidad parental, en el caso de que “*se hubiere registrado, sin haber dado al menor capaz de formarse sus propios juicios la posibilidad de expresar su opinión*”.

En relación con este punto, el Considerando 71 del texto de 2019 matiza que “*aunque la obligación de dar al menor la oportunidad de expresar su opinión con arreglo al presente Reglamento no debe aplicarse a los documentos públicos y los acuerdos, el derecho del menor a expresar su opinión sigue siendo de aplicación de conformidad con el artículo 24 de la Carta y a la luz del artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño conforme a su aplicación con arreglo a la legislación y el procedimiento nacionales. El hecho de que no se haya dado al menor la oportunidad de expresar su opinión no debe constituir automáticamente un motivo de denegación del reconocimiento y la ejecución de documentos públicos y acuerdos en materia de responsabilidad parental*”.

Como pone de manifiesto el mencionado Considerando 71 del Reglamento, el legislador europeo ha intentado encontrar un equilibrio entre la salvaguarda de la audiencia del menor, como derecho fundamental de éste, y el fomento y el impulso de la libre circulación de los documentos públicos y acuerdos en materia de responsabilidad parental.

Por último, el Reglamento Bruselas II ter mantiene la referencia de la audiencia del menor como requisito para la emisión del certificado de las resoluciones privilegiadas, actuando como un segundo control sobre el cumplimiento de este derecho. Concretamente, el artículo 47.3 b) del Reglamento Bruselas II ter señala que el órgano jurisdiccional que ha dictado una resolución en una de las materias privilegiadas únicamente expedirá el certificado si se cumple, entre otras, la condición de haber dado al menor la posibilidad de expresar su opinión de conformidad con el artículo 21 del Reglamento Bruselas II ter.

3.4 La cautela del legislador de la UE en la armonización de las normas en materia de la audiencia del menor

Pese al acertado énfasis en el derecho del menor a ser escuchado que realiza el Reglamento Bruselas II ter, con la incorporación de un precepto general que recoge tal obligación – y derecho del menor-, lo cierto es que no se ha abordado la cuestión de la falta de armonización de las normas procesales y materiales en la materia que, como se ha visto, han protagonizado importantes fricciones en la práctica. Y ello es significativo porque, de hecho, gran parte de los debates acontecidos a lo largo del proceso de refundición del Reglamento Bruselas II bis, en materia del derecho de audiencia del menor, se han centrado, principalmente, en torno a la cuestión de si se debe ir hacia una mayor armonización de las normas procesales y materiales nacionales en la materia¹⁵⁴². Y sobre el eventual grado de armonización que deberían tener, en su caso, las normas procesales nacionales en materia de audiencia del menor.

A pesar de que en la práctica esta divergencia ha demostrado causar importantes problemas en la aplicación del Reglamento, cuestión constantemente apuntada por la doctrina y reconocida, recordemos, por la propia Comisión, lo cierto es que los Estados miembros continúan siendo muy reacios a avanzar en la armonización en esta delicada materia. Esta tensión se ha reflejado de forma evidente durante el proceso de refundición del Reglamento Bruselas II bis.

En la explicación de la Propuesta de la Comisión de 2016 se aclaraba que la intención de la Propuesta en ningún caso era modificar las legislaciones nacionales en la materia, pero sí introducir la exigencia de un reconocimiento mutuo entre los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. En este sentido, la explicación de la Propuesta de la Comisión de 2016 apuntaba que, simplemente, se pasaba a contemplar explícitamente en el Reglamento “*la obligación de que se dé al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio la oportunidad de expresar sus opiniones*”. La cual, en definitiva, es común a todos los Estados miembros, puesto que todos han ratificado la CDN¹⁵⁴³. Esta idea se recoge, asimismo, en el Considerando 23 de la Propuesta de la Comisión de 2016, el cual añadía que se debe tener en cuenta la opinión del menor a la hora de evaluar su interés superior.

¹⁵⁴² Así lo señala FORCADA MIRANDA, J.: *Comentarios ...*, cit., p. 191.

¹⁵⁴³ Vid. COMISIÓN EUROPEA: “Propuesta...”, cit., p. 16.

El Parlamento Europeo aún clarificó más el carácter no armonizador de esta medida, enmendando el Considerando 23 con el siguiente texto: “*no obstante, este no tiene por objeto definir normas mínimas comunes relativas al procedimiento para oír al menor, que sigue estando sujeto a las disposiciones nacionales de los Estados miembros*”¹⁵⁴⁴. De ello se podría inferir como la armonización de la audiencia del menor es una cuestión delicada para Estados miembros.

Esta insistencia en clarificar el carácter no armonizador de la nueva legislación en materia de audiencia del menor ha quedado también reflejada en el texto final del nuevo Reglamento. El Considerando 39 del Reglamento Bruselas II ter, tras reconocer el derecho de audiencia del menor como principio fundamental del texto, aclara que “*la cuestión de quién ha de oír al menor y de la manera en que debe hacerlo no debe regularse en el presente Reglamento sino en la legislación nacional de cada Estado miembro. En consecuencia, el presente Reglamento no debe tener por objeto determinar si el menor debe ser oído por el Juez en persona o por un experto con una formación específica que informe seguidamente al órgano jurisdiccional, o si el menor debe ser oído en la sala de audiencia o en otro lugar, o por otros medios*”.

No obstante, y a pesar de no entrar a armonizar las normas procesales de los Estados miembros en la materia, el propio Considerando 57 del Reglamento Bruselas II ter sí que aclara que la decisión sobre el método adecuado para desarrollar la audiencia del menor corresponde al órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen. Y, consecuentemente, en el Estado miembro requerido “*no debe ser posible denegar el reconocimiento de una resolución por el único motivo de que el órgano jurisdiccional de origen utilizó para oír al menor un método diferente del que aplicaría un órgano jurisdiccional del Estado miembro de reconocimiento*”. Tampoco podrá denegarse la ejecución en base, exclusivamente, a la audiencia del menor cuando concurra una de las excepciones expresamente recogidas en el texto reglamentario, por ejemplo, la urgencia del procedimiento, siempre que haya sido adecuadamente motivada. El mensaje que trasciende es, por tanto, que la cuestión de cómo

¹⁵⁴⁴ PARLAMENTO EUROPEO: “Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta...”, *cit.*, enmienda 13.

se debe escuchar al menor debe dejarse a la discreción de las autoridades nacionales, pero no así la cuestión de si se debe escuchar al menor¹⁵⁴⁵.

Con estas indicaciones, el legislador de la UE intenta lograr un equilibrio entre una mayor protección y fomento del derecho de audiencia del menor con su decisión de no entrar a armonizar las legislaciones de los Estados miembros. Cuestión que sigue siendo altamente polémica. A pesar de que el refuerzo de la audiencia del menor con carácter genérico para todas las resoluciones en materia de responsabilidad parental acerca el texto a los estándares internacionales de la CDN y de la CDFUE, lo cierto es que estos estándares ya eran aplicables respecto del propio Reglamento Bruselas II bis. Y, precisamente, los problemas que han surgido en la práctica se debían, en gran parte, a los diferentes estándares que exigen los Estados miembros para el ejercicio de este derecho. Por tanto, cabe preguntarse si, en la futura práctica del nuevo Reglamento, se conseguirá superar los problemas generados en relación con el Reglamento Bruselas II bis¹⁵⁴⁶.

En vez de afrontar la problemática relativa a las profundas perspectivas, métodos y procedimientos existentes en los Estados miembros para dar cobertura al derecho de audiencia del menor, el legislador de la UE se limita a reafirmar que este derecho es de obligado cumplimiento en toda la UE. Además, procede a un claro reparto de competencias en la materia. De esta manera, corresponde, exclusivamente, al Estado miembro de origen velar por el cumplimiento del derecho de audiencia del menor, según los estándares de su legislación nacional. De tal forma que el Estado miembro requerido no puede controlar la presunta vulneración del derecho de audiencia del menor, y menos según sus estándares nacionales. Por este motivo, se ha llegado a señalar que “el legislador europeo necesita forzar la confianza mutua con una medida armonizadora que evite las tensiones que existen entre los Estados miembros a la hora de valorar este derecho del menor”¹⁵⁴⁷.

Se habla así de la triple, como mínimo, repercusión negativa que tiene esta falta de armonización: en la confianza entre las Administraciones de Justicia de los Estados miembros, en el régimen de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras del

¹⁵⁴⁵ BEAUMONT, P., WALKER, L. y HOLLIDAY, J.: “Parental Responsibility...”, *cit.*, p. 6.

¹⁵⁴⁶ Parte de la doctrina también está de acuerdo en afirmar que el nuevo Reglamento Bruselas II ter no resuelve los problemas surgidos en la práctica en relación al derecho de audiencia del menor, entre otros vid. UBERTAZZI, B.: “The hearing of the child in the Brussels IIa...”, *cit.*, p. 597; FORCADA MIRANDA, J.: *Comentarios ...*, *cit.*, p. 189.

¹⁵⁴⁷ RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “La refundición...”, *cit.*, p. 156.

Reglamento, y en el propio interés superior del menor¹⁵⁴⁸. Frente a esta deficiencia, no se puede afirmar tan fácilmente que el legislador de la UE haya conseguido dar una respuesta adecuada. El nuevo Reglamento sí facilita el principio de reconocimiento mutuo y la ejecución en materia de responsabilidad parental. Se introduce la obligación de reconocer y ejecutar las resoluciones judiciales de otros Estados miembros en materia de responsabilidad parental, y concretamente, se impide la denegación del reconocimiento o la ejecución por el mero hecho de la existencia normas materiales y procesales divergentes sobre el derecho del menor a ser escuchado. En consecuencia, el nuevo artículo 21 del Reglamento Bruselas II ter introduce una suerte de “*obligación implícita de reconocer mutuamente los distintos sistemas nacionales de audiencia del menor*”¹⁵⁴⁹. Sin embargo, se ha destacado, acertadamente, que el refuerzo del principio de reconocimiento mutuo puede no suponer una correlativa mejora en la creación de un clima de confianza entre Estados miembros o en una mejor protección del interés superior del menor¹⁵⁵⁰.

La confianza entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros no se puede imponer, sino que se debe merecer y fomentar. Mediante la simple introducción de requisitos formales comunes, como la certificación de que se ha dado al menor la posibilidad real de ser escuchado se puede pensar que se genera más confianza, aunque sea relativa, puesto que no se modifica el problema de fondo, esto es, la total discreción de cada Estado miembro en el proceso de audiencia del menor. Tampoco la protección del principio del interés superior del menor tiene por qué verse reforzada en este contexto¹⁵⁵¹.

Por el contrario, otro sector de la doctrina sí que considera que el nuevo Reglamento Bruselas II ter sea susceptible de tener un efecto positivo en el fomento de la confianza mutua entre Administraciones de Justicia. Efectivamente, la introducción de la obligación expresa a escuchar a los menores puede incentivar a que los derechos de los menores se tomen más seriamente en ciertos Estados miembros, y, a su vez, que los Estados miembros requeridos confíen en que se ha cumplido tal obligación¹⁵⁵².

¹⁵⁴⁸ UBERTAZZI, B.: “The Child’s Right to Be Heard...”, *cit.*, p. 71.

¹⁵⁴⁹ UBERTAZZI, B.: “The hearing of the child in the Brussels IIa...”, *cit.*, p. 598.

¹⁵⁵⁰ *Ibidem*.

¹⁵⁵¹ *Ibid.*, p. 599.

¹⁵⁵² KRUGER, T.: “Brussels IIa Recast moving forward”, *cit.*, p. 4.

Es cierto que hablar de una armonización completa de las normas procesales nacionales en materia de audiencia del menor resulta poco realista. Sin embargo, sí es necesario que los distintos Estados miembros reconozcan el contenido mínimo de este derecho para que las resoluciones en materia de responsabilidad parental puedan circular libremente entre Estados miembros, con un adecuado grado de confianza entre las Administraciones de Justicia de los Estados miembros. Quizá es lo que ha intentado recoger el legislador de la UE en la versión final del nuevo Reglamento. Aunque, tal vez, el texto final carece de una verdadera intención transformadora, limitándose a parchear el problema mediante el reconocimiento de un derecho que ya era de obligado cumplimiento por la CDFUE, así como por la ratificación de todos los Estados miembros del CDN.

CAPÍTULO CUARTO. LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES COMO GRAN PROTAGONISTA DE LAS MODIFICACIONES DEL REGLAMENTO BRUSELAS II TER: HACIA UNA MEJOR PROTECCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

La sustracción internacional de menores es un fenómeno que continúa afectando de manera creciente a las sociedades modernas. La revolución tecnológica especialmente reflejada en los cambios acaecidos en el mundo del transporte y que favorece la consolidación de un mundo globalizado y multicultural tiene un impacto directo en la configuración misma de la familia favoreciendo, como en otros muchos ámbitos de la sociedad actual, su internacionalidad. Las familias internacionales constituyen, así, una realidad en constante crecimiento. En este contexto, la sustracción internacional de menores es un fenómeno de permanente actualidad, que lejos de reducirse, continúa, y previsiblemente continuará, aumentando¹⁵⁵³.

En un contexto de creciente movilidad personal y familiar transfronteriza, las disputas familiares con un elemento transfronterizo aumentan. Uno de los conflictos más usuales en este ámbito refiere al traslado o retención ilícita de un menor en un Estado distinto al Estado de su previa residencia habitual -en adelante sustracción ilícita-. La ilicitud se caracteriza por la infracción de los derechos de custodia del otro progenitor; el gráficamente denominado progenitor que queda atrás, o *left-behind parent*. Estas conductas, que son contrarias a la ley, se consideran, además, altamente perjudiciales para el menor implicado, al igual que, obviamente, para el progenitor que ve vulnerados sus derechos de custodia¹⁵⁵⁴.

¹⁵⁵³ LOWE, N. y STEPHENS, V.: “Part I- A statistical analysis of applications made in 2015 under the Hague Convention of 25 October 1980 on the civil aspects of International Child Abduction- Global Report”, *The Seventh Meeting of the Special Commission on the Practical Operation of the 1980 Hague Child Abduction Convention and the 1996 Hague Child Protection Convention, HCCH*, octubre de 2017. Versión on line disponible en <https://assets.hcch.net/docs/d0b285f1-5f59-41a6-ad83-8b5cf7a784ce.pdf>, último acceso el 23.7.2020, p. 3. En este estudio se concluye que las solicitudes de restitución de menores en virtud del Convenio de La Haya de 1980 han incrementado un 3% desde el último estudio de 2008.

Incremento de los supuestos de sustracción internacional de menores en España: “la Autoridad Central española ha pasado de tramitar 36 solicitudes en el año 1998 a tramitar 242 en el año 2015”. FORCADA MIRANDA, J.: “Complejidad, carencias y necesidades de la sustracción...”, *cit.*, p. 701.

¹⁵⁵⁴ Se ha realizado un estudio sobre los efectos a largo plazo de la sustracción internacional de menores. En este sentido, vid. PARLAMENTO EUROPEO: “The Child Perspective in the Context of the 1980 Hague Convention”, *Policy Department for Citizens’ Rights and Constitutional Affairs Directorate-General for*

La idea base sobre la que se articula cualquier respuesta al fenómeno es que la sustracción internacional de menores debe desincentivarse. Distintas han sido las respuestas aportadas en diversos planos geográficos, dotadas en muchos casos de ámbitos materiales y enfoques diferenciados. Así, como forma de hacer frente a esta compleja realidad, recordemos, existente desde antiguo y que, como decimos, ha visto incrementada su trascendencia en los últimos tiempos, desde la Conferencia de La Haya de DIPr se buscó un instrumento de cooperación que desincentivara y diera una respuesta ante este tipo de fenómenos, concluyéndose en su día el Convenio de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

Por su parte, en el seno de la UE la sustracción internacional de menores adquiere una dimensión especial motivada, desde un punto de vista sociológico, por el favorecimiento a la realidad de las familias transfronterizas que supone la existencia de un entorno jurídico y económicamente integrado y, desde un punto de vista jurídico, por la interacción de normas de distinto origen y naturaleza en relación con esta cuestión. Se trata, por lo tanto, de una materia constantemente presente en los debates y estudios de la UE que cristalizó en su día en la decisión del legislador de la UE de introducir normas sobre la cuestión en el Reglamento Bruselas II bis. Normas que, significativamente, han sido objeto de amplio debate en el marco del proceso de refundición del Reglamento. En este sentido, la elaboración del Reglamento Bruselas II ter ha resaltado su consideración como uno de los ejemplos paradigmáticos de las tensiones que sufren las normas de DIPr en aquellos sectores temáticos que afectan a menores, y que exigen la sabia combinación de la ortodoxia sistémica con el diseño de soluciones que aseguren una adecuada aplicación e interpretación del principio del interés superior del menor en este difícil contexto.

I. EL COMPLEJO ESCENARIO NORMATIVO DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES EN LA UE: MARCO LEGAL TRIPARTITO

La respuesta jurídica frente a la sustracción internacional de menores en la UE es objetivamente compleja, y muestra un paisaje de pluralidad de fuentes legales que en este

Internal Policies, 2020. Versión *on line* disponible en [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2020/659819/IPOL_IDA\(2020\)659819_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2020/659819/IPOL_IDA(2020)659819_EN.pdf), último acceso el 28.12.2020.

ámbito resulta especialmente enrevesado. La respuesta aportada no se limita, así, al Reglamento Bruselas II bis, sino que, por la propia remisión de éste, la regulación de la sustracción internacional de menores en el texto reglamentario se asienta sobre el sistema del Convenio de La Haya de 1980.

En este sentido, el marco jurídico de la sustracción internacional de menores constituiría una clara manifestación del “overbooking de instrumentos legales” existentes en materia de protección internacional del menor al que refiere la doctrina¹⁵⁵⁵. Cada uno originado en un momento y situación diversa, con ámbitos de aplicación que no necesariamente resultan coincidentes ni responden a los mismos objetivos y que, en todo caso, generan al operador jurídico y al ciudadano un grado adicional de complejidad e inseguridad en una materia, como la presente, ya dotada de por sí de notables escollos. Este marco regulador es, a su vez, un reflejo, doble, de la tendencia creciente de creación de normas de DIPr en materia de persona y familia en el plano internacional¹⁵⁵⁶ y de una forma de legislar por parte del legislador de la UE que encontró su paroxismo en la referencia contenida en el artículo 15 del Reglamento 4/2009, 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, al Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, al que la UE dotó de vigencia antes de alcanzar el número de firmas requeridas por el propio Protocolo para su entrada en vigor.

El marco jurídico de la sustracción internacional de menores en la UE es, ciertamente, un marco poliédrico¹⁵⁵⁷. Desde la perspectiva del DIPr, el instrumento más eficaz en la lucha contra la sustracción internacional de menores es el Convenio de La Haya de 1980. Sin embargo, este Convenio internacional no opera aisladamente, sino que posee una relación de complementariedad con otros instrumentos internacionales. Esta interrelación se acentúa en las sustracciones internacionales producidas de un Estado miembro de la UE a otro. En estos casos, es de aplicación el Reglamento Bruselas II bis, y

¹⁵⁵⁵ CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho Internacional Privado*, cit., p. 491.

¹⁵⁵⁶ Vid. ARENAS GARCÍA, R.: “Principios reguladores del sistema actual de competencia judicial internacional en materia de persona y familia”, en GUZMÁN ZAPATER, M. y ESPLUGUES MOTA, C (directores): *Persona y familia ...*, cit., p. 22.

¹⁵⁵⁷ REIG FABADO, I.: “El traslado ilícito de menores ...”, cit., p. 613.

pronto el Reglamento Bruselas II ter, que cuenta con sus normas específicas en materia de sustracción internacional de menores. No obstante, lejos de dejar sin aplicación el mecanismo de retorno previsto en el Convenio de La Haya de 1980, el Reglamento Bruselas II bis –y, ahora, el Bruselas II ter- opta por remitirse a este texto, pero, a su vez introduciendo ciertas modificaciones.

El carácter plural de la realidad normativa que embebe a esta materia se ve acentuado por el hecho de que a estos dos instrumentos internacionales se suma el Convenio de La Haya de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, y la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños. Un texto que, aunque no tiene una incidencia directa para los supuestos de sustracción internacional de menores, sí juega un papel importante como instrumento complementario.

Adicionalmente, en la materia hay otros instrumentos internacionales que, sin embargo, tras la promulgación del Convenio de La Haya de 1980, han quedado relegados a un segundo plano. Principalmente, éste ha sido el caso del Convenio europeo de Luxemburgo de 1980, relativo al reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de custodia de menores, así como el establecimiento de dicha custodia, que cuenta con 37 ratificaciones en 2021, y de la que son parte los 27 Estados miembros de la Unión.

1. El exitoso sistema del Convenio de La Haya de 1980: el retorno del menor como manifestación del interés superior del menor

En el plano mundial, el Convenio más exitoso en materia de sustracción internacional de menores, ya lo hemos avanzado, ha sido y es el Convenio de La Haya de 1980, convenio sectorial elaborado por La Conferencia de La Haya de DIPr que, tras cuarenta años cumplidos desde su aprobación, cuenta en 2020 con más de 100 Estados contratantes¹⁵⁵⁸.

El Convenio presenta como elemento definidor, que en su momento supuso, además, un elemento de notable ruptura frente a los textos anteriores de la Conferencia de

¹⁵⁵⁸ En 2020, el Convenio de La Haya de 1980 supera los 100 Estados contratantes. Vid. <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=24>, último acceso el 13.7.2020.

La Haya de DIPr de este tipo, el hecho de focalizarse en la cooperación entre autoridades, obviando la tradicional incidencia en las dimensiones tradicionales de la competencia judicial internacional, la ley aplicable y el reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras.

1.1 El retorno inmediato como manifestación del principio del interés superior del menor

El Convenio de La Haya de 1980 ha resultado ser ciertamente eficaz para resolver los supuestos de traslados o retenciones ilícitos entre los Estados contratantes. Como decimos, gran parte de su éxito reside en haber cambiado la tradicional perspectiva de los instrumentos de DIPR y, obviando elaborar un discurso de competencia judicial internacional o ley aplicable, focalizarse en la colaboración entre autoridades.

Los dos objetivos principales del Convenio de La Haya de 1980 son: en primer lugar, lograr el retorno del menor trasladado o retenido ilícitamente en otro Estado al de su residencia habitual con la máxima premura; y, en segundo lugar, velar por el cumplimiento efectivo de los derechos de custodia y visita establecidos según la legislación del Estado de origen del menor¹⁵⁵⁹. A pesar de la mención de los dos objetivos, el Convenio está claramente inclinado hacia el retorno del menor, pues en relación con los derechos de visita tan solo se formula el artículo 21 del texto convencional que permite presentar solicitudes en esta materia. Lo importante es asegurar que el menor volverá pronto. Este es el objetivo y todo debe adaptarse a su consecución.

El texto se concentra, por lo tanto, en el retorno del menor a su residencia habitual con carácter previo al traslado o retención ilícita, dejando para un momento posterior las eventuales consideraciones sobre el fondo, esto es, sobre los derechos de custodia del menor afectado. En coherencia con ello, el propio artículo 16 del Convenio de La Haya de 1980 contiene una norma de competencia judicial internacional negativa por la cual los Tribunales del Estado contratante al que ha sido trasladado o retenido ilícitamente el menor no podrán decidir sobre el fondo de los derechos de custodia (a no ser que se decida el no retorno del menor en virtud del Convenio o haya transcurrido un tiempo razonable).

¹⁵⁵⁹ Vid. art. 1 del Convenio La Haya de 1980.

En relación con esta idea, algunos autores hablan de un “convenio internacional de carácter fáctico”¹⁵⁶⁰ ya que, como hemos anticipado, no regula los sectores clásicos de DIPr. Sino que, en cambio, opta por un sistema de cooperación internacional entre autoridades, y una acción directa para el retorno inmediato del menor a su residencia habitual anterior al traslado ilícito. En otros términos, el Convenio no regula la cuestión de fondo (titularidad de la responsabilidad parental y de los derechos de guarda y visita) sino que persigue el retorno a la situación de hecho anterior al retorno del menor. Además, se centra en la cooperación judicial posterior al traslado o retención ilícito, sin prever un tratamiento preventivo del problema¹⁵⁶¹.

El Convenio de La Haya de 1980 incorpora una solución sencilla y lógica cuyo sentido solo se alcanza si el procedimiento de retorno del menor se resuelve en el simbólico plazo establecido en el propio texto convencional. En concreto, la obligación de garantizar el retorno inmediato del menor se articula a través de procedimientos nacionales de urgencia, instaurando un mecanismo de retorno a través de la cooperación entre autoridades centrales. Así, su funcionamiento se divide en dos fases: en primer lugar, una vía amistosa en la que se intenta conseguir la devolución voluntaria del menor a través de la cooperación entre autoridades centrales; y, en segundo lugar, si no se consigue el retorno voluntario o la parte decide acudir directamente a esta fase, una vía contenciosa a través de un procedimiento judicial en el Estado en el que el menor ha sido retenido o trasladado ilícitamente. Por todo ello, se infiere que la clave del éxito de este Convenio ha sido, precisamente, su simplicidad¹⁵⁶².

De esta suerte, el régimen contenido en el Convenio encuentra un delicado equilibrio entre algunos objetivos políticos y los derechos de los actores involucrados: “*the left behind custodian*” (el progenitor que se queda atrás), el progenitor sustractor, y por supuesto, el menor. En efecto, el Convenio, aunque tiene como objetivo desincentivar sustracciones ilícitas unilaterales, a su vez protege al menor individual. Por este motivo, la presunción en favor de las resoluciones de retorno no es absoluta, sino que viene

¹⁵⁶⁰ Vid. CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho Internacional Privado*, cit., p. 494; LAPIEDRA ALCAMÍ, R.: “La sustracción internacional de menores: el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980”, en LLORIA GARCÍA, P. (dir.): *Secuestro...*, cit., p. 194.

¹⁵⁶¹ Vid. REIG FABADO, I.: “El retorno inmediato del menor en la sustracción internacional de menores”, *Revista Boliviana de Derecho*, n.º 20, julio 2015, p. 247.

¹⁵⁶² FORCADA MIRANDA, J.: “Complejidad, carencias y necesidades de la sustracción...”, cit., p. 703.

acompañada por ciertas excepciones, limitadas, en las que se la da a la autoridad que está decidiendo sobre el retorno cierta discrecionalidad para devolver, o no, al menor ¹⁵⁶³.

Ahora bien, a pesar de este equilibrio, el principio subyacente a lo largo de todo el texto convencional, que sirve de fundamento para su elaboración, y que articula sus soluciones y debe acompañar a su práctica, es el interés superior del menor. A pesar de esta afirmación, lo cierto es que la parte dispositiva del texto convencional no hace una referencia expresa a este principio. No obstante, de este silencio no cabe deducir que el Convenio no tome en consideración dicho interés, ya que este principio viene destacado en el mismo preámbulo del Convenio. De hecho, se afirma que el Convenio de La Haya de 1980 opta por recoger una solución que se entiende como una de las manifestaciones más objetivas de lo que constituye el interés superior del menor. Siguiendo esta idea, se puede concluir que los dos objetivos del texto convencional –recordemos, lograr el retorno del menor trasladado o retenido ilícitamente en otro Estado al de su residencia habitual con la máxima premura y velar por el cumplimiento efectivo de los derechos de custodia y visita establecidos según la legislación del Estado de origen del menor- parten de una determinada concepción del principio del interés superior del menor. Y, a su vez, las excepciones se conciben como manifestaciones concretas de este principio¹⁵⁶⁴.

La idea que subyace en el texto convencional es, por tanto, que la autoridad que está conociendo del procedimiento de retorno no va a entrar a valorar el fondo del asunto, esto es, la decisión en materia de derechos de custodia y visita del menor. En virtud del Convenio tampoco es posible, por ende, realizar una valoración global sobre su interés superior¹⁵⁶⁵. Ello no impide una primera valoración de dicho interés, pero en relación exclusivamente con el traslado o retención ilícito. Aquí es donde entraría en juego el Convenio identificando con carácter general el interés superior del menor con el retorno inmediato del menor. Solo posteriormente, una vez decidido acerca de la restitución –o no– del menor, entraría una segunda valoración de su interés superior al decidir sobre los derechos de custodia –y que queda expresamente fuera del Convenio–¹⁵⁶⁶.

¹⁵⁶³ MCELEAVY, P.: “The new Child Abduction Regime in the European Union...”, *cit.*, p. 5.

¹⁵⁶⁴ PÉREZ VERA, E.: “Informe explicativo del Convenio...”, *cit.*, p. 6.

¹⁵⁶⁵ MOL, C. y KRUGER, T.: “International Child Abduction and the Best Interests of the Child: an Analysis of Judicial Reasoning in Two Jurisdictions”, *Journal of Private International Law*, v. 14, n.º 3, 2018, p. 427.

¹⁵⁶⁶ Vid. ESPINOSA CALABUIG, R.: *Custodia y visita de menores...*, *cit.*, p. 266.

1.2 El procedimiento de restitución del menor y las excepciones al retorno

El modelo de cooperación del Convenio ha sido muy celebrado desde el momento en su entrada en vigor, ya que, arrumbando el tradicional discurso de competencia judicial internacional, optó por diseñar un mecanismo de cooperación entre autoridades centrado en el retorno del menor al lugar de su residencia habitual anterior al traslado o retención ilícita.

A pesar de la prioridad de lograr el retorno del menor, el Convenio ofrece un cierto equilibrio entre este retorno como criterio general y aquellas situaciones concretas en las que el interés del menor puede recomendar el no retorno del mismo¹⁵⁶⁷. Así, flexibiliza el criterio de retorno y ofrece a la autoridad judicial del Estado contratante en el que se ha producido el traslado o retención ilícita una cierta discrecionalidad para decidir cuál es el interés superior del menor, y la mejor forma de satisfacerlo, en el caso concreto¹⁵⁶⁸.

De conformidad con la finalidad del Convenio de La Haya de 1980, el párrafo primero del artículo 12 del mismo texto prevé que, en caso de un traslado o retención ilícito, la autoridad competente del Estado contratante en el que se encuentra el menor deberá ordenar su restitución inmediata, siempre que haya transcurrido menos de un año desde que se produjo tal traslado o retención ilícita. A su vez, y como excepciones a dicho principio general, encontramos las previstas en los artículos 12, 13 y 20 del Convenio de La Haya de 1980:

1) Como primer motivo de no regreso del menor encontramos el párrafo segundo del artículo 12 del Convenio que señala que, en caso de haber transcurrido más de un año desde el traslado o retención ilícita en el momento de inicio del procedimiento, se ordenará la restitución del menor, salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio. Por tanto, si se prueba este extremo –una vez transcurrido el año desde el traslado o retención ilícito–, ya no se podrá ordenar el retorno, de forma automática. En el caso concreto será el Juez el que deba valorar qué entiende por integración del menor, al ser

¹⁵⁶⁷ Insiste en la importancia de interpretar las causas de restitución a la luz del interés superior del menor CHÉLIZ INGLÉS, M.C.: “El interés superior del niño en los supuestos de sustracción internacional de menores. Análisis jurisprudencial en el marco del Convenio de La Haya de 1980”, en SANZ CABALLERO, S. (dir.): *El interés superior del niño en la jurisprudencia internacional, comparada y española*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 344.

¹⁵⁶⁸ Vid. MCELEAVY, P.: “The new Child Abduction Regime in the European Union...”, *cit.*, p. 34.

un concepto jurídico indeterminado. También corresponderá al Juez interpretar el cómputo del transcurso de un año, cuestión que ha generado problemas interpretativos en la práctica¹⁵⁶⁹.

2) En segundo lugar, las excepciones del artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980 hacen alusión específicamente al menor y a su situación. La autoridad judicial competente podrá no ordenar el retorno cuando se pruebe que:

a) La persona o institución a cargo del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido, o éstas hubieran consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención¹⁵⁷⁰.

b) Existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable¹⁵⁷¹.

c) Cuando sea el propio menor quien se opone a su restitución, siempre que éste haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones¹⁵⁷².

3) Finalmente, el artículo 20 del Convenio de La Haya de 1980 permite la denegación del retorno del menor cuando la restitución no la permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales¹⁵⁷³.

Atendida la mencionada interacción entre el Convenio de 1980 y el Reglamento Bruselas II bis, cabe apuntar como el procedimiento de retorno del menor previsto en el Convenio de La Haya de 1980 es, sin duda, el área más modificada por el Reglamento Bruselas II bis, tanto en su desarrollo como en su posterior reconocimiento y ejecución¹⁵⁷⁴.

¹⁵⁶⁹ Vid. ESPINOSA CALABUIG, R.: *Custodia y visita de menores...*, cit., p. 272.

¹⁵⁷⁰ Art. 13 párr. 1º a) del Convenio de La Haya de 1980.

¹⁵⁷¹ Art. 13 párr. 1º b) del Convenio de La Haya de 1980.

¹⁵⁷² Art. 13 párr. 2º del Convenio de La Haya de 1980. La excepción de la oposición del menor al retorno requiere una particular sensibilidad para alcanzar un adecuado equilibrio entre el derecho individual del menor y el interés general de prevenir las sustracciones ilícitas. Algo que exige atender al caso concreto. BARUFFI, M.C.: "A child-friendly area of freedom ...", cit., p. 392.

¹⁵⁷³ Sobre la aplicación de esta excepción vid. HONORATI, C.: "Cross-Border parental Child Abduction in the EU: Is there Room for a Human Rights Exception?", en BERGAMINI, E. y RAGNI, C. (eds.): *Fundamental Rights...*, cit., pp. 243-264.

¹⁵⁷⁴ Vid. *infra* Cap. Cuarto, ap. I. 2 "La interacción entre el Convenio de La Haya de 1980 y el Reglamento Bruselas II bis: complementariedad y refuerzo del objetivo del retorno del menor".

1.3 Algunos nuevos retos para el Convenio de La Haya de 1980 en una sociedad cambiante

A pesar del balance positivo de este Convenio, después de haber cumplido cerca de cuarenta años de vigencia, el texto convencional ha afrontado ciertos problemas de interpretación y aplicación en determinadas áreas. En muchas ocasiones, en relación con cuestiones muy relacionadas con la evolución de la sociedad, así como del fenómeno mismo de la sustracción internacional de menores. En este sentido, uno de los principales retos del Convenio es principalmente, su adaptación a la evolución que ha sufrido la sustracción internacional de menores. Reflejo de esta realidad es, precisamente, el actual debate sobre la eventual extensión de la excepción del artículo 13.1.b) del Convenio de La Haya de 1980 para abarcar supuestos de violencia doméstica y familiar¹⁵⁷⁵.

El exitoso funcionamiento del Convenio de La Haya de 1980 no oculta la presencia de ciertos problemas y retos –tradicionales y modernos- en su aplicación práctica. La propia Conferencia de La Haya de DIPr ha detectado la existencia de algunos puntos de mejora en el texto convencional, aunque por el momento toda propuesta de elaboración de un Protocolo que actualice el texto convencional parece haber sido descartada¹⁵⁷⁶. Sin embargo, a través de otras acciones como, por ejemplo, grupos de trabajo, la Conferencia de La Haya de DIPr sí que ha detectado algunas cuestiones a mejorar en la operatividad práctica del Convenio. Algunos de ellos son: la aplicación del artículo 13.1.b) del Convenio de La Haya de 1980, el desarrollo de soluciones amigables a través de la mediación, la conciliación u otros mecanismos similares; la eficacia extraterritorial de acuerdos en disputas familiares internacionales sobre menores; la eficacia extraterritorial de órdenes civiles de protección; la reformulación de algunas de las definiciones autónomas, como las relativas a los derechos de custodia y visita o la residencia habitual; las comunicaciones judiciales directas entre jueces; o la regulación de la *relocation* internacional¹⁵⁷⁷. Veamos en mayor detalle los

¹⁵⁷⁵ En detalle sobre esta cuestión vid. REIG FABADO, I.: “El traslado ilícito de menores ...”, *cit.*, pp. 610-619.

¹⁵⁷⁶ FORCADA MIRANDA, J.: “Complejidad, carencias y necesidades de la sustracción...”, *cit.*, p. 705.

¹⁵⁷⁷ Estas cuestiones son enumeradas en *Ibid.*, pp. 705 y 706. Sobre la relación entre las *relocation disputes* y la sustracción internacional de menores vid., por todos, LAMONT, R.: “Free Movement of Persons, Child abduction and Relocation within the European Union”, *Journal of Social Welfare and Family Law*, v. 34, n.º 2, 2012, pp. 231-244.

problemas principales a los que se enfrenta la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 tras cuarenta años desde su aprobación¹⁵⁷⁸.

1.3.1 La necesidad de adaptación del Convenio de La Haya de 1980 a los cambios sociales

Desde 1980, momento de la elaboración del Convenio de La Haya de 1980, el mundo ha sufrido importantes cambios, también sociales. Tras cuatro décadas desde su aprobación, actualmente se viene denunciando una cierta falta de adaptación a las nuevas realidades sociales.

1) Efectivamente, en el momento de elaboración del Convenio de La Haya de 1980 el modelo de familia era ciertamente distinto al modelo actual. Frente a los parámetros familiares, el Convenio de La Haya de 1980 se elaboró en un contexto en el que el patrón familiar era, básicamente, matrimonial, heterosexual y patriarcal¹⁵⁷⁹. Consecuentemente, el Convenio estaba pensado para evitar que el menor fuera alejado de su entorno y del progenitor responsable de su cuidado -habitualmente la madre-, por parte del progenitor no cuidador- habitualmente el padre-¹⁵⁸⁰. Actualmente, los papeles de género han cambiado, y los dos progenitores participan activamente en la educación de los hijos e hijas, de tal forma que, frente al antiguo sistema de un solo cuidador primario, progresivamente se va instaurando una situación de cuidado compartido como regla general. Y, en todo caso, prima el derecho del menor a relacionarse con ambos progenitores, aunque se rompa la convivencia en el contexto de una relación transfronteriza.

2) Junto con lo anterior, a nivel mundial se ha impulsado un mayor reconocimiento de los derechos humanos de los menores y de sus progenitores¹⁵⁸¹. En el momento de

¹⁵⁷⁸ Para un balance global de esta evolución vid. BORRÁS, A.: “La sustracción internacional de menores: del Convenio ...”, *cit.*, pp. 160 y ss.

¹⁵⁷⁹ RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “La oposición al retorno...”, *cit.*, p. 4.

¹⁵⁸⁰ PARLAMENTO EUROPEO: “40 Years of The Hague Convention on Child Abduction: Legal and Societal Changes in the Rights of a Child”, *Policy Department for Citizens’ Rights and Constitutional Affairs Directorate-General for Internal Policies*, 2020. Versión *on line* disponible en [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2020/660559/IPOL_IDA\(2020\)660559_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2020/660559/IPOL_IDA(2020)660559_EN.pdf), último acceso el 28.12.2020, p. 7.

¹⁵⁸¹ SCHUZ, R.: “The Hague Child Abduction Convention in a Changing World”, en DOUGLAS, G., MURCH, M. y STEPHENS, V. (eds.): *International and National Perspectives on child and Family Law. Essays in Honour of Nigel Lowe*, Intersentia, Cambridge -Antwerp -Portland, 2018, p. 315.

elaboración del Convenio, el menor era considerado como un objeto de protección. Sin embargo, desde la aprobación de la CDN en 1989 se han promulgado y reivindicado los derechos de los menores y la importancia de su cumplimiento en todos los asuntos que le afecten. Este nuevo contexto normativo ha supuesto un cambio de paradigma, con el menor como sujeto de derechos. Simultáneamente, del modelo de protección de la familia en su conjunto se ha pasado al modelo de protección individual de cada miembro de la familia, asumiendo la existencia de relaciones poliédricas entre ellos¹⁵⁸². Todo ello ha llevado a centrar la mirada en el menor y en su interés superior, frente a la inicial respuesta del Convenio de La Haya de 1980 basada en una restitución automática como forma de protección de aquel¹⁵⁸³.

3) Otro factor influyente en el entendimiento de la sustracción internacional de menores es la creciente movilidad transfronteriza de personas. La globalización y el incremento de la movilidad de las personas ha supuesto que las familias internacionales dejen de ser una minoría. Mientras que en períodos anteriores la movilidad estaba ligada en gran parte a los trabajadores transfronterizos – que podían decidir en un momento dado retornar a su Estado de origen-, en la actualidad la realidad de las familias transfronterizas es compleja, plural y diversa, y no responde a un único patrón¹⁵⁸⁴.

4) Paralelamente, el Convenio de La Haya de 1980 ha continuado expandiéndose a nivel global, con un número creciente de Estados contratantes, entre ellos, Estados con sistemas legales, sociales y culturales muy diferentes a los veteranos Estados contratantes del Convenio, habitualmente democracias liberales y occidentales¹⁵⁸⁵. Ello incide directamente en la aplicación del texto convencional¹⁵⁸⁶. Las autoridades nacionales interpretan y aplican las nociones del texto convencional siguiendo sus pautas interpretativas, que pueden diferir sustancialmente, sobre todo, en la concreción de conceptos jurídicos indeterminados como el principio del interés superior del menor, la integración en el nuevo medio, el riesgo grave, o los mismos conceptos de residencia

¹⁵⁸² RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “La oposición al retorno...”, *cit.*, p. 5.

¹⁵⁸³ PARLAMENTO EUROPEO: “40 Years of The Hague Convention on Child Abduction...”, *cit.*, p. 19.

¹⁵⁸⁴ *Ibíd.*, p. 8.

¹⁵⁸⁵ SCHUZ, R.: “The Hague Child Abduction Convention in a Changing World”, *cit.*, p. 316.

¹⁵⁸⁶ Así, a título de ejemplo, en ciertas ocasiones este fenómeno está marcado por el conflicto de civilizaciones, en el caso de sociedades islámicas”. DIAGO DIAGO, P.: “Secuestro internacional de menores: marco jurídico”, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, n.º 7, 2001, p. 21.

habitual del menor y derechos de custodia. Este contexto social y familiar general ha tenido un impacto significativo en el fenómeno de la sustracción internacional de menores, y en el mecanismo de retorno preceptivo recogido en el Convenio de La Haya de 1980.

Estas novedosas normas sociales y tendencias han supuesto un cambio en las características del progenitor sustractor¹⁵⁸⁷. Efectivamente, el Convenio de La Haya de 1980 fue concebido pensando en el supuesto típico de sustracción internacional de menores de los años 80. En ese momento, el caso prototípico era aquel supuesto en que tras la ruptura de una pareja transfronteriza, el progenitor que había obtenido el derecho de visita – normalmente el padre- aprovechaba uno de esos períodos de visita para sustraer al menor y trasladarlo a otro país (o retenerlo en el país en el que se encontraba). Igualmente, se daba el caso de la sustracción previa a dicha ruptura por miedo a no obtener los derechos de custodia.

Una de las motivaciones principales de estas actuaciones ilícitas radicaría en el intento de obtener los derechos de custodia en el nuevo Estado, normalmente con el que el progenitor sustractor tenía mayores vínculos. En este contexto, el objetivo del texto convencional era proteger al menor de su separación de su cuidador primario, evitando a su vez los efectos perjudiciales de una repentina ruptura con su entorno familiar, cultural y lingüístico¹⁵⁸⁸. El objetivo a lograr en este entorno, cuando se ha producido una infracción del derecho de custodia -exclusivo- es asegurar el retorno a la residencia habitual del menor, y, además, con su cuidador principal – normalmente la madre-.

Sin embargo, la sociedad cambia y también lo ha hecho la familia y sus parámetros. Y así, seguramente de la mano de los cambios sociales apuntados, la tendencia actual se ha alterado significativamente afectando al supuesto tipo de sustracción. Las estadísticas y los estudios doctrinales reflejan que, hoy en día, alrededor del 70% de los casos de sustracción internacional de menores son llevados por el cuidador principal del menor, que ostenta derechos de custodia, normalmente la madre¹⁵⁸⁹. En este nuevo escenario, ordenar el retorno

¹⁵⁸⁷ SCHUZ, R.: “The Hague Child Abduction Convention in a Changing World”, *cit.*, p. 315.

¹⁵⁸⁸ PARLAMENTO EUROPEO: “40 Years of The Hague Convention on Child Abduction...”, *cit.*, p. 7.

¹⁵⁸⁹ LOWE, N. y STEPHENS, V.: “Part I- A statistical analysis of applications made in 2015...”, *cit.*, p. 3. En este estudio se concluye que, en las estadísticas de 2015, el 73% de los casos el progenitor sustractor fue la madre, y además, el 91% de ellas era la cuidadora primaria del menor; AA.VV.: “Cross-border parental child abduction in the European Union”, *Directorate General for internal policies. Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs*, Study for the LIBE Committee (elaborado por el Instituto Suizo de Derecho Comparado), 2015. Versión *on line* disponible en

automático del menor –sin consideraciones adicionales– supone, en la mayoría de los casos, separarlo de su cuidadora primaria. Viéndose afectada directamente la ecuación sobre la que se diseñó el Convenio de La Haya de 1980.

1.3.2 *La reivindicación de una mayor protección de los derechos de los menores*

Si bien el Convenio de La Haya de 1980 tiene como objeto primigenio proteger al menor, el mecanismo de retorno del Convenio de La Haya de 1980 también ha sido cuestionado desde el punto de vista de la protección de éste.

La sustracción internacional de menores genera muchas cuestiones desde el punto de vista de los derechos de los niños, niñas y adolescentes – como dijimos al inicio englobados en este estudio bajo el término de menor- recogidos en la CDN. El principal de estos derechos es el derecho a mantener un contacto estrecho con ambos progenitores recogido en el artículo 9 de la Convención, aunque también hay otros derechos potencialmente afectados como el derecho a la identidad cultural, el derecho a la educación, el derecho al mejor estándar de salud posible o el derecho a la libertad de asociación. Teniendo en cuenta que estos derechos son puestos en riesgo por un traslado no consensuado y abrupto de los menores a un lugar distinto al de su residencia habitual, no es de extrañar que el marco jurídico internacional en materia de sustracción internacional de menores guarde históricamente una relación muy próxima con los textos internacionales de protección de los derechos del menor, y en particular, la CDN¹⁵⁹⁰.

Recordemos que el Convenio de La Haya de 1980 no se refiere expresamente en su articulado al principio del interés superior del menor, seguramente porque en el momento de la elaboración esta terminología no estaba tan asentada. A pesar esto, se entiende que el Convenio sí recoge una determinada concepción de dicho principio, que se identifica en el retorno inmediato de éste al lugar de su residencia habitual. Esta regla general se identificaría con el interés superior del menor en abstracto, es decir, por aquello que se considera mejor

https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/510012/IPOL_STU%282015%29510012_EN.pdf, último acceso el 23.4.2020, pp. 18 y ss.

¹⁵⁹⁰ HOLLINGSWORTH, K. y STALFORD, H.: “Judging Parental Child Abduction: What Does it Mean to Adopt a Children’s Rights-Based Approach?”, en DOUGLAS, G., MURCH, M. y STEPHENS, V. (eds.): *International ...*, cit., p. 128.

para los menores en general. Asumiendo que, efectivamente, se entiende que, en términos generales, la sustracción ilícita es un acto perjudicial para el menor involucrado.

Ahora bien, las normas en materia de protección de menores siempre deben dejar un cierto margen de maniobra para la apreciación del interés superior de aquellos en el caso concreto, esto es, para que la autoridad competente pueda valorar qué es lo mejor para el menor involucrado en una situación específica. Pues bien, frente a esta dualidad del principio del interés superior del menor, se ha apuntado que, en ciertas ocasiones, el Convenio de La Haya de 1980 no proporciona un adecuado equilibrio entre ambos extremos. En particular, se ha llegado a cuestionar el excesivo automatismo del mecanismo de retorno inmediato del menor recogido en el Convenio de La Haya de 1980.

Otros autores también han detectado esa falta de apreciación de los derechos de los menores en la resolución de procedimiento de retorno por parte de las autoridades judiciales. Sin embargo, no se concluye que sea una disfunción del Convenio de La Haya de 1980, ni siquiera se señala que sea perjudicial para los derechos de los menores, simplemente se entiende que se debe a un enfoque distinto en cuanto a la forma de proteger los derechos de los menores.

Efectivamente, tal como hemos apuntado y responde al supuesto tipo al que se deseaba hacer frente en el momento de su elaboración, un proceso iniciado hace más de cuatro décadas, en los casos de sustracción internacional de menores se parte de un objetivo de política general, según el cual se busca un retorno inmediato del menor para evitar que el progenitor sustractor obtenga algún tipo de beneficio legal del traslado o retención ilícita del menor de su entorno habitual o de su cuidador primario, minimizando al máximo, por ende, el impacto del traslado sobre el menor, sobre su situación vital y sobre su desarrollo personal. Por tanto, si bien puede llegar a ser cierto que la expeditiva y rígida naturaleza de los procedimientos de retorno han sido objeto de crítica argumentando que pueden socavar los derechos de los menores, es también cierto que existen argumentos persuasivos para apoyar este mecanismo desde el punto de vista de tales derechos.

En conclusión, seguiría siendo válida la premisa de que, en la mayoría de los casos, devolver al menor en el menor tiempo posible es la forma más efectiva de minimizar algún trauma. Además, se entiende que el órgano jurisdiccional más próximo al menor es el mejor

situado para valorar en detalle sobre el fondo de la cuestión¹⁵⁹¹. En definitiva, ciertos sectores de la doctrina entienden que, dentro del marco jurídico existente en materia de sustracción internacional de menores, es posible responder a aquellas situaciones en las que haya riesgo para el menor, como las situaciones de violencia doméstica o de género, desde una visión más orientada a los derechos de los menores, por ejemplo, a través del derecho del menor a ser escuchado¹⁵⁹².

1.3.3 *Una nueva -y relevante- frontera: la alegación de violencia doméstica y/o de género como causa de no retorno del menor*

El cambio del contexto social viene acompañado del afloramiento de ciertos problemas que han existido desde antiguo pero que, en muchas ocasiones, han permanecido tradicionalmente ocultos. Así, a las nuevas pautas familiares y sociales hay que sumarle la progresiva concienciación existente en nuestras sociedades sobre la violencia doméstica y de género y su impacto en la familia y en la persona del menor.

Reflejo de ello es que uno de los debates actuales de mayor calado en materia de sustracción internacional de menores radique, precisamente, en cómo resolver adecuadamente los supuestos en los que se presentan alegaciones de violencia doméstica y familiar, o de género, en el procedimiento de retorno del menor iniciado de conformidad con el Convenio de La Haya de 1980.

A pesar de la ausencia de datos definitivos, parece que, en un número creciente de casos, las madres alegan haber sustraído ilícitamente a sus hijos, huyendo de una situación de violencia, bien sobre la mujer o sobre los menores¹⁵⁹³. Estas situaciones de violencia sobre la madre no están expresamente previstas en el Convenio de La Haya de 1980. Sin embargo, una cantidad en aumento de madres solicitan el no retorno del menor con base a

¹⁵⁹¹ HOLLINGSWORTH, K. y STALFORD, H.: “Judging Parental Child Abduction...”, *cit.*, p. 129.

¹⁵⁹² *Ibid.*, p. 130.

¹⁵⁹³ Aunque un sector importante de la doctrina se refiere a este creciente problema, la Conferencia de La Haya ha señalado que no hay disponibles unas estadísticas completas en relación con el número de casos en los que ha concurrido violencia doméstica y/o de género. En este sentido vid. HCCH: “Prel. Doc. No 9 of May 2011 - Domestic and family violence and the Article 13 “grave risk” exception in the operation of the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction: a reflection paper”, *Sixth Special Commission meeting (Part I, June 2011; Part II, January 2012)* 2011, p. 3. Disponible en: <https://assets.hcch.net/upload/wop/abduct2011pd09e.pdf>, último acceso el 15.7.2020.

la excepción de grave riesgo del menor del artículo 13.1.b) del Convenio de La Haya de 1980, entendiendo que el riesgo para el menor concurre, por supuesto, cuando hay violencia sobre su persona, pero también cuando es testigo de esta violencia.

Frente al inicial silencio sobre estas situaciones, la propia Conferencia de La Haya de DIPr, en los últimos años, ha manifestado su preocupación por estos casos, llegando a establecer un estándar común sobre cómo aplicar la excepción del artículo 13.1.b) en estos supuestos¹⁵⁹⁴. Una de las mayores críticas generada por el funcionamiento del Convenio de 1980 en estos casos es la dudosa protección del menor cuando se ordena el retorno del menor a pesar de la situación de violencia presente en el Estado de residencia habitual previo al traslado o retención ilícita. Estas voces críticas advierten de que, al aplicar la regla general del Convenio de La Haya de 1980, se está priorizando el retorno –ciego- del menor frente a la protección de su interés superior en el caso concreto¹⁵⁹⁵.

También la propia protección de la madre víctima de una situación de violencia es una cuestión aún por resolver. Para hacer frente a este problema, hay distintas posturas doctrinales que proponen tanto medidas para mejorar en la práctica el sistema existente, como propuestas de cambio del propio modelo¹⁵⁹⁶. En esta línea, se ha propuesto, por ejemplo, que en los supuestos en los que concurra una alegación seria de violencia doméstica y/o de género, el grave riesgo para el menor en caso de retorno sea una presunción, invirtiendo la carga de la prueba hacia el progenitor no sustractor¹⁵⁹⁷.

¹⁵⁹⁴ HCCH: “Guide to Good Practice ...”, *cit.*, pp. 37 y ss.

¹⁵⁹⁵ RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “La oposición al retorno...”, *cit.*, p. 6.

¹⁵⁹⁶ Para un análisis en detalle sobre la violencia de género en los casos de sustracción internacional de menores vid. Entre otros vid. LAMONT, R.: “Mainstreaming Gender into European Family Law? The Case of International Child Abduction and Brussels II Revised”, *European Law Journal*, v. 17, n.º 3, 2011, pp. 366-384; MOMOH, O.: “The interpretation and application of Article 13(1) b) of the Hague Child Abduction Convention in cases involving domestic violence: Revisiting *X v Latvia* and the principle of “effective examination”, *Journal of Private International Law*, v. 15, n.º 3, 2019, pp. 626-657; PÉREZ MARTÍN, L.A.: “Protección de los menores en el ámbito internacional: Reflexiones sobre la sustracción internacional de menores y la violencia de género en torno al caso de Juana Rivas”, *cit.*; REIG FABADO, I.: “El traslado ilícito de menores ...”, *cit.*; REQUEJO ISIDRO, M.: “Secuestro de menores y violencia de género...”, *cit.*; RUIZ SUTIL, C.: “El menor sustraído ilícitamente en contextos internacionales de violencia machista”, *cit.*

¹⁵⁹⁷ SCHUZ, R.: “The Hague Child Abduction Convention in a Changing World”, *cit.*, p. 323.

1.3.4 *El abuso en el recurso a la excepción del artículo 13.1 b) del Convenio de La Haya de 1980*

Junto a la existencia de situaciones que no fueron previstas al elaborar el texto convencional, encontramos soluciones recogidas en él no obtienen una aplicación satisfactoria. Algunos sectores de la doctrina resaltan como uno de los problemas que acompañan en la actualidad al Convenio de La Haya de 1980 la deficiente aplicación de las excepciones de retorno previstas en el texto convencional. En esta línea, se ha señalado que, en ocasiones, las excepciones al retorno son utilizadas como táctica dilatoria del proceso¹⁵⁹⁸.

Principalmente, se ha detectado un abuso en la aplicación de las excepciones de retorno del menor por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales, específicamente, en relación con el motivo del artículo 13.1.b) del Convenio de La Haya de 1980¹⁵⁹⁹. En este sentido, han sido varios los autores que han apuntado las deficiencias de este Convenio, en particular, debido al aumento cualitativo de las excepciones al retorno del menor¹⁶⁰⁰.

Sin embargo, esta afirmación no es unánime en la doctrina, habiendo otro sector que niega la existencia en la práctica de la referida aplicación excesiva de la excepción de grave riesgo del artículo 13.1.b) del Convenio de La Haya de 1980¹⁶⁰¹. En esta línea, hay autores que afirman que el problema no es tanto de una recurrente aplicación del artículo 13.1.b) del Convenio, sino la deficiente efectividad de las medidas de protección, tanto para el menor como de su progenitor (en casos por ejemplo de violencia doméstica o de género)¹⁶⁰². Tampoco las últimas estadísticas oficiales de la Conferencia de La Haya de DIPr parecen confirmar esta tendencia al alza, en el último estudio de 2015, la excepción del

¹⁵⁹⁸ Vid. REIG FABADO, I.: “El traslado ilícito de menores ...”, *cit.*, p. 614 y MOYA ESCUDERO, M.: “Sustracción internacional de menores y ...”, *cit.*, p. 1781.

¹⁵⁹⁹ Los problemas de aplicación práctica de la excepción de retorno del art. 13 b) del Convenio de La Haya de 1980 han sido puestos de relieve por numerosa doctrina. En este sentido, vid. GUZMÁN PECES, M.: “Problemática en la coordinación de los instrumentos...”, *cit.*, p. 503.

¹⁶⁰⁰ Vid. FORACA MIRANDA, J.: “El nuevo proceso español de restitución o retorno de menores...”, *cit.*, p. 32.

¹⁶⁰¹ Entre otros vid. BEAUMONT, P. y MCELEAVY, P.: *The Hague Convention on International Child Abduction*, Oxford University Press, Oxford, 1999, p. 140; TRIMMINGS, K.: *Child Abduction within the European Union*, *cit.*, p. 69.

¹⁶⁰² En este sentido vid. TRIMMINGS, K.: *Child Abduction within the European Union*, *cit.*, p. 3.

artículo 13.1.b) del Convenio se aplicó en alrededor del 25% de los casos, en términos parecidos a otras excepciones, y, además, estabilizándose respecto a estudios anteriores¹⁶⁰³.

En todo caso, los problemas de interpretación de este precepto han llevado a la propia Conferencia de La Haya de 1980 a tomar conciencia de los mismos y a iniciar un Grupo de Trabajo sobre esta excepción. Estos trabajos dieron lugar a la aprobación de una Guía de buenas prácticas sobre la aplicación del artículo 13.1.b) del Convenio de La Haya de 1980¹⁶⁰⁴.

2. La interacción entre el Convenio de La Haya de 1980 y el Reglamento Bruselas II bis: complementariedad y refuerzo del objetivo del retorno del menor

La sustracción internacional de menores en el seno de la UE, esto es, cuando se produce un traslado o retención ilícita de un menor con residencia habitual en un Estado miembro de la UE a otro Estado miembro de la UE, ha sido regulada directamente por el Reglamento Bruselas II bis, y ahora, también, en el Bruselas II ter. Sin embargo, quizás como consecuencia de que todos los Estados miembros de la Unión son parte en el Convenio de La Haya de 1980, el régimen del Reglamento no sigue un modelo ajeno al mismo, sino que se alinea con él. En efecto, el Reglamento Bruselas II bis toma como punto de partida el mecanismo de retorno previsto en el Convenio de La Haya de 1980, que hemos pergeñado en el apartado anterior, para luego mejorar o incidir en aquellos aspectos que, en su momento, el legislador de la UE consideró oportunos e idóneos para luchar contra este fenómeno dentro del espacio de libertad, seguridad y justicia de la UE.

Sin embargo, esta decisión ha planteado, desde un inicio, importantes dudas acerca de la idoneidad –tanto sustantiva como de técnica legislativa- de entrar a regular un problema frente al que ya había un mecanismo jurídico existente, como era el Convenio de La Haya de 1980. Un mecanismo que, además, como hemos avanzado, ha resultado ser bastante efectivo. Sea como fuere, lo cierto es que, hoy en día, la interacción entre el Reglamento Bruselas II bis –y también del Bruselas II ter- y el Convenio de La Haya de 1980 es una

¹⁶⁰³ LOWE, N. y STEPHENS, V.: “Part I- A statistical analysis of applications made in 2015...”, *cit.*, p. 16. Este estudio concluye que, aunque es cierto que en 2008 hubo un repunte en la aplicación de la excepción del art. 13.1.b) del Convenio de La Haya de 1980, en 2015 el porcentaje vuelve a los porcentajes detectados en 1999 y 2003.

¹⁶⁰⁴ HCCH: “Guide to Good Practice ...”, *cit.*

realidad. Realidad que manifiesta que, aunque en términos generales ambos instrumentos tengan una relación de complementariedad, en algunos puntos concretos se encuentran fricciones y problemas de aplicación que complican, considerablemente, la aplicación de este complejo régimen jurídico por parte de los operadores jurídicos, afectando finalmente, por ende, a la salvaguarda del principio del interés superior del menor.

2.1 La remisión del Reglamento Bruselas II bis al Convenio de La Haya de 1980: una solución de compromiso político

La decisión del legislador de la UE de legislar en materia de sustracción internacional de menores no se remonta a los inicios de la legislación de la UE en materia de responsabilidad parental. En efecto, el Reglamento (CE) n.º 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 comunes¹⁶⁰⁵ (en adelante Reglamento 1347/2000) remitía directamente, sin más, al Convenio de La Haya de 1980 en materia de sustracción internacional de menores¹⁶⁰⁶.

No obstante, esta posición inicial del legislador de la UE fue replanteada durante el proceso de elaboración del Reglamento Bruselas II bis. A pesar de la existencia del Convenio de La Haya de 1980, un texto plenamente operativo y ratificado por todos los Estados miembros de la UE, durante este proceso algunos Estados miembros respaldaron la necesidad de disponer de un mecanismo europeo que regulara las sustracciones de menores entre Estados miembros de la UE, y que funcionara en coordinación con el diseño general del Convenio de La Haya de 1980¹⁶⁰⁷. Esta propuesta, desde un primer momento, encontró una fuerte oposición por parte de algunos Estados miembros, hasta el punto de que la necesidad de un nuevo instrumento para regular la sustracción ilícita internacional ha continuado siendo cuestionada hasta la actualidad.

La idoneidad, o no, de regular la sustracción ilícita internacional desde la UE dio lugar a arduas negociaciones entre los Estados miembros. Surgió una evidente división entre aquellos – Francia, Italia o España- que deseaban introducir normas sustantivas que

¹⁶⁰⁵ DO L 160, de 30.6.2000.

¹⁶⁰⁶ Vid. Considerando 13 y art. 3 del Reglamento 1347/2000.

¹⁶⁰⁷ VAN LOON, H.: “The Brussels Ila Regulation: towards a review?”, *cit.*, p. 185.

mejoraran el Convenio de La Haya de 1980 y aquellos otros Estados miembros – Alemania, Holanda o Reino Unido, por ejemplo- que consideraban que no era necesaria intervención legislativa alguna, ya que el Convenio de La Haya de 1980 era suficiente para resolver estos conflictos¹⁶⁰⁸.

Por un lado, los defensores de introducir nuevas normas en materia de sustracción internacional de menores argumentaban que los progenitores sustractores estaban invocando con éxito las excepciones del Convenio de La Haya de 1980 para modificar el Tribunal competente sobre la responsabilidad parental del menor, y que estas excepciones se estaban aplicando en exceso¹⁶⁰⁹. Sin embargo, algunos autores señalan que las estadísticas del momento reflejaban que las resoluciones de no retorno eran la excepción, representando menos del 20% de los casos¹⁶¹⁰. Incluso, se llega a sugerir que en el proceso de negociación nunca se aportó documento alguno que justificara esta postura doctrinal¹⁶¹¹. Pareciera que, más que un reflejo de un problema real, esta posición se basaba en un acordado objetivo político de garantizar una respuesta más firme frente a los supuestos de sustracción internacional de menores en la UE, que asegurara la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de residencia habitual del menor, aun cuando se hubiera dictado una resolución de no retorno en otro Estado miembro¹⁶¹².

Junto a ello, un segundo bloque de Estados miembros se opuso firmemente a la introducción de normas institucionales en materia de sustracción internacional de menores¹⁶¹³. Básicamente, este bloque entendía que el mecanismo del Convenio de La Haya de 1980 contaba con un amplio nivel de ratificaciones tanto entre Estados miembros de la

¹⁶⁰⁸ Vid. un análisis del proceso de negociación en MCELEAVY, P.: “The new Child Abduction Regime in the European Union...”, *cit.*, pp. 5-34.

¹⁶⁰⁹ Según Mceleavy, principalmente, los defensores de introducir un régimen institucional, siguiendo la iniciativa francesa, eran: Bélgica, Francia, Grecia, Italia, Luxemburgo, Portugal y España. Vid. MCELEAVY, P.: “The new Child Abduction Regime in the European Union...”, *cit.*, p. 7.

¹⁶¹⁰ LOWE, N., AMSTRONG, S. y MATHIAS, A.: “Análisis estadístico de las solicitudes presentadas en 1999 en aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores”, *Conferencia de La Haya de Derecho Internacional privado (Doc. prel. No 3 Marzo 2001 (Versión revisada, noviembre 2001))*, 2001, pp. 1-36. Versión *on line* disponible en <https://assets.hcch.net/upload/abd2001pd3s.pdf>, último acceso el 27.4.2020; VAN LOON, H.: “The Brussels IIa Regulation: towards a review?”, *cit.*, p. 185.

¹⁶¹¹ MCELEAVY, P.: “The new Child Abduction Regime in the European Union...”, *cit.*, p. 7.

¹⁶¹² *Ibid.*, p. 8.

¹⁶¹³ Mceleavy señala como defensores del Convenio de La Haya de 1980, fundamentalmente, a los siguientes Estados miembros: Austria, Finlandia, Alemania, Irlanda, Holanda, Suecia y Reino Unido. Vid. MCELEAVY, P.: “The new Child Abduction Regime in the European Union...”, *cit.*, p. 7.

UE como Estados terceros. Además, se consideraba que el mecanismo de retorno era útil en la práctica y que funcionaba correctamente, garantizando el retorno del menor¹⁶¹⁴.

A pesar de esta rígida división en dos bloques, finalmente, se diseñó el sistema actual como solución política de compromiso al bloqueo institucional¹⁶¹⁵. Solución insatisfactoria que ya en sus inicios, se sugirió que conduciría a años de confusión y podría acabar generando un retroceso en esta área del derecho muy sensible y de marcado carácter público¹⁶¹⁶. El Considerando 17 del Reglamento Bruselas II bis muestra la esencia misma del compromiso alcanzado, al afirmar que el Convenio de La Haya de 1980 seguirá aplicándose entre los Estados miembros, pero tal y como viene complementado por el Reglamento Bruselas II bis.

La compleja solución articulada, así como todo el proceso de elaboración del Reglamento, se han puesto como ejemplo de que, en muchas ocasiones, la iniciativa y el proceso de elaboración de un Derecho de familia de la UE no responde a una necesidad legal urgente, o a encontrar la solución más apropiada a los casos de sustracción internacional de menores. Sino que la legislación se ve afectada por el hecho de que la UE es un foro en el que las consideraciones políticas -en este caso, alcanzar un grado adicional de armonización jurídica tras la entrada en plena vigencia del Tratado de Lisboa, en un sector que había quedado ajeno a la misma hasta el momento- pueden llegar a prevalecer sobre la realidad jurídica¹⁶¹⁷.

Siguiendo en esta línea, se ha cuestionado el hecho de que la reforma se justificara por un mal funcionamiento del Convenio de La Haya de 1980, hasta el punto de que se afirmó que el régimen convencional fomentaba las sustracciones de menores. A pesar de que se reconozca que un régimen de retorno más estricto puede tener sus ventajas, se afirma igualmente que se tendría que haber reconocido la reforma con lo que es, una alteración

¹⁶¹⁴ Vid. PATAUT, E.: "Article 10...", *cit.*, p. 123. Con un punto de vista crítico destacan los autores: MCELEAVY, P.: "The new Child Abduction Regime in the European Union...", *cit.*, p.5; TRIMMINGS, K.: *Child Abduction within the European Union*, *cit.*

¹⁶¹⁵ En palabras de Mceleavy: "This unorthodox partnership of regional and international instruments was not the intention of either of the institutions or of the Member States involved in the negotiation process, it was quite simply a political solution to what had become an embarrassing stand-off between two equally powerful and motivated blocs". MCELEAVY, P.: "The new Child Abduction Regime in the European Union...", *cit.*, p. 6. También refleja la idea de compromise político LENAERTS, K.: "The best interest of the child always come first...", *cit.*, p. 1312.

¹⁶¹⁶ MCELEAVY, P.: "Brussels II bis...", *cit.*, p. 509.

¹⁶¹⁷ MCELEAVY, P.: "The new Child Abduction Regime in the European Union...", *cit.*, p. 6.

significativa del régimen convencional¹⁶¹⁸, realizada al margen de la Conferencia de La Haya de DIPr. En este sentido, un sector de la doctrina no duda en concluir que el régimen recogido en el Reglamento Bruselas II bis responde al clima político del momento, en el que tras la aprobación del Tratado de Ámsterdam hubo vocación de legislar en materia de familia. Además, el régimen del Reglamento parece el reflejo del deseo de dar efecto al nuevo ideario del espacio de la UE: el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales. En este sentido, el Reglamento Bruselas II bis constituiría un primer experimento de esta nueva política¹⁶¹⁹.

En suma, la opción finalmente acogida en el Reglamento Bruselas II bis fue, efectivamente, la introducción de normas institucionales en materia de sustracción internacional de menores, aunque tomando como punto de partida el mecanismo de retorno del Convenio de La Haya de 1980.

De esta suerte, el sistema previsto en el Reglamento Bruselas II bis no reemplaza al Convenio de La Haya de 1980, sino que simplemente lo completa para los secuestros de menores entre Estados miembros¹⁶²⁰. Técnicamente, el Reglamento Bruselas II bis no forma un conjunto independiente de normas para los supuestos de sustracción ilícita internacional, sino que debe aplicarse de forma conjunta con el Convenio de La Haya de 1980. Consecuentemente, el Reglamento solo se puede leer junto con el texto convencional, ya que la organización del régimen legal de la sustracción internacional de menores no deja de constituir una versión regional y particular de un acuerdo internacional, combinando legislación europea e internacional¹⁶²¹.

En concreto, y si analizamos las respuestas incorporadas en el texto de 2003, el Reglamento Bruselas II bis remite al Convenio de La Haya y lo incorpora, por referencia, al texto del Reglamento, pero altera las reglas jurídicas a seguir en el caso del ejercicio de la acción de restitución del menor sustraído ilícitamente con arreglo al Convenio de La Haya

¹⁶¹⁸ *Ibíd.*, p. 8.

¹⁶¹⁹ *Ibíd.*, p. 16.

¹⁶²⁰ Vid. PATAUT, E.: "Article 11. Return of the child", en MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P. (eds.): *cit.*, p. 132.

¹⁶²¹ *Ibíd.*, p. 130.

de 1980. Ello conduce a la “paradoja hermenéutica” de que el TJUE resulte competente para interpretar las normas de Convenio de La Haya¹⁶²².

Los dos instrumentos jurídicos, el Convenio de 1980, y el Reglamento 2201/2003 persiguen objetivos diferentes: mientras que el Convenio de La Haya de 1980 tiene por finalidad lograr el retorno inmediato del menor al Estado de su residencia habitual antes de la sustracción ilícita, el Reglamento Bruselas II bis introduce normas procesales que identifican a los jueces competentes en materia de sustracción internacional de menores, además de garantizar la ejecución de las resoluciones en la materia¹⁶²³. En esta línea, con el diseño de este doble juego de normas, el texto reglamentario refuerza la posición del Estado miembro de origen, hasta el punto de darle el control último sobre si de un traslado o retención ilícita se puede derivar un cambio de jurisdicción¹⁶²⁴.

Principalmente, el Reglamento Bruselas II bis altera de forma parcial la articulación procesal de la resolución por la que se ordena el retorno inmediato prevista en el Convenio de La Haya de 1980 que, recordemos, apuesta por la cooperación entre autoridades sin aportar respuesta sobre la competencia de ésta o sobre la eficacia en el extranjero de las resoluciones que se puedan dictar por éstas¹⁶²⁵. De esta manera, el Reglamento pretende coadyuvar al retorno del menor mediante la clarificación de las normas procesales que deben seguir los Tribunales del Estado miembro en el que se solicita la restitución de aquel.

Así, se introducen algunas garantías procedimentales que responden a un cambio de política legislativa respecto al texto de La Haya de 1980, a través de la introducción dos cambios fundamentales:

1) En primer lugar, el Reglamento favorece en mayor medida el retorno del menor. Este cambio está directamente relacionado con el artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980, limitando su efecto en los Estados miembros y dándole una clara prioridad al mencionado retorno del menor, frente al equilibrio establecido en el citado precepto.

2) Por su parte, el segundo cambio constituye una consecuencia del primero, y estriba en la prioridad que se les otorga a las decisiones tomadas en el Estado miembro de la

¹⁶²² Vid. CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho Internacional Privado*, cit., p. 518.

¹⁶²³ BARUFFI, M.C.: “A child-friendly area of freedom...”, cit., p. 393.

¹⁶²⁴ MCELEAVY, P.: “Brussels II bis...”, cit., p. 509.

¹⁶²⁵ Vid. REIG FABADO, I.: “Incidencia del Reglamento 2201/2003 ...”, cit., p. 220.

residencia habitual del menor anterior al traslado ilícito respecto a la responsabilidad parental del menor¹⁶²⁶.

Esta regulación se traduce en una significativa superposición de ambos instrumentos, cuya coordinación en la práctica es ciertamente complicada¹⁶²⁷. Sobre todo, del llamado mecanismo de prevalencia del artículo 11 del Reglamento Bruselas II bis, como posteriormente desarrollaremos¹⁶²⁸.

El propio Reglamento Bruselas II bis hace mención a la relación con el Convenio de La Haya de 1980 en su Considerando 17, así como en sus artículos 60 y 62.2, diseñando la mencionada relación de complementariedad que ya hemos apuntado. Ahora bien, a pesar de tal relación, entendida en el sentido de que el Reglamento Bruselas II bis modula ciertos preceptos del Convenio de La Haya en lo relativo a su aplicación entre los Estados miembros de la Unión, el artículo 60 del texto reglamentario habla, a su vez, de aplicación preferente del Reglamento, lo que puede generar cierta confusión en lo referente a la relación de ambos instrumentos¹⁶²⁹. Una cuestión que ya se produce en otros instrumentos europeos, principalmente, respecto de otros textos de la Conferencia de La Haya de DIPr¹⁶³⁰.

Esta solución de compromiso político, lejos de ser favorablemente acogida, continuó presentando importantes detractores. Principalmente, se ha planteado, dada la magnitud de los cambios que implica en última instancia para el Convenio de 1980, hasta qué punto existe en verdad un régimen de complementariedad entre ambos instrumentos

¹⁶²⁶ Vid. PATAUT, E.: “Article 11. Return of the child”, *cit.*, p. 133.

¹⁶²⁷ BARUFFI, M.C.: “A child-friendly area of freedom...”, *cit.*, p. 394.

¹⁶²⁸ Vid. *infra* Cap. Cuarto, ap. I. 2.2.4 “El refuerzo de la competencia del Estado miembro de origen: el controvertido mecanismo de prevalencia o de última palabra”.

¹⁶²⁹ La Comisión Europea, en su Guía práctica para la aplicación del Reglamento Bruselas II bis clarifica la relación entre ambos instrumentos señalando que “El Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores («Convenio de La Haya de 1980»), ratificado por todos los Estados miembros de la Unión Europea, sigue en vigor en relación con los casos de sustracción de menores entre Estados miembros. Sin embargo, el Reglamento completa este Convenio mediante ciertas disposiciones, que entran en juego en estos casos. Así pues, en la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 a las relaciones entre Estados miembros, las normas del Reglamento prevalecerán sobre las normas del Convenio en la medida en que este afecte a materias que se rijan por el Reglamento”. (Vid. COMISIÓN EUROPEA: “Guía práctica para la aplicación del nuevo “Reglamento Bruselas II bis”, *cit.*, p. 49).

¹⁶³⁰ Recuérdense los Convenios sobre la Ley aplicable en materia de Accidentes de Circulación por carretera, hecho en La Haya el 4 de mayo de 1971, *BOE* de 4.11.1987 y sobre la Ley aplicable a la responsabilidad por productos, hecho en La Haya el 2 de octubre de 1973, *BOE* de 25.1.1989. y el Reglamento (CE) n.º 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), *DO L* 199/40, de 31.7.2007; o el Protocolo de La Haya de 2007 sobre alimentos y el Reglamento 4/2009.

jurídicos o más bien, si el artículo 11 del Reglamento Bruselas II bis supone una importante alteración del régimen del Convenio de La Haya de 1980.

Es más, se ha llegado a afirmar que el régimen del Reglamento Bruselas II bis rompe el equilibrio del Convenio de La Haya de 1980 al endurecer el mecanismo de retorno del menor y asegurar que el Estado de residencia habitual del menor retiene el control final del futuro del menor sustraído¹⁶³¹.

A lo anterior se añadirían las duras críticas en relación con el funcionamiento del llamado mecanismo de prevalencia o de última palabra¹⁶³². Básicamente, porque se entiende que este mecanismo puede menoscabar gravemente el principio de confianza mutua entre Estados miembros de la UE. Se parte del razonamiento evidente de que si las excepciones del Convenio de La Haya de 1980 deben aplicarse e interpretarse restrictivamente, y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros actúan responsablemente empleando estas salvaguardas solo cuando sea estrictamente necesario, no hay justificación para permitir que los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro revisen estas conclusiones y en cierta forma, reexaminen o vuelvan a conocer el caso¹⁶³³.

Dada la trascendencia de la cuestión, conviene que la aproximemos seguidamente.

2.2 La virtualidad de la idea de complementariedad existente entre el Reglamento Bruselas II bis y el Convenio de La Haya de 1980: significado real y límites

Como hemos apuntado ya, las normas en materia de sustracción internacional de menores previstas en el Reglamento Bruselas II bis están directamente inspiradas y construidas sobre el sistema de retorno del Convenio de La Haya de 1980. Como igualmente hemos avanzado, el Reglamento Bruselas II bis complementa el sistema convencional, llegando a modificar de manera indirecta distintos aspectos -relevantes- del mecanismo de retorno del Convenio de La Haya de 1980.

Principalmente, el Reglamento Bruselas II bis introduce ciertas garantías procedimentales al sistema de retorno del Convenio. A su vez, también diseña un foro de

¹⁶³¹ MCELEAVY, P.: “The new Child Abduction Regime in the European Union...”, *cit.*, p. 6.

¹⁶³² Sobre esta cuestión vid. *infra*. Cap. Cuarto, ap. I. 2.2.4 “El refuerzo de la competencia del Estado miembro de origen: el controvertido mecanismo de prevalencia o de última palabra”.

¹⁶³³ MCELEAVY, P.: “Brussels II bis...”, *cit.*, p. 510.

competencia judicial internacional para supuestos de sustracción internacional de menores, claramente inspirado en el texto convencional – aunque éste no contiene normas de competencia-.

Finalmente, el Reglamento Bruselas II bis incorpora sus propias definiciones en la materia, en vez de remitir a las propias del texto convencional. Aunque ya anticipamos la gran similitud entre las definiciones presentes en ambos textos, no por ello resulta conveniente abordarlas, ya que son de absoluta relevancia e impacto en el funcionamiento de ambos sistemas.

2.2.1 Primer prisma: similitudes y diferencias en relación con el significado atribuido a algunas de las definiciones esenciales en materia de sustracción internacional de menores

El Convenio de La Haya de 1980 y el Reglamento Bruselas II bis cuentan con un origen y un ámbito diferenciado y ambos, además, se adoptaron en momentos diferentes. En los dos instrumentos, significativamente, se incorporan conceptos que, en ocasiones, resultan coincidentes en su terminología pero que, sin embargo, no siempre se ven atribuidos un significado similar. Además, se debe recordar que los conceptos previstos en el Reglamento Bruselas II bis deben interpretarse de forma autónoma, tanto respecto de las legislaciones nacionales de los Estados miembros como, en este caso, del Convenio de La Haya de 1980.

A su vez, el referido texto convencional también requiere de una interpretación autónoma, y dada la mayor amplitud de su ámbito de aplicación, debe ser aplicado por Estados con perspectivas jurídicas, sociales y culturales muy diversas¹⁶³⁴. Ello añade un grado adicional de complejidad a la práctica del sistema y exige, como paso previo, aproximar los diversos conceptos incardinados en ambos textos intentando valorar sus eventuales similitudes y diferencias.

¹⁶³⁴ Respecto del Convenio de La Haya de 1980 ha sido planteada la necesidad de “una nueva reformulación de las definiciones que, pese a la aplicación consistente del Convenio durante más de 30 años, permanezcan cuestionadas o dificulten la aplicación del Convenio como en el caso de los Derechos de custodia y visita, y de la residencia habitual” en FORCADA MIRANDA, J.: “Complejidad, carencias y necesidades de la sustracción...”, *cit.*, p. 719.

2.2.1.1 El concepto de “traslado ilícito” del menor

En los dos textos, la existencia de un traslado o retención ilícitos del menor – respecto de su residencia habitual a un país tercero – es presupuesto indispensable para que se activen los mecanismos de restitución del menor. De ahí la importancia en la descripción del significado de este concepto, que es incardinado con una redacción muy similar tanto en el Convenio de La Haya de 1980 como en el Reglamento Bruselas II bis¹⁶³⁵.

1) Por un lado, el artículo 3 del Convenio de La Haya de 1980 considera que habrá traslado o retención ilícita cuando:

a) 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. El derecho de custodia deberá resultar de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado¹⁶³⁶. Y,

b) 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 retención¹⁶³⁷.

2) De forma muy similar, el apartado 11 del artículo 2 del Reglamento Bruselas II bis, considera que hay traslado o retención ilícitos del menor cuando:

a) se produzca infringiendo un derecho de custodia adquirido por resolución judicial, misterio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos de conformidad con la ley del Estado miembro en donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención¹⁶³⁸. Y,

¹⁶³⁵ Vid. LOWE, N., EVERAL QC, M. y NICHOLLS, M.: *The New Brussels II...*, cit., pp. 26 y 27.

¹⁶³⁶ Art. 3 a) del Convenio de La Haya de 1980.

¹⁶³⁷ Art. 3 b) del Convenio de La Haya de 1980.

¹⁶³⁸ Art. 2.11 a) del Reglamento Bruselas II bis.

b) este derecho se ejercía, en el momento del traslado o la retención, de forma efectiva, separada o conjuntamente o se habría ejercido de no haberse producido el traslado o retención¹⁶³⁹.

Del tenor del Reglamento Bruselas II bis, y por la propia naturaleza de éste, se extrae que el texto reglamentario tan solo regula las situaciones de traslado ilícito de un Estado miembro a otro¹⁶⁴⁰. Además, como novedad respecto al Convenio de La Haya de 1980, el Reglamento no se limita a mencionar la custodia compartida, sino que añade un concepto autónomo: se considera que la custodia es ejercida de manera conjunta cuando, en virtud de una resolución judicial o por ministerio de la ley, uno de los titulares de la responsabilidad parental no pueda decidir sin el consentimiento del otro titular sobre el lugar de residencia del menor.

Si analizamos las descripciones del concepto de traslado o retención ilícita recogidas en ambos textos, no cabe duda de que los dos instrumentos se apoyan en los conceptos de derechos de custodia y residencia habitual del menor para determinar si se ha producido el traslado o retención ilícita. Sin embargo, tanto las nociones de derechos de custodia y visita, como el concepto de residencia habitual, deben ser interpretados de forma autónoma, por un lado, respecto a las legislaciones nacionales de los Estados parte, y por otro, en cada uno de los dos textos respecto del otro. De ahí la importancia de delimitar también el significado de estas nociones -la de los derechos de custodia y visita y la de residencia habitual del menor- tanto en el Convenio como en el Reglamento.

2.2.1.2 Los conceptos de “derecho de custodia” y “de visita”

Como punto de partida, y en relación con las nociones de derecho de custodia y de visita, ambos textos incorporan definiciones prácticamente idénticas:

1) Respecto al derecho de custodia, ninguno de los dos textos entra a realizar una definición exhaustiva, sino que se limitan a describir gráficamente que el concepto de custodia debe abarcar necesariamente el cuidado del menor y, especialmente, el derecho a decidir su lugar de residencia. Los preceptos que ambos textos dedican a esta cuestión

¹⁶³⁹ Art. 2.11 b) del Reglamento Bruselas II bis.

¹⁶⁴⁰ Vid. REIG FABADO, I.: “Incidencia del Reglamento 2201/2003 ...”, *cit.*, p. 227.

simplemente presentan una ligera diferencia en su redacción. Por un lado, el artículo 5 a) del Convenio de La Haya de 1980 habla de “*comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia*”. Mientras que el artículo 2.9 del Reglamento Bruselas II bis se refiere a “*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*”.

2) A su vez, la definición de los derechos de visita es análoga en ambos textos. Tanto en el artículo 2.10 del Reglamento Bruselas II bis como en el artículo 5 b) del Convenio de La Haya de 1980, los derechos de custodia se caracterizan por ser aquellos que comprenden el derecho a trasladar a un menor, durante un periodo de tiempo limitado, a otro lugar diferente al que tiene su residencia habitual.

Con esta base, los operadores jurídicos, y en especial, las autoridades judiciales, deben interpretar cuando se está infringiendo un derecho de custodia o visita. Sin duda, no es tarea sencilla si además se toman en consideración algunos puntos de gran incidencia en su interpretación y aplicación práctica:

1) En primer lugar, no se debe olvidar que la titularidad de los derechos de custodia y visita se debe ostentar de conformidad con la legislación del Estado de residencia habitual del menor, como se explicita en ambos textos al definir el concepto de traslado o retención ilícita.

2) En segundo lugar, conviene siempre tener presente que, a pesar de la similitud en las definiciones, los conceptos de derecho de custodia y visita deben interpretarse de forma autónoma, tanto de las legislaciones nacionales como entre el Reglamento Bruselas II bis y el Convenio de La Haya de 1980. En su aplicación práctica esta interpretación autónoma puede crear confusión al operador jurídico. Además, se corre el riesgo de que las interpretaciones diverjan en el ámbito reglamentario y convencional.

3) Al punto anterior debe añadirse la complejidad que supone la gran variedad nociones existentes en todos los Estados miembros de la UE, en el caso del Reglamento, y aún mayores diferencias entre los Estados contratantes del Convenio de La Haya de 1980.

4) Además, respecto al Reglamento Bruselas II bis es necesario tener presente que los derechos de custodia y visita forman parte del concepto genérico de responsabilidad parental. Efectivamente en el artículo 2.7 del Reglamento Bruselas II bis se define la

responsabilidad parental como aquellos “*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 jurídico, en relación con la persona o los bienes de un menor. El término incluye, en particular, los derechos de custodia y visita*”¹⁶⁴¹. En cambio, en el texto del Convenio de La Haya de 1980 no se hace alusión a este concepto en ningún momento¹⁶⁴².

Toda esta complejidad queda patentizada, por ejemplo, en la normativa española en la materia en la que se aprecia un ejemplo de la posible confusión de terminología. Como es sabido, la tradición jurídica española utiliza el concepto de patria potestad para cubrir materias incardinadas dentro del novedoso concepto –para nuestro sistema– de responsabilidad parental. La patria potestad se concede por ministerio de la ley (artículo 39.2 de la CE y 154 del Código Civil), y es un concepto amplio que incluye los derechos de custodia y visita¹⁶⁴³.

Entre los derechos y deberes asociados a la patria potestad, se encuentra el derecho a prohibir la salida de los hijos del país. Así, si ambos progenitores son titulares de la patria potestad – aunque solo uno de ellos tenga otorgada la custodia – y uno de los progenitores traslada al menor a otro Estado sin el consentimiento del otro, se habrá cometido un traslado ilícito. Desgraciadamente, en ocasiones la práctica muestra el desconocimiento o la falta de un adecuado asesoramiento jurídico en este punto por parte de los progenitores, tanto del que tiene otorgado el derecho de custodia como el de visita. De forma que, en ocasiones, el progenitor que tiene otorgado el derecho de visita cree que no puede solicitar el retorno del menor, pues se entiende erróneamente que, debido al derecho de custodia del otro progenitor, el traslado no es ilícito¹⁶⁴⁴. Y viceversa, el menor el titular del derecho de custodia cree tener la facultad de elegir la residencia del menor unilateralmente¹⁶⁴⁵.

¹⁶⁴¹ Además de la definición del art. 2.7, el art. 1.2 del Reglamento Bruselas II bis enumera las materias entendidas como responsabilidad parental.

¹⁶⁴² Quizá se deba a que el concepto de responsabilidad parental fue introducido por el Convenio de La Haya de 1996.

¹⁶⁴³ En relación con esta problemática vid. *supra* Cap. Introductorio, ap. III, 4.

¹⁶⁴⁴ Vid. MARÍN PEDREÑO, C.: *Sustracción Internacional de Menores y proceso legal para la restitución del menor*, Editorial Ley57, Málaga, 2016, pp. 51-54.

¹⁶⁴⁵ En detalle sobre esta cuestión vid. BEEVERS, K. y PÉREZ MILLA, J.: “Child Abduction: Convention “Rights of Custody”–Who Decides? An Anglo-Spanish Perspective”, *Journal of Private International Law*, v. 3, n.º 1, 2007, 201-227.

2.2.1.3 El concepto de residencia habitual del menor en la sustracción del menor

En segundo lugar, y tratándose de una noción clave, se hace mención a la residencia habitual del menor. Este término es esencial para determinar no solo el carácter lícito o ilícito del traslado o retención del menor, sino también para concretar la competencia judicial internacional¹⁶⁴⁶. En este sentido, recordemos que de acuerdo con el artículo 10 del Reglamento Bruselas II bis¹⁶⁴⁷ el Juez del Estado miembro de residencia habitual inmediatamente anterior al traslado o retención ilícita es el que posee la competencia para resolver sobre el fondo –derechos de custodia y visita del menor sustraído ilícitamente–¹⁶⁴⁸.

1) En los textos de la Conferencia de La Haya de DIPr¹⁶⁴⁹, también en el Convenio de 1980, la residencia habitual se concibe como una noción de hecho, en función de los elementos fácticos de cada caso, más allá, por tanto, del particular concepto de domicilio¹⁶⁵⁰. La interpretación del concepto continúa siendo problemática, habiendo jurisprudencia dispar en los diferentes Estados contratantes¹⁶⁵¹. A título de ejemplo, algunas cuestiones en las que se diverge refieren a si se debe centrar más la atención en el menor, o en la intención de las personas a cargo de su cuidado, el tiempo necesario para considerar el cambio de residencia o la voluntad de permanencia¹⁶⁵².

2) El concepto de residencia habitual del Reglamento Bruselas II bis también debe ser interpretada con carácter autónomo, incluso de la noción de residencia habitual presente en otros reglamentos de la UE. La interpretación del TJUE ha sido esencial para lograr una noción nítida de la residencia habitual del artículo 8.1 del Reglamento¹⁶⁵³.

¹⁶⁴⁶ Al respecto vid. *supra* Cap. Primero, ap. II “El principio en funcionamiento: la relevancia de la residencia habitual del menor en la sustracción internacional de menores”.

¹⁶⁴⁷ Al respecto vid. *supra* Cap. Primero, ap. II. 4.1.2 “Segunda situación: la protección del foro general de la residencia habitual del menor en supuestos de sustracción internacional de menores”.

¹⁶⁴⁸ Vid. ESPINOSA CALABUIG, R.: “Sustracción de menores ...”, *cit.*, p. 264.

¹⁶⁴⁹ De gran ayuda para la interpretación del concepto de residencia habitual fue en un inicio: PÉREZ VERA, E.: “Informe explicativo del Convenio...”, *cit.*

¹⁶⁵⁰ Vid. GÓMEZ BENGOCHE, B.: *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 67.

¹⁶⁵¹ Consúltase INCADAT, apartado de análisis de jurisprudencia-residencia habitual: <https://www.incadat.com/es/convention/case-law-analysis>, último acceso el 30.11.2019.

¹⁶⁵² Vid. FORCADA MIRANDA, J.: *Sustracción internacional de menores y mediación familiar*, *cit.*, p. 53.

¹⁶⁵³ La noción de residencia habitual del menor es desarrollada en profundidad en el Cap. Primero, ap. II. 3.

2.2.2 *Segundo prisma: la aparente coordinación de las normas de competencia judicial internacional del Reglamento Bruselas II bis con el mecanismo de cooperación del Convenio de La Haya de 1980*

La presunta coordinación entre ambos textos no queda reducida al hecho de compartir el significado de ciertos términos esenciales que delimitan la aplicación de las normas de sustracción de menores, también en el ámbito de la competencia se produce una suerte de coordinación entre el Reglamento Bruselas II bis y el Convenio de La Haya de 1980.

Ya se ha resaltado el hecho de que el Convenio de La Haya de 1980 no contiene normas de competencia judicial internacional, ya que opta por un sistema de cooperación internacional entre autoridades centrales. La afirmación anterior vendría exceptuada por la denominada competencia judicial implícita -o negativa- derivada del artículo 16 del referido Convenio. En virtud de este precepto, las autoridades del Estado contratante al que ha sido trasladado o retenido ilícitamente el menor no podrán decidir sobre el fondo de los derechos de custodia, a no ser que se decida el no retorno del menor en virtud del Convenio, o haya transcurrido un tiempo razonable. Es por esta razón que la previsión de una norma específica de competencia para supuestos de sustracción internacional de menores del Reglamento Bruselas II bis fue, junto con la eliminación del *exequátur*, la principal innovación reglamentaria respecto al sistema diseñado por el Convenio.

La introducción de normas de competencia judicial internacional en el Reglamento Bruselas II bis se realiza optando por una vía continuista respecto al mecanismo de cooperación establecido en el Convenio de La Haya de 1980. Y ello porque el Reglamento diseña un sistema de doble competencia en el que se combinan dos criterios: una regla general y unas excepciones para supuestos muy específicos¹⁶⁵⁴. Estas excepciones guardan gran similitud, precisamente, con las excepciones al retorno inmediato previstas en el Convenio de La Haya de 1980, aunque también con la análoga norma de competencia judicial internacional recogida en el Convenio de La Haya de 1996. Con ello, se pretende

¹⁶⁵⁴ Al respecto vid. *supra* Cap. Primero, ap. II. 4.1.2 “Segunda situación: la protección del foro general de la residencia habitual del menor en supuestos de sustracción internacional de menores”.

reforzar la competencia a favor del Juez del Estado miembro de origen, pero con ciertas excepciones a favor del Juez del Estado miembro de destino¹⁶⁵⁵.

Por tanto, se observa como en el ámbito de sustracciones ilícitas en la UE, además de un mecanismo de cooperación entre autoridades centrales, jugarán unas normas de competencia judicial internacional que distribuyen, claramente, las competencias entre Juez de Origen y Juez de destino. Un reparto competencial realizado con la previsión de mejorar el sistema y evitar, de forma más contundente, las sustracciones ilícitas de un Estado miembro de la UE a otro.

En tal sentido, y en relación con las excepciones formuladas, entre las diferentes propuestas previas a la aprobación del texto definitivo del Reglamento Bruselas II bis, la Propuesta de modificación del Reglamento presentada en mayo de 2002, destacó por apostar por la competencia exclusiva del Juez de origen respecto a la decisión de retorno (o no) del menor, atribuyendo al Juez de destino exclusivamente la competencia para dictar medidas provisionales de protección. Sin embargo, finalmente esta vía fue rechazada¹⁶⁵⁶.

En definitiva, este sistema de doble competencia permite valorar el interés superior del menor en el caso concreto, flexibilizando el criterio de competencia. Además, dicho sistema está en sintonía, como se ha visto, con lo previsto en los Convenios de La Haya de 1980 y 1996. A pesar de ello, ciertos autores hacen referencia a ciertos problemas en la praxis debido a una incorrecta aplicación del sistema, que se atribuiría a la falta de confianza mutua entre los Tribunales de los Estados miembros al dilucidar cuál de ellos es el competente en un caso concreto¹⁶⁵⁷.

2.2.3 *Matizaciones a la premisa de la coordinación entre sistemas: las alteraciones del procedimiento de restitución del menor del Convenio de La Haya de 1980 introducidas por el artículo 11 del Reglamento Bruselas II bis*

La idea de coordinación entre los dos modelos diseñados en el Reglamento Bruselas II bis y el Convenio de La Haya de 1980 se ve matizada por las modificaciones procesales

¹⁶⁵⁵ Vid. REIG FABADO, I.: “Incidencia del Reglamento 2201/2003 ...”, *cit.*, p. 231.

¹⁶⁵⁶ Vid. ESPINOSA CALABUIG, R.: “Sustracción de menores ...”, *cit.*, p. 266.

¹⁶⁵⁷ Vid. FORCADA MIRANDA, J.: *Sustracción internacional de menores y mediación familiar*, *cit.*, p. 70.

al procedimiento de restitución del Convenio de La Haya de 1980 recogidas en el Reglamento, y que constituyen el núcleo fundamental de los cambios introducidos por éste. Estas modificaciones, relevantes, constituyen una serie de garantías que deben añadirse a lo establecido en el propio Convenio de La Haya de 1980¹⁶⁵⁸. Así, tal y como señala la Comisión Europea “cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro reciba una solicitud de restitución de conformidad con el Convenio de La Haya de 1980, aplicará las normas del mismo tal y como queda completado por los apartados 1 a 5 del Reglamento”¹⁶⁵⁹.

En tal sentido, en el seno de la UE, una vez acontecido un traslado ilícito, el artículo 11 del Reglamento Bruselas II bis regula el proceso de restitución de dicho menor¹⁶⁶⁰. Así, en el caso de que se solicite la restitución del menor ante las autoridades del Estado miembro donde haya sido trasladado ilícitamente, o retenido, de conformidad con el Convenio de La Haya de 1980, se deberá aplicar, conjuntamente, el artículo 11 del Reglamento Bruselas II bis. Fundamentalmente, el Reglamento establece importantes limitaciones a las reglas contenidas en los artículos 12 y 13 del Convenio de La Haya de 1980¹⁶⁶¹. Dichas alteraciones o “correcciones” son las siguientes:

1) El Reglamento Bruselas II bis refuerza el derecho de audiencia del menor en el proceso. Así, El artículo 11.2 del texto reglamentario exige la posibilidad de audiencia al menor durante el proceso, a menos que no se considere conveniente habida cuenta de su edad o grado de madurez.

2) Además, el Reglamento Bruselas II bis también refuerza el derecho de audiencia de la parte requirente. Esta exigencia se recoge en el artículo 11.5 del texto reglamentario, el cual establece que, en todo caso, los órganos jurisdiccionales no podrán denegar la

¹⁶⁵⁸ Vid. REIG FABADO, I.: “Incidencia del Reglamento 2201/2003 ...”, *cit.*, p. 229.

¹⁶⁵⁹ Vid. COMISIÓN EUROPEA: “Guía práctica para la aplicación del nuevo “Reglamento Bruselas II bis”, *cit.*, p. 53.

¹⁶⁶⁰ Literalmente, el art. 11.1 del Reglamento Bruselas II bis establece que: “Los apartados 2 a 8 será de aplicación cuando una persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia solicite a las autoridades competentes de un Estado miembro que se dicte una resolución con arreglo al Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (denominado en lo sucesivo Convenio de la Haya de 1980), con objeto de conseguir la restitución de un menor que hubiera sido trasladado o retenido de forma ilícita en un Estado miembro distinto del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos”.

¹⁶⁶¹ Vid. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho Internacional Privado*, *cit.*, p. 434.

restitución de un menor sin que se haya dado posibilidad de “*audiencia a la persona que solicitó su restitución*”.

3) En relación con la urgencia del procedimiento, el Reglamento Bruselas II bis incide en la utilización de los procedimientos más expeditivos de cada legislación nacional y, además, establece un plazo de resolución: seis semanas máximo desde la interposición de la demanda, en virtud del artículo 11.3 de la referida norma.

4) Finalmente, una de las modificaciones más relevantes derivada de esta interacción entre el Reglamento y el Convenio, con respecto al juego de este último en el territorio de la Unión, no lo olvidemos, es el refuerzo del principio de retorno del menor al Estado miembro de origen, al limitar la excepción de no retorno prevista en el artículo 13.1.b) del Convenio de La Haya de 1980, referida al grave riesgo del menor de peligro físico o psíquico en caso de retorno. Efectivamente, en virtud del artículo 11.4 del Reglamento Bruselas II bis, los órganos jurisdiccionales no podrán negar la restitución de un menor basándose en lo dispuesto en el artículo 13.1.b) del Convenio si se demuestra que se han adoptado “*medidas adecuadas para garantizar la protección del menor tras su restitución*”. Se ha afirmado que esta previsión ha sido escasamente aplicada en la práctica, especialmente debido a las dificultades a la hora de identificar el contenido de las medidas que puedan garantizar una protección sustantiva del menor¹⁶⁶².

Por tanto, se mantiene el sistema de excepciones al retorno diseñado por el Convenio de La Haya de 1980, con la modificación reseñada del artículo 11.4 del Reglamento Bruselas II bis. En términos generales, las referidas modificaciones procesales han funcionado correctamente en la práctica. De hecho, muchas de estas modificaciones están en línea con las buenas prácticas identificadas por la Conferencia de La Haya de DIPr¹⁶⁶³, como la de considerar si el grave riesgo del menor puede ser abordado en el Estado de previa residencia habitual del menor¹⁶⁶⁴.

A pesar de este buen funcionamiento, en términos generales, del modelo plural conformado, cierto sector de la doctrina ha detectado problemas en relación con la práctica

¹⁶⁶² Así lo afirma BARUFFI, M.C.: “A child-friendly area of freedom...”, *cit.*, p. 395.

¹⁶⁶³ Vid. al respecto las Guías de buenas prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción de menores, disponibles en <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/publications1/?dtid=3&cid=24>.

¹⁶⁶⁴ KRUGER, T. y SAMYN, L.: “Brussels II bis: successes and suggested...”, *cit.*, p. 158.

del artículo 11.4 del Reglamento Bruselas II bis. Esto es, en la obligación de ordenar el retorno, aunque exista riesgo para el menor, cuando se compruebe que existen medidas de protección adecuadas para mitigar dicho riesgo en el Estado miembro de origen. Se ha llegado a cuestionar tanto su efectividad en la práctica como la propia fundamentación de su inclusión en el Reglamento Bruselas II bis¹⁶⁶⁵.

Aparece, de nuevo, la crítica relativa a la alusión a un supuesto uso excesivo del artículo 13.1.b) del Convenio de La Haya de 1980 durante el proceso de elaboración del Reglamento Bruselas II bis. Parece que esta referencia no fue debidamente justificada por parte del legislador de la UE¹⁶⁶⁶.

A lo anterior, se añade que la redacción del artículo 11.4 del Reglamento Bruselas II bis presenta ciertas deficiencias. Entre ellas, que no se especifican que medidas concretas pueden adoptarse para garantizar la protección del menor en el marco del ámbito de aplicación de este precepto. O que no quedan nítidos aspectos como la carga de la prueba, o que se deba probar primero, el riesgo o la existencia de las medidas¹⁶⁶⁷.

Finalmente, se ha planteado que este precepto no toma suficientemente en consideración los supuestos en los que concurre una alegación de violencia doméstica y/o de género, quedando el debate abierto en torno a si con el marco jurídico existente se puede garantizar una protección adecuada, tanto para los menores, como para la madre¹⁶⁶⁸.

2.2.4 El refuerzo de la competencia del Estado miembro de origen: el controvertido mecanismo de prevalencia o de última palabra

Las modificaciones procesales recogidas en los apartados 1 a 5 del artículo 11 del Reglamento Bruselas II bis se aplican cuando se inicie en un Estado miembro un procedimiento de retorno de conformidad con el Convenio de La Haya de 1980. Ahora bien, el legislador de la UE no se limitó a introducir distintas modificaciones procesales al citado procedimiento de retorno convencional. Los apartados siguientes del artículo 11 del Reglamento Bruselas II bis introducen un procedimiento especial, también llamado

¹⁶⁶⁵ RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “La oposición al retorno...”, *cit.*, p. 16.

¹⁶⁶⁶ TRIMMINGS, K.: Child Abduction within the European Union, *cit.*, pp. 237 y ss.

¹⁶⁶⁷ RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “La oposición al retorno...”, *cit.*, p. 16.

¹⁶⁶⁸ *Ibidem.*

mecanismo de prevalencia o de última palabra. Básicamente, este mecanismo tiene por objetivo asegurar que la decisión última sobre el retorno del menor no recaiga sobre el Estado miembro en el que se encuentra ilícitamente el menor, sino que la decisión corresponda a los órganos jurisdiccionales competentes sobre el fondo en virtud del Reglamento Bruselas II bis.

Consecuentemente, este mecanismo desempeña una doble función: por un lado, vigorizar el sistema de competencias en favor del Estado miembro de origen; y por otro, reforzar, aún en mayor medida que el Convenio de La Haya de 1980, el logro del retorno inmediato del menor. Estos objetivos se consiguen, además, mediante la eliminación del *exequátur* de las resoluciones resultantes de este mecanismo, esto es, de las resoluciones del artículo 11.8 del Reglamento Bruselas II bis, certificadas de conformidad con el artículo 42 del mismo texto¹⁶⁶⁹.

Por tanto, desde un punto de vista práctico, se debe partir del siguiente planteamiento. En el caso de que el órgano jurisdiccional de Estado miembro de destino ordene la restitución del menor al Estado miembro de su previa residencia habitual, de conformidad con el Convenio de La Haya de 1980, por supuesto, tal y como queda completado por los apartados 1 a 5 del reglamento Bruselas II bis, el asunto queda resuelto. Sin embargo, en caso contrario, es decir, en el supuesto de que se dicte la no restitución del menor en base a una de las excepciones del artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980, el Reglamento Bruselas II bis posibilita la activación de un procedimiento especial, en esta ocasión en el Estado miembro competente sobre el fondo en virtud del Reglamento, el llamado mecanismo de prevalencia o de última palabra.

2.2.4.1 El complejo funcionamiento del mecanismo de prevalencia o de última palabra recogido en el Reglamento Bruselas II bis en relación con las resoluciones en materia de secuestro de menores

Tal y como se ha planteado, en el caso de que el órgano jurisdiccional de Estado miembro de destino – en el que se encuentra ilícitamente el menor – deniegue su retorno en

¹⁶⁶⁹ Al respecto vid. *supra* Cap. Segundo, ap. I 1.2 “El régimen privilegiado: la eliminación del *exequátur* “en términos absolutos” en relación con diversas resoluciones en materia de responsabilidad parental”.

base a una de las excepciones del artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980, el asunto no termina, sino que se abre la posibilidad de iniciar un procedimiento especial, esta vez en el Estado miembro competente para conocer de las cuestiones de responsabilidad parental en virtud del Reglamento Bruselas II bis— que normalmente será el Estado de residencia habitual del menor inmediatamente anterior al traslado o retención ilícita—.

En este segundo procedimiento, al decidir sobre el fondo de la cuestión, es decir, sobre la problemática de la responsabilidad parental del menor, el órgano jurisdiccional competente sobre el fondo en virtud del Reglamento está facultado para emitir una resolución de retorno del menor, ligada, precisamente, a esta resolución final en materia de la responsabilidad parental de aquel.

En otras palabras, el mecanismo de prevalencia o de última palabra permite el retorno del menor al Estado miembro de previa residencia habitual, a pesar de una resolución de no restitución emitida, previamente, por otro Estado miembro en base a una de las excepciones del artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980. Este retorno se asegura mediante la instauración de un régimen privilegiado de ejecución para la resolución del artículo 11.8 del Reglamento Bruselas II bis, y certificada según el artículo 42 del mismo, conformándose con ello la polémica eliminación del *exequátur* en términos absolutos, esto es, sin posibilidad de alegar ningún motivo de oposición a la ejecución.

De forma detallada, los apartados 6, 7 y 8 del artículo 11 del Reglamento Bruselas II bis prevén las siguientes actuaciones procesales:

1) Una vez se acuerde la no restitución del menor amparándose en el artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980, las autoridades del Estado miembro en donde se encuentra ilícitamente el menor transmitirán toda la documentación del caso, de inmediato, a las autoridades del Estado miembro en donde el menor tenía la residencia habitual inmediatamente antes de su traslado ilícito. Algo que deberán realizar en el plazo de un mes desde la fecha de la resolución de no restitución del menor¹⁶⁷⁰.

¹⁶⁷⁰ Art. 11.6 del Reglamento Bruselas II bis. Concretamente, de conformidad con citado precepto deberán trasladar: “...bien directamente o bien por conducto de su autoridad central, copia de la resolución judicial de no restitución y de los documentos pertinentes, en particular el acta de la vista, de conformidad con lo previsto en la legislación nacional. El órgano jurisdiccional deberá recibir todos los documentos mencionados en el plazo de un mes a partir de la fecha de la resolución de no restitución”.

2) En el supuesto de que no se haya iniciado aun un procedimiento en materia de responsabilidad parental en el Estado miembro en cuestión, el órgano jurisdiccional o la autoridad central notificarán a las partes la información recibida. Además, se les invitará a éstas a presentar sus reclamaciones ante dicho órgano jurisdiccional en un plazo de tres meses a partir de la notificación, con la finalidad de que el órgano jurisdiccional examine la cuestión de la custodia del menor. En caso de que el órgano jurisdiccional no recibe reclamación alguna en el plazo previsto, éste declarará archivado el asunto¹⁶⁷¹.

3) Por el contrario, en el caso de que se inicie o ya estuviera iniciado un procedimiento sobre el fondo de la cuestión en el Estado miembro de residencia habitual del menor, previa a su traslado o retención ilícita, será el momento en el que se resuelva la responsabilidad parental del menor y, concretamente, sus derechos de custodia y visita. En el caso de que los derechos de custodia del menor impliquen el retorno del menor, se instará, a su vez, a la expedición de una resolución de restitución del menor a dicho Estado miembro de previa residencia habitual del menor, en los términos del artículo 11. 8 del Reglamento Bruselas II bis en relación con los artículos 40.1.b) y 42 del mismo¹⁶⁷².

Es, precisamente, esta resolución de restitución del menor la que se ejecutará en el otro Estado miembro sin necesidad de *exequatur*. Literalmente, el artículo 11.8 del Reglamento Bruselas II bis señala que “(a)un cuando se haya dictado una resolución de no restitución con arreglo a lo dispuesto en el artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980, cualquier resolución judicial posterior que ordene la restitución del menor, dictada por un órgano jurisdiccional competente en virtud del presente Reglamento será ejecutiva de acuerdo con la sección 4 del capítulo III, con el fin de garantizar la restitución del menor”.

En definitiva, se posibilita el regreso del menor, a pesar de una resolución anterior que, basándose en las excepciones del artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980, había decretado el no regreso del menor ilícitamente trasladado o retenido.

En cuanto a la finalidad del mecanismo de prevalencia o última palabra, el legislador de la UE entendió que garantizaba el necesario retorno del menor en el menor tiempo posible. La doctrina ha llegado a afirmar que este mecanismo se prevé para resolver un verdadero conflicto entre órganos jurisdiccionales de dos Estados miembros, es decir,

¹⁶⁷¹ Art. 11.7 del Reglamento Bruselas II bis.

¹⁶⁷² Art. 11.8 del Reglamento Bruselas II bis.

entre la decisión de no retorno del Estado miembro requerido y una decisión de retorno tomada por el Estado miembro de origen¹⁶⁷³. Esta idea la sostiene el propio TJUE, al afirmar, como hace en su decisión en el asunto *Aguirre Zárraga*, que el Reglamento Bruselas II bis contiene un sistema en el que en caso de existencia de “*divergencia de apreciación*” entre el Juez de residencia habitual y el Juez del lugar donde el menor está retenido ilícitamente, es el primero de ellos el que conserva la competencia exclusiva para decidir entorno al retorno del menor¹⁶⁷⁴.

El mecanismo de prevalencia o última palabra, además, goza del régimen privilegiado de ejecución del Reglamento Bruselas II bis: la resolución de retorno dictada de conformidad con los artículos 11.8 y 42 del texto reglamentario será directamente ejecutiva en cualquier Estado miembro sin necesidad de *exequátur*, y sin que sea posible oponerse a la ejecución¹⁶⁷⁵.

Consecuentemente, aquello que caracteriza el modelo articulado es que la competencia para comprobar una serie de condiciones de regularidad corresponde al Estado miembro competente sobre el fondo, y que normalmente será el de residencia habitual del menor previa al traslado o retención ilícita, quién emitirá el certificado correspondiente una vez compruebe la concurrencia de los requisitos establecidos.

En este sentido, recordemos que este régimen privilegiado no supone una supresión del control de ciertos requisitos, sino que se produce una transferencia del poder de control de éstos del Estado miembro requerido – en el que se encuentra ilícitamente el menor – al Estado miembro de origen¹⁶⁷⁶. Esto se traduce en una alteración del método tradicional en el que el control de una resolución extranjera se realiza *a posteriori* en el Estado miembro requerido. En este nuevo modelo el control pasa a realizarse *a priori* en el Estado miembro de origen, materializándose en la expedición del certificado correspondiente¹⁶⁷⁷.

¹⁶⁷³ ANCEL, B. y MUIR WATT, H.: “L’*intérêt supérieur de l’enfant dans le concert...*”, *cit.*, p. 602.

¹⁶⁷⁴ Asunto *Aguirre Zárraga*, párr. 42 a 46.

¹⁶⁷⁵ Al respecto vid. *supra* Cap. Segundo, ap. I 1.2 “El régimen privilegiado: la eliminación del *exequátur* “en términos absolutos” en relación con diversas resoluciones en materia de responsabilidad parental”.

¹⁶⁷⁶ ANCEL, B. y MUIR WATT, H.: “L’*intérêt supérieur de l’enfant dans le concert...*”, *cit.*, p. 601.

¹⁶⁷⁷ Vid. ESPINOSA CALABUIG, R.: *Custodia y visita de menores...*, *cit.*, p. 266. En esta línea también MAGNUS, U.: “Section 4. Enforceability of certain judgments...”, *cit.*, p. 376.

2.2.4.2 Una visión crítica del mecanismo de prevalencia o de última palabra

Desde un inicio, el mecanismo de prevalencia o de última palabra fue acogido con serias reticencias por parte de la doctrina. Después de más de diez años de aplicación del Reglamento Bruselas II bis, estas dudas, lejos de disiparse, se han visto reforzadas tras comprobar el funcionamiento práctico del sistema.

1) Una primera crítica cuestionaba y, cuestiona, la propia existencia del mecanismo de prevalencia o de última palabra, y en general, de la introducción de normas institucionales en materia de sustracción internacional de menores. Desde esta postura, se entiende que las bases sobre las que se argumentó y se defendió la necesidad de articular tales normas no estaban debidamente justificadas¹⁶⁷⁸. Concretamente, ya se ha señalado, pareciera que la alusión a un abuso de las excepciones de retorno del Convenio de La Haya de 1980 no se justificó suficientemente durante el proceso de elaboración del Reglamento Bruselas II bis¹⁶⁷⁹.

2) En relación con el punto anterior, se ha alegado que la intervención del legislador de la UE en la materia desencadena un desequilibrio injustificado del régimen convencional. El Convenio de La Haya de 1980 diseña un adecuado balance entre la regla general del retorno del menor, como manifestación del interés del menor en abstracto; y las excepciones al retorno, como manifestación del interés superior del menor en el caso concreto. Y, por tanto, la finalidad del legislador de la UE de priorizar, aún en mayor medida, el retorno del menor no estaría *per se* justificada, puesto que, el propio régimen convencional es capaz de dar una respuesta adecuada en cada caso concreto. Esta línea argumentativa lleva a ciertos autores a plantearse hasta qué punto existe un régimen de complementariedad entre el Reglamento Bruselas II bis y el Convenio de La Haya de 1980 o si, más bien, el artículo 11 del Reglamento lo que supone es una importante alteración del régimen del convencional.

¹⁶⁷⁸ En esta línea RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “La oposición al retorno...”, *cit.*, p. 15 TRIMMINGS, K.: *Child Abduction within the European Union*, *cit.*, pp. 47-69.

¹⁶⁷⁹ Trimmings realiza un estudio en profundidad sobre la sustracción internacional de menores en la UE, planteándose si realmente estaba justificada la intervención del legislador de la UE en la materia. Según la autora, el fallo principal en el proceso legislativo de la UE fue la deficiente investigación sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1980, particularmente de la aplicación del art. 13.1.b) del Convenio. La autora afirma que la suposición sobre el mal uso de la citada excepción se basó, únicamente, en una fuente de información, las estadísticas de la Conferencia de La Haya de 1999. Así la autora afirma que, más allá de un análisis superficial de estas estadísticas, no se llevó a cabo un estudio en profundidad que justificara la necesidad de regular de forma separada las sustracciones de un Estado miembro de la UE a otro. TRIMMINGS, K.: *Child Abduction within the European Union*, *cit.*, pp. 47-69.

Y en este sentido, algún sector de la doctrina llega a la conclusión de que el Reglamento Bruselas II bis rompe el equilibrio del Convenio de La Haya de 1980, al endurecer el mecanismo de retorno del menor y asegurar que el Estado de residencia habitual del menor retiene el control final del futuro del menor sustraído¹⁶⁸⁰.

3) Adicionalmente, gran parte de la doctrina está de acuerdo en afirmar que el mecanismo de prevalencia o de última palabra atenta gravemente contra el principio de confianza mutua entre las administraciones de justicia de los Estados miembros. Y ello, paradójicamente, cuando, precisamente, este mecanismo fue diseñado amparándose tanto en el principio del interés superior del menor como en el principio de reconocimiento y confianza mutuos entre administraciones de justicia.

Según este principio, las administraciones de justicia de todos los Estados miembros de la UE deben confiar en que en el resto de los Estados miembros las normas se están aplicando correctamente. En consecuencia, si es sabido que las excepciones del Convenio de La Haya de 1980 deben aplicarse e interpretarse restrictivamente, todos los Estados miembros de la UE deben asumir que el resto de los órganos jurisdiccionales actúan de forma responsable, empleando estas salvaguardas solo cuando sea estrictamente necesario¹⁶⁸¹.

Por tanto, en la medida que la resolución de no retorno ha sido adoptada de manera responsable por un Juez consciente del carácter excepcional de la denegación del retorno del menor que autoriza el artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980, el principio de confianza mutua debería llevar al respeto de su posición de rechazo al retorno. Todo ello conduce a concluir que no habría justificación para permitir que los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro procedan a revisar estas conclusiones, ya que la prioridad que se le da al Estado miembro de origen puede ser evaluado como un auténtico poder de revisión¹⁶⁸². Y, en este sentido, y de manera muy significativa, producir el efecto contrario, y consecuentemente, quebrar el principio de confianza mutua¹⁶⁸³.

¹⁶⁸⁰ MCELEAVY, P.: “The new Child Abduction Regime in the European Union...”, *cit.*, p. 6; ANCEL, B. y MUIR WATT, H.: “L’*intérêt supérieur de l’enfant dans le concert...*”, *cit.*, p. 602.

¹⁶⁸¹ MCELEAVY, P.: “Brussels II bis...”, *cit.*, p. 510.

¹⁶⁸² ANCEL, B. y MUIR WATT, H.: “L’*intérêt supérieur de l’enfant dans le concert...*”, *cit.*, p. 602.

¹⁶⁸³ Están de acuerdo en afirmar que el mecanismo de prevalencia menoscaba el principio de confianza mutua, entre otros: MCELEAVY, P.: “Brussels II bis...”, *cit.*, p. 510; ANCEL, B. y MUIR WATT, H.: “L’*intérêt supérieur de l’enfant dans le concert...*”, *cit.*, p. 602.; KRUGER, T. y SAMYN, L.: “Brussels II bis: successes

4) Desde un inicio, ciertos autores ya pronosticaron que este mecanismo provocaría potenciales tensiones y resentimiento entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE implicados en la resolución de un caso de sustracción internacional de menores¹⁶⁸⁴.

Ante estos potenciales problemas, se apuntó que la radicalidad del mecanismo de prevalencia solo podría suavizarse si el Estado miembro de origen acepta con plena seriedad el “diálogo judicial”, y los argumentos empleados por el Estado miembro requerido. Así, el efecto no siempre positivo del mecanismo de prevalencia será solo potencialmente neutralizado a partir de la obligación dirigida al órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen de tomar en consideración seriamente los motivos de la decisión de no retorno. Solo en estos términos, de asunción plena y práctica del principio de confianza mutua entre los operadores jurídicos europeos articulado a través de esta forma de diálogo judicial, se podrá atenuar el automatismo y ceguera de la solución del mecanismo de prevalencia¹⁶⁸⁵.

Profundizando en esta dimensión, algunos autores resaltan lo confuso, por no decir directamente ininteligible, que resulta asumir que dos jueces de Estados miembros diversos ordenen decisiones diversas basándose ambos en el Reglamento Bruselas II bis; un texto que, a su vez, remite al Convenio de La Haya de 1980. Y ello, como apunta Espinosa Calabuig, porque se entiende que “entra en colisión, como vemos, aquello que constituye el interés del menor, desde el momento en que unos Tribunales han decidido su no retorno en atención a una serie de causas basadas precisamente en la puesta en peligro de dicho interés y, en cambio, otros Tribunales deciden, en nombre de ese mismo interés, hacer ejecutiva una decisión que ordena justo lo contrario, esto es, el retorno del menor al país donde originariamente tenía su residencia habitual”¹⁶⁸⁶.

Fruto de este potencial conflicto entre dos órganos jurisdiccionales, más que incidir en la referencia al principio de confianza mutua, ciertos autores entienden que el sistema del Reglamento Bruselas II bis favorece un principio de confianza mutua en sentido

and suggested...”, *cit.*, p. 158; ESPINOSA CALABUIG, R.: *Custodia y visita de menores...*, *cit.*, p. 223; RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “La oposición al retorno...”, *cit.*, p. 17. Sin embargo, no toda la doctrina es tan crítica con el mecanismo de prevalencia o de última palabra. Para una visión diferente vid. CARPANETO, L.: “In-Depth Consideration...”, *cit.*, pp. 931-958.

¹⁶⁸⁴ MCELEAVY, P.: “Brussels II bis...”, *cit.*, p. 510.

¹⁶⁸⁵ ANCEL, B. y MUIR WATT, H.: “L’intérêt supérieur de l’enfant dans le concert...”, *cit.*, p. 603.

¹⁶⁸⁶ Vid. ESPINOSA CALABUIG, R.: *Custodia y visita de menores...*, *cit.*, p. 223.

unidireccional hacia el Estado miembro de origen – competente sobre el fondo en virtud del Reglamento-¹⁶⁸⁷. Por ello, gran parte de la doctrina aboga por el establecimiento de un mejor equilibrio entre las competencias del Estado miembro de origen y del Estado miembro requerido, sobre todo en relación con el mecanismo de prevalencia¹⁶⁸⁸. En esta línea, se sugiere que tanto el Estado miembro de origen como el Estado miembro requerido sean más diligentes al tomar sus decisiones, además de que haya una mejor cooperación y comunicación entre ellos.

Desde una postura más positiva, se ha llegado a considerar al mecanismo de prevalencia del Reglamento Bruselas II bis como un instrumento que resuelve el verdadero conflicto de jurisdiccionales producido en torno al retorno del menor, ejemplo de la federalización del espacio europeo¹⁶⁸⁹. Y que, en el sector de la competencia, se presentaría como ejemplo de la cooperación y el espíritu de diálogo que incentiva el legislador de la UE. Particularmente, en relación con la competencia, el artículo 11 del Reglamento exige que el órgano jurisdiccional del Estado miembro de residencia habitual del menor tenga en cuenta seriamente los motivos y argumentos que formuló el otro órgano jurisdiccional para denegar el retorno.

Antes de llegar al desenlace previsto en el artículo 11.8 del Reglamento, el legislador de la UE implica a los órganos jurisdiccionales en un proceso cooperativo en un intento de que sus decisiones se alineen y evitar así la confrontación. Solo en caso de no poder resolverse el conflicto, se otorga la última palabra al Estado miembro de residencia habitual del menor¹⁶⁹⁰. Sin embargo, lo cierto es que algunas de las dudas y objeciones formuladas se han hecho realidad en la praxis del sistema y parece que en la práctica del Reglamento Bruselas II bis no se ha instaurado tal clima de cooperación y de confianza entre órganos jurisdiccionales.

5) Las dudas se han hecho también presentes en relación con el alcance del mecanismo, concretamente, en aquellos casos en los que la resolución de no retorno se basa

¹⁶⁸⁷ CARO GÁNDARA, R.: “Desconfianza comunitaria a la luz de la jurisprudencia...”, *cit.*, p. 420; LÓPEZ DE TEJADA RUIZ, M.: “La supresión del *exequátur* en el espacio...”, *cit.*, p. 6.

¹⁶⁸⁸ MCELEAVY, P.: “Brussels II bis...”, *cit.*, p. 510; ANCEL, B. y MUIR WATT, H.: “L’*intérêt supérieur de l’enfant dans le concert...*”, *cit.*, p. 602; JIMÉNEZ BLANCO, P.: *Litigios sobre la custodia y sustracción...*, *cit.*, p. 140.

¹⁶⁸⁹ ANCEL, B. y MUIR WATT, H.: “L’*intérêt supérieur de l’enfant dans le concert...*”, *cit.*, p. 603.

¹⁶⁹⁰ *Ibidem*.

en varios de los motivos de oposición recogidos en el Convenio de La Haya de 1980¹⁶⁹¹. En relación con este punto, se identifica como problema potencial al hecho de que la activación del mecanismo de prevalencia dependa de la causa de denegación del retorno en la que haya basado el Juez su decisión. Y el problema, como hemos avanzado, radica en que, en la práctica, en muchas ocasiones el Juez se basa en más de un motivo de oposición al retorno, y en estos casos, no queda claro si es posible activar posteriormente el mecanismo de prevalencia.

6) Además, se ha destacado que el mencionado mecanismo de prevalencia del Reglamento Bruselas II bis tiene como consecuencia una respuesta jurídica diferente para los supuestos de sustracción internacional de menores, en función de si la sustracción es *intra*-UE o no¹⁶⁹². Incidiendo en este relevante punto que repercute directamente sobre la uniformidad de la respuesta aportada, se ha cuestionado, a su vez, que el mecanismo de prevalencia del Reglamento Bruselas II bis genera un desequilibrio respecto al resto de excepciones al retorno previstas en el Convenio de La Haya de 1980. En efecto, no existe una “segunda oportunidad” en caso de que el retorno se deniegue en consideración a la apreciación del Juez de que el menor tenía su residencia habitual en su Estado tercero y no en el que se solicitaba.

Tampoco se activa el mecanismo de prevalencia en el supuesto de que el retorno se deniegue porque ha transcurrido más de un año desde la sustracción y el menor se ha integrado en el nuevo medio. Lo mismo ocurre cuando el retorno se rechaza basándose en los derechos fundamentales¹⁶⁹³. Estas dudas en cuanto a la uniformidad de la respuesta jurídica también se han apuntado en relación con el propio ámbito de aplicación material del Reglamento Bruselas II bis. Concretamente, se ha considerado perjudicial el diferente tratamiento y rapidez de ejecución en función del tipo de resolución en materia de responsabilidad parental¹⁶⁹⁴.

7) A mayor abundamiento, desde un punto de vista del interés superior del menor, se ha afirmado que el eventual juego del mecanismo de prevalencia del Reglamento Bruselas

¹⁶⁹¹ RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “La oposición al retorno...”, *cit.*, p. 17; KRUGER, T. y SAMYN, L.: “Brussels II bis: successes and suggested...”, *cit.*, p. 159.

¹⁶⁹² En este sentido, KRUGER, T. y SAMYN, L.: “Brussels II bis: successes and suggested...”, *cit.*, p. 159; e igualmente, RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “La oposición al retorno...”, *cit.*, p. 17.

¹⁶⁹³ KRUGER, T. y SAMYN, L.: “Brussels II bis: successes and suggested...”, *cit.*, pp. 158-159.

¹⁶⁹⁴ MAGNUS, U.: “Section 4. Enforceability of certain judgments...”, *cit.*, p. 377.

II bis retrasa la resolución definitiva del litigio. Intensificando, así, el riesgo de que este procedimiento adicional incrementa potencialmente el conflicto y la tensión en el seno de la familia¹⁶⁹⁵. Siguiendo con esta visión focalizada en la figura del menor, y en relación con el derecho de audiencia de éste, se critica que un menor que no quiere retornar tenga, eventualmente, que pronunciarse repetidamente en dos procedimientos distintos¹⁶⁹⁶. Desde el punto de vista de los derechos del menor resulta altamente cuestionable que se le obligue al menor a expresar sus opiniones en dos ocasiones, con el tensionamiento que ello le puede generar, entendiendo, de alguna manera, que la primera no es suficiente¹⁶⁹⁷.

8) Todas estas críticas se ven intensificadas, además, por la aplicación del régimen privilegiado de reconocimiento y ejecución a la resolución resultante del mecanismo de prevalencia. Y que conduce a la eliminación del *exequátur*, sin posibilidad de alegación de ningún motivo de oposición a la ejecución, de la resolución de retorno dictada de conformidad con los artículos 11.8 y 42 del Reglamento Bruselas II bis. Por consiguiente, a todas las críticas expuestas se sumarían las relativas los problemas expuestos en relación con la eliminación del *exequátur* en términos absolutos¹⁶⁹⁸.

a) Fundamentalmente, se señala la ausencia de una armonización mínima de normas procesales y materiales de los Estados miembros que acompañe esta avanzada apuesta de integración. Y, en consecuencia, las fricciones que existen en la práctica debido a la profunda divergencia de las normas procesales y materiales entre las legislaciones de los Estados miembros. Como prototipo de estos potenciales problemas se cita, reiteradamente, el derecho fundamental del menor a expresar sus opiniones en todos los asuntos que le afectan¹⁶⁹⁹.

¹⁶⁹⁵ RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “La oposición al retorno...”, *cit.*, p. 17; GALLUS, N.: “The point of view of a specialised lawyer”, *cit.*, pp. 30 y 31; KRUGER, T. y SAMYN, L.: “Brussels II bis: successes and suggested...”, *cit.*, p. 33.

¹⁶⁹⁶ RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “La oposición al retorno...”, *cit.*, p. 17.

¹⁶⁹⁷ KRUGER, T. y SAMYN, L.: “Brussels II bis: successes and suggested...”, *cit.*, p. 159.

¹⁶⁹⁸ Sobre este extremo vid., *supra* Cap. Segundo, ap. I. 2.2.1 “Las plurales críticas a la desaparición absoluta del *exequátur*”.

¹⁶⁹⁹ Sobre esta cuestión vid. *supra* Cap. Tercero, ap. III. Entre otros autores, aluden al problema de la divergencia de las legislaciones nacionales de los Estados miembros en materia del derecho de audiencia del menor: ESPINOSA CALABUIG, R.: *Custodia y visita de menores...*, *cit.*, pp. 190 y ss; UBERTAZZI, B.: “The hearing of the child in the Brussels IIa...”, *cit.*, p. 589; BEAUMONT, P., WALKER, L. y HOLLIDAY, J.: “Parental Responsibility...”, *cit.*, p. 5.

A pesar de que constituye un derecho fundamental reconocido tanto por el Comité de Derechos del Niño como por la CDFUE, actualmente, las legislaciones nacionales de los Estados miembros incorporan estándares y garantías muy diferentes en relación con este derecho y su ejercicio. Llegado el caso, el Estado miembro requerido estaría obligado a ejecutar una resolución judicial de otro Estado miembro a pesar de que ésta no cumpla con los estándares establecidos en la legislación del Estado miembro requerido. No obstante, también un sector de la doctrina opina que las legislaciones de los Estados miembros no son tan diferentes y que, con el tiempo, se puede esperar que las diferencias existentes converjan hacia una práctica relativamente uniforme en la materia, especialmente teniendo en cuenta que el TEDH ya ha establecido ciertos estándares generales para la interpretación del artículo 8 del CEDH¹⁷⁰⁰.

b) Un segundo punto crítico constituye la imposibilidad de alegar motivo alguno de oposición en sede de ejecución, y la derivada ausencia de cualquier margen de actuación por parte del Estado miembro requerido. El mecanismo de prevalencia del Reglamento Bruselas II bis puede operar de forma excesivamente rígida¹⁷⁰¹. En este punto, han sido particularmente problemáticas las dudas sobre la efectiva protección de los derechos fundamentales y del principio del interés superior del menor en sede de ejecución, ante la concurrencia de ciertas circunstancias excepcionales que aconsejan el no retorno del menor: por ejemplo, una modificación significativa de las circunstancias desde que se dictó la resolución de retorno. Todas estas críticas llevan, de nuevo, a cuestionar hasta qué punto este mecanismo de prevalencia, reforzado por la eliminación del *exequatur* en términos absolutos, no acaba implicando un menoscabo para el principio de confianza entre administraciones de justicia de los Estados miembros.

¹⁷⁰⁰ MAGNUS, U.: “Section 4. Enforceability of certain judgments...”, *cit.*, p. 377.

¹⁷⁰¹ VAN LOON, H.: “The Brussels IIa Regulation: towards a review?”, *cit.*, p. 202.

2.2.4.3 La práctica del modelo ante el TJUE: la opción por una opción sistémica frente a otra protectora del interés superior del menor

Todas las cuestiones, problemas y críticas expuestas, lejos de disiparse, se intensificaron a raíz de la jurisprudencia del TJUE en la materia¹⁷⁰². El Alto Tribunal ha dejado claro que el órgano jurisdiccional del Estado miembro que recibe una petición de ejecución de una resolución de retorno del artículo 11.8 del Reglamento Bruselas II bis y certificada de conformidad con el artículo 42 del mismo, debe limitarse, exclusivamente, a “constatar la fuerza ejecutiva” de la resolución certificada y ordenar la restitución inmediata del menor¹⁷⁰³. En coherencia con esta interpretación, ni siquiera una modificación de las circunstancias, que puede incidir en el interés superior del menor, puede alterar la ejecución de la resolución que ordena el retorno del menor, certificada de conformidad con el artículo 42 del Reglamento Bruselas II bis¹⁷⁰⁴.

Tampoco una presunta vulneración de un derecho fundamental del menor del artículo 24 de la CDFUE, como es su derecho a ser escuchado, junto con la manifiesta inexactitud del certificado emitido por el Estado miembro de origen, son alegaciones que pueden ser tenidas en cuenta por en sede de ejecución del Estado miembro requerido¹⁷⁰⁵.

El TJUE parte de una interpretación formalista y respetuosa con el sistema de competencias recogido en el Reglamento Bruselas II bis, llevando a sus últimas consecuencias, de forma tajante la eliminación del *exequátur* de las órdenes de retorno emitidas de conformidad con el artículo 11.8 del Reglamento y certificadas conforme al artículo 42 del mismo.

El argumento principal del Tribunal de Luxemburgo reside en reiterar que el control del respeto de los derechos fundamentales y de la consideración del interés superior del menor corresponde, exclusivamente, al Estado miembro de origen, fruto del principio de

¹⁷⁰² Se ha constatado que entre algunos Estados miembros han encontrado problemas prácticos en la ejecución de las resoluciones de retorno en el marco del Reglamento Bruselas II bis. HESS, B. / PFEIFFER, T.: “Interpretation of the Public Policy Exception as referred to in EU Instruments of Private International and Procedural Law”, *Directorate General for internal policies. Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs*, 2011. Versión *on line* disponible en [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2011/453189/IPOL-JURI_ET\(2011\)453189_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2011/453189/IPOL-JURI_ET(2011)453189_EN.pdf), último acceso el 23.4.2020, pp. 38 y 39.

¹⁷⁰³ Asunto *Igna Rinau*, párr. 89.

¹⁷⁰⁴ Asunto *Povse*, párr. 81.

¹⁷⁰⁵ Asunto *Aguirre Zárraga*, párr. 69 a 75.

reconocimiento mutuo imperante en el espacio de libertad, seguridad y justicia. En definitiva, se limita a establecer a quién corresponde la competencia sin entrar en el fondo de la cuestión, es decir, si, al ordenar el retorno del menor, se había protegido el interés superior del menor en el caso concreto¹⁷⁰⁶.

Sin perjuicio de que se reconozca que, realmente, el TJUE tenía escaso margen de interpretación, dada la rigidez del mecanismo de prevalencia del Reglamento Bruselas II bis, lo cierto es que, a raíz de la jurisprudencia del TEDH en materia de sustracción internacional de menores, se abrió un debate en torno a la idoneidad de ponderar de forma más estrecha cuestiones de fondo presentes en este tipo de procesos. En estos casos, el Tribunal de Estrasburgo adopta una interpretación más garantista y sustantiva, centrada en la efectiva consideración del interés superior del menor en el caso concreto, más allá del retorno automático del menor¹⁷⁰⁷.

Además, dicha interpretación va referida tanto al Estado miembro de origen como al Estado miembro requerido. De forma que ambos tienen la obligación de asegurar el cumplimiento de los derechos fundamentales contenidos en el CEDH¹⁷⁰⁸. Por este motivo, inicialmente, esta prioridad por el análisis de fondo parecía incompatible con la competencia exclusiva del Juez de origen para conocer sobre cuestiones de fondo recogidas en el Reglamento Bruselas II bis, y respaldada por el TJUE. No obstante, sin dejar de lado su visión garantista sobre el interés superior del menor en el caso concreto, el TEDH adopta una posición conciliadora, reconociendo explícitamente la compatibilidad con el CEDH tanto del mecanismo de retorno del Convenio de La Haya de 1980 como del mecanismo de prevalencia del Reglamento Bruselas II bis¹⁷⁰⁹.

¹⁷⁰⁶ Sobre la jurisprudencia del TJUE vid. Cap. Segundo, ap. I. 1.3.1 “La opción del TJUE en favor de la ortodoxia del modelo, y del consiguiente apoyo a la prevalencia del Estado miembro de origen” *supra*.

¹⁷⁰⁷ En relación con esta problemática vid. *supra* Cap. Segundo, ap. I. 1.3.2 los *asuntos Neulinger y Shuruk c./ Suiza, M.R y M.L c./ Estonia, X c./ Letonia, Severe c./ Austria*.

¹⁷⁰⁸ El TEDH condena a un Estado miembro que emite una resolución de retorno del menor del art. 11.8 del Reglamento Bruselas II bis certificada de conformidad con el art. 42 del mismo por vulnerar el art. 8 del CEDH en el asunto *Sneersonne y Kampanella c./ Italia*.

¹⁷⁰⁹ Concretamente, en el asunto *Sofia Povse and Doris Povse c./ Austria*, el TEDH aplica la doctrina *Bosphorus* respecto de la actuación de un Estado miembro requerido cuando debe ejecutar una resolución de retorno derivada del mecanismo de prevalencia. Resumidamente, esta doctrina del TEDH supone que, cuando un Estado con un igual estándar de protección de derechos fundamentales que el CEDH, debido a una obligación derivada de una organización internacional, no tenga margen de actuación, se presumirá que su actuación es conforme con el CEDH.

Tampoco los estudios empíricos realizados muestran una buena aplicación del mecanismo de prevalencia del Reglamento Bruselas II bis¹⁷¹⁰. Se ha demostrado que las resoluciones de retorno derivadas de dicho mecanismo han resultado ser inefectivas en la práctica, hasta el punto de que raramente son ejecutadas, a pesar del dato objetivo de que resultan automáticamente ejecutivas. Como reflejo de esta triste realidad, precisamente están los conocidos asuntos *Aguirre Zárraga* y *Povse*, en los que a pesar de los pronunciamientos del TJUE – y del TEDH-, en la realidad los menores nunca fueron retornados al Estado miembro de origen¹⁷¹¹.

En definitiva, se cuestiona la existencia misma del mecanismo de prevalencia, ya que es un sistema que no parece conseguir los objetivos de seguridad jurídica y aplicación uniforme de las reglas procesales entre los Estados miembros de la UE¹⁷¹². Por este motivo, un importante sector de la doctrina ha propuesto, directamente, la supresión total del problemático mecanismo de prevalencia o de última palabra. Y subsidiariamente, en caso de mantenimiento del mecanismo, se han sugerido importantes modificaciones al régimen actual para mejorar su funcionamiento¹⁷¹³. Algo que, como veremos, no ha sido avalado por la redacción del Reglamento Bruselas II ter en el que el mecanismo pervive.

3. El papel complementario del Convenio de La Haya de 1996

El Reglamento Bruselas II bis y el Convenio de La Haya de 1980 protagonizan de forma indubitada el marco jurídico esencial en materia de sustracción internacional de menores producida por el traslado ilícito de un menor desde un Estado miembro de la UE a otro. No obstante, en este juego no debe olvidarse, como un eje transversal, el papel desarrollado por 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

¹⁷¹⁰ VAN LOON, H.: “The Brussels IIa Regulation: towards a review?”, *cit.*, 202-203 y BEAUMONT, P., WALKER, L. y HOLLIDAY, J.: “Conflicts of EU Courts on Child Abduction...”, *cit.*, p. 258; HESS, B. / PFEIFFER, T.: “Interpretation of the Public Policy Exception...”, *cit.*, pp. 38 y 39.

¹⁷¹¹ BEAUMONT, P., WALKER, L. y HOLLIDAY, J.: “Conflicts of EU Courts on Child Abduction...”, *cit.*, p. 230.

¹⁷¹² BARUFFI, M.C.: “A child-friendly area of freedom...”, *cit.*, p. 396.

¹⁷¹³ Entre otros BEAUMONT, P., WALKER, L. y HOLLIDAY, J.: “Conflicts of EU Courts on Child Abduction...”, *cit.*, p. 258; VAN LOON, H.: “The Brussels IIa Regulation: towards a review?”, *cit.*, 202-203; KRUGER, T. y SAMYN, L.: “Brussels II bis: successes and suggested...”, *cit.*, p. 159; RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “La oposición al retorno...”, *cit.*, p. 17.

Parental y de Medidas de Protección de los Niños. Un texto que, si bien no regula directamente la sustracción internacional de menores, sí que es susceptible de jugar un papel complementario en relación con estas situaciones.

Concretamente, en los casos de sustracciones ilícitas de un Estado miembro de la UE – recordemos, Estado contratante del Convenio de La Haya de 1996- y un tercer Estado exclusivamente parte del citado convenio, el Convenio de La Haya de 1996 podría beneficiar al menor involucrado en un supuesto de esta naturaleza en cuanto complementa y refuerza al Convenio de La Haya de 1980¹⁷¹⁴.

En tal sentido, en primer lugar, el Convenio de La Haya de 1996 impide que el progenitor sustractor se beneficie de la situación ilícita para modificar la jurisdicción. En efecto, el artículo 7.1 del Convenio establece que la competencia judicial internacional se mantendrá en el Estado contratante de residencia habitual del menor cuando se produzca un traslado o retención ilícita, excepto cuando concurren dos circunstancias muy delimitadas:

1) Que el menor haya adquirido su residencia habitual en el nuevo Estado contratante y que el titular de los derechos de custodia haya dado su consentimiento al traslado y,

2) que haya transcurrido más de un año desde que se tuvo conocimiento del lugar en el que se encuentra el menor, y que éste haya quedado integrado en su nuevo medio.

Adicionalmente, el artículo 7.3 del Convenio de La Haya de 1996 señala que mientras los Tribunales del Estado contratante de residencia habitual del menor conservan su competencia, los Tribunales del Estado contratante en que se encuentra retenido ilícitamente el menor podrán, exclusivamente, adoptar las medidas urgentes necesarias para la protección de la persona o los bienes del menor, de conformidad con el artículo 11 del texto convencional. Estas medidas urgentes de protección de menores previstas en el Convenio de La Haya de 1996 son susceptibles de jugar un papel determinante en la práctica de los casos de sustracción internacional de menores. En efecto, estas medidas de protección pueden coadyuvar a facilitar el regreso inmediato y seguro del menor al lugar de su residencia habitual con carácter anterior a la sustracción¹⁷¹⁵.

¹⁷¹⁴ HCCH: “Guide to Good Practice ...”, *cit.*, p. 16.

¹⁷¹⁵ *Ibid.*, p. 35.

En este sentido, el artículo 11 del Convenio de La Haya de 1996 permite a cualquier Estado contratante la adopción de medidas provisionales en casos de urgencia para menores que se encuentren en dicho Estado. Como excepción a la regla general de la residencia habitual, este precepto debe interpretarse restrictivamente y deben concurrir, necesariamente, los tres requisitos recogidos en el precepto. Esto es:

- 1) Que el menor o sus bienes se encuentren en el Estado contratante,
- 2) Que sea un caso de urgencia,
- 3) Así como la necesidad de que se adopte una medida provisional.

Dentro del funcionamiento de este precepto, se ubica la potencial adopción de medidas provisionales de protección para asegurar el retorno seguro del menor tras un traslado o retención ilícito¹⁷¹⁶. Será la autoridad competente la que deberá determinar si concurre el requisito de la urgencia y en su caso, cuáles son las específicas medidas provisionales de protección que son pertinentes para el caso concreto. Esta disposición permite que las autoridades competentes del Estado contratante en el que se encuentra presente el menor adopten cualquier clase de medida de protección que estimen conveniente y cuenten con el objetivo de apoyar al procedimiento de retorno del menor iniciado de conformidad con el Convenio de La Haya de 1980.

Adicionalmente, el texto de La Haya de 1996 también juega un papel esencial en el reconocimiento y ejecución de las medidas provisionales de protección en el Estado de residencia habitual del menor previa a su traslado o retención ilícita, cuestión que garantizará un retorno seguro del menor al mencionado lugar de su residencia habitual anterior al traslado o retención ilícita¹⁷¹⁷. Efectivamente, las medidas provisionales dictadas de conformidad con el artículo 11 del Convenio de La Haya de 1996 gozan de eficacia

¹⁷¹⁶ Este caso se cita expresamente como ejemplo en el HCCH: “Manual Práctico sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños”, 2014. Disponible en: <https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=6096&dtid=3>, último acceso el 15.7.2020, p. 70.

¹⁷¹⁷ Sobre el problema del retorno seguro del menor y la importancia de las medidas de protección vid., entre otros: REIG FABADO, I.: “El traslado ilícito de menores ...”, *cit.*, pp. 610-619; MORENO CORDERO, G.: “Las medidas de protección como garantía...”, *cit.*, pp. 607-636; Guía de Buenas Prácticas sobre el art. 13 (1) (b) del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (HCCH: “Guide to Good Practice ...”, *cit.*); HCCH: “Special focus: “Urgent Measures of Protection”, *cit.*..

extraterritorial en el resto de Estados contratantes, a diferencia de las medidas provisionales dictadas de conformidad con el artículo 20 del Reglamento Bruselas II bis¹⁷¹⁸.

Recordemos que la regulación del Reglamento Bruselas II bis en este extremo resulta problemática y, de alguna manera, contraproducente¹⁷¹⁹. Por este motivo, se ha llegado a plantear la posibilidad de aplicar el artículo 11 del Convenio de La Haya de 1996 para supuestos de sustracciones ilícitas *intra*-UE, es decir, aquellas en las que el traslado ilícito del menor se ha producido de un Estado miembro a otro. El Convenio de La Haya de 1996 no deja de ofrecer, en este sentido, una respuesta frente al vacío legal del Reglamento Bruselas II bis. Sin embargo, se ha cuestionado la compatibilidad de la aplicación del artículo 11 del Convenio de La Haya de 1996 cuando es aplicable el Reglamento Bruselas II bis de conformidad con el artículo 61 del Reglamento Bruselas II bis¹⁷²⁰.

En definitiva, los artículos 7.3 y 11 del Convenio de La Haya de 1996 refuerzan sustancialmente el mecanismo de retorno previsto en el Convenio de La Haya de 1980¹⁷²¹, de forma los dos convenios pueden operar simultáneamente en aras a garantizar que el retorno del menor sea efectivo¹⁷²².

II. HACIA UNA MEJOR PROTECCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR: LA REGULACIÓN DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES EN EL REGLAMENTO BRUSELAS II TER Y SUS PRINCIPALES NOVEDADES

El marco normativo articulado por el legislador europeo en relación con la sustracción internacional de menores en el Reglamento Bruselas II bis se caracteriza por su extrema complejidad y por lo problemático de su aplicación. Ello se reputa tanto de las soluciones autónomas diseñadas como de su interacción con el Convenio de La Haya de 1980 y, también, de 1996. Consciente de este hecho, en el nuevo texto de Bruselas II ter el legislador ha intentado mejorar y depurar la respuesta aportada.

¹⁷¹⁸ Sobre esta cuestión vid. *supra* Cap. Tercero ap. I.

¹⁷¹⁹ VAN LOON, H.: “The Brussels IIa Regulation: towards a review?”, *cit.*, p. 194.

¹⁷²⁰ La respuesta parece ser negativa según lo establecido en la COMISIÓN EUROPEA: “Guía práctica para la aplicación del nuevo “Reglamento Bruselas II bis”, *cit.*, p. 89.

¹⁷²¹ VAN LOON, H.: “The Brussels IIa Regulation: towards a review?”, *cit.*, p. 193.

¹⁷²² BARUFFI, M.C.: “A child-friendly area of freedom...”, *cit.*, p. 401.

Capítulo Cuarto. La sustracción internacional de menores como gran protagonista de las modificaciones del Reglamento Bruselas II ter...

Los cambios son tanto de estructura como sustantivos. Desde una perspectiva estrictamente formal, una de las principales novedades del Reglamento Bruselas II ter es la introducción de un Capítulo –el Capítulo III- dedicado, exclusivamente, a la sustracción internacional de menores. La singularización de la problemática y la mayor atención del legislador de la UE a este fenómeno que ello refleja también se deduce de su inclusión expresa en el título del propio texto reglamentario que pasa a denominarse: Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores.

De esta manera, el procedimiento de retorno del menor, que antes se regulaba únicamente en el artículo 11 del Reglamento Bruselas II bis, pasa ahora a estar ampliamente desarrollado en un Capítulo completo del nuevo Reglamento. Previsiblemente, esta nueva estructura mejorará la lectura del Reglamento y su correcto entendimiento y aplicación por parte de los operadores jurídicos.

La reforma en materia de sustracción internacional de menores tiene por objetivo clarificar el ámbito de aplicación del texto reglamentario, así como su relación con otros textos convencionales, principalmente con el Convenio de La Haya de 1980 y el Convenio de La Haya de 1996. Parte de la doctrina entiende que la reforma del Reglamento en materia de sustracción internacional de menores no incluye grandes cambios sustanciales, excepto en algunos puntos concretos. Como, por ejemplo, la introducción de la mediación o la nueva causa de suspensión de las resoluciones judiciales en materia de responsabilidad parental¹⁷²³. Pero, en todo caso no se duda en destacar el carácter didáctico de las nuevas normas en materia de sustracción internacional de menores como una de las principales novedades de la reforma¹⁷²⁴.

¹⁷²³ GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: “La sustracción de menores en el nuevo Reglamento 2019/1111”, en AA.VV.: *Relaciones transfronterizas...*, cit., p. 386.

¹⁷²⁴ Entre otros vid. *ibídem*; RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “El nuevo Reglamento (UE)...”, cit., p. 10.

1. Un primer aspecto: a la búsqueda de una clara delimitación de la relación con el Convenio de La Haya de 1980

Una de las principales novedades de la reforma en materia de sustracción internacional de menores constituye el intento por aclarar la relación del Reglamento con el Convenio de La Haya de 1980. Recordemos que la introducción de normas en materia de sustracción internacional de menores en el Reglamento Bruselas II bis no fue una cuestión pacífica, más bien al contrario, fruto de un proceso complejo que generó una amplia polémica. La solución de compromiso político adoptada, consistente, básicamente, en la inclusión en el Reglamento de ciertas normas que completaban el Convenio de La Haya de 1980, generó algunas dudas sobre la relación entre ambos instrumentos. Mientras el artículo 11 del Reglamento Bruselas II bis parece indicar la relación de complementariedad entre ambos instrumentos normativos, el artículo 60 del mismo texto señala la primacía del Reglamento Bruselas II bis sobre el Convenio de La Haya de 1980. Así, surgía la duda sobre si la relación entre ambos textos era, efectivamente, de complementariedad, o, por el contrario, de prevalencia. Y en todo caso, la articulación de ambas realidades normativas era compleja y daba lugar a una práctica poco lineal.

Estas dudas se intentan disipar ahora con la reforma del Reglamento, mediante diversas referencias tanto en el articulado como en los Considerandos relativos a la relación del nuevo texto reglamentario con el Convenio de La Haya de 1980. De esta suerte, ya en el Considerando 40 del reglamento Bruselas II ter se apunta la relación de complementariedad entre ambos textos, indicando que, cuando se produzca un traslado o retención ilícita de un menor, deberá “*seguir aplicándose*” el Convenio de La Haya de 1980, “*completado*” por el Reglamento Bruselas II ter, y en particular, por el Capítulo III del mismo. En el articulado del nuevo Reglamento, concretamente, en el Capítulo VIII relativo a las relaciones con otros instrumentos, se introduce un precepto dedicado, exclusivamente, a la relación entre el nuevo Reglamento con el Convenio de La Haya de 1980. En tal sentido, el artículo 96 del Reglamento Bruselas II ter establece que, en caso de una sustracción ilícita producida de un Estado miembro a otro, “*seguirán aplicándose las disposiciones del Convenio de La Haya de 1980 tal y como quedan completadas con las disposiciones de los capítulos III y IV del presente Reglamento*”.

El citado precepto también aporta una aclaración interesante al indicar que podrán aplicarse las normas de reconocimiento y ejecución del Reglamento cuando un Estado

miembro dicte una resolución de retorno del menor de conformidad con el Convenio de La Haya de 1980. Y ello, a pesar de que este procedimiento no se considere un procedimiento sobre el fondo, tal y como recuerda el Considerando 16 del nuevo texto reglamentario. Esta solución no quedaba clara en el régimen anterior, precisamente, por no tratarse de resoluciones sobre el fondo del asunto. Estas afirmaciones se reiteran en el artículo 1.3 del Reglamento Bruselas II ter, relativo al ámbito de aplicación: *“los capítulos III y IV del presente Reglamento se aplican en casos de traslado o retención ilícitos de un menor que afecten a más de un Estado miembro, completando el Convenio de La Haya de 1980. El capítulo IV del presente Reglamento se aplica a resoluciones que ordenen la restitución de un menor a otro Estado miembro de conformidad con el Convenio de La Haya de 1980 que deban ser ejecutadas en un Estado miembro distinto del Estado miembro donde se dictó la resolución”*.

En suma, el Capítulo III del Reglamento Bruselas II ter regula el procedimiento de restitución tras un traslado o retención ilícito de un Estado miembro de la UE a otro, completando las disposiciones del Convenio de La Haya de 1980. Este nuevo Capítulo amplía y ordena las normas anteriormente contenidas en el artículo 11 del Reglamento Bruselas II bis. En la nueva y detallada regulación recogida en el texto de 2019 el legislador de la UE ha intentado resolver algunos de los problemas de funcionamiento detectados en la práctica, aunque manteniendo el sistema anterior, muy particularmente, el mecanismo de prevalencia o de última palabra.

2. Un segundo aspecto: las normas de competencia judicial internacional

Un segundo aspecto en el que, como es sabido, encontramos una referencia especial a los casos de sustracción internacional de menores es el sector de la competencia judicial internacional. El engranaje de normas de competencia judicial internacional recogidas en el Reglamento en relación con la responsabilidad parental, que cuenta con sustantividad y objetivos propios, ya ha sido expuesto con anterioridad¹⁷²⁵. Sin embargo, presenta ciertas especialidades y problemas particulares en razón la materia de la sustracción ilícita de menores que conviene resaltar y abordar.

¹⁷²⁵ Vid. *supra* Cap. Primero.

En términos generales, el foro de competencia en esta materia se mantiene inalterado en el nuevo texto de Bruselas II ter. De esta manera, y tal como ya prevé el artículo 10 del Reglamento Bruselas II bis, cuando se produzca un supuesto de sustracción internacional de menores se continúa manteniendo la atribución de la competencia en materia de responsabilidad parental en favor de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de residencia habitual del menor inmediatamente anterior al traslado o retención ilícita, salvo la concurrencia de unas condiciones muy tasadas. Ahora, el foro en materia de sustracción internacional de menores del apuntado artículo 10 del Reglamento Bruselas II bis se mantiene en términos prácticamente idénticos, pasando a estar recogido en el artículo 9 del Reglamento Bruselas II ter.

Siendo el modelo diseñado continuista, un punto adicional merece ser destacado. Frente al sistema de 2003, una de las novedades introducidas en materia de sustracción internacional de menores es la referencia recogida en el artículo 9 del Reglamento Bruselas II ter a “*sin perjuicio del artículo 10*” que, recordemos, refiere a la elección del órgano jurisdiccional¹⁷²⁶. Esta mención, que no se encuentra presente en el texto de Bruselas II bis abre la posibilidad de que los progenitores pacten el foro en materia de responsabilidad parental, en los términos del apuntado artículo 10 del Reglamento Bruselas II ter. La prórroga de la competencia en un contexto de sustracción de menores puede ser muy útil, por ejemplo, en aquellas ocasiones en las que las partes hayan llegado a un acuerdo amistoso que requiera la homologación por parte del órgano jurisdiccional competente sobre el fondo¹⁷²⁷. Concretamente, en el caso en el que el acuerdo se haya llevado a cabo en el Estado en el que se encuentra ilícitamente el menor¹⁷²⁸.

3. Las mejoras en el proceso de restitución como tercer elemento de cambio

Tal y como se ha apuntado ya, en el nuevo Reglamento Bruselas II ter, las previsiones del artículo 11 del Reglamento Bruselas II bis pasan a estar recogidas en un

¹⁷²⁶ Vid. *supra* Cap. Primero, ap. II. 4.2.1.2 relativo al art. 10 del Reglamento Bruselas II ter.

¹⁷²⁷ En este sentido GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: “La sustracción de menores en el nuevo Reglamento...”, *cit.*, p. 389.

¹⁷²⁸ Esta posibilidad había sido reclamada por la doctrina para facilitar los acuerdos de mediación. En este sentido vid. CHÉLIZ INGLÉS, M.C.: “Novedades introducidas por la refundición del reglamento Bruselas II Bis en relación con la sustracción internacional de menores”, en GARCÍA ÁLVAREZ, L. y MARTÍN RODRÍGUEZ, J.M. (coords.): *El mercado único...*, *cit.*, p. 47.

Capítulo completo, facilitando la comprensión y la lectura del texto reglamentario. La reforma mantiene, fundamentalmente, la lógica del régimen anterior en lo relativo al régimen de restitución del menor: esto es, la introducción de ciertas normas procesales que modulan la aplicación del procedimiento de retorno del Convenio de La Haya de 1980.

Ahora bien, a partir de esta premisa, el legislador de la UE ha introducido ciertas modificaciones con el objetivo de depurar diversas deficiencias detectadas en el procedimiento de retorno del menor, buscando con ello, mejorar su eficacia en la práctica¹⁷²⁹.

Estas fallas verificadas en la praxis del modelo del Bruselas II bis podrían estar relacionadas con un conocimiento y aplicación deficiente de los instrumentos jurídicos internacionales. Esto explicaría la preocupación del legislador de la UE por facilitar al máximo la comprensión de las normas en la materia recogidas en el nuevo Reglamento y el carácter didáctico que, como hemos señalado, algún sector de la doctrina atribuye al nuevo Reglamento en esta materia. En esta tarea, el legislador de la UE ha optado por incorporar al texto normativo un conjunto de “buenas prácticas”; esto es, las recomendaciones que se han elaborado en el marco de las Comisiones creadas a tal efecto tanto en la Conferencia de la Haya de DIPr como en la Red judicial civil europea¹⁷³⁰. Estas recomendaciones se focalizan en la edad del menor, sobre la celeridad, urgencia y especialización de este tipo de procedimientos de retorno o el fomento del recurso a la mediación como medio de resolver las disputas surgidas en este ámbito.

3.1 Aclaración sobre la edad del menor

El artículo 22 del nuevo Reglamento Bruselas II ter, en sintonía con el Convenio de La Haya de 1980, aclara que el retorno del menor “*con arreglo al Convenio de La Haya de 1980*” solo podrá solicitarse si el menor tiene menos de dieciséis años. Con este precepto el Reglamento se alinea con lo previsto en el Convenio de La Haya de 1980, cuestión que en el régimen anterior podía resultar dudosa, ya que el Reglamento Bruselas II bis no recoge un concepto del menor.

¹⁷²⁹ En este sentido también BORRÁS, A.: “La sustracción internacional de menores...”, *cit.*, p. 173.

¹⁷³⁰ *Ibid.*, p. 386.

El precepto es claro, en este sentido, al afirmar que los artículos 23 a 29 y el Capítulo VI del presente Reglamento “*serán de aplicación y complementarán el Convenio de la Haya de 1980*” cuando una persona, institución u organismo que invoque una violación del derecho de custodia “*solicite, directamente o con la asistencia de una autoridad central, al órgano jurisdiccional de un Estado miembro que dicte con arreglo al Convenio de La Haya 1980 una resolución por la cual se ordene la restitución de un menor de dieciséis años que haya sido trasladado o retenido de forma ilícita en un Estado miembro distinto del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos*”¹⁷³¹.

3.2 La celeridad, la urgencia y la especialización de los procedimientos de retorno

Una de las prioridades esenciales en los procedimientos relativos a un traslado o retención ilícita de un menor es la rápida resolución del caso. Por este motivo, el Convenio de La Haya de 1980 recoge la regla general del retorno inmediato del menor, acompañada de la orientación de la resolución del caso en un plazo máximo de 6 semanas. Este plazo fue introducido por el Reglamento Bruselas II bis como una obligación para los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. Sin embargo, el legislador de la UE, en la Propuesta de la Comisión de 2016, detectó como una de las deficiencias principales en materia de responsabilidad parental el procedimiento de retorno y su falta de efectividad¹⁷³². En respuesta a este problema, la Comisión propuso una serie de medidas para mejorar la eficacia del procedimiento de retorno del menor en la práctica. Principalmente, propuso la concentración de la jurisdicción para supuestos de sustracción internacional de menores¹⁷³³, la limitación de los recursos¹⁷³⁴ y de la duración del proceso¹⁷³⁵ y la mejora de la cooperación entre autoridades¹⁷³⁶.

No todas las medidas propuestas han superado el proceso de negociación. Y algunas de ellas se han mantenido de una forma indirecta, quedando relegadas a los Considerandos,

¹⁷³¹ Art. 22 del Reglamento Bruselas II bis.

¹⁷³² Vid. COMISIÓN EUROPEA: “Propuesta...”, *cit.*, p. 3.

¹⁷³³ Vid. *Ibid.*, art. 22 y Considerando 26.

¹⁷³⁴ Vid. *Ibid.*, art. 25.4.

¹⁷³⁵ Vid. *Ibid.*, art. 23.1 y 32.4.

¹⁷³⁶ Vid. *Ibid.*, art. 25.1 a) y Capítulo V.

y desapareciendo del articulado. Esto es, finalmente las propuestas de la Comisión han quedado integradas como pautas para una aplicación correcta de las normas en materia de sustracción internacional de menores. Por este motivo, se ha resaltado la apuntada naturaleza didáctica de la nueva regulación en la materia, aunque, no obstante, se ha cuestionado el valor jurídico de estos Considerandos, ya que carecen de valor normativo¹⁷³⁷: “El auténtico alcance del contenido de los considerandos”, se dice, “es poco claro. Depende, en realidad, de la naturaleza de la referencia y del contexto. En ciertos casos el Preámbulo se limita a parafrasear el texto legal y a complementarlo con las pautas interpretativas ya establecidas por la jurisprudencia. En otros, el Preámbulo intenta promover una interpretación uniforme y contiene consideraciones que es altamente probable, aunque no seguro, que serán decisivas en la interpretación del TJUE. Mientras que en el primer caso el contenido del Preámbulo es claramente docente o narrativo, en el segundo, se trata de promover una interpretación uniforme incluyendo elementos cuasi-normativos”¹⁷³⁸. En otras ocasiones, sin embargo, los Considerandos contienen recomendaciones dirigidas al legislador nacional para mejorar el procedimiento de retorno del menor¹⁷³⁹.

3.2.1 La concentración de la jurisdicción para supuestos de sustracción internacional de menores

Una de las medidas introducidas en aras a mejorar la eficacia de los procedimientos de restitución de menores es la concentración de la competencia en materia de sustracción internacional de menores. El objetivo es asegurar que, respetando las estructuras internas de cada administración de justicia, solo un número limitado de órganos jurisdiccionales conozcan de esta tipología de casos. Con ello, se busca una mayor eficacia y aceleración de los procesos, garantizado por la mayor experiencia que los jueces competentes tendrán en los procedimientos de retorno. Así, junto con la concentración se está realizando una correlativa apuesta por la especialización de los órganos jurisdiccionales.

El Considerando 41 del Reglamento Bruselas II ter recoge la recomendación del legislador de la UE, dirigida hacia los Estados miembros, de que consideren la posibilidad

¹⁷³⁷ GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: “La sustracción de menores en el nuevo Reglamento...”, *cit.*, pp. 386 y 387.

¹⁷³⁸ *Ibid.*, p. 387.

¹⁷³⁹ *Ibidem.*

de concentrar la competencia relativa a los procedimientos de restitución de menores en virtud del Convenio de La Haya de 1980, de un modo coherente con la estructura de sus órganos jurisdiccionales nacionales. El tenor es claro: *“a fin de concluir los procedimientos de restitución en virtud del Convenio de La Haya de 1980 lo más rápidamente posible, los Estados miembros deben considerar, de modo coherente con la estructura de sus órganos jurisdiccionales nacionales, la posibilidad de concentrar la competencia relativa a este tipo de procedimientos en el menor número posible de órganos jurisdiccionales.”* Añadiendo, en este sentido que, *“la competencia en los casos de sustracción de menores se podría concentrar en un único órgano jurisdiccional para todo el país o en un número limitado de órganos jurisdiccionales, utilizando como punto de partida, por ejemplo, el número de órganos jurisdiccionales de apelación y concentrando la competencia respecto de los casos de sustracción internacional de menores en un órgano jurisdiccional de primera instancia en cada distrito de un Tribunal de apelación.”*

En la Propuesta de la Comisión de 2016 esta proposición venía incorporada en el articulado. Concretamente, dicha exigencia de concentración de la competencia se contenía en el artículo 22 de la Propuesta, que precisaba que los Estados miembros garantizarán que se concentre la competencia en un número limitado de órganos jurisdiccionales que serán comunicados por cada Estado miembro a la Comisión.

Ahora, en el Reglamento Bruselas II ter, su Considerando 41 propone la opción tanto del establecimiento de un único órgano jurisdiccional para todo el país, o bien otorgar la competencia a un número limitado de órganos jurisdiccionales. Este carácter abierto de la medida ha sido criticado por dejar en manos de los Estados miembros la decisión sobre el número de órganos jurisdiccionales encargados, y, sobre todo, sobre la posibilidad de que sea solo uno para todo el Estado miembro. De hecho, el Parlamento Europeo se mostró en contra, eliminando del Considerando 26 de la Propuesta de la Comisión de 2016 la posibilidad de un Tribunal y sustituyéndolo por una referencia a *“un número limitado de órganos jurisdiccionales”*¹⁷⁴⁰.

Respecto a la orientación del número de Tribunales de apelación, se entiende que el criterio geográfico no es el único que debería tomarse en consideración, sino que es

¹⁷⁴⁰ Vid. PARLAMENTO EUROPEO: “Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta...”, *cit.*, enmienda 14.

esencial ponderar también el factor del volumen de casos registrados en las distintas zonas geográficas¹⁷⁴¹.

En todo caso, y no por ello menos relevante, se echa en falta una alusión expresa a la necesidad de formación constante de los jueces y personal de justicia asignados a dichos órganos jurisdiccionales, como mejor forma de garantizar la especialización y la calidad técnica, más allá de la experiencia¹⁷⁴².

En definitiva, la Comisión propuso una medida de armonización parcial¹⁷⁴³ – concentrando la competencia, pero dejando la elección de cómo hacerlo a los Estados miembros – como medida para aumentar la eficacia de los procedimientos de retorno. Sin embargo, esta propuesta no ha conseguido superar el proceso de negociación, quedando, finalmente, como una mera recomendación en forma de Considerando, con un valor jurídico dudoso, pero claramente indicativo.

Habrá que ver si los Estados miembros acogen esta medida en sus legislaciones nacionales. Por lo pronto, este mandamiento presente en los Considerandos del Reglamento ha sido acogido mayoritariamente como positivo tanto por la doctrina¹⁷⁴⁴ como por las propias instituciones de la UE¹⁷⁴⁵. De hecho, se trata de una de las recomendaciones enunciadas por la Conferencia de La Haya¹⁷⁴⁶. Y, en el caso concreto de España, la reforma española de 2015 en materia de sustracción internacional de menores introduce ya la especialización de los Tribunales y la concentración de la competencia¹⁷⁴⁷.

¹⁷⁴¹ Vid. GANDÍA SELLENS, M. A.: “La responsabilidad parental...”, *cit.*, p. 801.

¹⁷⁴² *Ibid.*, p. 802.

¹⁷⁴³ Vid. RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “La refundición...”, *cit.*, p. 143.

¹⁷⁴⁴ RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “La refundición...”, *cit.*, p. 143; GANDÍA SELLENS, M. A.: “La responsabilidad parental...”, *cit.*, pp. 801 y 802; BEAUMONT, P., WALKER, L. y HOLLIDAY, J.: “Parental Responsibility...”, *cit.*, pp. 2-3. FORCADA MIRANDA, J.: *Comentarios ...*, *cit.*, p. 208.

¹⁷⁴⁵ Vid. COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO: “Dictamen del Comité...”, *cit.*, párr. 2.13.

¹⁷⁴⁶ Vid. Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción de menores. Parte II: medidas de aplicación, 2003, punto 5.

¹⁷⁴⁷ Vid. art. 778 *quater* de la LEC. Al respecto vid., por todos, CHÉLIZ INGLÉS, M.C.: “La sustracción internacional de menores, tras la aprobación de la Ley de Jurisdicción Voluntaria”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, n.º 3, 2015, pp. 246-265.

3.2.2 *La limitación de los recursos y de la duración del proceso*

Otras de las medidas esenciales para conseguir una mayor celeridad de los procedimientos en materia de sustracción internacional de menores son aquellas relacionadas con la limitación de la duración del procedimiento de retorno del menor. Particularmente, mediante la formulación de dos acciones fundamentales: la fijación de un plazo definido para la resolución del procedimiento y la limitación de la apelación a un recurso.

Estas medidas fueron ya propuestas por la Comisión en su Propuesta de 2016, y han sido finalmente incorporadas en el articulado del texto definitivo del Reglamento Bruselas II ter¹⁷⁴⁸.

1) Respecto a la duración del procedimiento, tanto el Convenio de La Haya de 1980, de forma orientativa, como el Reglamento Bruselas II bis, de forma imperativa, establecen un plazo de seis semanas para la resolución del procedimiento sobre el retorno del menor. Pese a la existencia de este plazo, las estadísticas parecen reflejar que los procedimientos de retorno, en la práctica, sufren importantes retrasos, superando el plazo de seis semanas¹⁷⁴⁹. A lo anterior se suman las dudas sobre el alcance del plazo de seis semanas previsto en la regulación actual. En concreto, han surgido cuestiones sobre si el plazo de seis semanas es para todas las instancias o tan solo para la primera. E, igualmente, cabría preguntarse si dentro de este plazo está incluida la ejecución. La práctica ha reflejado las dificultades de tramitar todas las instancias en el breve periodo de tiempo de seis semanas. De hecho, en la Propuesta de la Comisión de 2016 se indica que la duración media de resolución de los procedimientos de retorno es de 165 días¹⁷⁵⁰.

Frente a todas estas cuestiones surgidas en la práctica, el legislador de la UE ha optado por incorporar un plazo más largo, pero articulándolo desde otra perspectiva, más realista. Así, el nuevo Reglamento clarifica que habrá un plazo de seis semanas para cada instancia, fijando un diseño de dieciocho semanas máximo. De esta manera, el nuevo artículo 24 del Reglamento Bruselas II ter, bajo la rúbrica “*procedimiento judicial acelerado*” establece que el órgano jurisdiccional que conozca de una demanda de restitución del menor

¹⁷⁴⁸ COMISIÓN EUROPEA: “Propuesta...”, *cit.*, art. 23.1 y 32.4.

¹⁷⁴⁹ LOWE, N. y STEPHENS, V.: “Part I- A statistical analysis of applications made in 2015...”, *cit.*

¹⁷⁵⁰ COMISIÓN EUROPEA: “Propuesta...”, *cit.*, p. 14.

del Convenio de La Haya de 1980 actuará con urgencia, empleando, para ello, los procedimientos más rápidos que prevea su legislación nacional. El precepto afirma así que, el “*órgano jurisdiccional ante el que se interponga la demanda de restitución de un menor a que se refiere el artículo 22 actuará con urgencia en el marco del procedimiento en el que se sustancie la demanda, utilizando los procedimientos más rápidos que prevea el Derecho nacional*”¹⁷⁵¹.

Este mandato viene articulado en los apartados 2 y 3 del citado precepto en los que se establecen un plazo de seis semanas para la resolución de la primera y segunda instancia, salvo que concurren circunstancias excepcionales. Concretamente, en primera instancia el plazo se concreta en seis semanas desde la iniciación del procedimiento “*salvo que existan circunstancias excepcionales que lo hagan imposible*”¹⁷⁵². Mientras que, en segunda instancia, se afirma que, de nuevo, “*salvo que existan circunstancias excepcionales que lo hagan imposible, los órganos jurisdiccionales de nivel superior dictarán resolución a más tardar seis semanas después de que se hayan efectuado todos los trámites procesales necesarios y el órgano jurisdiccional esté en condiciones de examinar el recurso, bien mediante audiencia o bien de otro modo*”¹⁷⁵³.

En relación con este último punto, el Considerando 42 del nuevo texto reglamentario aclara que dichos trámites pueden incluir, dependiendo del sistema jurídico en cuestión, “*la notificación del recurso al demandado, bien en el Estado miembro en el que se encuentra el órgano jurisdiccional o bien en otro Estado miembro, el envío del expediente y el recurso al órgano jurisdiccional de apelación en los Estados miembros en los que el recurso se ha de presentar ante el órgano jurisdiccional cuya resolución se recurre, o la solicitud de una parte de que se convoque una audiencia si la legislación nacional requiere tal solicitud*”.

A estas doce semanas, el artículo 28.2 del Reglamento Bruselas II ter añade otras seis semanas para el proceso judicial de ejecución. En caso de que la ejecución no se haga efectiva en dicho plazo, la parte que solicitó la ejecución o la autoridad central del Estado miembro de ejecución tendrán el derecho a pedir a la autoridad competente para la ejecución

¹⁷⁵¹ Art. 24.1 del Reglamento Bruselas II ter.

¹⁷⁵² Art. 24.2 del Reglamento Bruselas II ter.

¹⁷⁵³ Art. 24.3 del Reglamento Bruselas II ter.

los motivos del retraso. Sin embargo, no se ha introducido la obligación de los Estados miembros de proporcionar información sobre el número de supuestos que no son ejecutados en el plazo de seis semanas, recogida en la Propuesta de la Comisión de 2016¹⁷⁵⁴. Además, y siguiendo en sede de ejecución, y de nuevo, buscando una resolución más eficaz de los procedimientos de retorno, el artículo 27.6 del Reglamento Bruselas II ter permite la ejecución provisional de las resoluciones de retorno, aunque esté pendiente un recurso, condicionado a que responda al interés superior del menor.

Con vistas a asegurar la máxima celeridad de la resolución de los casos de sustracción internacional de menores, además de introducir medidas en sede judicial, es esencial, a su vez, prestar atención a la fase administrativa previa, y en concreto, a la labor de las autoridades centrales. De conformidad con el artículo 23 del Reglamento Bruselas II ter, la autoridad central requerida deberá actuar con urgencia *“en la tramitación de las solicitudes, basadas en el Convenio de La Haya de 1980, a las que se refiere el artículo 22”* del Reglamento¹⁷⁵⁵. Además, cuando la solicitud se reciba por parte de la autoridad central del Estado miembro requerido, deberá acusar recibo de ella en un plazo de cinco días hábiles, contados a partir de la recepción de la solicitud. Procediendo a informar *“sin dilación indebida a la autoridad central del Estado miembro requirente o al solicitante, según corresponda, de las gestiones iniciales que se hayan realizado o se vayan a realizar para tramitar la solicitud, y podrá solicitar cualquier otro documento o información necesarios”*¹⁷⁵⁶.

No obstante, no se establece un plazo máximo para la resolución de esta fase administrativa, plazo que sí se preveía en la Propuesta de la Comisión de 2016¹⁷⁵⁷. Este último plazo dirigido a las autoridades centrales suponía una novedad respecto a la regulación vigente, garantizando la celeridad en una fase esencial del procedimiento de retorno. De hecho, esta medida había sido acogida positivamente, de forma generalizada, puesto que la actividad de las autoridades centrales es esencial para el impulso del proceso de restitución. Tampoco se ha resuelto la reivindicación de una mayor asignación de recursos

¹⁷⁵⁴ COMISIÓN EUROPEA: “Propuesta...”, *cit.*, art. 79.2 letra b.

¹⁷⁵⁵ Art. 23.1 del Reglamento Bruselas II ter.

¹⁷⁵⁶ Art. 23.2 del Reglamento Bruselas II ter.

¹⁷⁵⁷ Vid. COMISIÓN EUROPEA: “Propuesta...”, *cit.*, art. 63.1.g.

materiales y personales para garantizar en la práctica el efectivo cumplimiento de las funciones asignadas a las autoridades centrales.

En general, la doctrina observa la ampliación del plazo de seis semanas como una respuesta pragmática a las deficiencias detectadas en la práctica¹⁷⁵⁸. Sin embargo, y sin perjuicio de lo anterior, se ha destacado la falta de consecuencias derivadas de la eventual inobservancia del plazo en las diferentes instancias, teniendo en cuenta, además, que la obligación de informar se exige solo para el procedimiento de ejecución. En tal sentido, y considerando la inobservancia generalizada que se ha detectado en la práctica, se duda de que estos nuevos plazos se vayan a respetar¹⁷⁵⁹. A su vez, otro sector doctrinal ha criticado la ampliación de los plazos, ya que no se considera que garanticen una mayor efectividad ni rapidez. Más bien al contrario, se entiende que esta ampliación relajará la tensión de los jueces, lo que provocará un incumplimiento de los nuevos lapsos previstos¹⁷⁶⁰.

2) Una segunda medida tendente a acelerar la resolución definitiva sobre el retorno del menor refiere a la limitación a un solo recurso contra la resolución, por la que se conceda o deniegue la restitución de un menor en virtud del Convenio de La Haya de 1980. Una vez más, la tramitación del Reglamento dio lugar a alteraciones significativas. Así, mientras que en la Propuesta de la Comisión de 2016 la limitación a un recurso se recogía en el artículo relativo al procedimiento de restitución del menor, finalmente esta propuesta ha quedado ahora ubicada en los Considerandos del Reglamento. El artículo 25.4 de la Propuesta de la Comisión de 2016 explicitaba de forma taxativa que, “*contra la resolución por la que se ordena o se deniega la restitución del menor, solo cabrá un recurso*”. Siendo que el Considerando 42 *in fine* del Reglamento Bruselas II ter se limita a señalar a apuntar, con carácter meramente potencial, que “*los Estados miembros deben también considerar la posibilidad de disponer que solo pueda presentarse un único recurso contra una resolución por la que se conceda o deniegue la restitución de un menor en virtud del Convenio de La Haya de 1980*”.

¹⁷⁵⁸ En esta línea RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “La refundición...”, *cit.*, p. 143; GANDÍA SELLENS, M. A.: “La responsabilidad parental...”, *cit.*, pp. 801 y 802; BEAUMONT, P., WALKER, L. y HOLLIDAY, J.: “Parental Responsibility...”, *cit.*, p. 3.

¹⁷⁵⁹ Vid. GANDÍA SELLENS, M. A.: “La responsabilidad parental...”, *cit.*, p. 808.

¹⁷⁶⁰ FORCADA MIRANDA, J.: *Comentarios ...*, *cit.*, pp. 219 y ss.

Esta medida había recibido una valoración positiva por la doctrina que se limitó a advertir sobre la poca claridad del precepto al no explicitar si la apelación en casación está incluida o no¹⁷⁶¹. Mientras que en la Propuesta de la Comisión de 2016 se introducía preceptivamente la limitación a un recurso como una medida de armonización parcial, esta previsión se recoge en el Considerando 42 del nuevo texto reglamentario como una mera sugerencia del legislador de la UE dirigida a los legisladores nacionales. Consecuentemente, con la nueva regulación estará en manos de los Estados miembros limitar o no los recursos, aunque, al menos, sí ha sido posible armonizar los plazos máximos de resolución de cada instancia judicial.

3.3 Novedades en las modificaciones procesales del Convenio de La Haya de 1980

Las modificaciones procesales introducidas en el nuevo texto de Bruselas II ter en relación con el mecanismo del artículo 11 del Reglamento Bruselas II bis pasan ahora a estar recogidas, principalmente, en el artículo 27 del nuevo texto, bajo la rúbrica “*procedimiento de restitución de un menor*”. El nuevo Reglamento Bruselas II ter que contiene varios preceptos relativos al procedimiento de retorno dedica, sin embargo, el artículo 27 del texto al procedimiento de retorno del menor propiamente dicho incorporando diversas novedades relevantes.

3.3.1 El derecho del menor a expresar sus opiniones en los procedimientos de restitución

Una primera cuestión a abordar es la relativa al derecho del menor a expresar sus opiniones, específicamente, en los procedimientos de restitución¹⁷⁶². Se trata de un elemento que ya se encuentra presente en el Reglamento Bruselas II bis, el cual, recordemos, recoge la obligación de la audiencia del menor como modificación procesal respecto al funcionamiento del Convenio de La Haya de 1980¹⁷⁶³. Siguiendo esta línea, el legislador de la UE refuerza la figura de la audiencia del menor en los procedimientos de sustracción

¹⁷⁶¹ En esta línea GANDÍA SELLENS, M. A.: “La responsabilidad parental...”, *cit.*, pp. 807-808; GEDIP (SUBGRUPO NACIONALIDAD): “Comments ...”, *cit.*, párr. 14.

¹⁷⁶² Sobre el derecho del menor a expresar sus opiniones en casos de sustracción internacional de menores vid. PARLAMENTO EUROPEO: “The Child Perspective in the Context of the 1980 Hague Convention”, *cit.*

¹⁷⁶³ Sobre esta cuestión vid. *supra* Cap. Tercero, ap. III.

internacional de menores, dedicando un precepto, exclusivamente, para constatar la plena aplicación del derecho fundamental del menor a expresar sus opiniones en los procedimientos de restitución. Un precepto que tiene por objetivo, en consecuencia, enfatizar la necesidad de cumplir con este derecho aún en este tipo de procedimientos, caracterizados por su especialidad y su carácter expeditivo y sumario.

3.3.2 El contacto del menor con el progenitor solicitante del retorno

En segundo lugar, y esta vez sí de forma novedosa, el artículo 27.2 del Reglamento Bruselas II ter refiere a la posibilidad de que el órgano jurisdiccional pueda examinar, en cualquier fase del procedimiento de retorno, si se debe garantizar el contacto entre el menor y la persona que solicita la restitución, posibilidad condicionada, por supuesto, a la plena satisfacción de su interés superior. Se trata de una medida muy demandada desde ciertos sectores que, sin embargo, no había sido introducida en la Propuesta de la Comisión de 2016, siendo incorporada posteriormente, durante el proceso de negociación.

La finalidad de la medida es evidente. De nuevo, se intenta paliar los efectos perjudiciales que genera el transcurso del tiempo en este tipo de procedimientos, asegurando la continuidad del vínculo entre el menor y la persona que solicita la restitución. Con ello, se evita la interrupción del vínculo afectivo del menor con el otro progenitor, evitando potenciales situaciones traumáticas en caso de retorno tras un largo período de tiempo en el que previsiblemente se ha perdido el contacto con el progenitor.

Aunque es cierto que esta medida ya podía ser adoptada por el órgano jurisdiccional de conformidad con su legislación nacional, su incorporación en el Reglamento Bruselas II ter debe considerarse como un gran acierto. Con este tipo de medidas, el texto reglamentario garantiza una mejor protección del menor en el caso concreto, evitando los efectos nocivos que posee la sustracción internacional de menores y los rígidos procedimientos de retorno. Esta medida, además, cuenta con el valor añadido de permitir alinear al nuevo Reglamento Bruselas II ter con el Convenio de Derechos del Niño, y muy en particular, con el derecho contenido en el artículo 9 del referido texto, relativo al derecho de niño que esté separado de uno o ambos progenitores a mantener relaciones personales y contacto directo con ellos de modo regular, salvo que sea contrario a su interés superior.

3.3.3 El refuerzo del objetivo del retorno seguro del menor

En las últimas décadas se ha generado una preocupación creciente en torno a la cuestión de garantizar no solo el retorno del menor, sino, sobre todo, garantizar que dicho retorno sea seguro. Este retorno seguro constituye un reto para las actuales regulaciones en materia de sustracción internacional de menores, centradas en y articuladas sobre, fundamentalmente, mecanismos de retorno automáticos. Además, el retorno seguro del menor ha adquirido, aún si cabe, una mayor importancia, al aumentar paralelamente la concienciación sobre ciertos problemas sociales como la violencia doméstica y/o de género¹⁷⁶⁴.

Dentro de las diversas facetas que deben contribuir a asegurar un retorno seguro para el menor, el legislador de la UE ha incidido, dentro del procedimiento de retorno de éste, en facilitar la adopción de medidas de protección, tanto por parte del Estado miembro de origen como, como gran novedad, por parte del Estado miembro en el que se encuentra ilícitamente el menor.

3.3.3.1 La comprobación de la adopción de las medidas de protección en el Estado miembro de origen en casos de grave riesgo del menor

En el marco de la problemática respecto al retorno seguro del menor destaca la modificación procesal introducida en su día por el artículo 11.4 del Reglamento Bruselas II bis, la cual se recoge ahora en el artículo 27.3 del nuevo Reglamento. Recordemos que el artículo 11.4 del Reglamento Bruselas II bis incorpora el impedimento de denegar el retorno de un menor en base al artículo 13.1.b) del Convenio de La Haya de 1980, siempre que se demuestre que se han adoptado las medidas de protección pertinentes en el Estado miembro de previa residencia habitual del menor para contrarrestar tal situación de riesgo. A pesar de su novedad, este precepto planteó dudas sobre cómo garantizar la efectiva protección de un menor expuesto a una situación de riesgo.

Aunque se ha llegado a sugerir su escasa operatividad en la práctica, el legislador de la UE ha optado por mantener esta modificación en el nuevo Reglamento. Ahora bien, ha

¹⁷⁶⁴ Sobre esta problemática vid. *supra* Cap. Cuarto, ap. I. 1.1.3 “Una nueva -y relevante- frontera: la alegación de violencia doméstica y/o de género como causa de no retorno del menor”.

procedido a abordar igualmente aquellos aspectos más problemáticos del planteamiento de este precepto, sobre todo, en aras a asegurar una mejor protección del menor en riesgo, siguiendo la posición tendente a asumir una mayor preocupación en atender no solo el retorno del menor, sino más bien, que dicho retorno sea seguro¹⁷⁶⁵.

Los cambios introducidos por el legislador de la UE son plurales. Así, en primer lugar, se limita la aplicación de esta restricción a los supuestos en los que la única causa alegada sea el grave riesgo del menor, es decir, se invoque el artículo 13.1.b) del Convenio de La Haya de 1980. Junto a ello, en segundo lugar, el legislador de la UE clarifica que la carga de la prueba corresponde a la persona que solicita el retorno, sin perjuicio de que el órgano jurisdiccional pueda llegar a tener conocimiento de la existencia de las medidas de protección por otros cauces.

A su vez, en tercer lugar, el nuevo Reglamento Bruselas II ter hace frente a uno de los problemas principales con los que se encontraba el antiguo artículo 11.4 del Reglamento Bruselas II bis. Este problema estriba en la dificultad para el órgano jurisdiccional de verificar la existencia de las medidas de protección en el Estado miembro de residencia habitual del menor, sin la ayuda de las autoridades de dicho Estado.

Para facilitar esta tarea, el nuevo Reglamento incide en la posibilidad del órgano jurisdiccional de emplear los cauces de cooperación existentes para averiguar la existencia o no de las medidas de protección. Tal es la importancia de la cooperación en este ámbito que el legislador de la UE introduce un apartado, el 3, en el artículo 27 del nuevo Reglamento exclusivamente para recalcar la posibilidad del órgano jurisdiccional, tanto de recurrir a la comunicación directa como otros cauces de cooperación en materia de responsabilidad parental previstos en los Capítulos V y VI del Reglamento Bruselas II ter¹⁷⁶⁶.

A mayor abundamiento, el legislador de la UE, con objeto de facilitar la aplicación de este precepto en la práctica, introduce en el Considerando 45 del Reglamento Bruselas II ter ciertos ejemplos de disposiciones consideradas como adecuadas para garantizar la protección del menor tras su restitución. Textualmente, señala las siguientes; “*una orden de*

¹⁷⁶⁵ Sobre estos problemas vid. *supra* Cap. Cuarto, ap. I. 2.2.3 “Matizaciones a la premisa de la coordinación entre sistemas: las alteraciones del procedimiento de restitución del menor del Convenio de La Haya de 1980 introducidas por el artículo 11 del Reglamento Bruselas II bis”.

¹⁷⁶⁶ Al respecto vid. *supra* Cap. Tercero, ap. II “Profundizando en la cooperación judicial y administrativa como reto para el Reglamento Bruselas II ter”.

un órgano jurisdiccional del Estado miembro por la que se prohíba al demandante acercarse al menor; una medida provisional, incluidas las medidas cautelares, de dicho Estado miembro por la que se permita al menor permanecer con el progenitor que lo ha sustraído y que asume su cuidado efectivo hasta que se adopte en ese Estado miembro una resolución sobre el fondo de los derechos de custodia tras la restitución; o, en caso de que el menor necesite tratamiento médico, la prueba de que se tiene acceso a los servicios médicos oportunos”.

3.3.3.2 Las medidas provisionales y cautelares dictadas por el Estado miembro en el que se encuentra ilícitamente el menor

En el marco de la problemática relativa a cómo garantizar el retorno seguro del menor en supuestos en que haya un potencial riesgo para el mismo en caso de retorno, una reivindicación que se ha planteado en la práctica refiere a la facultad del órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que se encuentra ilícitamente el menor de dictar medidas provisionales. En efecto, en caso de que se alegue una causa de grave riesgo para el menor si retorna al Estado miembro de su residencia habitual, y no se haya podido constatar la existencia de medidas de protección en dicho Estado, sigue existiendo la posibilidad de que sea el Estado miembro requerido el que dicte las medidas de protección que estime oportunas.

Ciertamente, para que tenga sentido esta medida, tales medidas de protección complementarían la resolución de retorno y deberían acompañar al menor en dicho retorno. Esto es, las medidas de protección dictadas por el órgano jurisdiccional que ordena el retorno deberían ser susceptibles de reconocimiento y ejecución en el Estado miembro al que retorna el menor. Sin embargo, esta opción no es posible en el sistema del Reglamento Bruselas II bis, ya que las medidas provisionales dictadas por órganos jurisdiccionales no competentes sobre el fondo en virtud del Reglamento no gozan del régimen de eficacia extraterritorial previsto en el citado texto. Esta limitación ha conducido a un menoscabo de la protección del menor en supuestos de grave riesgo, especialmente en supuestos de violencia doméstica y/o de género.

En un intento de sortear este problema, se llegó a plantear la posibilidad de recurrir al régimen de medidas provisionales previsto por el Convenio de La Haya de 1996, que sí

permitía la eficacia extraterritorial de medidas provisionales dictadas por un órgano jurisdiccional no competente sobre el fondo en virtud del Convenio¹⁷⁶⁷. Sin embargo, esta solución planteaba, a su vez, importantes dudas sobre la relación entre el Reglamento Bruselas II bis y el Convenio de La Haya de 1996.

Estos evidentes problemas fueron detectados por la Comisión Europea, quién intentó darles respuesta en la Propuesta de 2016. Específicamente para los procesos de restitución de menores, la Comisión Europea introducía la posibilidad de adoptar medidas provisionales o cautelares¹⁷⁶⁸. Esta opción se ha visto ahora recogida en los actuales artículos 27.5 y 15 del Reglamento Bruselas II ter-¹⁷⁶⁹. Como novedad frente al sistema anterior, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que se encuentra ilícitamente el menor no solo tendrán competencia para dictar medidas de protección dictadas ante una situación de grave riesgo del artículo 13.1.b) del Convenio de La Haya de 1980. Sino que, además, dichas medidas podrán ser reconocidas y ejecutadas en otros Estados miembros, y en concreto, tal y como apunta el Considerando 30 del Reglamento Bruselas II ter, estas medidas permanecerán en vigor hasta que un órgano jurisdiccional del Estado miembro de residencia habitual del menor tome las medidas que considere apropiadas.

Tal y como explicaba la Propuesta de la Comisión de 2016, la finalidad de este nuevo régimen estribaba en lograr que las medidas provisionales dictadas por el Estado miembro en el que se encuentra ilícitamente el menor pudieran “viajar con el menor” al Estado miembro de su residencia habitual, siendo susceptibles de ser reconocidas y ejecutadas en dicho Estado hasta el momento en que los órganos jurisdiccionales competentes sobre el fondo en virtud del Reglamento se pronunciasen sobre las medidas. La Comisión citaba como ejemplo paradigmático de lo anterior el supuesto de la concesión provisional por el Estado miembro requerido del derecho de visita a uno de los progenitores, que sería ejecutable en el Estado miembro de origen hasta el momento en que se dictara en éste una resolución final en relación con el derecho de visita del menor¹⁷⁷⁰. Otros ejemplos similares se recogen en el Considerando 46 del Reglamento Bruselas II ter: “*la decisión de*

¹⁷⁶⁷ Vid. art. 11 del Convenio de La Haya de 1996.

¹⁷⁶⁸ COMISIÓN EUROPEA: “Propuesta...”, *cit.*, art. 25.1, de conformidad con el art. 12.

¹⁷⁶⁹ En profundidad sobre este punto vid supra Cap. Tercero, ap. I. 3.2.4 “Epílogo: la eficacia extraterritorial de diversas resoluciones en materia de secuestro de menores emanadas de un órgano jurisdiccional no competente sobre el fondo como excepción a la regla general de la no eficacia”.

¹⁷⁷⁰ Vid. COMISIÓN EUROPEA: “Propuesta...”, *cit.*, p. 15.

que el menor siga residiendo con la persona que asume su cuidado efectivo o la determinación del modo en que deben tener lugar los contactos con el menor tras la restitución hasta que el órgano jurisdiccional del Estado de residencia habitual del menor haya dictado las medidas que considere apropiadas”.

En este marco, esta posibilidad vendría a complementar la prohibición dirigida hacia el órgano jurisdiccional competente de dictar una resolución de no retorno basada en el artículo 13.1 b) del Convenio de La Haya de 1980 si se demuestra que se han adoptado las medidas de protección adecuadas en el Estado miembro de residencia habitual, previa al traslado o retención ilícito, para garantizar la protección del menor tras su restitución. En este sentido, el Considerando 29 del texto de 2019 explica que, con anterioridad a dictar una resolución de retorno, el órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que se encuentra ilícitamente el menor debe comprobar no solo que no se hayan adoptado medidas de protección, sino si se podrían adoptar tales medidas.

De esta suerte, el legislador europeo pretende dar solución a los problemas evidenciados en algunos de los asuntos que han llegado al TJUE, particularmente derivados de la aplicación de la excepción del artículo 13.1.b) del Convenio de La Haya de 1980. Concretamente, esta medida fortalece la posición del órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que se encuentra ilícitamente el menor para enfrentarse a las alegaciones de la excepción del artículo 13.1.b) del referido Convenio. Así, dicho Juez contará con la posibilidad de adoptar las medidas provisionales que considere oportunas, las cuales serán ejecutables en el Estado miembro de origen.

Existen ciertos autores que apuntan al carácter positivo de esta medida, ya que, sin duda, permitirá favorecer el retorno del menor, fortaleciendo a su vez las garantías de protección del menor¹⁷⁷¹. Sin embargo, en relación con esta cuestión, también se pusieron de relieve ciertas críticas respecto a la Propuesta de la Comisión de 2016. Existiendo distintos autores que llegan a situar la inclusión de las medidas provisionales específicamente en el Capítulo relativo a la sustracción internacional de menores como un retroceso respecto a la regulación actual. Y ello porque se entiende que la redacción del precepto es ambigua respecto a si las medidas provisionales son para ordenar el retorno del

¹⁷⁷¹ En este sentido RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “La refundición...”, *cit.*, p. 144.

menor, o mediante una interpretación poco deseable, precisamente para el no retorno del menor¹⁷⁷².

Adicionalmente, en relación con las medidas provisionales, una preocupación que aún no ha sido resuelta por el legislador europeo es la protección del progenitor sustractor en supuestos en los que hay un riesgo de violencia de género. Al respecto, el Parlamento Europeo sugirió añadir tras la expresión “*en caso de urgencia*”, una referencia expresa a los casos de violencia doméstica o de género¹⁷⁷³. Sin embargo, esta enmienda no fue incorporada al texto final.

Con el objetivo de mejorar la protección de la madre, se ha planteado como una posible solución la extensión de las medidas de protección también a la madre sustractora, por ejemplo, adoptando una medida de alojamiento seguro del progenitor sustractor y del menor. No obstante, una referencia expresa a la protección de la madre hubiera ayudado a su protección en la práctica, puesto que, con la nueva redacción, queda asegurada la protección del menor, pero sigue siendo complicado incluir a la madre en las medidas de protección. En relación con esta materia, también queda sin resolver el problema de los cargos penales sobre el progenitor sustractor¹⁷⁷⁴.

En definitiva, el legislador de la UE ha mejorado la regulación existente, respondiendo a la preocupación creciente por asegurar más que el retorno del menor, un retorno seguro y lo menos traumático posible. Con las nuevas medidas, previsiblemente en la práctica resultará más sencillo proteger al menor por parte del Estado miembro en el que se encuentra ilícitamente. Así, el órgano jurisdiccional del Estado miembro al que fue ilícitamente trasladado el menor cuenta con una serie de facultades, tanto para averiguar si se han adoptado las oportunas medidas provisionales de protección en el Estado miembro de previa residencia habitual, como para adoptarlas en caso de ser necesario. Para ello, además, se fomenta la imprescindible comunicación y cooperación entre ambos Estados miembros, de cuya adecuada puesta en práctica dependerá el éxito de la nueva regulación.

¹⁷⁷² Así lo afirma GANDÍA SELLENS, M. A.: “La responsabilidad parental...”, *cit.*, p. 810.

¹⁷⁷³ Vid. PARLAMENTO EUROPEO: “Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta...”, *cit.*, enmienda 46.

¹⁷⁷⁴ Vid. BEAUMONT, P., WALKER, L. y HOLLIDAY, J.: “Parental Responsibility...”, *cit.*, p. 11.

No obstante, perdura como reto pendiente afrontar los procedimientos de retorno en los que se alega violencia doméstica y/o de género¹⁷⁷⁵. Aunque es cierto que las modificaciones introducidas mejorarán la respuesta a esta problemática, lo cierto es que el legislador de la UE ha decidido guardar silencio sobre este asunto y abordarlo de forma indirecta, o al menos, sin hacer referencia expresa a estos casos. Quizá se echa en falta una involucración más directa del legislador de la UE con vistas a clarificar la aplicación de la regulación en materia de sustracción internacional de menores a este tipo de casos, cuestión altamente problemática y delicada que suscita problemas en la práctica.

3.4 La introducción de la figura de la mediación en el ámbito de la sustracción internacional de menores

Junto a todas estas medidas apuntadas, una de las mayores novedades introducidas en la regulación de la sustracción internacional de menores es la inclusión expresa en el nuevo Reglamento de la posibilidad de recurrir a formas alternativas de resolución de litigios¹⁷⁷⁶. Así, el artículo 25 del Reglamento Bruselas II ter afirma de forma taxativa que, en cualquier fase del procedimiento, el órgano jurisdiccional, directamente o, si procede, con la asistencia de las autoridades centrales, “*lo antes posible y en cualquier fase del procedimiento*”, invitará a las partes a que consideren si están dispuestas a recurrir a la figura de la mediación o a cualquier otra vía de alternativa de resolución de litigios. Esta opción presenta ciertas limitaciones articuladas por el propio legislador europeo en el mencionado artículo 24 del Reglamento. Se exceptiona, así, el recurso a la mediación y otros medios de resolución alternativa de litigios, si ello puede ser contrario al interés superior del menor, no resulte adecuado en el caso particular o conlleve un retraso indebido del procedimiento. Además, de estos supuestos, el Considerando 43 del Reglamento Bruselas II ter reitera que la mediación puede no resultar apropiada en todos los casos, mencionando, en particular, los casos de violencia sobre la mujer.

¹⁷⁷⁵ Sobre esta cuestión vid. RUIZ SUTIL, C.: “Implementación del Convenio de Estambul en la refundición del Reglamento Bruselas II bis y su repercusión en la sustracción internacional de menores”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 10, n.º 2, 2018, pp. 615-641.

¹⁷⁷⁶ Sobre el recurso a la figura de la mediación en supuestos de sustracción internacional de menores vid., por todos, CHÉLIZ INGLÉS, M.C.: *La sustracción internacional de menores y la mediación...*, cit.

Este precepto supone, en definitiva, una manifestación con vocación didáctica, de la voluntad del legislador europeo de fomentar el recurso a las ADR en el seno de la Unión. Se resalta, así, que en todo proceso de restitución deberá considerarse, de forma obligada, la mediación como alternativa al proceso judicial, otorgándose, especialmente a este instituto, un papel complementario de especial transcendencia en el texto reglamentario como vía para la resolución de este tipo de conflictos y evitando, en todo caso, que pueda tener un efecto dilatorio¹⁷⁷⁷.

En esta línea, el legislador de la UE, en un claro intento de fomentar la mediación, señala en el Considerando 43 del texto reglamentario que debe preverse la posibilidad de prorrogar la competencia en favor del órgano jurisdiccional que esté conociendo sobre el retorno, de forma que pueda darle efecto jurídico al acuerdo no solo en materia del retorno del menor sino, también, en materia de responsabilidad parental. La introducción de la mediación para supuestos de sustracción internacional de menores es complementaria a la obligación de la autoridad central de facilitar la resolución amistosa de los conflictos en materia de responsabilidad parental, recogida en el artículo 79.g) del Reglamento Bruselas II ter.

En relación con esta materia, la doctrina está dividida respecto a la idoneidad o no de la figura de la mediación en supuestos de sustracción internacional de menores. Un argumento relevante en favor del recurso a la mediación es el evidente cambio de lógica en la resolución del conflicto. Frente a la confrontación de un procedimiento de restitución, se fomenta la cooperación y el acuerdo¹⁷⁷⁸. En esta línea, se ha apuntado que la previsión del recurso a la mediación en el nuevo Reglamento tiene el valor adicional de suponer un reconocimiento, indirecto, de los problemas y deficiencias estructurales del procedimiento de restitución. González Beilfuss entiende, en este sentido, que el procedimiento de restitución “exacerba el clima de confrontación entre los progenitores contribuyendo a hacer inevitable la cooperación futura”. Incidiendo en el carácter potencialmente lesivo que pueden llegar a tener las armas coactivas del Derecho en este tipo de supuestos, con

¹⁷⁷⁷ GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: “La sustracción de menores en el nuevo Reglamento...”, *cit.*, p. 396.

¹⁷⁷⁸ En este sentido GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: “La sustracción de menores en el nuevo Reglamento...”, *cit.*, p. 397.

resultados inoperantes o muy traumáticos para las personas involucradas, y, sobre todo, para el menor¹⁷⁷⁹.

Aquellos que acogen positivamente la llamada a la mediación advierten, sin embargo, del carácter escaso de su formulación en el nuevo texto reglamentario, al no detallarse el procedimiento a seguir y las garantías necesarias para su desarrollo debido, quizá, a las divergencias entre los Estados miembros en la materia¹⁷⁸⁰. A este respecto, el Parlamento Europeo enmendó considerablemente el Considerando 28 de la Propuesta de la Comisión de 2016 –relativo a la mediación– llegando a introducir un nuevo Considerando 28 bis relativo a la formación de los mediadores y jueces¹⁷⁸¹. De ello se deriva la relevancia otorgada por el Parlamento Europeo a la mediación en procesos de familia transfronterizos, intentando potenciar esta figura. No obstante, tales propuestas finalmente no han sido incorporadas en el texto final del nuevo Reglamento. En el extremo doctrinal opuesto, se alaba, precisamente el carácter flexible y abierto del régimen introducido en el Reglamento Bruselas II ter¹⁷⁸².

En sentido contrario, varios autores se muestran cautelosos respecto al potencial uso del instituto de la mediación en supuestos de sustracción de menores. En primer lugar, porque entienden que estamos ante situaciones de enorme complejidad y tensión por ambas partes en la que sería difícil llegar a un acuerdo, y menos por parte del progenitor que ostenta los derechos de custodia.

En segundo lugar, su utilización es vista como una oportunidad para una posible estrategia del progenitor sustractor para dilatar el procedimiento y, con ello, retrasar el retorno del menor que, además, resulta muy difícil de detectar en la práctica¹⁷⁸³. Por ello, hay autores que se muestran manifiestamente contrarios al posible uso de la mediación en supuestos de sustracción internacional de menores –sí estarían de acuerdo, por contra, para supuestos de responsabilidad parental –ya que entienden que el interés superior del menor en estos casos se tutela mejor mediante la solución impuesta por un tercero. De esta suerte,

¹⁷⁷⁹ *Ibidem*.

¹⁷⁸⁰ En esta línea RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “La refundición...”, *cit.*, p. 144; BEAUMONT, P., WALKER, L. y HOLLIDAY, J.: “Parental Responsibility...”, *cit.*, pp. 12-13; GEDIP (SUBGRUPO NACIONALIDAD): “Comments ...”, *cit.*, párr. 26.

¹⁷⁸¹ Vid. PARLAMENTO EUROPEO: “Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta...”, *cit.*, enmiendas 14 y 15.

¹⁷⁸² FORCADA MIRANDA, J.: *Comentarios ...*, *cit.*, p. 231.

¹⁷⁸³ Vid. BEAUMONT, P., WALKER, L. y HOLLIDAY, J.: “Parental Responsibility...”, *cit.*, p. 4.

se dice, sería más eficiente formar a los jueces en fórmulas creativas que permitan mantener el contacto del menor con ambos progenitores aún en casos transfronterizos¹⁷⁸⁴.

Otra perspectiva adicional es considerar a la figura de la mediación como un medio de prevención precisamente de los casos de sustracción ilícita internacional, es decir, como una medida *ex ante*¹⁷⁸⁵.

Más allá de la, quizás no especialmente sofisticada ni apropiada, formulación del recurso a la mediación introducida en el Reglamento Bruselas II ter, sin duda, el empleo de métodos amigables de solución de conflictos se está incrementando en general en el Derecho de familia tanto en Europa como fuera de ella. En la UE numerosos autores han manifestado la necesidad de desarrollar cauces para facilitar el recurso a la mediación transfronteriza en el seno de los conflictos de familia. En el marco de esta tendencia, también se ha reivindicado la necesidad de impulsar la mediación internacional para supuestos de sustracción internacional de menores¹⁷⁸⁶.

4. Una oportunidad perdida: el mantenimiento del sistema de retorno con la introducción de medidas para mejorar el funcionamiento del mecanismo de prevalencia

El nuevo Reglamento Bruselas II ter mantiene, en líneas generales, el llamado mecanismo de prevalencia o de última palabra. A pesar de las abundantes críticas y de la complejidad del referido mecanismo, el legislador de la UE ha decidido respetarlo en el nuevo texto parlamentario. Ahora bien, el legislador de la UE ha intentado clarificar el citado procedimiento especial, depurando y clarificando su funcionamiento. Ya en la Propuesta de la Comisión de 2016 se introdujeron ciertos elementos para corregir los eventuales excesos del mecanismo de prevalencia, Sin embargo, en este punto se han producido importantes variaciones desde la Propuesta hasta el texto definitivo de 2019, reflejando, implícitamente, el debate que suscita el polémico mecanismo de prevalencia.

¹⁷⁸⁴ En esta línea GANDÍA SELLENS, M. A.: “La responsabilidad parental...”, *cit.*, p. 812.

¹⁷⁸⁵ Vid. FORCADA MIRANDA, J.: *Sustracción internacional de menores y mediación familiar*, *cit.*, p. 15.

¹⁷⁸⁶ En este sentido vid. FULCHIRON, H.: *Les enlèvements internationaux d'enfants*, Droit et Justice, Paris, 2005; AZCÁRRAGA MONZONÍS, C.: “Sustracción internacional de menores: vías de actuación en el marco jurídico vigente”, *Revista Boliviana de Derecho*, n.º 20, julio 2015, pp. 192-213; FORCADA MIRANDA, J.: *Sustracción internacional de menores y mediación familiar*, *cit.*, 2015.

De entrada, el citado mecanismo se clarifica estructuralmente, puesto que pasa a estar contenido, de forma separada, en el artículo 29 del Reglamento Bruselas II ter, bajo el título “*procedimiento siguiente a la denegación de restitución del menor con arreglo al artículo 13, párrafo primero, letra b), y el artículo 13, párrafo segundo, del Convenio de La Haya de 1980*”. Tal y como explicita el apartado primero del citado precepto, el mecanismo de prevalencia se activa cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro dicta una resolución de denegación de restitución de un menor a otro Estado miembro en base únicamente en el artículo 13.1.b) del Convenio de La Haya de 1980 –grave riesgo para el menor en caso de retorno- o el artículo 13.2 del citado texto –firme oposición del menor al retorno-.

4.1 La limitación de los supuestos en los que se aplica el mecanismo de prevalencia

En este primer apartado del artículo 29 del Reglamento Bruselas II ter radica una de las principales modificaciones introducidas en el nuevo Reglamento, como es la limitación, en un doble sentido, del ámbito de aplicación del mecanismo de prevalencia. Por un lado, este mecanismo solo se podrá activar cuando se aleguen las causas relativas al grave riesgo del menor o a la firme oposición del menor al retorno. Y, por otro, se acota a los supuestos en los que los motivos para el no retorno se justifiquen solo en base a una de estas causas. Con ello, se depura y aclara el ámbito de aplicación del mecanismo de prevalencia, siguiendo las recomendaciones realizadas por la doctrina en esta línea¹⁷⁸⁷.

Significativamente, esta modificación supera la sugerida por la Propuesta de la Comisión de 2016. En efecto, la Propuesta se limitaba a exigir al Estado miembro requerido la justificación de la resolución de no restitución del menor, reforzando, en cierta medida, la motivación de las resoluciones de no retorno. Concretamente, la Propuesta obligaba a especificar el artículo o artículos del Convenio de La Haya de 1980 en base al cual se justifica la denegación del retorno¹⁷⁸⁸. Pero, sin embargo, no llegaba a restringir los supuestos de aplicación del mecanismo de prevalencia tal y como lo hace el texto definitivo. Consecuentemente, hay que alabar que durante el proceso de negociación del Reglamento

¹⁷⁸⁷ Vid. BEAUMONT, P., WALKER, L. y HOLLIDAY, J.: “Conflicts of EU Courts on Child Abduction...”, *cit.*, p. 50.

¹⁷⁸⁸ COMISIÓN EUROPEA: “Propuesta...”, *cit.*, art. 26.

se haya avanzado en este aspecto, ya que, como hemos podido observar a lo largo de esta obra, en muchas ocasiones se ha procedido justo al contrario, esto es, se ha adoptado una medida de menor calado que la propuesta en su día por la Comisión.

Esta medida es sumamente importante ya que clarifica el ámbito de aplicación del mecanismo de prevalencia, y al mismo tiempo, lo restringe. Con ello, se solucionan ciertas dudas que habían surgido en la práctica, como, por ejemplo, si el mencionado mecanismo de prevalencia era de aplicación en supuestos en los que el no retorno se había justificado en más de una causa del Convenio de La Haya de 1980.

Además de esta labor clarificadora, esta medida forma parte de un conjunto de modificaciones dirigidas hacia el Estado miembro requerido, ofreciéndole un mayor margen de maniobra, pero a su vez una mayor diligencia en su actuación. En esta línea, con la nueva regulación, el órgano jurisdiccional que resuelva el no retorno del menor deberá dejar muy claro con base en qué causa del Convenio de La Haya de 1980 se ha basado su argumentación. Ahora bien, como margen de mejora, quizá podría haberse introducido de una forma más evidente la obligatoriedad de motivar adecuadamente las resoluciones de no retorno.

4.2 La clarificación de las situaciones que se pueden producir en aplicación del mecanismo de prevalencia

Como complemento de lo anterior, el artículo 29 del Reglamento Bruselas II ter clarifica las dos situaciones que pueden suscitarse en desarrollo del mecanismo de prevalencia.

1) Una primera situación, cubierta por el artículo 29.3 del texto reglamentario, refiere a la previa existencia, en el Estado miembro de residencia habitual del menor anterior al traslado o retención ilícita, de un procedimiento relativo al fondo del derecho de custodia. En este caso, el órgano jurisdiccional que haya dictado la resolución de no retorno, si tiene conocimiento de la existencia de tal procedimiento, transmitirá, bien directamente, bien a través de las autoridades centrales, y en el plazo de un mes desde que se dictó la resolución, los siguientes documentos: una copia de la resolución, el certificado de la misma, y si procede, un acta o resumen de la vista o cualquier otro documento que se considere pertinente.

Adicionalmente, al amparo del artículo 29.4 del nuevo Reglamento, el órgano jurisdiccional del Estado miembro de residencia habitual del menor estará facultado para requerir a una parte que facilite una traducción o una transcripción de la resolución a que se refiere el apartado 1, de conformidad con el artículo 91, así como de cualquier otro documento adjunto al certificado de conformidad con el apartado 3, letra c), del propio artículo 29.

2) En segundo lugar, el apartado 5 del artículo 29 cubre el caso en que no exista un procedimiento pendiente sobre el fondo de los derechos de custodia del menor. En esta ocasión concurriría una segunda situación en la que se abre la posibilidad de que cualquiera de las partes inicie tal procedimiento sobre el fondo en el Estado miembro de residencia habitual del menor inmediatamente anterior al traslado o retención ilícita. En este supuesto, las partes cuentan con un plazo de tres meses, a partir de la fecha de la notificación de la resolución de no retorno, para presentar el asunto ante los órganos jurisdiccionales referidos, debiendo presentar la documentación referida para la primera situación.

Aunque en términos generales el nuevo precepto –el mencionado artículo 29 del Reglamento Bruselas II ter- mantiene las dos situaciones que podían darse con la regulación anterior, se realiza una importante labor clarificadora, siendo la lectura mucho más sencilla que la enrevesada redacción del previo artículo 11 del Reglamento Bruselas II bis, en el que la comprensión de las situaciones era, ciertamente, compleja.

4.3 La vinculación entre las decisiones de custodia y las órdenes de retorno y el refuerzo del interés superior del menor

Una tercera aclaración de gran calado en la práctica del mecanismo de prevalencia es la vinculación expresa entre las resoluciones de retorno resultantes de dicho mecanismo y la decisión sobre el fondo en materia de derechos de custodia del menor. Aunque es cierto que en el Reglamento Bruselas II bis ya se señalaba que el mecanismo de prevalencia suponía el inicio de un procedimiento sobre “la cuestión de la custodia” en el Estado miembro de residencia habitual del menor anterior al traslado o retención ilícita, este extremo no ha acabado de quedar claro en la práctica. En este punto no ayudó la argumentación seguida por el TJUE en su sentencia en el asunto *Igná Rinau*, en el que se afirma la necesaria separación entre la resolución de la custodia y la resolución respecto al

retorno o no del menor, dando lugar a posibles confusiones. También se llegaron a formular otras interpretaciones poco deseables del artículo 11.8 del Reglamento Bruselas II bis como, por ejemplo, entender el mecanismo de prevalencia como una segunda instancia para el progenitor que no ha conseguido el retorno del menor; aplicar el 11.8 del Reglamento Bruselas II bis mediante medidas provisionales, interpretación que parecía derivarse de la decisión en el asunto *Povse*¹⁷⁸⁹. O aplicar el referido precepto mediante un procedimiento sumario¹⁷⁹⁰.

Frente a esta rígida interpretación, el legislador de la UE apuesta ahora por la vinculación entre las decisiones de custodia y las resoluciones de retorno, y todo ello, en base al interés superior del menor. Concretamente, el artículo 29.3 del Reglamento Bruselas II ter explicita que el mecanismo de prevalencia o de última palabra se activa cuando se inicie un “*procedimiento para examinar el fondo del derecho de custodia*”. E, igualmente, en el apartado 6 del artículo 29 del nuevo texto reglamentario se elimina todo margen de duda al reiterar que la resolución resultante del mecanismo de prevalencia, y que gozará del régimen privilegiado de ejecución, es “*cualquier resolución sobre el fondo del derecho de custodia resultante del procedimiento a que se refieren los apartados 3 y 5 que suponga la restitución del menor*”.

El Considerando 48 del Reglamento Bruselas II ter reitera que en este procedimiento sobre el fondo “*deben examinarse minuciosamente todas las circunstancias, incluida, pero no solamente, la conducta de los progenitores, teniendo en cuenta el interés superior del menor*”. Se observa, por tanto, que el procedimiento en el Estado miembro de residencia habitual del menor es aquel en el que se toman en consideración la totalidad de las circunstancias del caso, y corresponde a este Juez realizar la valoración global del interés superior del menor para determinar los derechos de custodia del mismo. Por el contrario, en el procedimiento sobre el retorno del Convenio de La Haya de 1980, la valoración sobre el interés superior del menor se acota a la idoneidad o no de su retorno al lugar de residencia habitual del menor, centrandó el debate en torno a la concurrencia o no de alguna causa de denegación al retorno.

¹⁷⁸⁹ Así lo entiende BEAUMONT, P., WALKER, L. y HOLLIDAY, J.: “Parental Responsibility...”, *cit.*, pp. 4-5.

¹⁷⁹⁰ *Ibidem*.

Las implicaciones de esta modificación son esenciales, puesto que la prevalencia de la competencia del Estado miembro de origen posee ahora una mayor justificación. De entrada, está el ya conocido argumento de que, en definitiva, el Estado miembro de residencia habitual es el que posee -generalmente- competencia para resolver sobre el fondo, y que, en caso contrario, se estaría favoreciendo una distorsión del sistema competencial, precisamente, debido al traslado ilícito. Además de este clásico argumento, esta modificación se justifica en que, mientras que el Juez requerido realiza un análisis en un procedimiento urgente y expeditivo, el Juez del Estado miembro de origen, por el contrario, resuelve sobre el retorno en el marco de un procedimiento de custodia del menor y tomando en cuenta su interés superior.

No obstante, en lo relativo a un mayor énfasis en la protección del menor y su interés superior, la versión definitiva del Reglamento Bruselas II ter ha retrocedido respecto a la Propuesta de la Comisión de 2016. En esta Propuesta se reforzaba con mucha mayor intensidad la consideración del interés superior del menor, mediante la exigencia de un examen exhaustivo del mismo con anterioridad a la redacción de una resolución de custodia que pueda implicar la restitución del menor. Concretamente, se introducía la obligación dirigida al Juez del Estado miembro de residencia habitual del menor – previa al traslado o retención ilícita – de examinar “*la cuestión de la custodia del menor teniendo en cuenta el interés superior del niño, así como las razones y las pruebas en las que se fundamenta la resolución denegatoria de la restitución del menor*”¹⁷⁹¹. Reiterando la importancia de un cuidadoso examen del interés superior del menor en el Preámbulo de la Propuesta¹⁷⁹².

El legislador de la UE ha perdido la oportunidad de reforzar, en el articulado del nuevo texto de 2019, la consideración del interés superior del menor. Aunque ésta constituye una obligación implícita, no hubiera estado de más mantenerla en el articulado, y más una vez formulado como propuesta. Y ello porque esta referencia al interés superior del menor no es única en toda la Propuesta de la Comisión de 2016, sino que subyace y se hace patente en otras modificaciones propuestas. Permittedose vislumbrar, claramente, el espíritu de la Comisión de reforzar el interés superior del menor en todos los asuntos que le afecten.

¹⁷⁹¹ Vid. COMISIÓN EUROPEA: “Propuesta...”, *cit.*, art. 26.4.

¹⁷⁹² *Ibid.*, Considerando 30.

Parece ser que la Comisión Europea intentaba hacer frente a las críticas respecto a la escasa consideración de los motivos de fondo en los procedimientos de restitución de menores. Y, en especial, a la interpretación del TEDH sobre la necesidad de ponderar el interés superior del menor en el caso concreto, que, recordemos, no siempre coincide con el interés superior en abstracto –identificado con el retorno automático e inmediato del menor–. Con estos guiños constantes que la Comisión realizó a lo largo de la Propuesta, se intentaba que las obligaciones de los Estados miembros derivadas del Reglamento Bruselas II bis fueran más acordes al cumplimiento de las obligaciones del CEDH. Con ello, se estaría zanjando definitivamente las divergencias interpretativas apuntadas por la doctrina entre TJUE y TEDH, que recordemos, ya habían sido mitigadas por el propio TEDH. Con todo este trasfondo que hubiera sido conveniente mantener tal referencia al interés superior del menor, ayudando con ello, a que el TJUE pudiera atender, en mayor medida, a la consideración de motivos de fondo.

Un segundo aspecto en el que el legislador de la UE no ha estado acertado al omitirlo, es la exigencia de que el órgano jurisdiccional del Estado miembro de residencia habitual del menor -previa al traslado o retención ilícita- tuviera en cuenta “*las razones y las pruebas en las que se fundamenta la resolución denegatoria de la restitución del menor*”¹⁷⁹³. Esta obligación tenía por objetivo reforzar la cooperación y la confianza entre los jueces entre ambos Estados de la UE implicados, intentando superar los problemas de desconfianza detectados en la práctica diaria. Por ello, no es muy comprensible la razón de su supresión en la versión definitiva. Ahora bien, esta cuestión sí se encuentra recogida en el Capítulo relativo al régimen de reconocimiento y ejecución de las resoluciones de retorno. Concretamente, una de las condiciones para expedir el certificado del artículo 47.4 del Reglamento Bruselas II ter es que el órgano jurisdiccional haya tenido en cuenta las razones y los hechos en los que se basa la resolución anterior dictada en virtud del artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980 por el Estado miembro en el que se encuentra ilícitamente el menor.

Con todo, esta medida ha sido acogida positivamente¹⁷⁹⁴, puesto que explicita la necesaria relación de causalidad entre la decisión sobre la custodia y el retorno del menor.

¹⁷⁹³ *Ibid.*, art. 26.4.

¹⁷⁹⁴ GANDÍA SELLENS, M. A.: “La responsabilidad parental...”, *cit.*, p. 803; BEAUMONT, P., WALKER, L. y HOLLIDAY, J.: “Parental Responsibility...”, *cit.*, pp. 4-5.

Este extremo constituye la piedra angular que fundamenta el sentido del mecanismo de prevalencia o de última palabra. En efecto, el objetivo inicial del legislador de la UE fue reforzar la competencia del órgano jurisdiccional del Estado miembro de residencia habitual anterior al traslado o retención ilícita, competente para resolver sobre el fondo, sobre la responsabilidad parental del menor. Es este razonamiento el que justifica que dicha resolución tenga preferencia sobre otra resolución de un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro que ha resuelto el no retorno del menor en un procedimiento sumario de conformidad con el Convenio de La Haya de 1980. Solo desde esta óptica –procedimiento sobre el fondo *versus* procedimiento sumario– se puede entender el mecanismo de prevalencia y su pretendida utilidad –dejando al margen en este punto las críticas realizadas al mismo–.

A pesar del carácter evidentemente positivo de esta aclaración, se ha destacado, no obstante, que sigue concurriendo el problema de los plazos para resolver sobre este procedimiento en torno a la custodia del menor, que se puede alargar considerablemente, dejando al menor durante un amplio periodo de tiempo en el Estado miembro en el que se encuentra ilícitamente. Y pudiendo, finalmente, resolverse su retorno extemporáneamente, cuando ya ha transcurrido un periodo de tiempo y el menor se ha adaptado a su nueva situación¹⁷⁹⁵.

A pesar de estas modulaciones del mecanismo de prevalencia, un sector amplio de la doctrina sigue mostrándose muy crítico con dicho mecanismo, insistiendo en que el legislador europeo no ha corregido los problemas que acompañan al artículo 11.8 del Reglamento Bruselas II bis. Se llega a afirmar que, más que preocuparse por el interés superior del menor, se está resolviendo el equilibrio de competencias entre Tribunales dentro de la UE¹⁷⁹⁶. En esta línea, se sigue cuestionando si fue necesaria la introducción de matizaciones al Convenio de La Haya de 1980 en un Reglamento de la UE. En contraste con ello, sin embargo, otros sectores se muestran satisfechos con las reformas introducidas por la Propuesta de la Comisión Europea. En este sentido, es destacable que el Parlamento

¹⁷⁹⁵ GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: “La sustracción de menores en el nuevo Reglamento...”, *cit.*, p. 395.

¹⁷⁹⁶ RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “La refundición...”, *cit.*, p. 146.

Europeo no plantease ninguna enmienda al artículo 26 y tan solo una modificación residual al Considerando 30 de la Propuesta¹⁷⁹⁷.

4.4 La corrección de la eliminación del *exequátur* “en términos absolutos” para las resoluciones de retorno derivadas del mecanismo de prevalencia: el refuerzo de las competencias del Estado miembro requerido

En relación con el mecanismo de prevalencia, adquieren una dimensión determinante las modificaciones realizadas en el sector de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras. Y ello, atendiendo al debate generado en torno a la eliminación del *exequátur* en términos absolutos de las resoluciones de retorno del artículo 11.8 del Reglamento Bruselas II bis. Esto es, las resultantes del mecanismo de prevalencia, sin posibilidad de alegar ningún motivo de oposición a la ejecución. Fundamentalmente, este régimen ha demostrado generar problemas, en ciertos supuestos límite, en torno a la efectiva protección de los derechos del menor en el caso concreto. A este problematismo, que ya ha sido abordado con extensión en este trabajo¹⁷⁹⁸, habría que añadirle las tensiones provocadas entre Estados miembros, y la consecuente afectación de la confianza mutua entre administraciones de justicia.

Frente a todos estos problemas, el legislador de la UE ha decidido mantener el mecanismo de prevalencia y su régimen privilegiado de reconocimiento y ejecución, pero, sin embargo, sí se ha introducido una posibilidad de suspender el procedimiento de ejecución, también aplicable para dicho régimen privilegiado. Es decir, se revoca el régimen anterior de eliminación del *exequátur* sin posibilidad de impugnar la ejecución de la resolución en el Estado miembro requerido. Con ello, se introduce un cierto margen de maniobra en el Estado miembro requerido para, ante una situación excepcional, valorar el interés superior del menor en el caso concreto y suspender, o en última instancia, denegar, la ejecución de una resolución de retorno derivada del mecanismo de prevalencia.

¹⁷⁹⁷ Vid. PARLAMENTO EUROPEO: “Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta...”, *cit.*, enmienda 17.

¹⁷⁹⁸ Vid. *supra* Al respecto vid. *supra* Cap. Segundo, ap. I 1.2 “El régimen privilegiado: la eliminación del *exequátur* “en términos absolutos” en relación con diversas resoluciones en materia de responsabilidad parental”.

Esta nueva posibilidad iría encaminada a resolver los problemas detectados, sobre todo, en la jurisprudencia del TJUE en casos de sustracción internacional de menores, relacionados con la excesiva rigidez del mecanismo de prevalencia ante una modificación significativa de las circunstancias desde que se dictó la resolución de retorno hasta el momento de la ejecución.

Así pues, la cuestión de cómo afrontar un cambio sustancial de las circunstancias, particularmente en supuestos de aplicación del mecanismo de prevalencia ante un caso de sustracción internacional de menores, se resuelve en el nuevo Reglamento mediante la introducción de la posibilidad de suspender el procedimiento de ejecución, recogida en el artículo 56.4 del nuevo texto reglamentario. Concretamente, el precepto señala que, *“en casos excepcionales, la autoridad competente para la ejecución o el órgano jurisdiccional podrán suspender, a instancia de la persona contra la que se inste la ejecución o, cuando así se establezca en la legislación nacional, del menor afectado o de cualquier parte interesada que actúe atendiendo al interés superior del menor, el procedimiento de ejecución en caso de que la ejecución exponga al menor a un riesgo grave de daño físico o psíquico debido a impedimentos temporales que hayan surgido después de que la resolución haya sido dictada, o en virtud de cualquier otro cambio significativo de circunstancias”*.

En el supuesto de producirse la referida suspensión de la ejecución, añade el apartado 6 del artículo 56 del Reglamento, ésta deberá reanudarse en cuanto cese el riesgo grave de daño físico o psíquico del menor. Si el riesgo fuera permanente y no cesase, por contar éste con un *“carácter duradero”*, el órgano jurisdiccional del Estado miembro de ejecución estará, finalmente, facultado para denegar la ejecución de la resolución en cuestión. Esta ha sido la solución finalmente adoptada, en contraste con la Propuesta de la Comisión de 2016, que apostó por la introducción de una causa de denegación a la ejecución, de aplicación excepcional¹⁷⁹⁹.

Aunque, finalmente, se haya optado por la fórmula técnica de la suspensión de la ejecución solicitada, quizá no sea desacertado seguir hablando de la existencia en el sistema articulado por el Reglamento Bruselas II ter de una cláusula de cierre: una suerte de cláusula de orden público que actúa como último garante del interés superior del menor y que sirve

¹⁷⁹⁹ Vid. COMISIÓN EUROPEA: “Propuesta...”, *cit.*, art. 40.2.

para dotar de un grado adicional de flexibilidad al modelo diseñado por el legislador de la UE. Ya que, en última instancia, el nuevo Reglamento Bruselas II ter no solo habilita al órgano jurisdiccional del Estado miembro de ejecución a suspender el procedimiento en interés del menor, sino que, además, le otorga la valoración final de determinar si el grave riesgo que recae sobre su persona tiene “*un carácter duradero*”, según precisa el artículo 56.6 del Reglamento, y lo más importante, de denegar la ejecución. Valoración, eso sí, determinada por la exigencia de intentar facilitar la ejecución con la ayuda de todas las medidas que posibilite la legislación del Estado miembro requerido.

El legislador de la UE está revocando la eliminación absoluta del *exequátur* que había diseñado para el mecanismo de prevalencia del artículo 11.8 del Reglamento Bruselas II bis. El Estado miembro requerido contará, por tanto, con un cierto margen de maniobra, reestableciendo un cierto equilibrio en el reparto de competencias entre Estado miembro de origen y Estado miembro requerido. Con ello, el nuevo Reglamento responde a las críticas derivadas de la interpretación formalista del TJUE, y opta por prever una solución para supuestos excepcionales en los que el interés superior del menor en el caso concreto recomienda la no restitución del menor, siguiendo el criterio del TEDH.

Se ha demostrado que un sistema de ejecución automática sin posibilidad alguna de oposición a la ejecución no garantiza suficientemente la protección de los derechos fundamentales del menor, y menos en un sin una mínima armonización sustantiva y procesal entre Estados miembros. Por ello, se ha introducido la posibilidad de suspender la ejecución como un segundo control del interés superior del menor, reconociendo la influencia del factor tiempo en la conformación de este interés. Gracias a esta nueva previsión se podrán evitar, previsiblemente, sentencias como las dictadas por el Tribunal de Luxemburgo en asuntos como *Igná Rinau*, *Povse* o *Aguirre Zárraga*. También se puede constatar que la postura de la Comisión Europea es más garantista respecto a la protección de los derechos fundamentales, y en concreto, de los derechos del menor. Con ello, se acerca a los estándares tanto del TEDH como del Comité de Derechos del Niño.

Ahora bien, no debemos olvidar que la práctica no funciona siempre tal y como desearía la teoría. Y en este sentido, la suspensión de la ejecución no es una excepción. Ya respecto a la Propuesta de la Comisión de 2016, numerosos autores advirtieron del riesgo de abuso del margen de discrecionalidad otorgado al Estado miembro requerido, por ejemplo,

empleando dicho precepto de forma excesiva para justificar el no retorno del menor¹⁸⁰⁰. Aunque la suspensión de la ejecución está acotada en mayor medida que la Propuesta de 2016, igualmente, surgirán problemas interpretativos en torno a los límites de esta suspensión.

Este último punto merece una reflexión. Si retrocedemos al objetivo inicial por el que el legislador de la UE justificó la introducción de reglas en materia de sustracción internacional de menores en el seno de la UE, recordaremos que la justificación fue la corrección de los aparentes excesos motivados por el uso abusivo de los motivos de excepción del Convenio de La Haya de 1980 en la práctica. Para ello, se restringieron dichos motivos al máximo, y se diseñó un sistema competencial que otorga prevalencia absoluta al Juez de origen en la decisión de retorno del menor. Podría pensarse que el legislador de la UE ha recorrido el camino en círculo, y ha vuelto al punto de partida, pero sin renunciar al control de los procedimientos de restitución de menores en la UE. Puesto que, finalmente, se ha vuelto a introducir un motivo de excepción “encubierto” con sus respectivos problemas de interpretación y abuso en la práctica.

Quizá el legislador de la UE esté diseñando un sistema competencial aún más complicado si cabe. El actual Reglamento Bruselas II bis contiene un sistema tajante, cuya naturaleza se ve acentuada atendida la interpretación literal del TJUE: el Juez del Estado miembro de origen –normalmente el de la residencia habitual del menor inmediatamente anterior al traslado o retención ilícita– posee competencia absoluta para ordenar la restitución del menor tras una resolución de no restitución dictada por el Estado miembro requerido, incluyendo un control sobre la protección de los derechos fundamentales y un control *ex ante* de la ejecutividad de la resolución. Se diferencian dos “etapas”: primero conoce el Estado miembro en el que se encuentra el menor ilícitamente sobre el retorno del menor en virtud del Convenio de La Haya de 1980, y, posteriormente, en caso de no retorno, la decisión del Estado miembro de origen tiene prevalencia. Y no hay más dudas.

Sin embargo, mediante la reforma se está introduciendo una tercera “etapa” en el ya de por sí complejo reparto competencial en materia de sustracción internacional de menores: el Estado miembro requerido ordena o no el retorno del menor, el Estado miembro

¹⁸⁰⁰ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M.A.: “La reforma del Reglamento (CE) n.º 2201/2003...”, *cit.*, p. 782.

de origen decide sobre el derecho de custodia del menor y ordena o no el retorno del menor, y si ordena el retorno, aún hay la posibilidad de suspender – e incluso denegar- la ejecución en el Estado miembro requerido en base al artículo 56.4 del Reglamento Bruselas II ter. A simple vista se intuye la complejidad y la incertidumbre que en la práctica tendrá este procedimiento. Y más si se tienen en cuenta los factores que ya estaban ocurriendo en la práctica, como la dilación de los procedimientos y la no ejecución efectiva de las resoluciones judiciales en la materia. El progenitor sustractor podrá alargar al máximo dichos procedimientos, el progenitor cuyos derechos se han vulnerado correrá alto riesgo de perder la relación con el menor, y, finalmente, ¿dónde quedará el interés superior del menor?

No hay duda de que este nuevo motivo de excepción planteará problemas de interpretación, y es que, en el fondo de todos los planteamientos se sitúa el principio del interés superior del menor, que, en última instancia, es susceptible de justificar tanto el retorno como el no retorno. Al ser un concepto jurídico indeterminado que debe concretarse atendiendo a las circunstancias del caso concreto, al igual que la residencia habitual, quizá cualquier normativa relativa al menor esté expuesta a los problemas de aplicación e interpretación señalados. Esto siempre ha ocurrido así, el problema de los supuestos transfronterizos es que a la ya de por sí complejidad inherente a la concreción del interés superior se le añaden las divergentes concepciones de los distintos Estados.

Esta cuestión de gran sensibilidad desafía principios esenciales para la integración de la UE como el reconocimiento mutuo, basado en la confianza entre las administraciones de justicia de los Estados miembros. Constatado este problema, el legislador de la UE intentó resolverlo diseñando un reparto competencial taxativo que otorgara la evaluación de interés superior del menor a un solo Tribunal de un Estado miembro, como suele ocurrir en todos los Reglamentos de DIPr de la UE. El problema esencial es que el Convenio de La Haya de 1980 apuesta por la cooperación de autoridades y la obligación de retornar del menor al Estado en el que se encuentra ilícitamente el menor. Y parece ser que esta opción no se ajusta estricta, y adecuadamente, con el reparto competencial clásico de la UE.

Por ello, quizás, y aprovechando la supresión del *exequátur*, hubiera resultado una opción más acorde con los principios de la UE suprimir la primera etapa del proceso para los supuestos de sustracción de menores entre Estados miembros de la UE. Es decir, quizá hubiera sido más pertinente otorgar esa competencia directamente al Tribunal del Estado miembro de origen – el de residencia habitual del menor inmediatamente anterior a la

retención o traslado ilícito – y mantener el motivo de oposición a la ejecución en el Estado miembro requerido en base al interés superior del menor. Con ello, se hubiera evitado generar tres “etapas” innecesarias.

Pese a todo lo dicho, lo cierto es que el sistema no estaba funcionando suave y correctamente, tal y como se ha evidenciado tanto por la jurisprudencia del TJUE como del TEDH. Ante esta situación, el legislador de la UE ha dado una respuesta que busca paliar los problemas surgidos en la práctica, teniendo en cuenta la dificultad que supone la necesaria unanimidad. Por ello, más que un camino en círculo, el legislador europeo avanza en la integración europea de los procesos de familia mediante pasos adelante y algunos retrocesos, a través de la técnica del ensayo-error. Quizás, se quiso correr demasiado mediante la eliminación absoluta del *exequátur* sin ningún motivo de oposición. Ahora, el legislador de la UE parece haber dado, por tanto, un paso atrás, pero sin renunciar al gran avance que supone la eliminación del *exequátur* para todas las resoluciones en materia de responsabilidad parental.

En términos generales, se puede afirmar que las modificaciones introducidas por el legislador de la UE en materia de sustracción internacional de menores mejoran la regulación actual¹⁸⁰¹. El legislador de la UE ha intentado buscar el equilibrio entre dos ejes fundamentales: por un lado, la mejora de la protección del interés superior del menor, y por otro, el avance en el procedimiento de integración europea a través del reconocimiento mutuo, basado en la confianza entre las administraciones de justicia de los Estados miembros.

Respecto al primer punto, se han introducido numerosas referencias a la necesidad de evaluar cuál es el interés superior del menor, tanto en los procedimientos de custodia como en los procedimientos de restitución de menores. También se ha reforzado el principio de audiencia del menor, como un criterio necesario – entre otros– precisamente para definir el interés superior del menor. A pesar de que estos derechos ya eran exigibles tanto por el sistema de protección de derechos fundamentales de la UE como el del Consejo de Europa y por supuesto del Comité de Derechos del Niño de la ONU, la práctica estaba demostrando

¹⁸⁰¹ En este sentido también CHÉLIZ INGLÉS, M.C.: “Novedades introducidas...”, *cit.*, p. 47.

la dificultad de garantizar estos derechos fundamentales del menor en el marco de conflictos transfronterizos, en especial en supuestos de sustracción de menores.

Por ello, las nuevas referencias a la necesidad de cumplimiento de tales obligaciones son bienvenidas, ya que se permitirá conjugar más fácilmente el interés superior del menor en abstracto (retorno a su residencia habitual) con su interés superior en el caso concreto. Habrá que ver como encajan en la práctica, teniendo en cuenta, por un lado, el carácter indeterminado del concepto de interés superior del menor, y por otro, las profundas divergencias entre las legislaciones de los Estados miembros, en especial en la audiencia del menor.

Respecto al segundo punto, el legislador de la UE ha dado un paso importante en el objetivo final de la libre circulación de resoluciones en el espacio de libertad, seguridad y justicia de la UE. Efectivamente, ha pasado a ampliar la eliminación del *exequátur* a todas las resoluciones en materia de responsabilidad parental. Sin embargo, no ha seguido el modelo actual previsto para la restitución de menores y para los derechos de visita, por el cual se eliminaba el *exequátur* con carácter absoluto.

Los supuestos prácticos han demostrado que un control *ex ante* de la ejecutividad en el Estado miembro de origen no siempre es compatible con la protección de los derechos fundamentales, y menos cuando no hay una armonización mínima en las legislaciones de los Estados miembros. Por ello, se ha retrocedido un peldaño optando por la vía segura prevista ya en otros Reglamentos. Consecuentemente, la eliminación del *exequátur*, pero salvaguardando los derechos procesales y, con ello la tutela judicial efectiva del demandado, parece ser la opción que se está consolidando en la UE. Y, en materia de menores, a lo anterior se suman las salvaguardias relativas a la consideración del interés superior del menor en el caso concreto.

Con ello, parece que, al menos en el plano teórico, se logra un cierto equilibrio respecto a procedimientos automáticos y protección de los derechos fundamentales en el caso concreto, los cuales han producido grandes tensiones en la práctica debido, seguramente, a la debilidad de la confianza entre las administraciones de justicia de los Estados miembros, al menos en Derecho de familia. Veremos si la fórmula mixta de armonización mínima y mantenimiento de sistemas nacionales divergentes consigue efectivamente instaurar el tan deseado clima de confianza judicial.

A pesar del carácter positivo de estos dos cambios, en la materia específica de la sustracción internacional de menores el legislador europeo ha perdido la oportunidad de suprimir el problemático mecanismo de prevalencia. Este mecanismo ha demostrado no ser favorable ni a la protección del interés superior del menor ni a la confianza entre los Estados miembros, generando tensiones entre Tribunales de diferentes Estados miembros. Ahora bien, ya se ha señalado la dificultad de suprimir dicho mecanismo debido a la necesaria unanimidad entre los Estados miembros.

Por ello, se puede concluir que el legislador europeo se ha limitado a “parchar” los problemas más graves del artículo 11.8, y, por tanto, a continuar la opción de laboratorio de combinar un Convenio Internacional con un Reglamento de la UE. A pesar de ello, sigue siendo un avance respecto a la regulación actual. Efectivamente, con las modificaciones introducidas también puede hablarse de un mayor equilibrio entre los procedimientos de restitución cuasi automáticos y la protección del interés superior del menor en el caso concreto.

CONCLUSIONES

(necesariamente transitorias, sobre un proceso normativo prolijo, que todavía se encuentra en construcción en muchos de sus extremos)

Primera. Hacia una mayor centralidad de los derechos del menor en contextos transfronterizos: la consolidación del principio del interés superior del menor en el DIPr de menores como objetivo, a la vez que fundamento y criterio interpretativo.

Segunda. La responsabilidad parental del menor como concepto “europeo” centrado en la protección del menor.

Tercera. La mejora en la plasmación del principio del interés superior del menor en el modelo de competencia judicial internacional del Reglamento Bruselas II ter desde una reforma de corte continuista.

Cuarta. El mantenimiento, como regla general, del foro de la residencia habitual del menor, sobre la ecuación residencia habitual del menor, mayor proximidad y mejor salvaguarda del interés superior del menor.

Quinta. El diseño de un primer elenco de excepciones al foro general en materia de responsabilidad parental vinculado al supuesto de la alteración de la residencia habitual del menor: su diversa plasmación dependiendo de la naturaleza de ésta -cambio legal vs. sustracción internacional de menores-.

Sexta. La inclusión de un segundo nivel de excepciones dirigidas a salvaguardar el interés superior del menor en el caso concreto. El diseño de foros especiales en materia de responsabilidad parental: el avance –limitado- del juego de la autonomía de la voluntad de las partes, y la eventual transferencia de la competencia a un órgano jurisdiccional mejor situado para conocer del asunto, como máximo exponente de ello.

Séptima. El problemático funcionamiento del doble régimen de eficacia extraterritorial en materia de responsabilidad parental del Reglamento Bruselas II bis, y su diversa proyección en la jurisprudencia del TJUE y del TEDH.

Octava. La plasmación en el Reglamento Bruselas II ter del delicado equilibrio entre el principio del interés superior del menor y la libre circulación de resoluciones judiciales en materia de responsabilidad parental.

Novena. Una acertada apuesta por el fomento de la mediación como vía para resolver disputas en materia de responsabilidad parental.

Décima. El logro de una mejor articulación en el Reglamento Bruselas II ter de la tutela provisional y cautelar, como garantía del interés superior del menor en procedimientos de responsabilidad parental.

Undécima. Profundizando en la cooperación judicial y administrativa como reto pendiente del Reglamento Bruselas II ter.

Duodécima. La aparente mejora del derecho fundamental del menor a expresar sus opiniones en el Reglamento Bruselas II ter.

Decimotercera. Una mejor articulación de la sustracción internacional de menores en el Reglamento Bruselas II ter: la existencia de nuevos retos a ponderar.

Decimocuarta. La sustracción internacional de menores en el Reglamento Bruselas II ter: algunas mejoras y una oportunidad perdida.

Decimoquinta y final. Avanzando en el proceso de integración europeo sin renunciar a una mejor plasmación de la triple consideración del principio del interés superior del menor en el Reglamento Bruselas II ter.

CONCLUSIONES Y SU DESARROLLO

Primera. Hacia una mayor centralidad de los derechos del menor en contextos transfronterizos: la consolidación del principio del interés superior del menor en el DIPr de menores como objetivo, a la vez que fundamento y criterio interpretativo

1. Tanto la transformación del modelo familiar tradicional, con la aparición de nuevas y plurales realidades familiares, como la amplia movilidad que les acompaña y la consecuente consolidación de la figura de las familias transfronterizas constituyen, hoy en día, realidades asentadas, en mayor o menor grado, en amplios lugares del planeta. También, en el seno de la Unión Europea.

En el marco de este complejo y cambiante panorama, con unas pautas evolutivas propias, pero en gran medida acompasado a los profundos cambios sociales que se han ido produciendo, desde comienzos del Siglo XX se ha ido asentando y adquiriendo paulatino protagonismo la idea de la centralidad de los niños, las niñas y los adolescentes en todos aquellos ámbitos del Derecho, y situaciones, que les afectan. Frente a la antigua concepción –unitaria- y protección de la familia en su conjunto –con independencia de los sujetos que la componen-, como institución directamente vinculada al padre de familia y sobre la que se asienta la esencia misma del orden social, en la actualidad prima la consideración de los niños, las niñas y los adolescentes, como sujetos de derechos, necesitados de una especial protección, pero también, capaces de ejercer sus derechos de forma progresiva, conforme van adquiriendo una mayor autonomía.

2. Este cambio de paradigma, aún en proceso de desarrollo pleno en algunos de sus extremos, se ha materializado de forma directa en la consolidación del interés superior del menor como consideración primordial en todo asunto que le afecte. Como principio legislativo prevalente en el complejo y fragmentado entramado de fuentes legales internacionales y nacionales en materia de protección del menor, a la vez que como criterio esencial a la hora de aproximarlas e interpretarlas. Esta aceptación del principio del interés superior del menor como factor clave se ha hecho igualmente patente en el UE. En cuyo seno, y al compás del progresivo reconocimiento de los derechos fundamentales en la conformación del espacio de libertad, seguridad y justicia de la UE, se ha ido consolidando

una posición de creciente concienciación respecto a la necesidad de proteger los derechos de los menores en todos los ámbitos que les afectan.

3. No estamos, sin embargo, ante una noción unitaria ni de fácil concreción. El principio del interés superior del menor, como concepto jurídico indeterminado, no escapa a los problematismos de su precisión en la práctica. Más aún, su propia naturaleza –y función- desaconsejan cualquier intento de conceptualización en abstracto de esta noción. De esta suerte, la doctrina ha tendido a calificarlo de principio general, de estándar jurídico o de criterio objetivo en todo asunto que afecte al menor. Existiendo, igualmente, un consenso generalizado en que una aproximación a este principio coincidiría con un disfrute pleno de todos los derechos fundamentales del menor. En este sentido, de entre las distintas aportaciones a su formulación, se va asentando como predominante la interpretación del Comité de Derechos del Niño desde una triple vertiente: como un derecho subjetivo, como un principio inspirador del ordenamiento jurídico y como una norma de procedimiento. Adicionalmente, se distingue entre el interés superior del menor en abstracto, identificado con aquello que se entiende mejor para los menores en la generalidad de los casos; y el interés superior del menor en concreto, en el que se evalúa aquello que beneficia al menor involucrado en un determinado asunto.

4. El principio del interés superior del menor afecta a todos los órdenes del Derecho. Focalizándonos en el ámbito del DIPr, la evolución hacia la consolidación de una centralidad del menor también ha tenido, y tiene, una influencia directa, amplia y plural en la disciplina, consolidándose como el principio rector sobre el que se articulan las normas de DIPr y su interpretación en la práctica. De hecho, y atendiendo a los parámetros propios de esta disciplina, el principio no solo ha favorecido el reequilibrio interno de los sectores que la componen, favoreciendo el momento del denominado conflicto de jurisdicciones, en detrimento del tradicional conflicto de leyes. Si no que, además, la consolidación del interés superior del menor constituye un ejemplo paradigmático del proceso de materialización del DIPr -coadyuvando a su logro- con la necesidad de proyección de los valores y objetivos presentes en el Derecho interno también en todos los sectores cubiertos por el DIPr.

Segunda. La responsabilidad parental del menor como concepto “europeo” centrado en la protección del menor

5.La búsqueda de una mayor centralidad del menor en todos los asuntos que le afecten se ha plasmado de forma plural en el ordenamiento jurídico. Una de estas dimensiones ha sido la articulación de figuras y nociones jurídicas que respondan y se adecúen de manera más adecuada a esta nueva realidad. En tal sentido, en el marco del DIPr de la UE, la consolidación de la noción de responsabilidad parental del menor constituye una clara manifestación de este cambio de paradigma hacia una mayor centralidad de éste. La figura pivota en torno al menor y a su interés superior, y, de hecho, la clave de su entendimiento descansa sobre su configuración como una noción amplia y abarcadora, con un contenido mucho mayor al de la mera relación con sus progenitores.

6.El surgimiento y la consolidación de la noción de la responsabilidad parental del menor en relación con la regulación de las situaciones privadas internacionales que les puedan afectar se vincula a la esfera europea, con el impulso de la Conferencia de La Haya de DIPr, del Consejo de Europa y de la Unión Europea, respectivamente, a través, entre otros, del Convenio de La Haya de 1996, del Convenio europeo sobre el ejercicio de los Derechos de los niños de 1996, y del Reglamento Bruselas II bis –a partir de 2022, el Bruselas II ter-. De esta manera, frente a la diversidad existente en las distintas legislaciones de los países europeos, el concepto –europeo, que no eurocéntrico- de responsabilidad parental se sitúa como un término inclusivo que cubre gran variedad de instituciones jurídicas y medidas de protección del menor, cumpliendo con la finalidad adicional de buscar que ningún menor quede sin protección en un asunto transfronterizo.

7.Un concepto dinámico y poliédrico, respecto del que el propio TJUE ha ratificado su carácter amplio al interpretarlo en el marco del Reglamento Bruselas II bis, consolidando su condición de concepto autónomo de Derecho de la Unión, que cubre las materias civiles interpretadas autónomamente, de conformidad con el Derecho de la Unión y los objetivos del Reglamento. Esta línea argumentativa del Tribunal de Luxemburgo ha tenido como una de sus consecuencias la inclusión en el concepto de “materia civil” del Reglamento Bruselas II bis de ámbitos temáticos normalmente regidos por el Derecho público en las legislaciones nacionales de los Estados miembros. Evidenciando con ello, una nueva dimensión -y

consecuencia- de todo este proceso: que, en materia de protección de menores, como en otros sectores del Derecho moderno, la frontera entre el Derecho privado y el público se difumina. El concepto amplio de la responsabilidad parental abarca, igualmente, a las cuestiones preliminares relacionadas con el menor en procedimientos principales en materia administrativa o en materia de sucesiones.

8.La consolidación de la idea de responsabilidad parental como concepto “europeo” constituye en la actualidad una realidad en la esfera internacional, que, sin embargo, no se hace plenamente extensiva en el plano nacional, como demuestra el caso particular español. Estamos ante una terminología ajena a nuestra tradición jurídica, basada en la figura de la patria potestad y los derechos de guarda y custodia.

Tan solo en 2015 la noción de responsabilidad parental será introducida por el legislador español en nuestro ordenamiento, aunque a través de una técnica legislativa ciertamente deficiente. Y ello en cuanto se incardina una mera referencia a esta noción sin una correlativa definición, o descripción, de la misma. Más aún, en lo que supone añadir un grado adicional de complejidad, se equipara la patria potestad a la responsabilidad parental, obviando el hecho de que, en consonancia con la normativa europea y su práctica, el término europeo es más amplio que la patria potestad, y por tanto, incluiría otras instituciones españolas en las que no aparece tal alusión a la responsabilidad parental. A todo ello se une otro problema adicional, que ha tensionado la práctica, radicado en la divergencia terminológica entre el derecho de custodia definido de conformidad con el Reglamento Bruselas II bis y la legislación española en la materia.

Tercera. La mejora en la plasmación del principio del interés superior del menor en el modelo de competencia judicial internacional del Reglamento Bruselas II ter desde una reforma de corte continuista

9.Los conflictos transfronterizos en materia de responsabilidad parental presentan una enorme riqueza que se proyecta en los Reglamentos de Bruselas II -bis y ter- a través de la articulación de un modelo de competencia judicial internacional diseñado sobre un principio, el del interés superior del menor que, a su vez, se vincula al criterio de proximidad. Siguiendo esta lógica, el Reglamento Bruselas II ter, heredando el sistema de su predecesor, refleja de forma mucho más exacta el delicado equilibrio entre las dos concepciones o

vertientes del interés superior del menor en abstracto y en concreto, traduciéndose en el juego de una regla general anclada en la noción de residencia habitual del menor, como exponente del criterio de proximidad. Junto con la concreción de un conjunto de excepciones al foro general, en las que la mención a la mencionada noción de residencia habitual, o bien se relativiza o bien, sin más, se obvia. Este conjunto de foros diseñados por el legislador europeo toma en consideración la práctica del Reglamento Bruselas II bis y en su bosquejo buscan solventar algunos de los problemas y limitaciones detectados en la práctica del texto reglamentario.

Cuarta. El mantenimiento, como regla general, del foro de la residencia habitual del menor, sobre la ecuación residencia habitual del menor, mayor proximidad y mejor salvaguarda del interés superior del menor

10.Los Reglamentos Bruselas II bis y ter, siguiendo la tendencia de otros textos internacionales, como es el Convenio de La Haya de 1996, asumen en el diseño de sus soluciones, con carácter general, la ecuación residencia habitual del menor, mayor proximidad y mejor salvaguarda del interés superior del menor. De esta manera, la residencia habitual del menor cumple la doble función, en ambos textos reglamentarios, de actuar como criterio de atribución de la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental, a la vez que aparece como un elemento determinante para la determinación del carácter ilícito de un traslado o retención de un menor en un Estado miembro.

11.En línea con la opción legislativa adoptada por el legislador de la UE en el Reglamento Bruselas II bis, el Reglamento Bruselas II ter no incorpora ninguna definición de la residencia habitual del menor. Se asume que se trata de una noción fáctica que, por ende, debe determinarse en función de las circunstancias del caso concreto por parte de los órganos jurisdiccionales de los Estados de la Unión. Lo que se ha traducido en que esta operación se haya convertido en una de las cuestiones que más litigiosidad ha generado en la práctica del Reglamento Bruselas II bis y, previsiblemente, continuará generando en el Bruselas II ter en relación con los menores.

12.En esta tarea, la amplia jurisprudencia del TJUE ha resultado de enorme ayuda y relevancia a la hora de configurar unos criterios interpretativos uniformes para la

determinación de la noción autónoma de la residencia habitual del menor. Una noción dotada de una especialidad y singularidad propia que encuentra una trascendencia adicional, precisamente, por el hecho de tratarse de menores de edad, sujetos de derechos propios cuyos intereses requieren ser salvaguardados, y cuyas circunstancias fácticas-vitales, sociales y familiares- difieren de la de los adultos.

El elemento central en el proceso de la determinación de la residencia habitual del menor es su integración social y familiar en un Estado miembro: esto es, aquel en el que se entiende que se encuentra su centro de vida. A partir de la aceptación de esta premisa de carácter general, se ha admitido que, en determinadas circunstancias, ciertos elementos fácticos permiten matizar o modular la solución atendiendo a las circunstancias del caso concreto. Así ocurre con la edad del menor, el requisito subjetivo de la voluntad o la intención de los progenitores. También de la preceptiva presencia física del menor en un Estado miembro: un requisito que ha protagonizado los últimos pronunciamientos del TJUE, y cuya rigidez se ha llegado a cuestionar.

13.El mantenimiento de la residencia habitual del menor como cuestión de hecho en el nuevo Reglamento Bruselas II ter ha sido valorado como adecuado por la doctrina, ya que permite proporcionar una respuesta flexible y adecuada a las circunstancias de cada menor involucrado en un proceso transfronterizo. Si bien podría haberse optado, quizás, por introducir en el propio articulado los criterios interpretativos establecidos por el TJUE, incluso, en un Considerando, aunque lo cierto es que los operadores jurídicos ya los manejan adecuadamente en la práctica, como evidencia la jurisprudencia española. En todo caso, sí que sería una opción sumamente recomendable incorporarlos en una futura guía de buenas prácticas.

Quinta. El diseño de un primer elenco de excepciones al foro general en materia de responsabilidad parental vinculado al supuesto de la alteración de la residencia habitual del menor: su diversa plasmación dependiendo de la naturaleza de ésta -cambio legal vs. sustracción internacional de menores-

14.En un contexto transfronterizo, la movilidad de las familias y de los menores constituye una realidad muy habitual que, además, es susceptible de impactar en la vida del menor de forma plural. La realidad muestra, así, la presencia de múltiples situaciones en las

que un menor cambia de localización, y que ello conlleve, a su vez, una modificación de su residencia habitual que, en ocasiones, puede generar situaciones de tensión. Las llamadas *relocation disputes* constituyen un ejemplo particularmente problemático de ello: situaciones en las que los titulares de la responsabilidad parental del menor, y en concreto, los titulares del derecho de custodia -entendido, en términos del Reglamento, como facultad para decidir la residencia habitual del menor- no están de acuerdo, precisamente, sobre su lugar de residencia.

Mientras que la regulación de la UE aporta una respuesta contundente en contra de los supuestos de sustracción internacional de menores, apenas regula el procedimiento a seguir para que un progenitor solicite el cambio legal de la residencia habitual de un menor, dejando esta cuestión a la legislación nacional de cada Estado miembro. Quizá en este punto el legislador de la UE podría optar por una postura más proactiva, al afectar este hecho, directamente, a la movilidad de las familias en la UE.

15.Las normas de competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental confrontan esta cuestión de forma indirecta, al abordar el cambio legal de residencia habitual del menor, aunque siempre una vez que se ha producido –no con carácter previo-. En este sentido, y a partir de la admisión de la prevalencia del foro general de la residencia habitual del menor, como regla general sobre la que se ancla el modelo de competencia judicial internacional de los Reglamentos Bruselas II bis y ter en materia de responsabilidad parental, se diseñan ciertas excepciones que buscan tomar en consideración, y responder a, distintas situaciones concretas que pueden afectar al menor.

Las primeras dos excepciones que prevé el sistema competencial de ambos textos reglamentarios encuentran su justificación, precisamente, en el cambio de localización del menor. Determinándose la diferenciación en la respuesta aportada, precisamente, por el carácter lícito o ilícito del traslado del menor a otro Estado miembro.

16.En primer lugar, el tratamiento del cambio legal de la residencia habitual del menor se diseña en torno a dos foros que no han sufrido grandes modificaciones en el Reglamento Bruselas II ter: el propio foro general de la residencia habitual del menor y el foro en materia de derechos de visita, en caso de un cambio legal de la residencia habitual del menor.

En el proceso de reforma del Reglamento Bruselas II bis se ha cuestionado el mantenimiento del principio de *perpetuatio iurisdictionis* o *perpetuatio fori*, según el cual, y como regla general, una vez iniciado el procedimiento, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que se ha iniciado el procedimiento serán competentes hasta su finalización. Y esto, incluso, a pesar de que en el transcurso de dicho procedimiento el menor cambie de residencia habitual. No obstante, finalmente el legislador de la UE ha optado por mantener, de base, en el texto de 2019 la regulación existente en el Reglamento Bruselas II bis, aunque, de forma acertada, matizando el principio, y clarificando las distintas situaciones posibles y su tratamiento.

17. Junto a ello, en segundo lugar, en los casos de sustracción internacional de menores, el modelo de competencia judicial internacional recogido en el Reglamento Bruselas II bis, y en términos prácticamente idénticos en el ter, –recordemos, articulado sobre una regla general y ciertas excepciones- tiene como objeto flexibilizar la respuesta aportada mediante un reparto de competencias entre los dos Estados miembros potencialmente afectados por una situación de esta naturaleza. Así, con carácter general, este foro supone un refuerzo del foro de la residencia habitual del menor que, sin embargo, y ante ciertas circunstancias justificadas, finalmente cede y permite transferir la competencia en cuanto al fondo a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que se encuentra ilícitamente el menor.

Sexta. La inclusión de un segundo nivel de excepciones dirigidas a salvaguardar el interés superior del menor en el caso concreto. El diseño de foros especiales en materia de responsabilidad parental: el avance –limitado- del juego de la autonomía de la voluntad de las partes, y la eventual transferencia de la competencia a un órgano jurisdiccional mejor situado para conocer del asunto, como máximo exponente de ello

18. La opción en favor del foro de la residencia habitual del menor, como regla general en materia de responsabilidad parental, se sustenta en la premisa que identifica a este foro como el que mejor garantiza el interés superior del menor en abstracto. Sin embargo, y a partir de la idea de que, en determinadas circunstancias, el mencionado interés superior del menor en el caso concreto aconseja acudir a los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro, los propios Reglamentos Bruselas II bis y ter proceden a flexibilizar esta regla

articulando una serie de excepciones a ella. Dos han presentado un especial problematismo en la práctica.

19.La autonomía de la voluntad en el sector del Derecho de familia cuenta con un protagonismo creciente en el marco de la UE. En línea con esta afirmación, y en relación específicamente con la competencia judicial internacional, el legislador de la UE ha mejorado y avanzado en su regulación en el proceso de reforma del Reglamento Bruselas II bis hacia el actual Bruselas II ter. Si bien se mantiene el espíritu de la normativa anterior, se introducen ciertos cambios de relevancia, dotados en ocasiones de un marcado carácter didáctico. Así, por ejemplo, se procede a abandonar –en el artículo 10 del Reglamento Bruselas II ter- la referencia a la “*prórroga de la competencia*” recogida en el artículo 12 del Reglamento Bruselas II bis para hablar directamente de la “*elección de foro*”. En esta línea, y recogiendo la trascendente jurisprudencia del TJUE en la materia, se proclama, adicionalmente, la independencia de la elección de foro en materia de responsabilidad parental respecto a otros procedimientos.

20.No es el único caso en que el Reglamento se embebe de la práctica del Tribunal de Luxemburgo. Al igual que ocurre en otros instrumentos europeos, también el Reglamento Bruselas II ter asume y reproduce, en este punto, los diversos pronunciamientos del TJUE en la interpretación de los requisitos para la activación del foro. Se menciona así la estrecha vinculación del menor con el Estado miembro en cuestión, la libre aceptación de la competencia por todas las partes del procedimiento, y que la competencia responda al interés superior del menor. Ello ha permitido que, frente a la solución recogida en el texto de 2003, en el Reglamento Bruselas II ter el foro haya visto mejorada su estructura y procedimiento a seguir, así como la formulación de otros extremos referidos al alcance del consentimiento de las partes, el momento de ejercer el mismo, o los requisitos formales del acuerdo.

21.Se percibe así, el avance del juego de la autonomía de la voluntad de las partes en relación con la fijación de la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental. Una autonomía que, eso sí, encuentra en el interés superior del menor un límite infranqueable.

22.Particularmente problemática ha resultado la interpretación de la “*aceptación de la competencia de manera explícita o de cualquier otra forma inequívoca*”, recogida en el artículo 12 del Reglamento Bruselas II, así como la concreción del momento en que tal consentimiento debe ser controlado por parte del órgano jurisdiccional elegido. Estos puntos han sido ahora clarificados por el legislador de la UE, aunque incorporando una regulación un tanto compleja. Distinguiéndose entre dos modalidades de aceptación, según se produzca con anterioridad al procedimiento -incluyendo, por tanto, los acuerdos de elección de foro- o durante dicho procedimiento, como novedad frente al régimen anterior.

Adicionalmente, se dispone que la competencia otorgada de conformidad con esta segunda modalidad será exclusiva. Quizá sea este el mayor escollo de la nueva regulación en este punto, debido a que presenta dudas sobre el alcance, e incluso, naturaleza, de dicho carácter exclusivo, así como el diferente tratamiento de las dos modalidades de aceptación apuntadas, y su eventual efecto sobre los acuerdos de elección de foro.

23.Junto al juego creciente de la autonomía de la voluntad, en segundo lugar, se admite en el Reglamento la posible transferencia de la competencia a un órgano jurisdiccional mejor situado para conocer del asunto. La realidad que acompaña a las familias internacionales es sumamente compleja y su práctica puede dar lugar a cuestiones de la más diversa índole. Por ello, el legislador de la UE es consciente de la necesidad de asegurar un foro “de cierre” suficientemente flexible como para hacer frente a aquellas situaciones no cubiertas por el resto de las normas reglamentarias.

El Reglamento Bruselas II bis prevé en su artículo 15 -como ahora hacen los artículos 12 y 13 del texto de 2019- la posibilidad de que el órgano jurisdiccional competente en virtud del Reglamento remita la cuestión en materia de responsabilidad parental a otra jurisdicción que entienda mejor situada para conocer del asunto, siempre que se justifique en virtud del principio del interés superior del menor: de hecho, como máximo exponente de éste.

24.El Reglamento Bruselas II ter mantiene el mecanismo flexibilizador de la transferencia de la competencia, inspirada en la figura del *forum non conveniens*, mejorando el funcionamiento procesal y aclarando algunas cuestiones problemáticas que se habían suscitado en la práctica y habían sido resueltas por el TJUE. Como gran novedad, el nuevo Reglamento, en sintonía con el Convenio de La Haya de 1996, abandona la asimetría del

texto anterior y pasa a articular la transferencia de la competencia en dos preceptos, uno – recogido en su artículo 12- relativo a la mencionada transferencia de la competencia por parte del órgano jurisdiccional competente y, otro – presente en su artículo 13- referido a la solicitud de dicha remisión.

25.Estamos ante un foro que, según la propia jurisprudencia del TJUE, debe ser interpretado restrictivamente, de forma que, atendiendo estrictamente a las circunstancias del caso concreto, se desvirtúe la fuerte presunción en favor del mantenimiento de la competencia del órgano jurisdiccional que se plantea la transferencia. Para asegurar esta aplicación hasta cierto punto excepcional, el Reglamento condiciona la transferencia al cumplimiento de tres requisitos: la especial vinculación del menor con el Estado miembro en cuestión, que el órgano jurisdiccional esté mejor situado para conocer del asunto y, por último, que se compruebe que la transmisión responde al interés superior del menor.

Adicionalmente, a estas tres condiciones se añadiría, como presupuesto previo, la cuestión de qué órgano jurisdiccional esté habilitado para activar la transferencia. En relación con este punto, y a pesar de que el nuevo texto reglamentario no es del todo coherente en algunos puntos, se puede concluir que cualquier órgano jurisdiccional competente en virtud del Reglamento está habilitado para activar la transferencia, y no solo el que ha asumido competencia con base en el foro de la residencia habitual del menor.

26.Correlativamente, se han planteado igualmente dudas en la jurisprudencia respecto a si un órgano jurisdiccional competente en virtud del Reglamento estaba habilitado para recibir la competencia –una vez comprobado que cumple con los mencionados tres requisitos preceptivos-. La tajante respuesta negativa del TJUE se ha plasmado en el nuevo Reglamento. En su artículo 12, esta restricción viene ahora acompañada de una segunda, en cuanto solo se podrá solicitar la transmisión al órgano jurisdiccional del Estado miembro de la residencia habitual del menor, tal y como estipula su artículo 13.

Si bien el legislador de la UE se ha limitado a incorporar la interpretación del TJUE en este punto, y un sector de la doctrina lo apoya, hay que plantearse hasta que punto tantas limitaciones podrían llegar a desvirtuar la propia finalidad del mecanismo de la transferencia de la competencia: esto es, dotar de flexibilidad al sistema de competencia judicial internacional diseñado en el Reglamento.

Séptima. El problemático funcionamiento del doble régimen de eficacia extraterritorial en materia de responsabilidad parental del Reglamento Bruselas II bis, y su diversa proyección en la jurisprudencia del TJUE y del TEDH

27.El modelo de reconocimiento y ejecución de las resoluciones dictadas por los Tribunales de los distintos Estados de la Unión en materia de responsabilidad parental recogido en el Reglamento Bruselas II bis ha demostrado ser un banco de pruebas en la configuración del espacio de libertad, seguridad y justicia de la UE. Confrontando, de manera constante, la búsqueda de dos objetivos que no siempre han resultado fácilmente compatibles: la consolidación del proceso de integración de la UE, con su objetivo prioritario de asegurar la libre circulación de resoluciones judiciales, basado en el principio de reconocimiento mutuo y en la confianza judicial entre administraciones de justicia. Y la puesta en práctica del sistema, en el caso concreto, desde la perspectiva del juego del interés superior del menor en abstracto y en el caso concreto. Esta tensión ha estado, y sigue, latente en todo el modelo y el Reglamento Bruselas II ter ha buscado encauzarla.

28.Desde la perspectiva de la integración de la UE, la libre circulación de las resoluciones judiciales constituye uno de los objetivos fundamentales para el adecuado funcionamiento del espacio de libertad, seguridad y justicia de la UE. Ello se proyecta en la paulatina desaparición del *exequátur* en dicho espacio, justificado, además, en el reparto de competencias entre el Estado miembro de origen y el Estado miembro requerido, basado en la confianza judicial entre administraciones de justicia.

29.No obstante, también las normas de eficacia extraterritorial de resoluciones extranjeras deben estar inspiradas en el principio del interés superior del menor. Y ello se traduce en una doble consideración: por un lado, el principio del interés superior del menor en abstracto se materializa en la existencia de mecanismos de cooperación eficaces y rápidos que garanticen la continuidad de la situación del menor. Pero, por otro, para una correcta evaluación del principio en el caso concreto, el sistema debe dotarse de cierta flexibilidad aún en sede de ejecución.

30. Con carácter general, el interés superior del menor en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras se identifica con la existencia de mecanismos de ejecución rápidos y eficaces que garanticen la continuidad y estabilidad de la situación del menor, ayudados por una adecuada cooperación y confianza entre las autoridades implicadas. Algo que el Reglamento Bruselas II bis ha demostrado no plasmar suficientemente si atendemos a la práctica del controvertido doble régimen de eficacia extraterritorial de resoluciones judiciales en materia de responsabilidad parental del Reglamento Bruselas II bis: tanto de su régimen general, como del régimen privilegiado.

31. En primer lugar, el régimen general, consistente en el mantenimiento de la declaración de ejecutividad para las resoluciones en materia de responsabilidad parental, se ha presentado como uno de los principales escollos del funcionamiento práctico del Reglamento Bruselas II bis. Fundamentalmente, debido a la excesiva duración de los procedimientos y al elevado coste de éstos. A lo anterior, se han sumado los problemas derivados de la ausencia de una armonización mínima de las normas procesales y materiales de los Estados miembros, en concreto, en relación con el procedimiento de ejecución.

Desde una perspectiva de sistema, esto es, desde la óptica del proceso de integración europea, es evidente que la exigencia de *exequátur* en todas las resoluciones en materia de responsabilidad parental supone un obstáculo a la libre circulación de resoluciones judiciales. Igualmente, las divergencias legislativas no coadyuvan al establecimiento de un adecuado clima de confianza entre las administraciones de justicia de los Estados miembros.

Adicionalmente, desde el plano del menor involucrado en los procedimientos transfronterizos, este sistema no garantiza suficientemente su interés superior. La influencia que el factor del tiempo posee en los menores, y la rapidez con que se integran a sus nuevas circunstancias, obliga a que los procesos judiciales que les afecten se resuelvan con rapidez, y a su vez, que las decisiones resultantes se ejecuten de forma veloz, con anterioridad a que sus circunstancias cambien.

32. En paralelo a ello, y en el que, insistimos, de forma gráfica podríamos calificar de extremo contrario, tampoco el régimen privilegiado parece garantizar satisfactoriamente, ni los objetivos de integración europea ni el interés superior del menor. El legislador de la UE, en el Reglamento Bruselas II bis, diseñó un régimen privilegiado de reconocimiento y

ejecución de las resoluciones en materia de derechos de visita y de retorno del menor – como resultado del mecanismo de prevalencia o de última palabra-, consistente en la eliminación del *exequátur* “en términos absolutos” para las resoluciones citadas. Esto conduce a la eliminación del control de la ejecutividad en el Estado miembro requerido que, por el contrario, se traslada a un momento previo, al emitir el certificado en el Estado miembro de origen. Limitando al máximo, con ello, el margen de actuación del primero, y, en contrapartida, reforzando el papel de los órganos jurisdiccionales del segundo.

Desde un punto de vista teórico, de sistema, esta opción supone un avance muy relevante en el proceso de armonización del DIPr de la UE, permitiendo alcanzar un grado muy avanzado de confianza entre administraciones de justicia. No obstante, el automatismo del modelo diseñado ha mostrado una excesiva rigidez en su proyección práctica, al no permitir tomar en consideración las complejidades y aristas de las situaciones que involucran al menor.

33.El TJUE ha tenido oportunidad de valorar las soluciones recogidas en el Reglamento Bruselas II bis en diversas ocasiones contrastando en sus opiniones con la posición mantenida por el TEDH en relación con la sustracción de menores.

En efecto, la jurisprudencia del TJUE sobre las resoluciones de retorno privilegiadas en casos de sustracción internacional de menores se limita a ratificar la ausencia de ductilidad del sistema. Ante la concurrencia de circunstancias excepcionales que cuestionaban la idoneidad de ejecutar las resoluciones de retorno, el Tribunal de Luxemburgo ha apostado por promover la fidelidad al sistema, basado en el reparto de competencias imperante en el Reglamento Bruselas II bis en cuanto al control del respeto de los derechos fundamentales, que corresponde exclusivamente al Estado miembro de origen, frente a la protección en el caso concreto del interés superior del menor.

Esta solución, ya lo hemos avanzado, contrasta con la aproximación más garantista de la jurisprudencia del TEDH en materia de sustracción internacional de menores, en la que se reivindica la necesidad de valorar el interés superior de del menor afectado en el caso concreto. Pese a que ambos Tribunales convalidaron la eliminación del *exequátur* “en términos absolutos”, su enriquecedor “diálogo” ha permitido reflexionar sobre si, en materia de protección de menores, y sin perjuicio de avanzar decididamente en la libre circulación de resoluciones judiciales en el seno de la UE, no sería conveniente dejar un cierto margen

de maniobra, aún en sede de ejecución, para la valoración de cuestiones de fondo y, muy en particular, del interés superior del menor en el caso concreto.

34. En definitiva, la conjunción de la voluntad de profundizar en el proceso de integración jurídica europea y la voluntad de proteger al menor en el caso concreto se plasma en la necesidad de articular un modelo que resulte a la vez flexible y previsible. Si conjugamos ambos objetivos, cabe concluir que la eliminación del *exequátur* para todas las resoluciones en materia de responsabilidad parental, manteniendo ciertas salvaguardias en sede de ejecución, que, en particular, dejan cierto margen de apreciación del interés superior del menor en el caso concreto, permite alcanzar un delicado –pero adecuado– equilibrio entre la libre circulación de resoluciones extranjeras y el interés superior del menor. Y este es, precisamente el sutil equilibrio que se refleja en el Reglamento Bruselas II ter.

Octava. La plasmación en el Reglamento Bruselas II ter del delicado equilibrio entre el principio del interés superior del menor y la libre circulación de resoluciones judiciales en materia de responsabilidad parental

35. La disyunción de la práctica jurisprudencial de los Tribunales de Luxemburgo y de Estrasburgo permite vislumbrar el difícil equilibrio entre el interés superior del menor en abstracto y en concreto en el ámbito de la eficacia extraterritorial de las resoluciones extranjeras, y la tensión entre la búsqueda de procedimientos eficaces que, a su vez, resulten maleables. E, igualmente, abre el debate, en sede de ejecución y ante un escenario de cambio excepcional de las circunstancias que acompañan al menor desde el momento en que se dictó la resolución cuya eficacia se pretende, en torno a cuál debe ser el reparto de competencias entre el órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen y el requerido en cuanto al control del respeto de los derechos fundamentales y de la valoración del interés superior del menor en el caso concreto.

36. El Reglamento Bruselas II ter ha pretendido hacerse eco de la problemática que ha rodeado a la práctica del Reglamento 2201/2003. Y en este sentido ha introducido diversas medidas novedosas.

Como una de las novedades estrella, que debe ser bienvenida, el legislador de la UE acierta con la eliminación del *exequátur* para todas las resoluciones en materia de

responsabilidad parental. Siguiendo para ello el modelo del Reglamento Bruselas I bis, esto es, un sistema de certificación en el Estado miembro de origen, acompañado de ciertas salvaguardias en sede de ejecución, que aseguren los derechos de defensa, y en el caso de menores, la protección de su interés superior. Ello se traduce, fundamentalmente, en el mantenimiento de las causas de denegación del reconocimiento y de la ejecución. Destacando, además, la posibilidad de suspender –e incluso denegar- el procedimiento en caso de un cambio excepcional de las circunstancias desde que se dictó la resolución que suponga un riesgo para el menor, como potencial “causa encubierta” de denegación, y como último garante del interés superior del menor.

37. Quizás, en segundo lugar, no tan positiva valoración merezca el mantenimiento del régimen privilegiado para las resoluciones en materia de derechos de visita y resoluciones de retorno, ya que, tras la eliminación del *exequátur*, la unificación de ambos regímenes podría haber constituido una opción para simplificar el sistema. No obstante, lo cierto es que sí se ha matizado el automatismo de este régimen, puesto que, a pesar de que no será posible alegar las causas de oposición al reconocimiento o a la ejecución -excepto resoluciones inconciliables-, sí se otorga cierta ductilidad al modelo. Fundamentalmente, gracias a la posibilidad de modificación y revocación del certificado; así como de aplicar la citada causa de suspensión –e incluso denegación- del procedimiento.

Esta modificación posee una gran relevancia desde la perspectiva del debate entre la eliminación del *exequátur*, como objetivo y paradigma de ineludible observación, y la adecuada protección de los derechos fundamentales del menor, y de su interés superior, en sede de ejecución. Y ello, en cuanto con la nueva regulación, se dota al Juez del Estado miembro requerido con un mayor margen de actuación, tanto en el régimen general como en el privilegiado. Con ello, se puede aseverar que el legislador de la UE deconstruye el modelo de eliminación del *exequátur* en términos absolutos, diseñado para las resoluciones privilegiadas del Reglamento Bruselas II bis.

Ahora bien, insistimos, a pesar de sus previsibles ventajas, el sistema no está exento de dudas respecto de su aplicación futura, subsistiendo las interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales y el riesgo de abuso en la práctica de la citada cláusula encubierta de suspensión y eventual denegación.

38. Una tercera novedad, reflejo de la voluntad del legislador europeo de responder en el texto del Reglamento Bruselas II ter a distintas cuitas del modelo anterior, refiere al hecho de que la eliminación del *exequatur* se acompaña de una mínima armonización del procedimiento de ejecución. En efecto, el legislador de la UE ha buscado un punto intermedio entre la mera remisión a la normativa nacional y a la inclusión de normas armonizadas en el nuevo texto reglamentario. Sin embargo, y esto no supone ninguna novedad en el plano normativo europeo actual, el nivel de armonización alcanzado dista del inicialmente propuesto por la Comisión en 2016, de lo que se podría inferir las reticencias de los Estados miembros a alcanzar un mayor nivel de integración en este ámbito.

39. Con todas sus limitaciones y dificultades, el texto del Reglamento Bruselas II ter permite afirmar que el legislador de la UE ha conseguido avanzar en su objetivo de asegurar la libre circulación de resoluciones en materia de responsabilidad parental, sin por ello renunciar a la búsqueda de una mejor protección del interés superior del menor, tanto en abstracto, como en el caso concreto. Veremos si la nueva regulación, acompañada del fortalecimiento de la comunicación y cooperación entre las autoridades implicadas, consigue alcanzar un adecuado clima de confianza entre administraciones de justicia que mejore la protección de los menores involucrados en procesos transfronterizos en la UE.

Novena. Una acertada apuesta por el fomento de la mediación como vía para resolver disputas en materia de responsabilidad parental

40. En el marco de la creciente tendencia global a la exploración de vías alternativas a los Tribunales estatales, también impulsado desde la UE, el nuevo Reglamento Bruselas II ter introduce una clara apuesta por su fomento en el marco de la resolución de conflictos en materia de responsabilidad parental. Frente al casi absoluto silencio en la materia de su antecesor, el nuevo texto reglamentario supone un paso adicional en la regulación de la cuestión, e incluso, la facilita en todos sus ámbitos cubiertos, tanto en los procedimientos de responsabilidad parental como en los relativos a la sustracción internacional de menores.

Especialmente destacable es la extensión de la eliminación del *exequatur* también a los documentos públicos y acuerdos alcanzados en el marco de una mediación en materia de responsabilidad parental que, además, cuentan con una regulación mucho más detallada que su predecesor. No obstante, subsiste como problema de base común a todo el régimen

de la mediación en la Unión Europea, la cuestión de la naturaleza de estos acuerdos y la necesidad de dotarles de fuerza ejecutiva como premisa para su circulación.

Décima. El logro de una mejor articulación en el Reglamento Bruselas II ter de la tutela provisional y cautelar, como garantía del interés superior del menor en procedimientos de responsabilidad parental

41.La tutela provisional y cautelar proporciona una respuesta inmediata que pretende proteger al menor de forma temporal mientras se sustancia el procedimiento de fondo. Contando con un adicional papel de reequilibrio entre dos facetas muy relevantes del interés superior del menor. Por un lado, como principio inspirador del proceso, esta máxima se traduce en la celeridad y eficacia de los procedimientos judiciales. Por otro, en su vertiente sustantiva exige que se valoren minuciosamente todas las circunstancias que rodean la situación particular del menor. A esta lógica, se adicionan las complejidades de los procedimientos transfronterizos en los que un menor necesita de una protección urgente.

42.La proyección práctica del modelo de tutela provisional y cautelar en materia de responsabilidad parental en el Reglamento Bruselas II bis no ha venido exenta de dudas y tensiones, como ha evidenciado la práctica del TJUE. Sobre todo, las dudas se han centrado en la potestad de los órganos jurisdiccionales no competentes sobre el fondo de la cuestión, en virtud del Reglamento, para dictar medidas provisionales y cautelares. Así como en lo referente al alcance de tales medidas, tanto respecto a su contenido, como a su posterior eficacia en otros Estados miembros de la UE.

43.En el sector de competencia judicial internacional, el nuevo régimen mejora a su predecesor tanto en lo relativo a su claridad, como a su precisión técnica, facilitando su futura aplicación gracias, también a la interpretación del TJUE en cuanto a los requisitos para aplicarlo. De esta suerte, el artículo 15 del Reglamento Bruselas II ter se ubica sistemáticamente dentro del conjunto de normas de competencia judicial internacional recogidas en él, clarificando, con ello, las dudas existentes en torno a la naturaleza que existían en su predecesor. Manteniendo los requisitos “comunitarios” relativos al carácter urgente y a la provisionalidad, la nueva regulación, corrigiendo de esta manera una dudosa

interpretación realizada por el TJUE, restringe el requisito subjetivo a la persona del menor, frente a la antigua referencia a “personas”.

44. Mayor debate se ha generado en lo referente al reconocimiento y ejecución de las medidas de tutela provisional o cautelar otorgadas, tanto por el órgano jurisdiccional competente en materia de responsabilidad parental en virtud del Reglamento, como por uno no competente.

45. En el primer caso, la nueva regulación mejora a la anterior en una doble faceta. Desde el punto de vista formal o técnico, gracias a la inclusión expresa de dichas medidas en el régimen de reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de responsabilidad parental, cuestión que no recogía el texto anterior, pero que había sido confirmada por el TJUE. Y desde una perspectiva sustantiva, gracias a la supresión del *exequátur* para todas las resoluciones en materia de responsabilidad parental, cuya existencia ha demostrado ser un obstáculo para la finalidad de estas medidas, como bien se ha evidenciado en la jurisprudencia del TJUE.

46. Mayor complejidad y controversia suscita el segundo caso, esto es, el relativo a la posible eficacia extraterritorial de las medidas provisionales dictadas por un órgano jurisdiccional no competente sobre el fondo. Opción que no aparece contemplada en el Reglamento Bruselas II bis. En este punto, los argumentos a favor y en contra son diversos y encontrados.

A pesar de que la Propuesta de la Comisión de 2016 apostaba por la eficacia extraterritorial de estas medidas, alineando, con ello, la respuesta con el Convenio de La Haya de 1996, en la versión final del nuevo Reglamento se ha descartado tal eficacia extraterritorial con carácter general. Sí se ha incorporado, por contra, una excepción, para facilitar que el órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que se encuentra ilícitamente el menor pueda garantizar su retorno seguro. Más allá de las eventuales elucubraciones en relación con el porqué de esta modificación, lo cierto es que el legislador de la UE ha tratado de dar respuesta, igualmente, a los problemas existentes en la práctica, pero desde una intervención mínima, y precavida, frente a unas medidas que, como hemos apuntado, generan cierta reserva.

Undécima. Profundizando en la cooperación judicial y administrativa como reto pendiente del Reglamento Bruselas II ter

47.La cooperación entre autoridades se presenta un pilar esencial con vistas al logro de un adecuado funcionamiento de los procedimientos transfronterizos en la UE. Favoreciendo, por ende, el establecimiento de un adecuado –e imprescindible- clima de confianza entre las administraciones de justicia. En materia de protección de menores, la cooperación adquiere una dimensión adicional de relevancia, puesto que se entiende como una faceta más del interés superior del menor como norma de procedimiento, según la cual, una eficaz y rápida cooperación reduce los tiempos de resolución de un procedimiento transfronterizo, tan perjudiciales para el menor.

48.En el marco del proceso de reforma del Reglamento Bruselas II bis, el legislador de la UE es consciente de la importancia de esta cooperación –un auténtico reto- como complemento a las normas de competencia judicial internacional y eficacia extraterritorial. En coherencia con ello, en el nuevo Reglamento Bruselas II ter son constantes las referencias a la misma.

Esta apuesta por la cooperación se plasma en el nuevo texto reglamentario en dos áreas. Por un lado, refuerzan y clarifican las funciones y obligaciones de las autoridades centrales. Por otro, se refuerza y fomenta la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros implicados en la resolución de un asunto en materia de responsabilidad parental. Como reflejo –y hasta cierto punto, corolario- de este espíritu, el nuevo texto reglamentario les faculta a cooperar y a comunicarse directamente entre sí.

49.Inmerso en este ámbito de la cooperación entre autoridades, pero dotada de una lógica propia, se encuentra la respuesta europea al acogimiento de menores de un Estado miembro a otro. Una cuestión que, a la vez que constituye un ejemplo paradigmático de la importancia de una adecuada cooperación entre las autoridades implicadas en un asunto en materia de responsabilidad parental, en el que, además, el menor se encuentra en una situación de especial vulnerabilidad. Pone, igualmente, de manifiesto, la interacción entre el

Derecho privado de la UE y el Derecho público de las legislaciones nacionales en materia de protección del menor.

La nueva regulación de la cuestión recogida en el Reglamento Bruselas II ter articula un mecanismo de cooperación más claro y simple, con vocación de corregir las graves disfunciones del régimen actual, relacionadas, fundamentalmente, con la complejidad del procedimiento, y muy en particular, con el trámite preceptivo de consulta previa al Estado miembro receptor, que, sin embargo, se ha mantenido.

Duodécima. La aparente mejora del derecho fundamental del menor a expresar sus opiniones en el Reglamento Bruselas II ter

50.El derecho del menor a expresar sus opiniones, de conformidad con su edad y madurez, constituye uno de los máximos exponentes de la nueva concepción de los menores como sujetos titulares de derechos. Sin embargo, a pesar de la importancia de este derecho, reconocido tanto en el plano internacional como el nacional, la práctica del Reglamento Bruselas II bis ha demostrado que la regulación de la audiencia del menor en él recogida, presenta muy importantes limitaciones que ahora se intentan corregir en el texto de Bruselas II ter.

51.Así, en primer lugar, el Reglamento Bruselas II bis no proclama de forma genérica, para todas las resoluciones en materia de responsabilidad parental, el derecho del menor a expresar sus opiniones. Esta deficiencia ha sido, ahora, adecuadamente resuelta en el Reglamento Bruselas II ter mediante la introducción de un precepto destinado a enfatizar la importancia de dar una posibilidad real y efectiva, al menor, de ser escuchado, de conformidad con las exigencias de la CDN y de la CDFUE. Con esta disposición, el nuevo Reglamento Bruselas II ter mejora la protección del menor, al subrayar y reconocer la importancia de escuchar a los menores en todos los asuntos que le afecten. Incluidos los procedimientos transfronterizos en materia de responsabilidad parental, y sustracción internacional de menores, aunque resulte más complejo que en procedimientos meramente nacionales.

52.Una segunda limitación identificada en el Reglamento Bruselas II bis en relación con la audiencia del menor, es la ausencia de una mínima armonización de las normas

procesales y materiales en la materia en el seno de la Unión. Este hecho ha afectado muy negativamente a la instauración de un adecuado clima de confianza entre las administraciones de justicia de los Estados miembros. Amén de contar con un impacto negativo en el régimen de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras, e incluso en la propia consideración del principio del interés superior del menor.

Significativamente, pese a ello, el nuevo Reglamento Bruselas II ter no ha modificado esta tendencia. El legislador de la UE se ha limitado a imponer el reconocimiento mutuo de las distintas legislaciones nacionales en materia del derecho del menor a ser escuchado, así como a introducir una serie de exigencias formales que evidencien su adecuado cumplimiento por parte del Estado miembro de origen. Sin perjuicio de que estas medidas puedan resultar beneficiosas para reforzar el principio de reconocimiento mutuo, esta afirmación no se puede hacer tan fácilmente extensiva a otros aspectos problemáticos. Sobre todo, al relativo a la generación de la necesaria confianza judicial en las administraciones de justicia y a la protección del interés superior del menor en el caso concreto.

53. En suma, cabe concluir que el derecho del menor a expresar sus opiniones se mejora en el plano legislativo y teórico, aunque, cierto es que tales estándares ya eran susceptibles de aplicación de conformidad con la CDN y la CDFUE. Para un adecuado funcionamiento y protección de este derecho, seguirá siendo necesaria la existencia de un conjunto de normas comunes mínimas tanto en relación con los aspectos materiales como procesales de la audiencia del menor, ya que, sin estos estándares mínimos, es sumamente complicado crear un verdadero clima de confianza entre órganos jurisdiccionales de los Estados de la Unión.

En consecuencia, además del refuerzo del derecho de audiencia del menor en el plano legislativo, este derecho debería reforzarse e impulsarse desde las instituciones de la UE a través de toda una serie de medidas complementarias. Especialmente, las relativas a la formación de jueces y otros operadores jurídicos implicados, la creación de guías comunes de buenas prácticas y en general, la promulgación y desarrollo de procedimientos civiles adecuados a las necesidades de los menores.

Decimotercera. Una mejor articulación de la sustracción internacional de menores en el Reglamento Bruselas II ter: la existencia de nuevos retos a ponderar

54. La sustracción internacional de menores se presenta en nuestros días como un ejemplo paradigmático de la complejidad de los asuntos transfronterizos en los que se involucra a la figura de un menor en el que, además, concurren realidades con múltiples aristas.

Con carácter general, frente al traslado ilícito de un menor a otro Estado -en nuestro caso, en el seno de la UE- con infracción de los derechos de custodia, se entiende que aquello que mejor se corresponde con la salvaguarda de su interés superior es, precisamente, su retorno inmediato al lugar de su residencia habitual. No obstante, a pesar de que esta premisa se mantiene en la generalidad de los casos, la inmediatez de la respuesta debe ser ponderada atendiendo a las circunstancias del caso concreto, en el que los intereses del menor involucrado pueden no identificarse con dicho retorno inmediato. Máxime en unos momentos en que se reivindica una redefinición del marco normativo de la sustracción internacional de menores y la búsqueda de una clarificación de sus fuentes y de su interacción.

55. Focalizándonos en el primer plano, en la actualidad, se reivindica una necesaria redefinición del marco jurídico de la sustracción internacional de menores buscando con ello adecuarlo a nuevas realidades y matices. Se habla, así, de la necesidad de afrontar los profundos cambios sociales de las últimas décadas, reflejados en la consolidación de diferentes modelos familiares, o en la, ya apuntada, mayor centralidad de los derechos del menor y su interés superior, frente al de sus progenitores.

Como manifestación de esta tendencia, ocupa un lugar especialmente relevante la creciente concienciación en torno a cómo abordar los casos en los que se alega violencia doméstica o de género como motivo de denegación del retorno. De forma que, más allá del estricto retorno inmediato del menor, se busque su protección, así como la de la madre; bien mediante la denegación al retorno, bien mediante su “retorno seguro” acompañado de las necesarias medidas de protección.

56. Junto a ello, en segundo lugar, se afronta el debate en relación con la delicada del sistema de fuentes –especialmente en lo referente al Convenio de La Haya de 1980 y al Reglamento Bruselas II bis. Una cuestión que viene maximizada por el problemático mecanismo de prevalencia o de última palabra.

57. La respuesta jurídica frente a la sustracción internacional de menores en la UE muestra un complicado paisaje de pluralidad de fuentes legales, que buscan desincentivar este fenómeno. Principalmente, se trata de un marco jurídico tripartito conformado por el juego entre el Reglamento Bruselas II bis y el Convenio de La Haya de 1980, que queda complementado por la interacción puntual del Convenio de La Haya de 1996.

58. El legislador de la UE optó, en su momento, por una peculiar regulación de la sustracción internacional de menores, consistente en la remisión por parte del Reglamento Bruselas II bis al Convenio de la Haya de 1980, pero realizando ciertas modificaciones. Esta técnica legislativa obliga a aplicar ambos textos de manera conjunta. Principalmente, los cambios afectan a la articulación procesal del sistema de retorno del Convenio de La Haya de 1980. Consecuentemente, este sistema, en el que conviven dos instrumentos con origen y ámbito diferenciados, complica la regulación en materia de sustracción ilícita internacional en la UE.

59. Un primer reto para los operadores jurídicos viene constituido por la superposición de las definiciones contenidas en ambos instrumentos internacionales; recordemos, de origen y ámbito diferenciados. Particularmente relevantes resultan las definiciones directamente relacionadas con el concepto de traslado o retención ilícita, como son los derechos de custodia y visita y la residencia habitual del menor. A pesar de la similitud en su terminología, la interpretación autónoma que debe realizarse de los conceptos, tanto respecto a las del Convenio de La Haya de 1980 como respecto a las legislaciones nacionales, añade complejidad en la aplicación práctica del modelo.

60. Sin embargo, el elemento más problemático, tanto del Convenio de La Haya de 1980 como del Reglamento Bruselas II bis, es el mecanismo de retorno del menor. En el Convenio de La Haya de 1980, se otorga prioridad al retorno del menor, pero a su vez, se

busca el equilibrio con el interés del menor en el caso concreto a través de un sistema de excepciones al retorno. Frente a este sistema, el Reglamento Bruselas II bis restringió al máximo el sistema de excepciones al retorno mediante la introducción del llamado mecanismo de prevalencia, por el cual, la última palabra en relación con el retorno del menor la posee el órgano jurisdiccional competente en virtud del Reglamento, que normalmente será el del lugar de residencia habitual del menor inmediatamente anterior al traslado o retención ilícita –Estado miembro de origen–. Este mecanismo desempeña la doble función de vigorizar el sistema en favor del Estado miembro de origen, así como de reforzar el retorno inmediato del menor, aún en mayor medida que el Convenio de La Haya de 1980.

61. De esta manera, el Reglamento Bruselas II bis articula un sistema de reparto de competencias por el que la resolución de retorno del menor, dictada por el Estado miembro de origen, tiene prioridad frente a una resolución anterior de no retorno dictada por el Estado miembro requerido en base a una de las causas de excepción del artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980. En definitiva, resulta alterado el tradicional reparto de competencias del Estado miembro de origen y el Estado miembro requerido. De forma que el sistema reglamentario parece estar trazando un sistema de confianza entre administraciones de justicia en sentido único hacia el Estado miembro de origen. Esta prioridad es reforzada, precisamente, mediante la eliminación del *exequatur*, en términos absolutos, de dicha resolución de retorno. Adicionando, por tanto, la problemática relativa a las dudas sobre la efectiva protección del interés superior del menor en el caso concreto, evidenciada a través del análisis jurisprudencial del TJUE y el TEDH en la materia.

62. El problematismo del mecanismo de prevalencia ha conducido a la doctrina a sugerir su total supresión en el futuro Reglamento sustitutorio del texto de Bruselas II bis. O, en caso de su mantenimiento, a favor de la introducción de cambios urgentes para su mejora en la práctica.

Decimocuarta. La sustracción internacional de menores en el Reglamento Bruselas II ter: algunas mejoras y una oportunidad perdida

63. El legislador de la UE, consciente de la complejidad y problematismo que ha acarreado la aplicación del Reglamento Bruselas II bis en materia de sustracción

internacional de menores, ha intentando mejorar y depurar la respuesta aportada en el nuevo texto de 2019. Como primer signo evidente de mejora, al menos desde el punto de vista estructural, el nuevo Reglamento dedica un Capítulo completo –el III- a la regulación de esta materia. Este cambio estructural se acompaña de un perfeccionamiento en la delimitación de la relación entre el texto de 2019 y el Convenio de La Haya de 1980.

64. Junto a ello, en segundo lugar, y en relación con el procedimiento de restitución del menor, la nueva regulación recogida en el texto de Bruselas II ter, aunque de corte continuista, introduce ciertos avances para su funcionamiento práctico. Entre ellos destacan, en particular, las medidas tendentes a reducir el tiempo de resolución de estos asuntos: como puede ser el nuevo plazo, más realista, de 18 semanas de duración del proceso. A pesar de que la Comisión, en su Propuesta de 2016, propuso la armonización de diversas medidas, como la concentración de la jurisdicción o la limitación de los recursos, finalmente en el nuevo texto reglamentario han quedado meramente reflejadas en un Considerando, quizá, una vez más, como un indicio de las reticencias de los Estados de la UE a armonizar sus legislaciones nacionales.

65. Adicionalmente, el nuevo texto reglamentario recoge toda una serie de cuestiones que manifiestan la clara apuesta del legislador de la UE por la adaptación del marco jurídico en la materia a las nuevas realidades sociales y, en particular, la realización de un mayor énfasis de los derechos del menor. En este sentido, cabe destacar, en especial, la aclaración sobre la edad del menor; el refuerzo del derecho del menor a expresar sus opiniones en los procedimientos de restitución; la novedosa facultad del órgano jurisdiccional de garantizar el contacto del menor con el progenitor solicitante del retorno o el fomento del tan reclamado por la doctrina “retorno seguro” del menor, gracias a la facultad de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que se encuentra ilícitamente el menor de dictar medidas provisionales y cautelares con eficacia extraterritorial. Así como, por último, pero no por ello menos importante, la introducción de la figura de la mediación o cualquier otra vía alternativa de resolución del litigio.

66. Sin embargo, a pesar de los aplaudidos avances señalados, y como último punto, el legislador de la UE ha perdido la oportunidad de suprimir el cuestionable mecanismo de prevalencia o de última palabra. No obstante, lo cierto es que se han introducido importantes

matizaciones que vienen a afrontar los aspectos más problemáticos detectados en la praxis. Destacando, entre ellas, la vinculación entre las decisiones de custodia y las órdenes de retorno, aunque, en este punto, se ha omitido una referencia a la consideración del interés superior del menor que sí incluía la Propuesta de 2016. Todo ello iría acompañado de la corrección de la eliminación del *exequátur* “en términos absolutos”, y de la introducción de un cierto margen de actuación en sede de ejecución para la adecuada valoración del interés superior del menor ante la concurrencia de circunstancias excepcionales.

67. En conclusión, y sin perjuicio de que la complejidad del mecanismo de prevalencia perdura, la nueva regulación en materia de sustracción internacional de menores alcanza un mejor equilibrio, tanto en lo referente al reparto de competencias entre Estado miembro competente sobre el fondo y Estado miembro en el que se encuentra ilícitamente el menor. Como en relación con la asunción del principio del interés superior del menor y el juego entre el retorno inmediato del menor y las excepciones al retorno. A pesar de la compleja regulación en la materia, con una debida diligencia de los órganos jurisdiccionales implicados en la resolución del caso, acompañada de una adecuada comunicación entre ellos, quizá nos encontremos con la base para el establecimiento de un adecuado clima de confianza entre administraciones de justicia que redunde, en la práctica, en una mejor protección del menor afectado.

Decimoquinta y final. Avanzando en el proceso de integración europeo sin renunciar a una mejor plasmación de la triple consideración del principio del interés superior del menor en el Reglamento Bruselas II ter

68. El legislador de la UE avanza hacia un mayor nivel de integración en el contexto de la armonización de las normas de Derecho Internacional privado en materia de Derecho de familia, redundando, sin duda, en una mejora de la realidad de las familias transfronterizas. A través del proceso de reforma del Reglamento Bruselas II bis al ter se extraen algunos de los problemas de base de dicho proceso, destacando, entre ellos, el reto de una mayor armonización de las normas procesales y materiales de las legislaciones de los Estados miembros que facilite la aplicación de los instrumentos de la UE, como gran desafío en su proyección de futuro.

E igualmente, la imprescindible confianza judicial, la cual es empleada como pilar en el que se fundamenta dicha integración, pero que, tal y como la práctica deja entrever, no siempre viene reforzada por los propios mecanismos de integración. Y, en consecuencia, de esta aparente contradicción se extrae la necesidad de incentivar y facilitar la confianza judicial, por ejemplo, con un refuerzo de la comunicación entre autoridades, o la ya aludida armonización de normas procesales y materiales. Pero no darla por supuesta como quizá se reflejó en el Reglamento Bruselas II bis, extremo que el Reglamento Bruselas II bis intenta superar. Su futura aplicación dirá si dicho objetivo se ha conseguido.

69.El segundo gran reto del proceso de reforma del Reglamento Bruselas II bis se ha centrado en la compatibilización de los objetivos de integración con una mejor garantía de los derechos del menor y su interés superior. En este sentido, el nuevo Reglamento Bruselas II ter evoluciona hacia el reconocimiento de una mayor centralidad del menor y de sus derechos en la resolución de los asuntos transfronterizos en materia de responsabilidad en la UE. De forma que constituye una clara manifestación de la creciente influencia del principio del interés superior del menor en todos los ámbitos y cuestiones que le afecten, también desde la perspectiva del DIPr. Así como de la tendencia a aceptar una mayor influencia de los derechos humanos en esta disciplina.

70.En definitiva, el Reglamento Bruselas II ter refleja una mejor, y mayor, plasmación del principio del interés superior del menor no solo en abstracto y en el caso concreto, sino también en su triple dimensión de derecho sustantivo, principio inspirador, y como norma de procedimiento. En primer lugar, como derecho subjetivo del menor a que su interés superior sea una consideración primordial en todos los asuntos transfronterizos en materia de responsabilidad parental en la UE. En segundo lugar, como principio inspirador del Reglamento, tanto en la elaboración de sus normas de DIPr, como en su posterior aplicación por los órganos jurisdiccionales nacionales y por el TJUE. Y, en tercer lugar, como norma de procedimiento, que en esta materia se traduce con la existencia de mecanismos eficaces, pero con cláusulas flexibilizadoras, tanto de las normas de competencia como de las de eficacia extraterritorial. Destacando, dentro de esta aproximación, la importancia de reivindicar el derecho del menor expresar sus opiniones también en asuntos transfronterizos.

CONCLUSIONS

(necessarily provisional, on a long-winded regulatory process, which is still under construction in many of its extremes)

First. Towards the recognition of the “centrality” of the rights of the child in cross-border contexts. The consolidation of the principle of the best interests of the child both as a major goal and an interpretative criterion in Private International Law.

Second. Parental responsibility as a “European” concept that focus on the protection of children.

Third. The improvement of the principle of the best interests of the child int the system of international jurisdiction embodied in the -continuist- Brussels II ter Regulation.

Fourth. The maintenance, as a general rule, of the forum of child's habitual residence, based on the equation child's habitual residence, greater proximity and better safeguarding of the best interests of the child.

Fifth. The designation of a first group of exceptions to the general forum on parental responsibility linked to the alteration of the child's habitual residence and on its nature: legal relocation vs. international child abduction.

Sixth. The development of a second level of exceptions aimed to safeguard the best interests of the child in concreto: the – limited - progress of party autonomy, and the transfer of jurisdiction to a court better placed to hear the case, as the main exponents of it.

Seventh. The problematic functioning of the double recognition and enforcement regime in the field of parental responsibility in the Brussels II bis Regulation, and its diverse projection in the CJEU and the ECtHR case-law.

Eighth. The delicate equilibrium between the principle of the best interests of the child and the goal of the free movement of judgments on matters of parental responsibility in the Brussels II ter Regulation.

Ninth. A successful commitment to promoting mediation as a way to solve parental responsibility disputes.

Tenth. Achieving a better regime for provisional, including protecting measures, in the Brussels II ter Regulation, as a mean to guarantee the best interests of the child in parental responsibility proceedings.

Eleventh. Deepening judicial and administrative cooperation as a far-reaching challenge of the Brussels II ter Regulation.

Twelfth. The apparent improvement in the Brussels II ter Regulation of the fundamental right of the child to express their views.

Thirteenth. A better articulation in the Brussels II ter Regulation of the rules on international child abduction: the existence of new challenges to be considered.

Fourteenth. The international child abduction regime in the Brussels II ter Regulation: some improvements and a missed opportunity.

Fifteenth and final. The Brussels II ter Regulation: moving forward in the process of European integration without giving up a better reflection of the triple consideration of the principle of the best interests of the child.

CONCLUSIONS AND THEIR DEVELOPMENT

First. Towards the recognition of the “centrality” of the rights of the child in cross-border contexts. The consolidation of the principle of the best interests of the child both as a major goal and an interpretative criterion in Private International Law

1. Nowadays, the transformation of the traditional family model is a settled reality, to a greater or lesser degree, in many places of the world and also within the European Union. This implies the emergence of new and plural family realities, together with the wide mobility that accompanies them, and the consequent consolidation of the figure of cross-border families.

Within the framework of this complex and changing scene, largely accompanied by the profound social changes that have taken place since the beginning of the XXth century, the idea of the children’s centrality in all those areas of law and situations affecting them has gradually become more and more important. The ancient -unitary- conception of the family and its protection as a whole – regardless of the subjects who form it – as an institution directly linked to the father of the family and on which the very essence of the social order is based, has gradually come second to the consideration of children as subjects of rights, in need of special protection, but also, capable of exercising their rights progressively, as they become more independent.

2. This paradigm shift, still in development at some of its extremes, has materialised directly in the consolidation of the best interests of the child as a primary consideration in any matter that affects him or her. Moreover, it has consolidated as a legislative principle prevailing in the complex and fragmented framework of international and national legal sources in the field of children’s protection, as well as an essential criterion when approaching and interpreting them. The acceptance of the principle of the best interests of the child as a key factor has also settled in the EU. In which, thanks to the progressive recognition of fundamental rights in shaping the EU's area of freedom, security and justice, an increasing awareness of the need to protect children’s rights in all matters affecting them has been consolidated.

3. We are not, however, in front of either a unitary notion, or of easy concretion. The principle of the best interests of the child, as an indeterminate legal concept, does not escape from the problems of its concretion in practice. What is more, its own nature – and function – discourages any attempt of conceptualisation of this notion in abstract. In this attempt, the doctrine has tended to qualify it as a general principle, as a legal standard or as an objective criterion in any matter affecting children. In addition, there is a widespread consensus that an approximation to this principle would coincide with a full enjoyment of all the children's fundamental rights. In this sense, among the different contributions to its concretion, the Committee on the Rights of the Child interpretation is settling as the main one: as a subjective right, as a legal principle and as a procedural rule. Moreover, we distinguish between the best interests of the child in abstract terms *-in abstracto-*, identified with what is best understood for children in the generality of cases; and the best interests of the child in the particular case *-in concreto-*, which evaluates what benefits the child involved in a particular matter.

4. The principle of the best interests of the child affects all areas of law. Focusing on the field of PIL, the evolution towards the consolidation of children's centrality has also had, and still has, a direct, wide and plural influence on the discipline. Actually, it has consolidated as the guiding principle on which PIL rules are articulated, as well as their interpretation in practice. In fact, and from the point of view of this discipline, not only has the principle favoured the internal rebalancing of the sectors that form it, from the traditional conflict of laws to the conflict of jurisdictions, but also, the consolidation of the best interests of the child is a paradigmatic example of the process of materialising the PIL rules with the need to project the values and objectives present in national law also in all sectors covered by them.

Second. Parental responsibility as a “European” concept that focus on the protection of children

5. The search for child-centred approach in all matters affecting them has been settled in the legal system in plural forms. One of these dimensions has been the articulation of figures and legal notions that respond and adapt more appropriately to this new reality. In this sense, within the EU PIL framework, the consolidation of the notion of parental

responsibility is a clear manifestation of this paradigm shift towards a higher centrality of the child. The figure is built upon the child and his or her best interests, and, in fact, the key to its understanding lies in its configuration as a broad and comprehensive notion, with a much wider content than the mere relationship with his or her parents.

6.The emergence and consolidation of the notion of parental responsibility regarding the regulation of international private situations that may affect children is linked to the European area, with the impetus of the Hague Conference of PIL, the Council of Europe and the EU, respectively, with the 1996 Hague Convention, the 1996 European Convention on the Exercise of Children's Rights, and the Brussels II bis Regulation –from 2022, the Brussels II ter-, among others. Thus, in the light of the diverse legislations that coexist in the European countries, parental responsibility, as an “European” concept – European but not Eurocentric –is situated as an inclusive term covering a wide range of legal institutions and measures for children’s protection. And, therefore, fulfilling the additional purpose of seeking that no child is left unprotected in a cross-border matter.

7.Its dynamic and multifaceted character has been ratified by the CJUE itself. More precisely, when interpreting the parental responsibility notion in the Brussels II bis Regulation, the CJUE has confirmed its status as an autonomous concept of EU law, and therefore, that covers civil matters interpreted autonomously, in accordance with EU law and the objectives of the Regulation. As a result, this interpretation has led to the inclusion in the concept of “civil matters” of the Brussels II bis Regulation of matters that are normally governed by public law in the national laws of the Member States. And more interestingly, it shows how, as well as in other modern law fields, the boundaries between private and public law when it comes to the protection of children are blurred. Lastly, the CJUE case-law has also confirmed that the broad concept of parental responsibility covers preliminary questions relating to children in main administrative or succession proceedings too.

8.Despite the consolidation of the idea of parental responsibility as a “European” concept at the international level, this reality is not fully extensive to the national level, as the Spanish case shows. The reason is that “parental responsibility” is an unknown terminology for our legal tradition, which is based on the figure of “*patria potestad*” -parental authority- and “*derechos de guarda y custodia*” – custody rights-.

In fact, the notion of parental responsibility was introduced in our legal system recently, in 2015, albeit through a certainly poor legislative technique. Mainly, because it has been introduced just a mere reference to this notion, but without a correlative definition, or even description, of it. Moreover, it not only lacks a definition, but also, and adding an additional degree of complexity, the Spanish institution “*patria potestad*” -parental authority- is assimilated to parental responsibility. And therefore, ignoring the fact that, in line with European legislation and its practice, the European term is broader than the Spanish parental authority, and thus it would include other Spanish institutions in which no such reference to parental responsibility appears. As far as the Spanish system is concerned, an additional problem rises which has tensioned the practice: the terminological divergence between the custody rights defined in accordance with the Brussels II bis Regulation and the Spanish legislation.

Third. The improvement of the principle of the best interests of the child in the system of international jurisdiction embodied in the -continuist- Brussels II ter Regulation

9. Cross-border conflicts dealing with parental responsibility matters have a wide diversity which is projected in the Brussels II - bis and ter - Regulations international jurisdiction model. In particular, the system is articulated on the principle of the best interests of the child, linked to the criterion of proximity. Following this logic, the Brussels II ter Regulation, inheriting the system from its predecessor, reflects a much more accurate balance between the two conceptions of the best interests of the child, *in abstracto* and *in concreto*. This is achieved thanks to the articulation of a general rule, based on the notion of habitual residence of the child, as an exponent of the criterion of proximity. Together with a range of exceptions to this general forum, in which the mention of the aforementioned notion of the child’s habitual residence is either relativised or simply ignored. This set of forums designed by the European legislator takes into account the practice of the Brussels II bis Regulation and they seek to address some of the problems and limitations identified in the practice of the former.

Fourth. The maintenance, as a general rule, of the forum of the child's habitual residence, based on the equation child's habitual residence, greater proximity and better safeguarding of the best interests of the child

Conclusions

10. The Brussels II bis and ter Regulations, following the trend of other international texts, such as the 1996 Hague Convention, assume in the design of their solutions, in general, the equation of habitual residence of the child, greater proximity and better safeguarding of the best interests of the child. In this context, the child's habitual residence fulfils the dual function of acting as a criterion for the attribution of international jurisdiction in matters of parental responsibility, as well as it plays a central role when determining the illicit nature of a child's removal or retention to another Member State.

11. In line with the legislative option adopted by the EU legislator in the Brussels II bis Regulation, the Brussels II ter Regulation does not incorporate any definition of the child's habitual residence. It is assumed that it is a factual notion which must, therefore, be determined on the basis of the circumstances of the individual case by the courts of the EU countries. This operation of concretisation has resulted to be one of the most litigated issues in the practice of the Brussels II bis Regulation and will, predictably, continue to be the case in the new Regulation.

12. In this task of determining the autonomous notion of the child's habitual residence, the broad case-law of the European Court of Justice has been of enormous relevance in setting up uniform interpretative criteria. It is a special and unique notion that finds an additional significance, precisely, because of children's conditions, subjects with their own rights whose interests need to be safeguarded, and whose vital, social and family factual circumstances differ from those of adults.

The key element in the process of determining the child's habitual residence is his/her social and family integration in a Member State: that is, where his or her centre of life is located. Departing from this general premise, it has also been accepted that, under certain circumstances, some factual elements allow the solution to be nuanced or modulated in the light of the circumstances of the particular case. Notably, this has been the case of the age of the child or the subjective requirement of the will or intention of the parents. As well as of the mandatory physical presence of the child in a Member State: a condition which has appeared on the latest pronouncements of the CJEU, and whose rigidity has been called into question.

13. The maintenance of the child's habitual residence as a factual notion in the new Brussels II ter Regulation has been assessed as appropriate by the doctrine, as it provides a flexible and adequate response to the circumstances of each individual child involved in a cross-border case. Having said that, the legislator could have also opted, perhaps, to introduce the CJEU interpretative criteria in the new text, or at least in a Recital. Although the truth is that legal operators already handle them properly in practice, as evidenced by Spanish case-law. In any case, a highly recommended option would be to incorporate them into a future good practice guide.

Fifth. The designation of a first group of exceptions to the general forum on parental responsibility linked to the alteration of the child's habitual residence and on its nature: legal relocation vs. international child abduction

14. In a cross-border context, the mobility of families and children is a very common reality which can also alter the life of the child in different ways. Reality thus shows the presence of multiple situations in which a child changes its location. And therefore, that could entail, as well, the modification of his or her habitual residence, which could lead, sometimes, to tense situations. Precisely, the so-called *relocation disputes* are a particularly problematic example: situations in which holders of parental responsibility of the child, and in particular the holders of the rights of custody - understood, in terms of the Regulation, as the faculty to decide the child's habitual residence- do not agree on his/her place of residence.

In this context, while the EU legal framework provides a strong answer against cases of international child abduction, it hardly regulates the procedure for a parent to request a legal change of his or her child's habitual residence. Consequently, leaving this question to the domestic legislation of each Member State. Perhaps at this point the EU legislator could have opted for a more proactive approach, since this problem has a direct impact on the mobility of families within the EU.

15. The rules of international jurisdiction in matters of parental responsibility confront this issue indirectly, when addressing the child's legal change of habitual residence, although always once it has occurred – not in advance-. In this regard, certain exceptions to

the general forum of the child's habitual residence are designed which seek to take into account, and respond to, different specific situations which may affect the child, and which identify with the best interests of the child *in concreto*.

The first two exceptions provided by the Brussels II bis and ter Regulations jurisdiction rules find their justification, precisely, on the change in the location of the child. The reply provided differs from the lawful or unlawful nature of the movement of the child to another Member State.

16. On the one hand, the treatment of the child's lawful relocation is designed around two forums which have not undergone major changes in the Brussels II ter Regulation: the general forum of the child's habitual residence and the forum on access rights, in the event of a legal change in the child's habitual residence.

Regarding this topic, interestingly, in the process of recasting the Brussels II bis Regulation, the maintenance of *perpetuatio iurisdictionis* or *perpetuatio fori* principle has been called into question. According to this principle, and as a general rule, for procedures already pending, the courts of the Member State in which the proceedings have been initiated shall have jurisdiction until it comes to an end, even if in the course of that procedure the child changes his or her habitual residence. However, finally the EU legislator has chosen to maintain on the 2019 instrument the regulation existing in the Brussels II bis Regulation, although, quite rightly, nuancing the principle, as well as clarifying the diverse possible situations and their treatment.

17. On the other hand, in cases of international child abduction, the jurisdiction rule set forth in the Brussels II bis Regulation, and in practically identical terms in the ter, is articulated on a general rule and certain exceptions, which seek to make the response provided flexible by dividing the competences between the two Member States potentially affected by such situation. Therefore, in general, this forum enhances the child's habitual residence general rule; but conversely, in certain justified circumstances, it allows the transfer of the jurisdiction on the substance to the courts of the Member State in which the child is wrongfully located.

Sixth. The development of a second level of exceptions aimed to safeguard the best interests of the child in concreto: the – limited - progress of party autonomy, and the transfer of jurisdiction to a court better placed to hear the case, as the main exponents of it

18. The forum of the child's habitual residence, as a general rule on parental responsibility, is based on the premise that it is identified as the one that best guarantees the best interest of the child *in abstracto*. However, in certain circumstances, the best interests of the child *in concreto* may recommend that the courts of another Member State have jurisdiction. On that basis, the Brussels II bis and ter Regulations proceed to make that rule more flexible by articulating a number of exceptions to it, two of which have presented a special relevance in practice.

19. Firstly, party autonomy in family law is known to be a developing sector with an increasing role in the EU. In line with this assertion, and specifically in relation to international jurisdiction, the EU legislator has improved and advanced its regulation in the Brussels II bis Regulation recast process towards the Brussels II ter Regulation. Although the spirit of the previous legislation is maintained, certain relevant modifications, sometimes endowed with a certain didactic character, have been introduced. In this sense, for example, the reference to the “*prorogation of jurisdiction*” of Article 12 of the Brussels II bis Regulation is abandoned in Article 10 of the Brussels II ter Regulation to speak directly of “*choice of court*”. Additionally, and reflecting the CJEU's transcendent case-law in this area, the independence of the choice of court in matters of parental responsibility with respect to other procedures has been included.

20. This is not the only case in which the Regulation is based on the practice of the Court of Luxembourg. As in other European instruments, the Brussels II ter Regulation also assumes and reproduces, at this point, the various pronouncements of the CJEU in interpreting the requirements for the activation of the forum. In particular: the child's substantial connection with that Member State; the free acceptance of the forum by all parties of the proceedings; and that it is in the child's best interests. We may certainly say that the Brussels II ter Regulation has improved the structure and procedure of the aforementioned

forum, as well as the formulation of other points relating to the extent of the parties' consent, the moment of exercising it, or the formal requirements of the agreement.

21. It is thereby perceived the significant advance of party autonomy in international jurisdiction in matters of parental responsibility. An autonomy that, however, finds in the child's best interests an impassable limit.

22. Focusing on the aforementioned conditions, the Article 12 of the Brussels II Regulation clause "*the jurisdiction of the courts has been accepted expressly or otherwise in an unequivocal manner*" has been particularly problematic, as well as the concretion of the moment when such consent must be controlled by the chosen court. These points have now been clarified by the EU legislator, albeit incorporating a quite complex regulation. It distinguishes between two modalities of acceptance, depending on the moment when it takes place: before the procedure - including, therefore, choice of court agreements - or during that procedure, as a novelty to the previous regime.

In addition, it is provided that the competence granted in accordance with this second modality shall be exclusive. Perhaps this is the most controversial uncertainty of the new forum, because it raises doubts about the scope, and even nature, of that exclusive character, as well as the different treatment of the previous mentioned two modalities of acceptance, and the possible effect on choice of court agreements.

23. In addition to the increasing role of party autonomy, secondly, the Regulation accepts the eventual transfer of jurisdiction to a court better placed to hear the case. The reality of international families is extremely complex, and its practice can lead to a wide range of diverse issues. The EU legislator is therefore aware of the need to ensure a "closing" forum, flexible enough to deal with the situations not covered by the rest of the jurisdiction rules.

The Brussels II bis Regulation provides in Article 15 – as well as in Articles 12 and 13 of the 2019 text - the possibility for the court, having jurisdiction under the Regulation, to transfer the question of parental responsibility to another jurisdiction which is best placed to hear the case, provided that it is justified by virtue of the principle of the best interests of the child.

24. The Brussels II ter Regulation maintains the flexible mechanism of the transfer of jurisdiction, inspired by the figure of *forum non conveniens*, but improving its procedural functioning and clarifying some problematic issues which have been raised in practice, and resolved by the Court of Justice of the EU. As a novelty, the new Regulation, in line with the 1996 Hague Convention, abandons the asymmetry of the previous text and articulates the transfer of jurisdiction in two provisions, one relating to the transfer of jurisdiction by the competent court - as set out in Article 12- , and another to ask for such a transfer – as stipulated in Article 13 –.

25. As far as the transfer of jurisdiction is concerned, according to the CJEU's case-law, it must be interpreted restrictively. So that the strong presumption in favour of the court having jurisdiction is questioned just in the light of the circumstances of the particular case. In order to ensure such an exceptional application, the Regulation conditions the transfer to the fulfilment of three requisites: the child's particular connection with the Member State concerned, that the court is better placed to hear the case and, finally, that the transfer is found to be in the best interests of the child.

In addition to these three conditions, the question of which court is qualified to activate the transfer could be added as a sort of prerequisite to them. On this point, and although the new regulatory text is not entirely coherent in some points, it may be concluded that any court having jurisdiction under the Regulation is entitled to activate the transfer, and not just the court which has assumed jurisdiction on the basis of the child's habitual residence.

26. Similarly, doubts have also been raised in the case-law as to whether a court already having jurisdiction under the Regulation is entitled to receive the transfer of jurisdiction – if it accomplishes the three mandatory conditions -. Regarding this point, the CJEU's firm negative response has been reflected in the new Regulation in its Article 12. Additionally, this restriction is now accompanied by a second one, since the transfer of jurisdiction may only be requested to the child's habitual residence court, as established by Article 13.

Even if it is true that the EU legislator has merely incorporated the CJEU's interpretation on this point, supported by a sector of the academic literature, we consider that it should be re-evaluated to what extent so many limitations could undermine the very purpose of the mechanism of transfer of jurisdiction: that is, to provide flexibility to the system of international jurisdiction schemed by the Regulation.

Seventh. The problematic functioning of the double recognition and enforcement regime in the field of parental responsibility in the Brussels II bis Regulation, and its diverse projection in the CJEU and the ECtHR case-law

27.The model of recognition and enforcement of decisions on parental responsibility set forth in the Brussels II bis Regulation has proved to be a test in the configuration of the EU's area of freedom, security and justice. Notably, it has constantly confronted the search for two objectives that have not always been easily compatible. On the one hand, the consolidation of the EU integration process, with its main objective of ensuring the free movement of judgments, based on the principle of mutual recognition and judicial trust between administrations of justice. And, on the other hand, the application of the system in the specific case, from the perspective of the role of the best interests of the child, both *in abstracto* and *in concreto*. This tension has been, and continues to be, latent throughout the model, and the Brussels II ter Regulation has sought to minimise it.

28.From the perspective of EU integration, the free movement of judicial decisions is one of the fundamental objectives for a proper functioning of the EU's area of freedom, security and justice. This is envisaged by the gradual disappearance *of the exequatur* procedure in that space, furthermore, justified in the division of competences between the Member State of origin and the requested Member State, based on judicial trust between the administrations of justice.

29.However, the rules on recognition and enforcement of foreign judgments must also be inspired by the principle of the best interests of the child. This results in a double consideration. On one side, the principle of the best interests of the child *in abstracto* materialises in the existence of effective and speedy cooperation mechanisms that ensure the continuity of the child's situation. On the other side, for a proper assessment of the principle

in the specific case, the system must be somewhat flexible even at the State where the enforcement is sought.

30. More precisely, in general, the principle of the best interests of the child in the recognition and enforcement of foreign judgments is identified with the existence of speedy and effective enforcement mechanisms that ensure the continuity and stability of the child's situation, helped by an adequate cooperation and trust between the authorities concerned. This is something which the Brussels II bis Regulation has shown not to achieve sufficiently, if we observe the practice of its controversial double recognition and enforcement regime for judgments in the field of parental responsibility: both its general regime and its privileged one.

31. When it comes to the general regime, which consist in (of) maintaining the declaration of enforcement for decisions on parental responsibility, it has been presented as one of the main shortcomings in the practical functioning of the Brussels II bis Regulation, basically, due to the excessive duration and cost of the procedures. In addition, a further identified problem has been the absence of a minimal harmonisation of the procedural and material laws of the Member States, in particular in relation to the enforcement procedure.

From a systematic perspective, that is, from the perspective of the process of European integration, it is clear that the requirement of *exequatur* in all decisions on parental responsibility is an obstacle to the free movement of judgments. Similarly, legislative divergences do not contribute to the establishment of an adequate climate of trust between the administrations of justice of the Member States.

In addition, and shifting the focus to the child involved in cross-border proceedings, this system does not sufficiently guarantee his or her best interests. The influence that the time factor has on children, and particularly, how quickly they integrate into their new circumstances, requires judicial proceedings affecting them to be resolved speedily, as well as the enforcement of the resulting decisions, before their circumstances change.

32. As for the privileged regime, which we could graphically describe as an opposite extreme, it does not seem to guarantee satisfactorily neither the objectives of European integration nor the best interests of the child. The EU legislator, in the Brussels II bis

Conclusions

Regulation, designed a privileged regime for the recognition and enforcement of decisions on access rights and return of the child – as a result of the so-called overriding mechanism – consisting of the suppression of *exequatur* “in absolute terms” for the abovementioned decisions. This leads to the elimination of any control of the enforceability in the requested Member State which, on the contrary, is transferred to a previous moment when issuing the certificate in the e Member State of origin. Therefore, this special procedure was introduced to reinforce the courts with competence on the substance of the matter, which are normally the courts of habitual residence of the child before the wrongful retention or removal, and subsequently restricting the role of the requested State.

From a theoretical systematic point of view, this option could be seen as an important step forward in the process of harmonising the EU PIL rules, enabling a very advanced degree of mutual trust between administrations of justice. However, this may be true, the automatism of the designed model has proved to be too rigid in its practical projection, because it does not allow to take into account the complexities of the different situations involving the child.

33. The CJEU has had the opportunity to assess the solutions contained in the Brussels II bis Regulation on several occasions, whose position differs far from the ECtHR case-law in international child abduction cases.

The CJEU's case-law on privileged return decisions in cases of international child abduction merely ratifies the absence of ductility of the system. In the event of exceptional circumstances which questioned the convenience of the privileged decision enforcement, the Luxembourg Court has backed up the fidelity to the system. The Court has based on the allocation of competences schemed at the Brussels II bis Regulation as regards the control of the respect for fundamental rights, which falls exclusively to the Member State of Origin, and not on the protection of the best interests of the child in the specific case.

This solution, as we have already introduced, firmly contrasts with the more substantive approach of the ECtHR's case-law on international child abduction cases, which calls for the need to assess the best interests of the child concerned in the particular case. Although both courts validated the elimination of the *exequatur* “in absolute terms”, its enriching “dialogue” has made it possible to reflect on whether, from a children's rights point of view, and without prejudice to the decisive progress in the free movement of

judgments within the EU, it would not be appropriate to leave some room, even in the place where enforcement is seized, for the assessment of substantive issues and, in particular, of the best interests of the child in the particular case.

34. In short, the combination of the desire to deepen the process of European legal integration and the willingness to protect the child in the particular case is reflected in the need to articulate a model that is both flexible and predictable. If we combine the two objectives, it can be concluded that the elimination of the *exequatur* for all decisions on parental responsibility, while maintaining certain safeguards at the enforcement procedure, which, in particular, leave some room for assessment of the best interests of the child in the particular case, strikes a delicate – but adequate – balance between the free movement of foreign judgments and the best interests of the child. This is precisely the subtle equilibrium reflected in the Brussels II ter Regulation.

Eighth. The delicate equilibrium between the principle of the best interests of the child and the goal of the free movement of judgments on matters of parental responsibility in the Brussels II ter Regulation

35. The different approach of the Luxembourg and Strasbourg Courts case-law enables us to identify the difficult balance between the best interests of the child *in abstracto* and *in concreto* in the field of recognition and enforcement of foreign judgments, as well as the tension between the search for effective procedures, but at the same time, malleable. Additionally, it also opens the debate of the treatment of the situation when a change of circumstances has taken place since the return order was adopted (and before the enforcement is seized). And more precisely, the distribution of competences between the courts of the Member State of origin and the courts of the requested Member State is questioned, notably regarding the control of the respect of fundamental rights and the evaluation of the child's best interests in the particular case.

36. The Brussels II ter Regulation faces the abovementioned difficulties surrounding the practice of Regulation 2201/2003. And in this sense, it has introduced a number of far-reaching novelties.

Conclusions

As one of the main ones, which should be welcomed, is the abolition of *the exequatur* procedure for all decisions concerning matters on parental responsibility. Following the model of the Brussels I bis Regulation, that is, a certification system in the Member State of origin, accompanied by certain safeguards at enforcement stage, which ensure the rights of the defence, and in the case of children, the protection of their best interests, essentially, by maintaining the grounds for refusal of recognition and enforcement. And furthermore, highlighting the brand -new possibility of) suspension – or even refusal – of the procedure in the event of an exceptional change of the circumstances since the decision was adopted, and which exposes the child to a grave risk, as a potential “hidden cause” of refusal, and as the last guarantee of the best interests of the child.

37. Secondly, the privileged regime for decisions on access rights and return decisions is maintained. Perhaps this measure should not have such a positive assessment, since, after the elimination of *exequatur*, the unification of the two models would have certainly simplified the system. Nevertheless, the truth is that the automatism of this regime has been nuanced, since, although it will not be possible to allege the grounds of refusal of recognition or enforcement -except irreconcilable resolutions - some ductility to the model is given. Essentially, thanks to the possibility of modification and revocation of the certificate; as well as the application of the previously mentioned cause of suspension – and even refusal – of the procedure.

This amendment has a great relevance from the perspective of the debate between the elimination of *exequatur* and the adequate protection of children’s fundamental rights, and of their best interests, when enforcement is seized. Regarding this, the new Regulation gives room to the assessment of the Judge of the requested Member State, both in the general and privileged regimes. By doing so, it can be said that the EU legislator deconstructs the model of elimination of the *exequatur* “in absolute terms”, designed for the privileged decisions of the Brussels II bis Regulation.

However, we insist, despite its foreseeable advantages, the system is not free of doubts regarding its future application, with the subsistent doctrinal and jurisprudence interpretations and the risk of abuse in practice of the already mentioned “hidden clause” for suspension or even refusal.

38. A third novelty, which reflects the EU legislator's willingness to respond in the Brussels II ter Regulation to the different problems of the previous model, is the minimal harmonisation of the enforcement procedure, which accompanies the abolition of *exequatur*. Indeed, the EU legislator has sought a halfway point between a mere reference to national legislation and the inclusion of harmonised standards. Nevertheless, and this is nothing new at the current European policy level, the level of harmonisation achieved is far from that initially proposed by the Commission in 2016, from which it could be inferred the Member States' reluctance to achieve a higher level of integration.

39. With all its limitations and difficulties, the text of the Brussels II ter Regulation enables us to state that the EU legislator has succeeded in further enhancing its objective of ensuring the free movement of decisions on parental responsibility, but without giving up the search for a better protection of the best interests of the child, both in the abstract and in the specific case. We will see whether the new rules, accompanied by the reinforcement of communication and cooperation between the authorities involved, manages to achieve an adequate climate of trust between justice administrations which improves the protection of children involved in cross-border cases in the EU.

Ninth. A successful commitment to promoting mediation as a way to solve parental responsibility disputes

40. In the context of the growing global trend towards exploring alternative routes to State courts, also promoted from the EU, the new Brussels II ter Regulation introduces a clear commitment to its promotion in the context of conflict resolution in matters of parental responsibility. Leaving behind the almost absolute silence in the area of its predecessor, the new Regulation represents a step forward in the regulation of this issue, and even facilitates it in all its covered areas, both in parental responsibility procedures and in those relating to the international child abduction.

Particularly noteworthy is the extension of the elimination of *exequatur* also to public documents and agreements reached in the context of parental responsibility mediation, which also have a much more detailed regulation than its predecessor. However, the question of the nature of these agreements remains as a common problem of the whole

mediation regime in the EU, because of the need to give them enforceability as a premise for their free movement.

Tenth. Achieving a better regime for provisional, including protecting measures, in the Brussels II ter Regulation, as a mean to guarantee the best interests of the child in parental responsibility proceedings

41. Provisional and interim measures provide an immediate response aimed at protecting temporarily the child while the procedure is pending. Moreover, they play an additional role of rebalancing two relevant approaches of the best interests of the child. On one side, as a rule of procedure, this principle translates into the need of speed and effectiveness of judicial proceedings. On the other side, from a substantial approach, it requires that all the circumstances surrounding the child's particular situation are carefully evaluated. To this logic, the complexities of cross-border procedures in which a child needs urgent protection should be born in mind.

42. The practical projection of the provisional and interim model in matters of parental responsibility in the Brussels II bis Regulation has not escaped from certain doubts and tension, as evidenced by the practice of the CJUE. In particular, doubts have focused on the faculty of the non-competent courts on the substance of the matter, under the Regulation, to issue provisional and interim measures. In addition to this, it has been questioned the scope of such measures, both in terms of their content and their subsequent effectiveness in other EU Member States.

43. As far as the international jurisdiction system is concerned, the new regime improves its predecessor both in terms of its clarity and its technical precision, facilitating its future implementation, also, thanks to the interpretation of the CJUE regarding the requirements for implementing it. Thus, Article 15 of the Brussels II ter Regulation is systematically placed within the set of rules of international jurisdiction, thereby clarifying the doubts surrounding its nature in the previous regime. Maintaining the “communitarian” requirements relating to the urgency and the provisional nature, the new Regulation restricts the subjective requirement to the person of the child, compared to the old reference to “persons”, thereby correcting a dubious interpretation of the CJUE.

44. Further debate has taken place as regards the recognition and enforcement of provisional and interim measures, both by the court having jurisdiction in matters of parental responsibility under the Regulation and by a non-competent court.

45. In the first case, the new Regulation improves the previous one in a double degree. From a formal or technical point of view, they have been expressly included in the system of recognition and enforcement of decisions on parental responsibility, an extreme which was not clarified in the previous text, but which had been confirmed by the CJUE's case-law. And from a substantive perspective, the abolition of *exequatur* for all decisions on parental responsibility should be welcomed, since its existence has proved to be an obstacle to the purpose of these measures, as has been evident in the CJEU's case-law.

46. Further complexity and controversy arises in the second case, namely, the possible recognition and enforcement of the provisional measures issued by a court not having jurisdiction over the substance of the case. An option which is not covered by the Brussels II bis Regulation. At this point, the arguments for and against are diverse and divergent.

Despite the fact that the 2016 Commission Proposal seek to grant extraterritorial effectiveness to these measures, thereby aligning the response with the 1996 Hague Convention, the final version of the new Regulation has ruled out such extraterritorial effectiveness in general. An exception has been notwithstanding incorporated, to facilitate the court of the Member State in which the child is wrongfully located to ensure his or her safe return. Leaving apart the reasons why this amendment has been made, the truth is that the EU legislator has also replied to the problems experienced in practice, but from a minimal, cautious, intervention, in the event of some measures which, as we have pointed out, raise some doubts.

Eleventh. Deepening judicial and administrative cooperation as a far-reaching challenge of the Brussels II ter Regulation

47. Cooperation between authorities is considered to be an essential pillar for the achievement of a proper functioning of cross-border procedures in the EU, as well as the

enhancement of an adequate – and essential – climate of mutual trust between the administrations of justice. With regard to children’s protection, cooperation takes on an additional dimension of relevance, since it is understood as facet of the best interests of the child as a procedural rule, according to which an effective and speedy cooperation reduces the times of resolution of a cross-border procedure, which are deemed to be so detrimental to the child.

48. In the context of the process of recasting the Brussels II bis Regulation, the EU legislator has been aware of the importance of this cooperation – a real challenge – as a complement to international jurisdiction and recognition and enforcement rules. Consistently, references to it are constant in the new Brussels II ter Regulation.

Essentially, this enhancement of cooperation is reflected in the new text in two areas. On the one hand, the functions and obligations of central authorities have been further reinforced and clarified. On the other hand, the new rules strengthen the cooperation between the Member States’ courts involved in the resolution of a case in matters of parental responsibility. As a reflection of this commitment, the 2019 text enables them to cooperate and communicate directly.

49. In this area of cooperation between authorities is included the European response to the placement of children from one Member State to another, but endowed with its own logic. An issue that is a paradigmatic example of the importance of an adequate cooperation between the authorities involved in a parental responsibility case, since the child is in a situation of special vulnerability. It also highlights the interaction between EU private law and public law of domestic laws on children’s protection.

The new rules of the matter set forth in the Brussels II ter Regulation articulates a clearer and simpler cooperation mechanism, aiming at correcting the serious dysfunctions of the current regime. Which essentially refer to the complexity of the procedure, and in particular, to the mandatory previous consultation procedure in the placement Member State, which has nevertheless been maintained.

Twelfth. The apparent improvement in the Brussels II ter Regulation of the fundamental right of the child to express their views.

50. The right of the child to express his or her opinions, in accordance with his age and maturity, constitutes one of the greatest exponents of the new conception of children as right holders. However, despite the importance of this right, recognised both at the international and national level, the practice of the Brussels II bis Regulation has shown that its regulation has very important limitations which are now being addressed in the Brussels II ter text.

51. First of all, the Brussels II Bis Regulation does not generally proclaim, for all decisions on parental responsibility, the right of the child to express his or her views. This deficiency has now been adequately resolved in the Brussels II ter Regulation, by introducing a provision which emphasises the importance of giving children a real and effective possibility to be heard, in accordance with the requirements of the CRC and the FTEU. With this provision, the new Brussels II ter Regulation improves the children's protection by stressing and recognising the importance of listening to children in all matters affecting them, including as well, cross-border parental responsibility and international child abduction procedures, although they are more complex than in internal proceedings.

52. A second limitation identified in the Brussels II bis Regulation in relation to the hearing of the child is the absence of a minimal EU harmonisation of both procedural and material rules on the matter. This has greatly affected the establishment of an adequate climate of trust between the judicial administrations of Member States. Furthermore, it has shown to have a negative impact on the regime for the recognition and enforcement of foreign judgments, and even on the very consideration of the principle of the best interests of the child.

Significantly, and in spite of the mentioned problems, the new Brussels II ter Regulation has not changed this trend. The EU legislator has merely imposed mutual recognition of the diverse national laws on the right of the child to be heard, together with the introduction of a number of formal requirements addressed to the Member State of origin. Irrespective of the benefit of these measures in reinforcing the mutual recognition principle, this statement is not to be so easily extended to other problematic aspects. In particular, to

the necessary judicial confidence and the protection of the best interests of the child in the particular case.

53. In sum, it can be concluded that the right of the child to express his or her views is improved at the legislative and theoretical level, even though, it is also true that such standards were already applicable in accordance with the CRC and the FTEU. Nevertheless, we consider that, to achieve a proper functioning and protection of this right, the existence of some minimum common standards in both material and procedural rules of the hearing of the child will continue to be necessary, since, without these minimum standards, it is extremely difficult to create a real climate of trust between courts of the EU countries.

That is why, in addition to strengthening the right of hearing of the child at the legislative level, it should be enhanced and promoted from the EU institutions through a whole range of complementary measures, such as the training of Judges and other legal professionals involved, the creation of common guides of best practices, and in general, the promulgation and development of child-friendly civil procedures.

Thirteenth. A better articulation in the Brussels II ter Regulation of the rules on international child abduction: the existence of new challenges to be considered

54. Nowadays, international child abduction is deemed to be a paradigmatic example of the complexity of cross-border cases involving children, in which, in addition, there are multi-faced realities.

In general, in the event of a wrongful removal or retention of a child to another State -in our case, within the EU- in breach of custody rights, it is understood that what best corresponds to his or her best interests is, precisely, his or her immediate return to the place of previous habitual residence. However, although this premiss remains true in most cases, the answer must be weighted in the light of the circumstances of the particular case, in which the interests of the child involved may not be identified with that immediate return. This idea is even more relevant at a time when a redefinition of the international child abduction framework is suggested, as well as a clarification of its sources and interaction.

55. Focusing on the first issue, nowadays, a necessary redefinition of the legal framework of international child abduction is suggested, seeking to adapt it to new realities and nuances. In this line, it is outlined the need to face the profound social changes of recent decades, reflected in the consolidation of different family models, or in the already targeted greater children rights centred approach, over his or her parents' rights.

As a manifestation of this trend, particularly relevant is the increasing awareness of how to deal with cases where domestic or gender-based violence is alleged as a ground of denial of the return of the child. In this regard, beyond the strict immediate return of the child, his or her protection, as well as the mother's, should be guaranteed, either through the refusal of the return, or through his or her "safe return" accompanied by the necessary protective measures.

56. In addition, secondly, the debate on the delicate nature of the legal framework – especially as regards the 1980 Hague Convention and the Brussels II bis Regulation – is addressed. An issue is maximised by the problematic overriding mechanism.

57. The legal response to international child abduction in the EU shows a complicated and fragmented landscape of a plurality of legal sources, which seek to discourage this phenomenon. It is mainly a tripartite legal framework which consists of the interplay between the Brussels II bis Regulation and the 1980 Hague Convention, which is complemented by the punctual interaction of the 1996 Haya Convention.

58. The EU legislator, at the time, opted for a peculiar regulation of international child abduction, which consists of the Brussels II bis Regulation remission to the 1980 Hague Convention, but making certain amendments. This legislative technique requires the application of both texts together. More precisely, the Brussels II bis Regulation, within its scope of application, complements the legal framework established by the 1980 Convention for the purposes of enhancing its functioning. Mainly, the changes affect the procedural articulation of the 1980 Hague Convention return system. Therefore, this system, in which two instruments with different origin and scope coexist, poses practical difficulties in its interpretation and application.

59. A first challenge for legal operators is the overlapping definitions contained in both international instruments; we insist, of different origin and scope. Particularly relevant are those definitions directly related to the concept of wrongful removal or retention, such as custody and access rights, as well as the child's habitual residence. Despite the similarity in their terminology, the autonomous interpretation of these concepts, not only with respect to the 1980 Hague Convention but also with respect to national laws, adds complexity in the practical application of the model.

60. Nevertheless, the most problematic element of both the 1980 Hague Convention and the Brussels II bis Regulation is the mechanism for the return of the child. Generally, the primary purpose of this Convention is given to secure the prompt return of the child, but the balance with the child's interest in the particular case is also sought through a system of exceptions to the return. Regarding this system, the Brussels II bis Regulation restricted severely its return exceptions by introducing the so-called overriding mechanism. Following this mechanism, the last word in relation to the return of the child is held by the court having jurisdiction under the Regulation, which will normally be the one of the former child's habitual residence – Member State of origin-. This mechanism has the dual function of both reinforcing the system in favour of the Member State of origin, as well as strengthening the immediate return of the child, even more than the 1980 Hague Convention.

61. To this end, the Brussels II bis Regulation articulates a system of division of powers in which a decision ordering the return of the child of the Member State of origin takes precedence over a previous decision of non-return adopted by the Member State where the child is staying after the wrongful removal or retention on the basis of one of the exceptional grounds under Article 13 of the 1980 Hague Convention. In short, the traditional allocation of competences of the Member State of origin and the requested Member State is significantly altered. So that the regulatory system seems to be designing a unilateral system of trust between administrations of justice towards the Member State of origin. Precisely, this priority is reinforced by the elimination of the *exequatur* without any ground of refusal of the return decision. Adding to this complex mechanism the problems relating to the doubts as to the effective protection of the best interests of the child in the particular case, evidenced by the analysis of the CJEU and the ECtHR case-law on this matter.

62. The complexity and deficiencies regarding the overriding mechanism has led the doctrine to contemplate its complete deletion in the Brussels II bis Regulation recast. Or, in case of its maintenance, at least the introduction of urgent measures to improve it.

Fourteenth. The international child abduction regime in the Brussels II ter Regulation: some improvements and a missed opportunity

63. The EU legislator, aware of the complexity and difficulties of the Brussels II bis international child abduction rules application, has tried to improve and refine the response provided in the new 2019 text. As an obvious first sign of improvement, at least from a structural point of view, a completely new Chapter -III- has been introduced specifically for international child abduction cases. This structural change is accompanied by a welcomed clarification in the delimitation of the relationship between the new text and the 1980 Hague Convention.

64. Additionally, regarding the return procedure, the Brussels II ter Regulation introduces certain advances for its practical functioning, but from a moderate approach. Notably, we could point out the measures aimed at reducing the lack of efficiency: such as the new, more realistic period of time of 18 weeks. Moreover, and despite the fact that the Commission, in its 2016 proposal, proposed the harmonisation of some measures, such as the concentration of jurisdiction or the limitation to one appeal, finally in the new text they have been merely reflected in a Recital, perhaps once again, as a sign of the reluctance of EU Countries to harmonise their national laws.

65. A further group of modifications included in the Brussels II ter Regulation reflects the EU legislator's clear commitment to adapting international child abduction rules to new social realities and, in particular, to emphasise children's rights. In this regard, it is worth noting, in particular: the clarification on the age of the child; the reinforcement of the child's right to express his or her views in return proceedings; the new faculty for the court to ensure the contact of the child with the parent requesting the return; or the promotion of the child's "safe return", thanks to the power of the courts of the Member State in which the child is wrongfully located to issue provisional and interim measures with extraterritorial

effectiveness. And, last but not least, the introduction of mediation or any other alternative dispute resolution figure to solve the dispute.

66. Notwithstanding the mentioned progresses, and as a final point to consider, the EU legislator has missed the opportunity to abolish the questionable overriding mechanism. Having said that, the truth is that important nuances have been introduced in order to address the most problematic aspects identified in practice. For instance, the link between decisions on the substance of custody rights and return decisions, although, in this point, a reference to the consideration of the child's best interests included at the 2016 Proposal has been omitted. Along these measures, it should be added the already mentioned correction of the elimination of *exequatur* "in absolute terms", thanks to the introduction of a certain scope for action at the enforcement seize for the proper assessment of the best interests of the child in case of exceptional circumstances.

67. In conclusion, notwithstanding the continuity of the complexity of the overriding mechanism, the new international child abduction rules strike a better balance, both as regards the allocation of competences between the Member State with competence on the substance of the matter and the Member State in which the child is wrongfully located, as well as in relation to the assumption of the principle of the best interests of the child and the interplay between the child's immediate return and its exceptions. So overall, in spite of the complex regulation in this area, with due diligence from the courts involved in the resolution of the case, accompanied by an adequate communication between them, the basis for establishing an adequate climate of trust between administrations of justice may be found, which results, in practice, in better protection of the child concerned.

Fifteenth and final. The Brussels II ter Regulation: moving forward in the process of European integration without giving up a better reflection of the triple consideration of the principle of the best interests of the child

68. The EU legislator advances towards a deeper level of cooperation in the context of the Private International Law harmonisation in Family Law, which will imply, undoubtedly, an improvement of transnational family's reality. From the Brussels II bis Regulation recast, it is possible to deduce some of the problems regarding this process,

among them, the deeper degree of harmonisation of the domestic procedural and material rules which may result in an easier application of EU PIL instruments, as one of the mayor challenges in its future projection.

Additionally, a further challenge identified is the mutual trust principle, which is used as a base of the integration, but conversely, as the practice might imply, it is not always enhanced by the integration mechanisms themselves. And, consequently, from this apparent contradiction it could be deduced the need to stimulate and facilitate mutual trust, for instance, with a reinforcement of communication between authorities, or with the above-mentioned harmonisation of procedural and substantial rules, rather than taking it for granted, as the Brussels II bis Regulation might have done, an extreme which the Brussels II ter Regulation intends to overcome. Only will its future application tell us if this objective has been reached.

69. The second key challenge of the Brussels II bis Regulation recast is considered to be the harmonisation of the integration objectives with a better protection of children's rights and their best interests. In this sense, the new Brussels II ter Regulation evolves towards the recognition of a greater centrality of the child and his rights in resolving cross-border cases in the EU. It thereby constitutes a clear manifestation of the growing influence of the principle of the best interests of the child in all areas and issues affecting them, also from the perspective of Private International Law, as well as the tendency to accept greater influence of human rights in this discipline.

70. Overall, the Brussels II ter Regulation reflects a better, and greater, enhancement not only of the principle of the best interests of the child *in abstracto* and *in concreto*, but also in its triple dimension as a substantive right, an inspiring principle, and as a procedural rule. First, as the child's subjective right to have his or her best interests as a primary consideration in all cross-border matters of parental responsibility in the EU. Secondly, as an inspiring principle of the Regulation, both in the drafting of its PIL rules and in its subsequent application by the national courts and by the CJEU. Thirdly, as a procedural rule, which in this area is identified with the existence of effective mechanisms, but also with flexible clauses, both in jurisdiction rules and in recognition and enforcement. Pointing out, within this approach, the importance to require the fulfilment of the right of the child to be heard also in cross-border matters.

SUMMARY

The subject of study of this Doctoral Thesis is the analysis of the new regulation of parental responsibility matters within the EU in the light of the reform process under the Brussels II bis Regulation, which has culminated in the new Brussels II ter Regulation. All of it, from the point of view of the embodiment of the best interests of the child principle in the EU Private International Law discipline. And in addition, assuming the shift from the conflict of laws to jurisdictions rules in some PIL areas, this Thesis focuses on the matters covered by the Brussels II bis and ter Regulations, without analysing the problems of conflicts of laws.

The first part of this work has been devoted to the approach to of the conceptual premises of the Brussels II – bis and ter- Regulations. First of all, those texts have been contextualised within the complex framework of international sources on children’s protection, and in particular, in the sources system on parental responsibility matters, based not only on the EU PIL rules on family law, but also on conventional texts, notably, the 1996 and 1980 Hague Conventions. A normative magma that does not always lead to an easy coexistence.

In this complex framework, the best interests of the child constitute the guiding principle. Therefore, after having pointed out the prevalence of this principle in both international -universal and special- and national codification, its meaning has been approximated, highlighting its triple conception as a substantive right, principle and procedural rule. Moreover, this has been the basis in order to ratify the influence of this maxim on PIL standards, exemplifying, as well, the process of materialization that has accompanied the discipline. Furthermore, the notion of parental responsibility has been analysed, as an “European” notion which is considered to be the main exponent of the growing child’s-centred approach in all matters affecting them. After delimiting its broad scope under the Brussels II -bis and ter- Regulations and its treatment in the CJEU case-law, terminological difficulties in translating this notion into Spanish law have been highlighted.

Departing from these conceptual bases, this research has focused on the analysis of the solutions provided by the Brussels II bis Regulation, from a critical perspective that assumes the problems of functioning of the model identified in practice, both in case-law

and academic literature. In order to finally answer the question of whether the amendments made in the new Brussels II ter Regulation improve its predecessor. All this, also, taking as a reference a double perspective: the EU PIL rules integration process, as well as the enhancement of the aforementioned, and ubiquitous, best interests of the child principle in referred text.

First, *Chapter One* confronts the issue of parental responsibility dispute resolution in the EU. Having verified the crystal-clear impetus for the use of mediation as a means of resolving conflicts in this area, within the general trend towards the promotion of ODR by the EU, we have focused on the international jurisdiction rules set forth in the Brussels II bis and ter Regulations.

To this end, and assuming the keys of the models designed in both regulatory texts, the general ground of the child's habitual residence has been analysed. A forum that, it is understood, reflects the criterion of proximity that is linked, and also, takes into account the child's best interests principle in abstract terms - *in abstracto*-.

Thereafter, exceptions to the general rule have been examined, in which the criterion of the child's habitual residence is either nuanced or directly ignored. Within these exceptions, a first group of forums seek to respond to the movement of the child from one Member State to another, either legally or illegally. Regarding this point, it has been identified that the EU legislator provides for a harmonised solution in cases of wrongful retention or removal, but only tangentially addresses the so-called *relocation disputes*, notwithstanding their importance in facilitating the mobility of cross-border families. Moving on to the second category of exceptions, they have as its common core the search for a more flexible answer, which is identified with the best interests of the child principle in the particular case – *in concreto*-. In this context, the Brussels II ter Regulation, heir to its predecessor and with a minimal reform, merely improves certain problems in the practical functioning of the forum system, introducing some important novelties, such as the progress in party autonomy, or the introduction of certain forums of a procedural nature.

Additionally, the *Second Chapter* deals with the recognition and enforcement system of foreign judgments, public documents and agreements reached in the context of mediation on parental responsibility in the Brussels II –bis and ter- Regulations. The doctrinal and jurisprudential analysis - both the CJEU, the ECtHR and Spanish case-law- of the double recognition and enforcement regime in the field of the Brussels II bis Regulation

– general and privileged - enables us to reflect on the significant operational difficulties that accompany it in practice. Basically, the practical problems of the enforcement procedure; the lack of harmonization of procedural and material rules in this area; and, as an essential core, the debate on how to continue progressing in the free movement of judgments in this area, in between the extremes of the maintenance of the *exequatur* in decisions on parental responsibility, and its abolition “in absolute terms” of the privileged regime.

This critical reflection is the base for the detailed analysis of the Brussels II ter Regulation modifications to conclude that the EU legislator strikes a better balance in the 2019 text between the free movement of judgments and the best interests of the child principle, both *in abstracto* and *in concreto*. Mainly, through the elimination of the *exequatur*, but with certain safeguards enabling the protection of defence rights. And, in particular, a last assessment of the best interests of the child in the specific case, in the event of exceptional circumstances, both in the general and privileged regime, since, regrettably in our opinion, the latter remains.

The *Third Chapter* addresses three mechanisms of a different nature which have proved to be a pending challenge in achieving the objectives of the Brussels II bis Regulation, and in particular the, best and fastest safeguarding of children’s rights and their best interests, whose willingness for improvement is clearly reflected in the Brussels II ter Regulation.

First, provisional and interim measures on matters of parental responsibility shows a remarkable progress with the inclusion of technically higher-quality rules, which overcome the problems of its predecessor. Both through the design of a new ground on the subject, and with important developments in their recognition and enforcement in another Member State, a matter highly debated.

Secondly, the reinforcement of administrative and judicial cooperation is considered to be an essential element in order to gain effectiveness in the proceedings. But above all, to stimulate mutual trust between justice administrations, as reflects the paradigmatic example of child placement in another Member State.

Thirdly, the right of the child to express his or her views is substantially reinforced by the new Regulation. In our view, however, the underlying problem identified in practice,

that is to say the significant procedural and material divergences in the domestic legislations in this area, remains unresolved.

Lastly, the *Fourth Chapter* is specially on international child abduction, as well as its treatment in the EU legal framework. Following a presentation of that legal framework, and its need to adapt to new social realities, the analysis focuses on the interrelationship problems between the Brussels II bis Regulation and the 1980 Hague Convention, two sources with differentiate origin and scope.

In particular, this Chapter reflects on the amendments to the Regulation with regard to the conventional balance between the child's immediate return as the general rule, and the exceptions thereof, the maximum exponent of which has been the questioned overriding mechanism. As one of the main novelties of the reform, the Brussels II ter Regulation, in a new Chapter devoted entirely to the international child abduction, has a strong vocation to improve the problems identified in practice. Essentially, in the return procedure and in the overriding mechanism. Although, in our view, the opportunity to eliminate it has been missed, the truth is that it has been amended to nuance its most problematic aspects, achieving a regulation which, in general terms, improves children's protection in these cases.

Overall, it can be concluded that the new Brussels II ter Regulation not only is a step forward in the EU integration process in the field of PIL family law, but it also enhances the best interests of the child principle, both *in abstracto* and *in concreto*. Predictably, resulting in a better protection of the children involved in cross-border parental responsibility procedures in the EU.

BIBLIOGRAFÍA

(por orden alfabético)

1. Manuales, monografías y libros en coautoría

AA.VV.: *La audiencia del menor en los procesos de Familia*, Sepín, Madrid, 2019.

AA.VV.: *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*, Intersentia, Antwerpen- Oxford, 2007.

AAVV: *International Issues in Family Law. The 1996 Hague Convention on the Protection of Children and the Brussels Ila*, Family Law, Bristol, 2015.

ALONSO SANZ, L.: *El estatuto constitucional del menor inmigrante*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.

BAARSMA, N.A.: *The Europeanisation of International Family Law*, Springer, The Hague, 2011.

BAUMAN, Z.: *Modernidad líquida*, México, Fondo de Cultura Económica, 2003.

BEAUMONT, P. y MCELEAVY, P.: *The Hague Convention on International Child Abduction*, Oxford University Press, Oxford, 1999.

BERNARD, S.: *Les mutations contemporaines du droit de la famille*, Presses Universitaires de Grenoble, Grenoble, 2019.

BOCCIO SERRANO, M. J.: *El derecho del niño a la familia natural como principio rector del sistema de protección. La actividad protectora de los poderes públicos en el ordenamiento español*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.

BOELE-WOELKI, K., BRAAT, B. y CURRY-SUMMER, I. (eds.): *European Family Law in Action. Parental Responsibilities. Volume III*, Intersentia, Antwerp, 2005.

BOELE-WOELKI, K., et. al.: *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*, Intersentia, Antwerp, 2007.

BROWN, A. : *What is the Family of Law ? The Influence of the Nuclear Family*, Hart Publishing, Oxford, 2019.

BUCHER, A.: *L'enfant en droit international privé*, Elbing & Lichtenhahn L.G.D.J., Bâle, 2003.

BÜCHLER, A. y KELLER, H. (eds.): *Family Forms and Parenthood. Theory and Practice of Article 8 ECHR in Europe*, Intersentia, Cambridge – Antwerp – Portland, 2016.

BUCK, T.: *International Child Law*, Routledge, Londres, 3ª ed., 2005.

CALAZA LÓPEZ, S.: *Los procesos de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional*, La Ley, Madrid, 2015.

CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho Internacional Privado, Volumen II*, Comares, Granada, 18ª ed., 2018.

CARMONA LUQUE, M.R.: *La Convención sobre los Derechos del niño: Instrumento de progresividad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Dykinson, Madrid, 2011.

CARPANETO, L., PESCE, F. y QUEIROLO, I.: *La «Famiglia in movimento» nello spazio europeo di liberta e giustizia*, Giappichelli, Torino, 2019.

CASADEVALL, J.: *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

CHACÓN MARTÍNEZ, A.: *El interés superior del menor. Historia de un reconocimiento jurídico en los derechos humanos para la infancia (siglos XVIII-XXI)*, Ediciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2019.

CHÉLIZ INGLÉS, M.C.: *La sustracción internacional de menores y la mediación. Retos y vías prácticas de solución*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.

COWDEN, M.: *Children's Rights. From Philosophy to Public Policy*, Palgrave Macmillan, Gewerbestrasse (Switzerland), 2016.

DE TORRES PEREA, J.M.: *Interés del menor y derecho de familia. Una perspectiva multidisciplinar*, Iustel, Madrid, 2009.

ESPINAR VICENTE, J. M.: *El matrimonio, las familias y la protección del menor en el ámbito internacional*, Dykinson, Madrid, 2019.

ESPINOSA CALABUIG, R.: *Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

Bibliografía

FARGE, M.: *Le statut familial des étrangers en France: de la loi nationale à la loi de la résidence habituelle*, l'Harmattan, París, 2003.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho Internacional Privado*, Civitas (Thomson Reuters), Pamplona, 11ª ed., 2020.

FINEMAN, M. A.: *The Autonomy Myth: A Theory of Dependency*, The New Press, 2005.

FORCADA MIRANDA, J.: *Comentarios prácticos al Reglamento (UE) 2019/1111. Competencia, Reconocimiento y Ejecución de Resoluciones en materia Matrimonial, Responsabilidad Parental y Sustracción Internacional de Menores*, Sepín, Madrid, 2020.

FORCADA MIRANDA, J.: *Sustracción internacional de menores y mediación familiar*, Sepín, Madrid, 2015.

FULCHIRON, H.: *Les enlèvements internationaux d'enfants*, Droit et Justice, Paris, 2005.

GALLANT, E.: *Responsabilité parentale et protection des enfants en droit international privé*, Defrénois, 2004.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.: *Derecho Internacional Privado*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 5ª ed., 2019.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.: *El título ejecutivo europeo*, Civitas, Madrid, 2005.

GASCÓN INCHAUSTI, F.: *El título ejecutivo europeo para créditos no impugnados*, Aranzadi, Madrid, 2005.

GASCÓN INCHAUSTI, F.: *Reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en el nuevo Reglamento Bruselas I bis*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.

GÓMEZ BENGOCHE, B.: *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980*, Dykinson, Madrid, 2002.

GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: *Party Autonomy in International Family Law*, Brill-Nijhoff, Leiden – Boston, 2020.

GRAY, J.: *Party Autonomy in EU Private International Law*, Intersentia, Cambridge – Antwerp – Chicago, 2021.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014.

HERRANZ BALLESTEROS, M.: *El forum non conveniens y su adaptación al ámbito europeo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.

HERRANZ BALLESTEROS, M.: *El interés del menor en los Convenios de La Haya de Derecho Internacional Privado*, Lex Nova, Valladolid, 2004.

JIMÉNEZ BLANCO, P.: *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Marcial Pons, Madrid, 2008.

LEGENDRE, R. : “ Droits fondamentaux et droit international privé. Réflexion en matière personnelle et familiale ”, Thèse de doctorat en droit, soutenue le 6.12.2018, Université Paris II – Panthéon-Assas. Sous la direction de Madame Léna Gannagé.

LORENTE MARTÍNEZ, I.: *Sustracción internacional de menores. Estudio jurisprudencial, práctico y crítico*, Dykinson – Universidad de Murcia, Madrid, 2019.

LOWE, N. y NICHOLLS QC, M.: *The 1996 Hague Convention on the Protection of Children*, Family Law, Bristol, 2012.

LOWE, N., EVERAL QC, M. y NICHOLLS, M.: *The New Brussels II Regulation. A supplement to International Movement of Children*, Family Law, Bristol, 2005.

MADRID MARTÍNEZ, C.: *La norma de Derecho Internacional Privado*, Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 2004.

MADRID MARTÍNEZ, C.: *La responsabilidad civil derivada de la prestación de servicios. Aspecto internos e internacionales*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2009.

MARÍN PEDREÑO, C.: *Sustracción Internacional de Menores y proceso legal para la restitución del menor*, Editorial Ley57, Málaga, 2016.

MARTÍNEZ CALVO, J.: *La guarda y custodia*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2019.

MAYA BOUYAHIA, S.: *La proximité en droit international privé de la famille*, L’Harmattan, París, 2015.

Bibliografía

MOYA ESCUDERO, M.: *Aspectos internacionales del derecho de visita de los menores*, Granada, Comares, 1998.

ÖRÜCÜ, E. y MAIR, J. (eds.): *Juxtaposing Legal Systems and the Principles of European Family Law on Parental Responsibilities*, Intersentia, Antwerp, 2010.

OTAEGUI AIZPURÚA, I.: *La relevancia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la protección de los derechos del menor*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

PARDO IRANZO, V.: *La supresión del exequátur: libre circulación de títulos ejecutivos en la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020.

QUINZÁ REDONDO, P.: *Régimen económico matrimonial: aspectos sustantivos y conflictuales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.

RICHEZ-PONS, A.: *La résidence en droit international privé (conflits des juridictions et conflits de lois)*, Thèse, Université Jean-Moulin, Lyon III, 2004.

RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2º ed., 2007.

ROCA I TRÍAS, E.: *Libertad y Familia*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2014.

RODA y RODA, D.: *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad. El derecho del menor a ser oído*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C.: *El sistema de protección a la infancia y la adolescencia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.

SCHERPE, J. M.: *The Present and Future of European Family Law*, Elgar, Cheltenham and Northampton, 2016.

SERRANO RUIZ-CALDERÓN, M., BLANCO CARRASCO, M., NAVARRO COSTA, R. y RIVERA ÁLVAREZ, J.M.: *Protección de menores en el Derecho Civil español*, Servicio Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2018.

TRIMMINGS, K.: *Child Abduction within the European Union*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2013.

VERDERA IZQUIERDO, B.: *La actual configuración jurídica del interés del menor. De la discrecionalidad a la concreción*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur menor, 2019.

VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFEREZ, F., *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2ª ed., 2007.

WALKER, L.: *Maintenance and Child Support in Private International Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2015.

2. Capítulos de obras colectivas

ABEL LLUCH, X.: “La audiencia del menor de edad en los procesos de familia”, en PICÓ I JUNOY, J., ABEL LLUCH, X. y DE MIRANDA VÁZQUEZ, C. (Dirs.): *Problemática actual de los procesos de familia. Especial atención a la prueba*, J.B. Bosch Editors, Barcelona, 2018, pp. 303-344.

AÑOVEROS, B.: “The Impact and Application of the Brussels II bis Regulation in Spain”, en BOELE-WOELKI, K. y GONZÁLEZ BEILFUSS, C. (eds.): *Brussels II bis: its impact and application in the member states*, Intersentia, Antwerp, 2007, pp. 279-295.

ARENAS GARCÍA, R.: “Cinco décadas de proceso codificador en la UE: historia de un éxito”, en ESPLUGUES MOTA, C., DIAGO DIAGO, P. y JIMÉNEZ BLANCO, P.: *50 años de Derecho Internacional Privado de la Unión Europea en el diván*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 23-51.

ARENAS GARCÍA, R.: “Construyendo la confianza mutua”, en AA.VV.: *El Derecho Internacional privado entre la tradición y la innovación. Libro homenaje al Profesor Doctor José María Espinar Vicente*, Iprolex, Madrid, 2020, pp. 139-158.

ARENAS GARCÍA, R.: “Principios reguladores del sistema actual de competencia judicial internacional en materia de persona y familia”, en GUZMÁN ZAPATER, M. y ESPLUGUES MOTA, C. (dirs.): *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho Internacional privado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 21-50.

AZCÁRRAGA MONZONÍS, C.: “El (limitado) impacto de la directiva sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles y la mediación obligatoria como medida de promoción”, en BARONA VILAR, S. (coord.): *Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de justicia*, Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2016, pp. 103-118.

AZCÁRRAGA MONZONÍS, C.: “El Reglamento Bruselas I como hito en el proceso armonizador del Derecho internacional privado europeo. Balance y revisión, con

especial atención a la eliminación del exequátur”, en ESPLUGUES MOTA, C. y PALAO MORENO, G.: *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea, Liber amicorum José Luis Iglesias Buhígues*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 163-188.

BARONA VILAR, S.: “Lección Trigésimo tercera. La tutela cautelar. Elementos personales y medidas cautelares”, en AA.VV.: *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 27ª ed., 2020, pp. 705-724.

BARONA, S. y ESPLUGUES, C.: “ADR Mechanisms and Their Incorporation into Global Justice in the Twenty-First Century: Some Concepts and Trends”, en ESPLUGUES, C. y BARONA, S.: *Global Perspectives on ADR*, Intersentia, Cambridge, 2014, pp. 7-16.

BOELE–WOELKI, K.: “The CEFL Principles Regarding Parental responsibilities: Predominance of the Common Core”, en BOELE–WOELKI, K. y SVERDRUP, T. (eds.): *European Challenges in Contemporary Family Law*, Intersentia, Antwerp, 2008, pp. 63- 92.

BOELE–WOELKI, K.: “The Commission on European Family Law: Taking Stock after Almost 20 Years”, en BOELE–WOELKI, K. y MARTINY, D. (eds.): *Plurality and Diversity of Family Relations in Europe*, Intersentia, Cambridge, 2019, pp. 3-16.

BOELE–WOELKI, K.: “The Impact of the Commission on European Family Law (CEFL) on European Family Law”, en SCHERPE J. M. (ed.): *European Family Law. The Impact of Institutions and Organisations on European Family Law. Volume I*, Elgar, Cheltenham and Northampton, 2016, pp. 209-260.

BORRÁS RODRÍGUEZ, A.: “Article 8. General Jurisdiction”, en MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P. (eds.): *ECPII, Volume IV Brussels Ibis Regulation*, Otto Schmidt, Colonia, 2017, pp. 113- 119.

BORRÁS RODRÍGUEZ, A.: “Article 9. Continuing jurisdiction of the child’s former habitual residence”, en MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P. (eds.): *ECPII, Volume IV Brussels Ibis Regulation*, Otto Schmidt, Colonia, 2017, pp. 119-122.

BORRÁS RODRÍGUEZ, A.: “La evolución de la protección del niño en el Derecho internacional privado desde el Convenio de Nueva York de 1989”, en ALDECOA, F. y FORNER, J.L. (dirs): *La Protección de los niños en el Derecho internacional y en las relaciones internacionales: Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la*

Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño, AEDPIRI, Marcial Pons, Madrid, 2010.

BORRÁS, A.: “From Brussels II to Brussels II bis and Further”, en BOELE-WOELKI, K. y GONZÁLEZ BEILFUSS, C. (eds.): *Brussels II bis: its impact and application in the member states*, Intersentia, Antwerp, 2007, pp. 3-22.

BORRÁS, A.: “La sustracción internacional de menores: del Convenio de La Haya de 1980 al Reglamento Bruselas II ter”, en AA.VV.: *El Derecho Internacional privado entre la tradición y la innovación. Libro homenaje al Profesor Doctor José María Espinar Vicente*, Iprolex, Madrid, 2020, pp. 159-174.

BOUZA VIDAL, N.: “La integración del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores en el sistema europeo de Derechos Humanos”, en ESPLUGUES MOTA, C. y PALAO MORENO, G. (eds.): *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 203-218.

BÜCHLER, A.: “The Right to Respect for Private and Family Life”, en BÜCHLER, A. y KELLER, H. (eds.): *Family Forms and Parenthood. Theory and Practice of Article 8 ECHR in Europe*, Intersentia, Cambridge – Antwerp – Portland, 2016, pp. 29 - 62.

CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Convenio de La Haya de 25 octubre 1980 y sustracción internacional de menores. algunas cuestiones controvertidas”, en AA.VV.: *El Derecho Internacional privado entre la tradición y la innovación. Libro homenaje al Profesor Doctor José María Espinar Vicente*, Iprolex, Madrid, 2020, pp. 185-206.

CAMPUZANO DÍAZ, B.: “La propuesta de reforma del Reglamento 2201/2003: ¿se introducen mejoras en la regulación de la competencia judicial internacional”, en GUZMÁN ZAPATER, M. y ESPLUGUES MOTA, C. (dirs.): *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho Internacional privado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 91-102.

CARDONA LLORENS, J.: “El interés superior del niño a los 4 años de la aprobación de la Observación General 14 del Comité de Derechos del Niño”, en SANZ

CABALLERO, S. (dir.): *El interés superior del niño en la jurisprudencia internacional, comparada y española*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 99-110.

CARO GÁNDARA, R.: “La determinación de la residencia habitual del demandante y de los menores en litigios sobre crisis matrimoniales y responsabilidad parental accesoria”, en ROBLES GARZÓN, J.A. (Dir.): *Reflexiones jurídicas sobre cuestiones actuales*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 161-174.

CARPANETO, L.: “Impact of the Best Interests of the Child on the Brussels II ter Regulation”, en BERGAMINI, E. y RAGNI, C. (eds.): *Fundamental Rights and Best Interests of the Child in Transnational Families*, Intersentia, Cambridge – Antwerp – Chicago, 2019, pp. 265-286.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Litigación internacional, responsabilidad parental y foro de la residencia habitual del menor en un Estado miembro. Un estudio jurisprudencial”, en CEBRIÁN SALVAT, A. y LORENTE MARTÍNEZ, I.: *Protección de menores y Derecho Internacional Privado*, Comares, Granada, 2019, pp. 307-324.

CHÉLIZ INGLÉS, M.C.: “El interés superior del niño en los supuestos de sustracción internacional de menores. Análisis jurisprudencial en el marco del Convenio de La Haya de 1980”, en SANZ CABALLERO, S. (dir.): *El interés superior del niño en la jurisprudencia internacional, comparada y española*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 341-351.

CHÉLIZ INGLÉS, M.C.: “Novedades introducidas por la refundición del reglamento Bruselas II Bis en relación con la sustracción internacional de menores”, en GARCÍA ÁLVAREZ, L. y MARTÍN RODRÍGUEZ, J.M. (coords.): *El mercado único en la Unión Europea. Balance y perspectivas jurídico-políticas*, Dykinson, Madrid, 2019, pp. 37-50.

COESTER-WALTJEN, D.: “The impact of the European Convention on Human Rights and the European Court of Human Rights on European family Law”, en SCHERPE J. M.: *European Family Law. The Impact of Institutions and Organisations on European Family Law. Volume I*, Elgar, Cheltenham and Northampton, 2016, pp. 49 a 98.

CORBETT, M.: “The Public Law Aspects of the Brussels Ibis Regulation Through an Irish Lens”, en BOELE-WOELKI, K. y MARTINY, D. (eds.): *Plurality and Diversity of Family Relations in Europe*, Intersentia, Cambridge, 2019, pp. 203-223.

CORNELOUP, S.: “Les règles de compétence relatives à la responsabilité parentale”, en FULCHIRON, H. y NOURISSAT, C. (eds.): *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Dalloz, París, 2005, pp. 69 y ss.

DANIELI, D.: “Parental Responsibility”, en VIARENGO, I. y VILLATA, F. (eds.): *Planning the Future of Cross Border Families. A Path Through Coordination*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2020, pp. 61-70.

DE LIMA PINHEIRO, L.: “Article 56: Placement of a child in another Member State”, en MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P. (eds.): *ECPIL, Volume IV Brussels IIbis Regulation*, Otto Schmidt, Colonia, 2017, pp. 452-457.

DE LIMA PINHEIRO, L.: “Chapter IV: Cooperation between Central Authorities in Matters of Parental Responsibility”, en MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P. (eds.): *ECPIL, Volume IV Brussels IIbis Regulation*, Otto Schmidt, Colonia, 2017, pp. 446-457.

DELGADO SÁEZ, J.: “The Right of the Child to be Heard in Parental Responsibility Proceedings”, en BOELE–WOELKI, K. y MARTINY, D. (eds.): *Plurality and Diversity of Family Relations in Europe*, Intersentia, Cambridge, 2019, pp. 225-236.

DIAGO DIAGO, P.: “La mundialización y las relaciones jurídicas entre padres e hijos”, en CALVO CARAVACA, A.L. y IRIARTE ÁNGEL, J.J. (eds.): *Mundialización y familia*, Colex, Madrid, 2001, pp. 143-176.

DIAGO DIAGO, P.: “La tutela judicial efectiva en el marco internacional: equilibrio entre los derechos del demandante y los derechos del demandado”, en MARTÍNEZ CAPDEVILLA, C. M. y MARTÍNEZ PÉREZ, E. (dirs.): *Retos para la acción exterior de la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 653-680.

DIMSEY, M.: “Multi-parent Families in the 21st Century”, en BOELE–WOELKI, K. y SVERDRUP, T. (eds.): *European Challenges in Contemporary Family Law*, Intersentia, Antwerp, 2008, pp. 101-111.

DISTEFANO, M.: “The Best Interests of the Child Principle at the Intersection of Private International Law and Human Rights”, en BERGAMINI, E. y RAGNI, C. (eds.): *Fundamental Rights and Best Interests of the Child in Transnational Families*, Intersentia, Cambridge – Antwerp – Chicago, 2019, pp. 157-208.

DURÁN AYAGO, A.: “Ejercicio de los derechos de custodia y de visita en un mundo globalizado: riesgos y disfunciones. Especial referencia al *forum divortii* en el contexto europeo”, en CEBRIÁN SALVAT, A. y LORENTE MARTÍNEZ, I.: *Protección de menores y Derecho Internacional Privado*, Comares, Granada, 2019, pp. 91-102.

DURÁN AYAGO, A.: “Ejercicio de los derechos de custodia y visita en un mundo globalizado: riesgos y disfunciones. Especial referencia al *forum divortii* en el contexto europeo”, en CEBRIÁN SALVAT, A. y LORENTE MARTÍNEZ, I.: *Protección de menores y Derecho Internacional Privado*, Comares, Granada, 2019, pp. 91-102.

DURÁN AYAGO, A.: “La protección de menores en la era de la globalización: del conflicto de leyes a las técnicas de flexibilización”, en CALVO CARAVACA A.L. y BLANCO-MORALES LIMONES, P.: *Globalización y Derecho*, Colex, Madrid, 2003, pp. 212-236.

DURÁN AYAGO, A.: “Responsabilidad parental, relaciones paterno-filiales y protección de menores: ¿tres denominaciones para tres realidades diferentes?”, en GUZMÁN ZAPATER, M. y ESPLUGUES MOTA, C. (dirs.): *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho Internacional privado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 353-363.

DURÁN RUIZ, F.J.: “El tratamiento de los datos personales de los menores de edad en la nueva normativa de protección de datos”, en GARCÍA GARNICA, M.C. y MARCHAL ESCALONA, N. (dirs.): *Aproximación interdisciplinar a los retos actuales de protección de la infancia dentro y fuera de la familia*, Aranzadi, Madrid, 2019, pp. 473-598.

ESPINOSA CALABUIG, R., CARBALLO PIÑEIRO, L., *et. al.*: “The Application of the EU Fam’s Regulations in Spain”, en VIARENGO, I. y VILLATA, F. (eds.): *Planning the Future of Cross Border Families. A Path Through Coordination*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2020, pp. 543-558.

ESPINOSA CALABUIG, R.: “Cross-border Family Issues in the EU: Multiplicity of Instruments, Inconsistencies and Problems of Coordination”, en RUIZ ABOU-NIGM, V. y NOODT TAQUELA, M.B.: *Diversity and Integration in Private International Law*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 2019, pp. 65-82.

ESPINOSA CALABUIG, R.: “La sottrazione di minore nell’Unione Europea: tra Regolamento n. 2201/2003 e Convenzione dell’Aja del 1980”, en CARBONE, S. y

QUEIROLO, I. (dirs.): *Diritto de familia e Unione Europea*, Chiappichelli, Turín, pp. 283-314.

ESPINOSA CALABUIG, R.: “Sustracción de menores y eliminación del exequátur en el Reglamento 2201/2003”, en LLORIA GARCÍA, P. (dir.): *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar*, Iustel, Madrid, 2008, pp.243-291.

ESPLUGUES MOTA, C. y IGLESIAS BUHIGUES, J.L.: “Lección 12ª. Capacidad y régimen de incapacidades”, en ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G.: *Derecho Internacional Privado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 14ª ed., 2020, pp. 403-452.

ESPLUGUES MOTA, C.: “Lección 15ª. Filiación”, en ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G.: *Derecho Internacional Privado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 14ª ed., 2020, pp. 505-537.

ESPLUGUES MOTA, C.: “Lección 16ª. Alimentos”, en ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G.: *Derecho Internacional Privado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 14ª ed., 2020, pp. 541-576.

ESPLUGUES, C.: “Civil and Commercial Mediation in the EU After the Transposition of Directive 2008/52/EC”, en ESPLUGUES, C. (ed.): *Civil and Commercial Mediation in Europe. Cross-Border Mediation*, Intersentia, Cambridge, 2014, pp. 519-527.

ESPLUGUES, C.: “International Commercial Arbitration in the EU and the PRC: A tale of Two Continents or 28 + 3 Legal Systems”, en BASEDOW, J. y PISSLER, K.B. (eds.): *Private International Law in Mainland China, Taiwan and Europe*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2014, pp. 409-413.

ESTIN, A. L.: “Nationality and Migration Status in International Children’s Law”, en DOUGLAS, G., MURCH, M. y STEPHENS, V. (eds.): *International and National Perspectives on child and Family Law. Essays in Honour of Nigel Lowe*, Intersentia, Cambridge -Antwerp -Portland, 2018, pp. 219-232.

FENTON-GLYNN, C.: “Creating International Families: Private International Law and the Industry of Parenthood”, en DOUGLAS, G., MURCH, M. y STEPHENS, V. (eds.): *International and National Perspectives on child and Family Law. Essays in Honour of Nigel Lowe*, Intersentia, Cambridge -Antwerp -Portland, 2018, pp.167-178.

Bibliografía

FERNÁNDEZ PÉREZ, A.: “El interés superior del menor: derecho fundamental y/o principio rector del Derecho internacional privado”, en VELASCO RETAMOS, J.M. (Dir.): *Menores extranjeros: problemas actuales y retos jurídicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 13-51.

FERRER-RIBA J.: “Parental responsibility in a European Perspective”, en SCHERPE J. M. (ed.): *European Family Law. Family Law in a European Perspective. Volume III*, Elgar, Cheltenham and Northampton, 2016, pp. 284 - 310.

FINEMAN, M. A.: “Equality, Autonomy, and the Vulnerable subject in Law and Politics”, en FINEMAN, M. A. y GREAR, A.: *Vulnerability. Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics*, Ahgate, New York, 2013, pp. 13-27.

FRANZINA, P.: “The Place of Human Rights in Private International Law of the Union in Family Matters”, en BERGAMINI, E. y RAGNI, C. (eds.): *Fundamental Rights and Best Interests of the Child in Transnational Families*, Intersentia, Cambridge – Antwerp – Chicago, 2019, pp. 141-156.

GARCÍA RUBIO, M. P.: “Aproximación al significado, contenido y alcance del interés del menor”, en AA.VV.: *Relaciones transfronterizas, globalización y Derecho. Homenaje al Prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2020, pp. 1076-1090.

GIL DELGADO, R. C.: “La responsabilidad parental. Deberes y facultades de los padres y los hijos”, DE COUTO GÁLVEZ, R. (coord.): *Derecho de las relaciones familiares y de los menores*, Dykinson S. L., Madrid, 2018, pp. 217-234.

GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: “Experiencias de los tribunales españoles en los procesos relativos a crisis matrimoniales: algunos retos y cuestiones controvertidas”, en OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN. C. (Dir.): *Justicia civil en la Unión Europea. Evaluación de la experiencia española y perspectivas de futuro*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 197- 209.

GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: “Guardianship, custody and parental responsibility”, en BASEDOW, J. et. Al. (eds.): *Encyclopedia of Private International Law. Volume I*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham and Northampton, 2017, pp. 864-870.

GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: “La sustracción de menores en el nuevo Reglamento 2019/1111”, en AA.VV.: *Relaciones transfronterizas, globalización y Derecho. Homenaje al Prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2020, pp. 383- 398.

GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: “Prorogation of Jurisdiction (Article 12)”, en HONORATI, C. (ed.): *Jurisdiction in Matrimonial Matters, Parental Responsibility and International Abduction. A Handbook on the Application of Brussels Iia Regulation in National Courts*, Giappichelli-Peter Lang, Torino-Frankfurt-Main, 2017, pp. 183-198.

GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: “The Role of Party Autonomy in Pursuing Coordination”, en VIARENGO, I. y VILLATA, F. (eds.): *Planning the Future of Cross Border Families. A Path Through Coordination*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2020, pp. 243- 257.

GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: “The Spanish Constitutional Court and Protracted Child Abduction Proceedings: Time is of Essence”, en DOUGLAS, G., MURCH, M. y STEPHENS, V. (eds.): *International and National Perspectives on child and Family Law. Essays in Honour of Nigel Lowe*, Intersentia, Cambridge -Antwerp -Portland, 2018, pp. 259-266.

GONZÁLEZ MARIMÓN, M.: “El “diálogo” entre el TJUE y el TEDH en torno a la eliminación del exequátur del mecanismo de retorno del Reglamento Bruselas II bis”, en GARCÍA ÁLVAREZ, L. y MARTÍN RODRÍGUEZ, J.M. (coords.): *El mercado único en la Unión Europea. Balance y perspectivas jurídico-políticas*, Dykinson, Madrid, 2019, pp. 81-94.

GONZÁLEZ MARIMÓN, M.: “El principio del interés superior del menor en supuestos de sustracción ilícita internacional: la jurisprudencia del TJUE y del TEDH”, en GARCÍA GARNICA, M.C. y MARCHAL ESCALONA, N. (dirs.): *Aproximación interdisciplinar a los retos actuales de protección de la infancia dentro y fuera de la familia*, Aranzadi, Madrid, 2019, pp. 637- 658.

GUZMÁN PECES, M.: “La competencia judicial en materia de nulidad, separación y divorcio: responsabilidad parental y sustracción civil de menores en Derecho internacional privado español”, en GUZMÁN ZAPATER, M. y HERRANZ BALLESTEROS, M. (Dirs.):

Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos: derecho español y de la Unión Europea: estudio normativo y jurisprudencial, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 243-276.

GUZMÁN ZAPATER, M.: “Supresión del exequátur y tutela de derechos fundamentales: articulación en el sistema español”, en BORRÁS RODRÍGUEZ, A y GARRIGA SUAÚ, G. (ed. Lit.): *Adaptación de la legislación interna a la normativa de la Unión Europea en materia de cooperación civil, Homenaje al Prof. Dr. Viñas Farré*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 142-160.

HAMMJE, P.: “L’interêt de l’enfant face aux sources internationaux du droit international privé”, en AA.VV.: *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l’honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, Paris, 2005, pp. 365- 391.

HERRANZ BALLESTEROS, M.: “Competencia judicial internacional de las autoridades españolas sobre menores con residencia habitual en terceros Estados”, en AA.VV.: *El Derecho Internacional privado entre la tradición y la innovación. Libro homenaje al Profesor Doctor José María Espinar Vicente*, Iprolex, Madrid, 2020, pp. 401-410.

HERRANZ BALLESTEROS, M.: “Traslado del domicilio del menor a otro país. Doctrina del Tribunal Supremo”, en CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (dirs.): *El Tribunal Supremo y el Derecho Internacional Privado. Volumen 2*”, Rapid Centro Color, 2019, pp. 567-586.

HILBIG-LUGANI, K.: “‘Habitual Residence’ in European Family Law: the Diversity, Coherence and Transparency of a Challenging Notion”, en BOELE-WOELKI, K., DETHLOFF, N. y GEPHART, W. (eds.): *Family Law and Culture in Europe*, Intersentia, Cambridge, 2014, pp. 249-262.

HODSON, D.: “Globalisation of Adjudication in International Family Law: Serving International Families by Producing International Solutions”, en DOUGLAS, G., MURCH, M. y STEPHENS, V. (eds.): *International and National Perspectives on child and Family Law. Essays in Honour of Nigel Lowe*, Intersentia, Cambridge -Antwerp -Portland, 2018, pp. 153-166.

HOLLINGSWORTH, K. y STALFORD, H.: “Judging Parental Child Abduction: What Does it Mean to Adopt a Children’s Rights-Based Approach?”, en DOUGLAS, G., MURCH, M. y STEPHENS, V. (eds.): *International and National Perspectives on child and*

Family Law. Essays in Honour of Nigel Lowe, Intersentia, Cambridge -Antwerp -Portland, 2018, pp. 125-146.

HONORATI, C. y LIMANTE, A.: “Jurisdiction in Child Abduction Proceedings (Article 10, 11)”, en HONORATI, C. (ed.): *Jurisdiction in Matrimonial Matters, Parental Responsibility and International Abduction. A Handbook on the Application of Brussels Iia Regulation in National Courts*, Giappichelli-Peter Lang, Torino-Frankfurt-Main, 2017, pp. 92- 153.

HONORATI, C. y LIMANTE, A.: “Transfer of Proceedings (Article 15)”, en HONORATI, C. (ed.): *Jurisdiction in Matrimonial Matters, Parental Responsibility and International Abduction. A Handbook on the Application of Brussels Iia Regulation in National Courts*, Giappichelli-Peter Lang, Torino-Frankfurt-Main, 2017, pp. 199-218.

HONORATI, C.: “Cross-Border parental Child Abduction in the EU: Is there Room for a Human Rights Exception?”, en BERGAMINI, E. y RAGNI, C. (eds.): *Fundamental Rights and Best Interests of the Child in Transnational Families*, Intersentia, Cambridge – Antwerp – Chicago, 2019, pp. 243-264.

HOPT, K.J. y STEFFEK, F.: “Mediation: Comparison of Laws, Regulatory Models, Fundamental Issues”, en HOPT, K.J. y STEFFEK, F. (eds.): *Mediation Principles and Regulation in Comparative Perspective*, Oxford, OUP, 2013, pp. 1-130.

HUET-WEILLER, D.: “De la puissance paternelle à la responsabilité parentale”, en GARIGHOFER, R.: *Le droit de la famille en Europe. Son évolution de l’antiquité jusqu’à nos jours. Actes des journées internationales d’histoire du droit*, Universitaires de Strasbourg, 1992, pp. 405-415.

IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y DESANTES REAL, M.: “La quinta libertad comunitaria: competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en la Comunidad Europea”, en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., GONZÁLEZ CAMPOS, J.D. y MUÑOZ MACHADO, S. (eds.): *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, Tomo III, Civitas, Madrid, 1986, pp. 711-752.

IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G. (coords.): *Régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas en la Unión Europea. Comentarios a los Reglamentos (UE) nº 2016/1103 y 2016/1104*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

IGLESIAS BUHIGUES, J.L.: “Derechos Fundamentales y Derecho Comunitario”, en CALDERÓN CUADRADO, M.P. e IGLESIAS BUHIGUES, J.L. (coords.): *El Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia. Avances y Derechos Fundamentales en Materia Procesal*, Aranzadi (Thomson Reuters), Cizur Menor, 2009, pp. 33-38.

IGLESIAS BUHIGUES, J.L.: “General Appraisal and Genesis of Regulatory Instruments in the Field of Civil and Commercial Law”, en FORNER I DELAYGUA, J.J. y SANTOS, A. (ed. Lit.): *Coherence of scope of application. EU private international legal instruments*, Schulthess Éditions Romandes, Ginebra – Zurich, 2020, pp. 13-25.

IGLESIAS BUHIGUES, J.L.: “La quinta libertad en marcha. La libre circulación de títulos ejecutivos en la UE”, en PARDO IRANZO, V. (dir.): *Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 40-91.

IGLESIAS BUHIGUES, J.L.: “Lección 8ª. Eficacia extraterritorial de sentencias y documentos públicos extranjeros: el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras y documentos públicos con fuerza ejecutiva”, en ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G.: *Derecho Internacional Privado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 14ª ed., 2020, pp. 282-333.

IGLESIAS BUHIGUES, J.L.: “Luces y sombras de la cooperación judicial en materia civil en la UE”, en FORNER I DELAYGUA, J.J., GONZÁLEZ BEILFUSS, C. y VIÑAS FARRÉ, R. (coords.): *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber amicorum Alegría Borrás*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 535-552.

IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G. (Dirs.): *Sucesiones Internacionales: Comentarios al Reglamento (UE) 650/2012*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

JÄNTERÄ-JAREBORG, M.: “The Child in the Intersections between Society, Family, Faith and Culture”, en JÄNTERÄ-JAREBORG, M. (ed.): *The Child’s Interests in Conflict. The Intersections between Society, Family, Faith and Culture*, Intersentia, Cambridge, 2016, pp. 1-30.

JIMÉNEZ BLANCO, P.: “La ejecución forzosa de las resoluciones de retorno en las sustracciones internacionales de menores”, en ALDECOA, F. y FORNER, J.L. (dirs.):

La Protección de los niños en el Derecho internacional y en las relaciones internacionales: Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño, AEDPIRI, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 341-366.

JIMÉNEZ FORTEA, F.J.: “La sustracción internacional de menores por sus propios padres y el Reglamento 2201/2003”, en PARDO IRANZO, V. (dir.): *Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 164- 204.

JUÁREZ PÉREZ, P.: “La *kafala* islámica como institución de protección: interpretación y práctica españolas”, en CEBRIÁN SALVAT, A. y LORENTE MARTÍNEZ, I.: *Protección de menores y Derecho Internacional Privado*, Comares, Granada, 2019, pp. 143-170.

JUARISTI SALDUCH, E.: “El interés superior del niño en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, en SANZ CABALLERO, S. (dir.): *El interés superior del niño en la jurisprudencia internacional, comparada y española*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 57-75.

KRUGER, T.: “Finding a Habitual Residence”, en VIARENGO, I. y VILLATA, F. (eds.): *Planning the Future of Cross Border Families. A Path Through Coordination*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2020, pp. 117-132.

KUNDA, I. y VRBLJANAC, D.: “*Lis Pendens* (Articles 16, 19)”, en HONORATI, C. (ed.): *Jurisdiction in Matrimonial Matters, Parental Responsibility and International Abduction. A Handbook on the Application of Brussels Iia Regulation in National Courts*, Giappichelli-Peter Lang, Torino-Frankfurt-Main, 2017, pp. 219-245.

KUNDA, I. y VRBLJANAC, D.: “Provisional and Protective Measures (Articles 20)”, en HONORATI, C. (ed.): *Jurisdiction in Matrimonial Matters, Parental Responsibility and International Abduction. A Handbook on the Application of Brussels Iia Regulation in National Courts*, Giappichelli-Peter Lang, Torino-Frankfurt-Main, 2017, pp. 249-263.

LAMONT, R.: “Protecting Children’s Rights after Child Abduction: The Interaction of the CJEU and ECtHR in Interpreting Brussels II bis”, en BERGAMINI, E. y RAGNI, C. (eds.): *Fundamental Rights and Best Interests of the Child in Transnational Families*, Intersentia, Cambridge – Antwerp – Chicago, 2019, pp. 225-242.

LANG, A.: “*Kafala and Family Reunification on Third-Country Nationals*”, en BERGAMINI, E. y RAGNI, C. (eds.): *Fundamental Rights and Best Interests of the Child in Transnational Families*, Intersentia, Cambridge – Antwerp – Chicago, 2019, pp. 97-114.

LAPIEDRA ALCAMÍ, R.: “La sustracción internacional de menores: el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980”, en LLORIA GARCÍA, P. (dir.): *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar*, Iustel, Madrid, 2008, pp.189-218.

LARA AGUADO, A.: “La filiación de menores nacidos en virtud de contratos de gestación por sustitución”, en GARCÍA GARNICA, M.C. y MARCHAL ESCALONA, N. (dirs.): *Aproximación interdisciplinar a los retos actuales de protección de la infancia dentro y fuera de la familia*, Aranzadi, Madrid, 2019, pp. 643-658.

LIMANTE, A. y KUNDA, I.: “Jurisdiction in Parental Responsibility Matters (Articles 8, 9 and 13, 14)”, en HONORATI, C. (ed.): *Jurisdiction in Matrimonial Matters, Parental Responsibility and International Abduction. A Handbook on the Application of Brussels Iia Regulation in National Courts*, Giappichelli-Peter Lang, Torino-Frankfurt-Main, 2017, pp. 60- 91.

MACLEOD C.M.: “Constructing Children’s Rights”, en DRERUO, J. et. Al. (eds.): *Justice, Education and the Politics of Childhood*, Springer International Publishing, Switzerland, 2016.

MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P. (eds.): “Introduction”, en MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P. (eds.): *ECPIIL, Volume IV Brussels Ibis Regulation*, Otto Schmidt, Colonia, 2017, pp. 4-52.

MAGNUS, U.: “Section 4. Enforceability of certain judgments concerning rights of access and of certain judgments which require the return of the child. Introductory remarks”, en MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P. (eds.): *ECPIIL, Volume IV Brussels Ibis Regulation*, Otto Schmidt, Colonia, 2017, pp. 375-377.

MARCHAL ESCALONA, N.: “La adopción internacional y otras formas de protección del menor”, en GARCÍA GARNICA, M.C. y MARCHAL ESCALONA, N. (dirs.): *Aproximación interdisciplinar a los retos actuales de protección de la infancia dentro y fuera de la familia*, Aranzadi, Madrid, 2019, pp. 703-736.

MARCHAL ESCALONA, N.: “Supresión del exequátur en las resoluciones de restitución de menores vs. Derechos de defensa: ¿crónica de una muerte anunciada?”, en VÁZQUEZ GÓMEZ, E.M., ADAM MUÑOZ, M.D. y CORNAGO-PRIETO, N. (coord.): *El arreglo pacífico de las controversias internacionales: XXIV Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho internacional y Relaciones internacionales (AEPDIRI), Córdoba, 20-22 de octubre*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 631-640.

MARCHEGANI, M.: “The Best Interests Principle’s Impact on Decisions Concerning Asylum-Seeking and Refugee Children”, en BERGAMINI, E. y RAGNI, C. (eds.): *Fundamental Rights and Best Interests of the Child in Transnational Families*, Intersentia, Cambridge – Antwerp – Chicago, 2019, pp. 39-54.

MARCOS MARTÍN, T.: “Los derechos de la personalidad de las personas-menores en el contexto internacional y su aplicación en el ordenamiento español”, en PÉREZ ÁLVAREZ, S., BURGUERA AMEAVE, L. y PAULLARRAÑAGA, K. (dirs.): *Menores e internet*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 161-184.

MARTINY, D.: “Overriding Mandatory Provisions in EU Family Law Regulations”, en DOUGLAS, G., MURCH, M. STEPHENS, V. (eds.): *International and National Perspectives on child and Family Law. Essays in Honour of Nigel Lowe*, Intersentia, Cambridge -Antwerp -Portland, 2018, pp. 297-314.

MEEUSEN, J., PERTEGÁS, M., STRAETMANS, G. y SWENNEN, F.: “General Report”, in MEEUSEN, J., PERTEGÁS, M., STRAETMANS, G. y SWENNEN, F. (eds.): *International Family Law for the European Union*, Intersentia, Oxford, 2007, pp. 1-23.

MICHINEL ÁLVAREZ, M. A.: “La cooperación judicial en materia civil en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia”, en SÁNCHEZ RAMOS, B.: *La Unión Europea como actor global: algunas cuestiones analizadas desde el Tratado de Lisboa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 247-274.

MOL, C.: “Maturity and the Child’s Right to be Heard in Family Law Proceedings: Article 12 UNCRC and Case Law of the ECtHR Compared”, en BOELE-WOELKI, K. y MARTINY, D. (eds.): *Plurality and Diversity of Family Relations in Europe*, Intersentia, Cambridge, 2019, pp. 237-254.

MORENO CORDERO, G.: “Las medidas de protección como garantía para un retorno seguro del menor sustraído o retenido ilícitamente: tensiones entre el grave riesgo y

el interés superior del menor”, en GARCÍA GARNICA, M.C. y MARCHAL ESCALONA, N. (dirs.): *Aproximación interdisciplinar a los retos actuales de protección de la infancia dentro y fuera de la familia*, Aranzadi, Madrid, 2019, pp. 607-636.

MOYA ESCUDERO, M.: “Derecho de custodia y sustracción internacional de menores”, en AA.VV.: *Aspectos actuales de la protección jurídica del menor: Una aproximación interdisciplinar*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 81-111.

MOYA ESCUDERO, M.: “Integración del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 en el Reglamento Bruselas II bis”, en VÁZQUEZ GÓMEZ, E.M., ADAM MUÑOZ, M.D. y CORNAGO-PRIETO, N. (coord.): *El arreglo pacífico de las controversias internacionales: XXIV Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho internacional y Relaciones internacionales (AEPDIRI), Córdoba, 20-22 de octubre*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 569-582.

MUIR WATT, H. : “Concurrence ou confluence ? Droit international privé et droits fondamentaux dans la gouvernance globale ”, D’AVOUT, L. : “Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé ”, en *Le droit entre tradition et modernité – Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, Dalloz.

MUIR WATT, H. : “La reconnaissance entre philosophie politique et droit international privé : un rendez-vous manqué ?”, en LAGARDE, P. : *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Pedone, 2013.

ORTIZ VIDAL, M.D.: “Derecho de visita y violencia de género: el principio de mutuo reconocimiento y el interés superior del menor”, en ESPLUGUES MOTA, C., DIAGO DIAGO, P. y JIMÉNEZ BLANCO, P.: *50 años de Derecho Internacional Privado de la Unión Europea en el diván*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 327-337.

ORTIZ VIDAL, M.D.: “Los menores extranjeros no acompañados en la Unión Europea: soluciones previstas y principio del interés superior del menor”, en GARCÍA GARNICA, M.C. y MARCHAL ESCALONA, N. (dirs.): *Aproximación interdisciplinar a los retos actuales de protección de la infancia dentro y fuera de la familia*, Aranzadi, Madrid, 2019, pp. 397-420.

PALAO MORENO, G., AZCÁRRAGA MONZONÍS, C. y QUINZÁ REDONDO, P.: “Los Reglamentos europeos aplicables a las crisis familiares”, en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., CHAPARRO MATAMOROS, P., y MUÑOZ RODRIGO, G.

(coords.): *Las crisis familiares: tratado práctico interdisciplinar*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 808-859.

PALAO MORENO, G.: “Cross-border mediation in Spain”, en FORNER I DELAYGUA, J.J., GONZÁLEZ BEILFUSS, C. y VIÑAS FARRÉ, R. (coords.): *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber amicorum Alegría Borrás*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 641-653.

PALAO MORENO, G.: “La autonomía de la voluntad y la resolución de las controversias privadas internacionales”, en PRATS ALBENTOSA, L. (coord.): *Autonomía de la voluntad en el derecho privado: Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado. V.5 (Derecho Internacional Privado e Interregional)*, Wolters Kluwer, Madrid, 2012, pp. 817-956.

PALAO MORENO, G.: “La libre circulación de acuerdos de mediación familiar en Europa”, en JIMÉNEZ LARA, M. J., IGLESIAS BLANCO, B. (coords.) y CANO BAZAGA, E. (dir.): *La libre circulación de resoluciones judiciales en la Unión Europea: actas de seminarios*, Universidad de Sevilla, Centro de Documentación Europea, Sevilla, 2005, pp. 231-241.

PALAO MORENO, G.: “La mediación familiar internacional”, en LLOPIS GINER, J. M. (coord.): *Estudios sobre la Ley Valenciana de Mediación Familiar*, Editorial Práctica de Derecho, Valencia, 2003, pp. 61-88.

PALAO MORENO, G.: “La mediación y su codificación en Europa. Aspectos de derecho internacional privado”, en GÓMEZ COLOMER, J.L., BARONA VILAR, S. y CALDERÓN CUADRADO, P. (coords.): *El derecho procesal español del siglo XX a golpe de tango: Juan Montero Aroca. Liber Amicorum, en homenaje y para celebrar su LXX cumpleaños*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 1337-1352.

PALAO MORENO, G.: “Las Normas de Competencia Judicial Internacional del Nuevo Reglamento Comunitario en Materia de Matrimonial y de Responsabilidad Parental sobre Hijos Comunes”, en PARRA ARANGUREN, F. (ed.): *Libro Homenaje a Gonzalo Parra-Aranguren*, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2002, pp. 309-354.

PALAO MORENO, G.: “Los Reglamentos (UE) 2216/1103 y 2016/1104, por los que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la Ley aplicable,

el reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales y en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas”, en INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT (ed. lit.): *Els Reglaments europeus i l'evolució del Dret català de contractes, família i successions*, Documenta Universitaria, Girona, 2019, pp. 147-180.

PARRA LUCÁN, M.A.: “El principio del interés del menor en la jurisprudencia”, en PICÓ I JUNOY, J., ABEL LLUCH, X. y DE MIRANDA VÁZQUEZ, C. (Dirs.): *Problemática actual de los procesos de familia. Especial atención a la prueba*, J.B. Bosch Editors, Barcelona, 2018, pp. 34-44.

PATAUT, E. y GALLANT, E.: “Article 12. Prorrogation of jurisdiction”, en MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P. (eds.): *ECPIL, Volume IV Brussels Ibis Regulation*, Otto Schmidt, Colonia, 2017, pp. 150-167.

PATAUT, E.: “Article 10. Jurisdiction in cases of child abduction”, en MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P. (eds.): *ECPIL, Volume IV Brussels Ibis Regulation*, Otto Schmidt, Colonia, 2017, pp. 122- 131.

PATAUT, E.: “Article 11. Return of the child”, en MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P. (eds.): *ECPIL, Volume IV Brussels Ibis Regulation*, Otto Schmidt, Colonia, 2017, pp. 131-150.

PATAUT, E.: “Article 15. Transfer to a court better placed to hear the case en MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P. (eds.): *ECPIL, Volume IV Brussels Ibis Regulation*, Otto Schmidt, Colonia, 2017, pp. 172-185.

PÉREZ CEDILLO, A.: “Los menores y la prestación de alimentos. La experiencia europea”, en OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN. C. (Dir.): *Justicia civil en la Unión Europea. Evaluación de la experiencia española y perspectivas de futuro*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 275-290.

PÉREZ MARTÍN, L.A.: “Determinación y trascendencia de la residencia habitual en las crisis familiares internacionales”, en GUZMÁN ZAPATER, M. y HERRANZ BALLESTEROS, M. (Dirs.): *Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos: derecho español y de la Unión Europea: estudio normativo y jurisprudencial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 927-964.

PÉREZ MARTÍN, L.A.: “Protección de los menores en el ámbito internacional: Reflexiones sobre la sustracción internacional de menores y la violencia de género en torno al caso de Juana Rivas”, en BASTANTE GRANELL, V. (coord.) y LÓPEZ SAN LUIS, R. (dir.): *La protección del menor: Situación y cuestiones actuales*, Comares, Granada, 2019, pp. 73-88.

PERTEGÁS SENDER, M. y MARIOTTINI, C.: “Article 20: Provisional, including protective, measures”, en MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P. (eds.): *ECPIL, Volume IV Brussels Ibis Regulation*, Otto Schmidt, Colonia, 2017, pp. 269-281.

PERTEGÁS SENDER, M.: “El proceso de codificación del DIPr en la Unión Europea y su interacción con otros procesos de codificación: La Haya” en ESPLUGUES MOTA, C., DIAGO DIAGO, y P. JIMÉNEZ BLANCO, P.: *50 años de Derecho Internacional Privado de la Unión Europea en el diván*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 175-194.

PINTENS, W.: “Chapter I. Scope and definitions”, en MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P. (eds.): *ECPIL, Volume IV Brussels Ibis Regulation*, Otto Schmidt, Colonia, 2017, pp. 52-88.

PIRRUNG, J.: “Article 61”, en MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P. (eds.): *ECPIL, Volume IV Brussels Ibis Regulation*, Otto Schmidt, Colonia, 2017, pp. 466-469.

QUINZÁ REDONDO, P.: “La Unión Europea y el Régimen Económico Matrimonial: ¿Hacia dónde vamos?”, en GARCÍA ÁLVAREZ, L. y MARTÍN RODRÍGUEZ, J.M. (coords.): *El mercado único en la Unión Europea. Balance y perspectivas jurídico-políticas*, Dykinson, Madrid, 2019, pp. 71-80.

QUINZÁ REDONDO, P.: “Party Autonomy in International Jurisdiction in Respect if the Personal and Financial Consequences of Cross-Border Marriages”, en FORNER I DELAYGUA, J.J. y SANTOS, A. (ed. Lit.): *Coherence of scope of application. EU private international legal instruments*, Schulthess Éditions Romandes, Ginebra – Zurich, 2020, pp. 253-276.

REIG FABADO, I.: “Incidencia del Reglamento 2201/2003 en materia de sustracción internacional de menores: interacción con el Convenio de La Haya de 1980”, en LLORIA GARCÍA, P. (dir.): *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 219-242.

REIG FABADO, I.: “La creciente incidencia de la nacionalidad del menor y los problemas en la concreción de la residencia habitual en la sustracción internacional de menores: hacia una interpretación sistemática del modelo Bruselas II Bis y Ter”, en MOYA ESCUDERO, M. (Dir.): *Plurinacionalidad y Derecho Internacional Privado de la familia y sucesiones*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 514-570.

REQUEJO ISIDRO, M.: “El derecho al respeto a la vida privada y familiar y el secuestro internacional de menores: Los Estados miembros de la UE ante el TEDH: estado de la cuestión (2016)”, en SOROETA LICERAS, J.: *Anuario de los cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián*, v. XVI, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2017, pp. 283-320.

REQUEJO ISIDRO, M.: “Mediación, secuestro internacional de menores y violencia de género”, en CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir.): *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, Wolters Kluwer, Madrid, 2011, pp. 661-700.

RICHEZ-PONS, A.: “La notion de résidence”, en FULCHIRON, H. y NOURISSAT, C. (dir.): *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Dalloz, 2005, pp. 149-160.

RODRÍGUEZ MATEOS, P.: “La diversidad normativa en la protección internacional del menor”, en FORNER I DELAYGUA, J.J., GONZÁLEZ BEILFUSS, C. y VIÑAS FARRÉ, R. (coords.): *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber amicorum Alegría Borrás*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 785-798.

RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “Oportunidades de mejora en España del tratamiento del secuestro internacional de menores”, en OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, C. (Dir.): *Justicia civil en la Unión Europea. Evaluación de la experiencia española y perspectivas de futuro*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 255-274.

RUIZ SUTIL, C.: “El menor sustraído ilícitamente en contextos internacionales de violencia machista”, en GARCÍA GARNICA, M.C. y MARCHAL ESCALONA, N. (dirs.): *Aproximación interdisciplinar a los retos actuales de protección de la infancia dentro y fuera de la familia*, Aranzadi, Madrid, 2019, pp. 581-606.

SÁNCHEZ LÓPEZ, B.: “Cómo opera el procedimiento de forum non conveniens en la determinación de la competencia judicial europea en materia de responsabilidad

parental”, en RUDA GONZÁLEZ, A. y JEREZ DELGADO, C. (dirs.): *Estudios sobre Jurisprudencia Europea, Materiales del III Encuentro anual del Centro español del European Law Institute*, Sepín, Madrid, 2019, pp. 643-655.

SÁNCHEZ LORENZO, S.: “Cincuenta años de Derecho Internacional Privado de la Unión Europea: el lado oscuro”, en ESPLUGUES MOTA, C., DIAGO DIAGO, P. y JIMÉNEZ BLANCO, P.: *50 años de Derecho Internacional Privado de la Unión Europea en el diván*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 53-86.

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. y PALAO MORENO, G.: *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea, Liber amicorum José Luis Iglesias Buhígues*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 133-143.

SANDRINI, L.: “Provisional Measures and the Best Interests of the Child in the Field of Parental Responsibility”, en BERGAMINI, E. y RAGNI, C. (eds.): *Fundamental Rights and Best Interests of the Child in Transnational Families*, Intersentia, Cambridge – Antwerp – Chicago, 2019, pp. 287-308.

SANTANA PÁEZ, E.: “Experiencias de los tribunales españoles en materia de responsabilidad parental y retención ilícita de menores: algunos retos y cuestiones controvertidas”, en OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, C. (Dir.): *Justicia civil en la Unión Europea. Evaluación de la experiencia española y perspectivas de futuro*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 231-254.

SCHERPE, J. M.: “Breaking the Existing Paradigms of Parent-Child Relationships”, en DOUGLAS, G., MURCH, M. y STEPHENS, V. (eds.): *International and National Perspectives on child and Family Law. Essays in Honour of Nigel Lowe*, Intersentia, Cambridge -Antwerp -Portland, 2018, pp. 343-358.

SCHUZ, R.: “The Hague Child Abduction Convention in a Changing World”, en DOUGLAS, G., MURCH, M. y STEPHENS, V. (eds.): *International and National Perspectives on child and Family Law. Essays in Honour of Nigel Lowe*, Intersentia, Cambridge -Antwerp -Portland, 2018, pp. 315-328.

SIEHR, K.: “Article 21: Recognition and Enforcement”, en MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P. (eds.): *ECPIIL, Volume IV Brussels Ibis Regulation*, Otto Schmidt, Colonia, 2017, pp. 281-287.

SIEHR, K.: “Article 23: Grounds of non-recognition for judgements relating to parental responsibility”, en MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P. (eds.): *ECPIIL, Volume IV Brussels Ibis Regulation*, Otto Schmidt, Colonia, 2017, pp. 301-314.

SOTO MOYA, M.: “Reclamaciones internacionales de alimentos a favor de hijos menores: competencia judicial internacional y ley aplicable”, en GARCÍA GARNICA, M.C. y MARCHAL ESCALONA, N. (dirs.): *Aproximación interdisciplinar a los retos actuales de protección de la infancia dentro y fuera de la familia*, Aranzadi, Madrid, 2019, pp. 559-580.

VON OVERBECK, A.: “L’*intérêt de l’enfant et l’évolution du droit international privé de la filiation*”, AA.VV. : *Mélanges Schitzer*, Genère, Georg, 1979.

VONK, M.: “Towards a New concept of Parenthood: Procreational Responsibility”, en BOELE–WOELKI, K. y SVERDRUP, T. (eds.): *European Challenges in Contemporary Family Law*, Intersentia, Antwerp, 2008, pp. 131-155.

ZUPAN, M.: “Scope of Application, Definitions and Relations to Other Instruments (Articles 1, 2 and 59-61)”, en HONORATI, C. (ed.): *Jurisdiction in Matrimonial Matters, Parental Responsibility and International Abduction. A Handbook on the Application of Brussels Iia Regulation in National Courts*, Giappichelli-Peter Lang, Torino-Frankfurt-Main, 2017, pp. 1-36.

3. Artículos de revistas

ALEMÁN BRACHO, C.: “Políticas públicas y marco de protección jurídica del menor en España”, *UNED. Revista de Derecho Político*, n.º 90, 2014, pp. 97- 134.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. y AMMERMAN YEBRA, J.: “El derecho del niño a ser visitado por sus abuelos y el Reglamento 2201/2003 Comentario breve a la STJ de 31 de mayo de 2018, C-335/17: *Christos Babanarakis*”, *LA LEY Unión Europea*, nº 61, 2018, pp. 1-11.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “De nuevo sobre la interpretación y alcance del artículo 15 del Reglamento Bruselas II bis (Una alternativa efímera a la STJ de 4 de octubre de 2018)”, *LA LEY Unión Europea*, n.º 66, enero 2019, pp. 1-17.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “Desplazamiento de menores dentro de la UE. Supresión del exequátur y derechos del niño a ser oído”, *Diario La Ley*, n.º 7578, 2011, pp. 1-11.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “Litispendencia, reconocimiento y orden público: Comentario breve a la Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de enero de 2019, Asunto C-386/17: Liberato”, *LA LEY Unión Europea*, n.º 68, 2019, pp. 1-14.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “Responsabilidad parental, transferencia de la competencia a los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro e interés superior del menor: STJUE 27 de octubre de 2016, C-428/15: D.”, *LA LEY Unión Europea*, n.º 43, 2016, pp. 1-17.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 2.ª), de 26 de abril de 2012, asunto C-92/2012, PPU Health Service Executive c. S.C., A. C”, *Revista Española de Derecho Internacional*, v. 64, n.º 2, 2012, pp. 234-238.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “STJ (Sala 1.a) de 22 de diciembre de 2010. Asunto C-491/10 Ppu, Aguirre Zárraga y Simone Pelz”, *Revista Española de Derecho Internacional*, v. LXII, n.º 2, 2010, pp. 247-251.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “STJ de 22 de diciembre de 2010, asunto c-497/10 ppU. *Mercredi*”, *Revista Española de Derecho Internacional*, v. LXII, n.º 2, 2010, pp. 251-254.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “Una visión general posible del Derecho Internacional privado de familia en la UE”, *LA LEY Derecho de Familia*, n.º 17, 2018.

ANCEL, B. y MUIR WATT, H.: “L’*intérêt supérieur de l’enfant dans le concert des juridictions: le Règlement Bruxelles II bis*”, *Revue Critique de Droit International privé*, v. 94, n.º 4, 2005, pp. 569-605.

AZCÁRRAGA MONZONÍS, C.: “Impulso de la mediación en Europa y España y ejecución de acuerdos de mediación en la unión europea como documentos públicos con fuerza ejecutiva”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 25, 2013, pp. 1-35.

Bibliografía

AZCÁRRAGA MONZONÍS, C.: “Sustracción internacional de menores: vías de actuación en el marco jurídico vigente”, *Revista Boliviana de Derecho*, n.º 20, julio 2015, pp. 192-213.

BARATTA, R.: “Derechos fundamentales y Derecho internacional privado de familia”, *Anuario español de Derecho Internacional privado*, t. XVI, 2016, pp. 103-126.

BARLOW, A.: “Solidarity, autonomy and equality: mix messages for the family?”, *Child and Family Law Quarterly*, v. 27, 2015, pp. 223-235.

BARUFFI, M.C.: “A child-friendly area of freedom, security and justice: work in progress in international child abduction cases”, *Journal of Private International Law*, v. 14, n.º 3, 2018, pp. 385–420.

BEAUMONT, P. y JOHNSTON, E.: “Abolition of the Execuatur in Brussels I: Is a Public Policy Defence Necessary for the Protection of Human Rights”, *IPRax*, n.º 2, 2010, pp. 105-110.

BEAUMONT, P., WALKER, L. y HOLLIDAY, J.: “Conflicts of EU Courts on Child Abduction: The reality of Article 11(6)- (8) proceedings across the EU”, *University of Aberdeen, Working Paper 1*, 2016. Versión *on line* disponible en https://www.abdn.ac.uk/law/documents/CPIL_Working_Paper_No_2016_1.pdf, último acceso el 10.4.2020.

BEAUMONT, P., WALKER, L. y HOLLIDAY, J.: “Country Reports”. Versión *on line* disponible en [https://www.abdn.ac.uk/law/documents/Conflicts_of_EU_Courts_on_Child_Abduction_Country_Reports_25_May_\(Final\).pdf](https://www.abdn.ac.uk/law/documents/Conflicts_of_EU_Courts_on_Child_Abduction_Country_Reports_25_May_(Final).pdf), último acceso el 10.4. 2020.

BEAUMONT, P., WALKER, L. y HOLLIDAY, J.: “Parental Responsibility and International Child Abduction in the proposed recast of Brussels IIa Regulation and the effect of Brexit on future child abduction proceedings”, *University of Aberdeen, Working Paper 6*, 2016. Versión *on line* disponible en https://www.abdn.ac.uk/law/documents/CPIL_Working_Paper_No_2016_6_revised.pdf, último acceso el 7.4.2020.

BEEVERS, K. y PÉREZ MILLA, J.: “Child Abduction: Convention “Rights of Custody” –Who Decides? An Anglo-Spanish Perspective”, *Journal of Private International Law*, v. 3, n.º 1, 2007, 201-227.

BENNETT WOODHOUSE, B.: “Child custody in the age of children’s rights: the search of a just and workable standard”, *Fam. Law Quart*, 1999.

BERAUDO, J.P.: “Regards sur le nouveau Règlement Bruxelles I sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l’exécution des décisions en matière civile et commerciale”, *Journal du Droit International*, n.º 3, 2013, pp. 741-763.

BERNARDO SAN JOSÉ, A.: “Las normas de competencia internacional en materia de responsabilidad parental en el Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo de 25 de junio de 2019”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 12, n.º 2, 2020, pp. 1243-1289.

BIAGIONI, G.: “*Avotins v. Lativa*. The Uneasy Balance Between Mutual Recognition of Judgments and Protection of Fundamental Rights”, *European Papers*, v. 1, n.º 2, 2016, pp. 579-596.

BIAGIONI, G.: “Jurisdiction in matters of parental responsibility between legal certainty and children’s fundamental rights”, *European Papers*, v. 4, n.º 1, 2019, pp. 285-295.

BIAGIONI, G.: Il nuovo regolamento (UE) 2019/1111 relativo alla competenza, al riconoscimento e all’esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale, e alla sottrazione internazionale”, *Rivista di diritto internazionale*, v. 102, n.º 4, 2019, pp. 1169-1178.

BOELE–WOELKI, K. y MARTINY, D.: “The Commission on European Family Law (CEFL) and its Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities”, *ERA Forum*, n.º 8, 2007, pp. 125-143.

BOICHÉ, A.: “Définition de la “résidence habituelle” du nourrisson dans le cadre de l’application du règlement “Bruxelles II bis”. Cour de justice de l’Union européenne, 28 juin 2018, n.º C-512/17 –*HR c/ KO*”, *Actualité Juridique Famille*, pp. 465-467.

BORRÁS RODRÍGUEZ, A.: “Bruselas II, Bruselas II bis, Bruselas II ter...”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 38, 2019, pp. 1-5.

BORRÁS RODRÍGUEZ, A.: “EL «interés del menor» como factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado (discurs d’ingrés)”, *Acadèmia de jurisprudència i legislació de Catalunya*, Barcelona, 1993.

CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C.: “La supresión del exequátur en el R. 2201/2003”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 3, n.º 1, 2011, pp. 63-83.

CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C.: “Las resoluciones de restitución de menores en la Unión Europea: el caso *Rinau*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 2, n.º 2, 2010, pp. 222-235.

CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C.: “Orden público internacional y prohibición de control de competencia judicial internacional: asunto C-455/15 PPU, *P y Q*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 9, n.º 2, 2017, pp. 635-640.

CALLEJO RODRÍGUEZ, C.: “Determinación del domicilio del menor y su modificación”, *LA LEY Derecho de familia*, n.º 10, 2016, pp. 1-11.

CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Medidas provisionales y cautelares y Reglamento Bruselas I-bis”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, v. 51, n.º 1, 2015, pp. 55-78.

CALVO SAN JOSÉ, M. J.: “La reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (Ley Orgánica 8/2015, de 22 de junio y Ley 26/2015, de 28 de julio)”, *Ars Iuris Salmanticensis*, v. 4, 2016, pp. 29-39.

CALZADO LLAMAS, A. J.: “Las medidas provisionales y cautelares en los procedimientos de restitución de menores: análisis del Reglamento (UE) 2019/1111 en conexión con el ordenamiento jurídico español”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 13, n.º 1, 2021, pp. 87-109.

CAMPUZANO DÍAZ, B.: “El artículo 15 del Reglamento 2201/2003 y la remisión a un órgano jurisdiccional mejor situado para conocer del asunto. Nota a la sentencia del TJUE de 4 de octubre de 2018, IQ y JO, as. 478/17”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 11, n.º 2, 2019, pp. 452-461.

CAMPUZANO DÍAZ, B.: “El nuevo Reglamento (UE) 2019/1111: análisis de las mejoras en las relaciones con el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 sobre

responsabilidad parental”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 12, n.º 2, n.º 1, pp. 97-117.

CAMPUZANO DÍAZ, B.: “La política legislativa de la UE en DIPR de Familia. Una visión de conjunto”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 5, n.º 2, 2013, pp. 234-264.

CAMPUZANO DÍAZ, B.: “Los acuerdos de elección de foro en materia de responsabilidad parental: un análisis del art. 10 del Reglamento (UE) 2019/1111”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 40, 2020, pp. 1-35.

CAMPUZANO DÍAZ, B.: “Una nueva sentencia del TJUE sobre el concepto de residencia habitual en el marco del Reglamento 2201/2003: Sentencia de 17 de octubre de 2018, UD y XB, as. 393/18 PPU”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 11, n.º 2, 2019, pp. 462-471.

CARDONA LLORENS, J.: “La evaluación y determinación del interés superior del niño”, *Revista Española de Derecho Internacional*, v. 65, n.º 2, 2013, pp. 253- 258.

CARO GÁNDARA, R.: “De la desconfianza recíproca al reconocimiento mutuo: una laboriosa transición (El Reglamento Bruselas II bis como banco de pruebas”, *Diario La Ley*, n.º 8395, 2011, pp. 1-19.

CARO GÁNDARA, R.: “Desconfianza comunitaria a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el Reglamento Bruselas II bis: algunas claves para el debate”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. X., 2010, pp. 417-439.

CARPANETO, L.: “In-Depth Consideration of Family Life v. Immediate Return of the Child in Abduction Proceedings within the EU”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, v. 50, n.º 4, 2014, pp. 931-958.

CARPANETO, L.: “La ricerca di una (nuova) sintesi tra interesse superior del minore «in astratto» e «in concreto» nella riforma del Regolamento bruxelles ii-bis”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, v. 4, 2018, pp. 944-977.

CARRIZO AGUADO, D. : “Particularidades acerca de la autoridad judicial competente en supuestos de sustracción ilícita de menores en aras del Reglamento (CE) 2201/ 2003”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n.º 2, v. 12, 2020, pp. 267-782.

CASADO CASADO, B.: “Custodia compartida y corresponsabilidad parental. Evolución. Valoraciones sobre el cambio de tendencia jurisprudencial”, *Diario LA LEY*, n.º 9177, 2018, pp. 1-24.

CHALAS, C.: “Précisions sur la résidence habituelle et la procédure de retour de l'enfant dans le règlement Bruxelles II bis”, *Revue Critique de Droit International Privé*, n.º 1, 2018, pp.115.

CHALAS, C.: “Raison et sentiments en matière d'enlèvement international d'enfant: quel équilibre dans les jurisprudences de la Cour européenne des droits de l'homme, de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour de cassation ?”, *Revue Critique de Droit International privé*, n.º 1, 2019, pp. 111-126.

CHÉLIZ INGLÉS, M.C.: “La sustracción internacional de menores, tras la aprobación de la Ley de Jurisdicción Voluntaria”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, n.º 3, 2015, pp. 246-265.

CHÉLIZ INGLÉS, M.C.: “La UE y la armonización de la regulación en materia de mediación: ¿hacia una mediación obligatoria en todos los Estados miembros?”, *Revista de Estudios Europeos*, n.º 71, 2018, pp. 189-205.

CORNELOUP, S. y KRUGER, T.: “Le Règlement 2019/1111, Bruxelles II : la protection des enfants gagne du terrain”, *Revue Critique de Droit International Privé*, n.º 2, 2020, pp. 215-245.

CUNIBERTI, G.: “Abolition de l'exequatur et présomption de protection des droits fondamentaux”, *Revue Critique de Droit International Privé*, v. 103, n.º 2, avril -juin 2014, pp. 303-327.

CUNIBERTI, G.: “Forum Non Conveniens and the Brussels Convention”, *International and comparative law quarterly*, n.º 4, 2005, pp. 973-982.

DE BOER, T. M.: “What we should *not* expect from a recast of the Brussels IIbis Regulation”, *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, n.º 1, 2015, pp. 10 -19.

DE TORRES PEREA, J.M.: “Tratamiento del interés del menor en el Derecho alemán”, *Anuario de Derecho Civil*, v. 59, n.º 2, 2006, pp. 675-742.

DEL SER LÓPEZ, A. CARRIZO AGUADO, D. : “Reglas de competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental: análisis del foro de la “residencia

habitual del menor” y estudio de la “competencia residual”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, n.º 10, 2019, pp. 49-74.

DIAGO DIAGO, P.: “El derecho de los hijos a mantener relaciones personales con ambos progenitores. A propósito de la propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental y su extensión a la sustracción de menores”, en *Cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián*, v. 4, 2003, pp. 205-220

DIAGO DIAGO, P.: “El Islam en Europa y los conflictos ocultos en el ámbito familiar”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 30, 2015, pp. 1-29.

DIAGO DIAGO, P.: “El matrimonio y su crisis ante los nuevos retos de la autonomía de la voluntad conflictual”, *Revista Española de Derecho Internacional*, v. 66, n.º 2, 2014, pp. 49-79.

DIAGO DIAGO, P.: “La nueva regulación de la protección de adultos en España en situaciones transfronterizas e internas”, *Diario La Ley*, n.º 9779, 2021, pp. 1-22.

DIAGO DIAGO, P.: “Secuestro internacional de menores: marco jurídico”, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, n.º 7, 2001, pp. 20-23.

DOMINELLI, S.: “Cross-border Placement of Children within the European Judicial Space: First Thoughts on the Recast Brussels IIa Regulation in Light of the German Experience”, *The European legal forum*, n.º 5-6, 2016, pp. 113-123.

DURÁN AYAGO, A.: “Aspectos internacionales de la reforma del sistema de protección de menores. Especial referencia a la adopción internacional”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVI, 2016, pp. 415-462.

DURÁN AYAGO, A.: “Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 2.^a), de 26 de abril de 2012, asunto C-92/2012, PPU Health Service Executive c. S.C., A. C”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XII, 2012, pp. 953-960.

DUTTA, A. y SCHULZ, A.: “First Cornerstones of the EU Rules on Cross-Border Child Cases: The Jurisprudence of the Court of Justice of the European Union on the Brussels IIa Regulation From C to Health Service Executive”, *Journal of Private International Law*, v. 10, n.º 1, 2014, pp. 1-40.

Bibliografía

EEKELAAR, J.: “The importance of Thinking that Children Have Rights”, *International Journal of Law and the Family*, n.º 6, 1992.

ESPINIELLA MENÉNDEZ, A.: “Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Tercera), de 11 de julio de 2008, asunto C-195/08 PPU, *I. Rinau*”, *Revista Española de Derecho Internacional*, v. LX, n.º 2, 2008, pp. 600-602.

ESPINOSA CALABUIG, R.: “La responsabilidad parental y el nuevo Reglamento “Bruselas II,bis”: entre el interés del menor y la cooperación judicial interestatal”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, v. 3, n.º 4, 2003, pp.735-782.

ESPINOSA CALABUIG, R.: “Traslado o retención ilícitos de menores tras la reforma de 2015: rapidez, especialización y... algunas ausencias”, *Revista Española de Derecho Internacional*, v. 68, n.º 2, 2016, pp. 347-357.

ESTEBAN DE LA ROSA, G.: “Método y función del Derecho Internacional privado: hacia la más plena realización de los Derechos Humanos”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 40, 2020, pp. 1-58.

FERNÁNDEZ PÉREZ, A.: “Aproximación al interés superior del menor en el derecho internacional privado español”, *Boletín mexicano de derecho comparado*, v. 51, n.º 151, 2018, pp. 1-18.

FIORINI, A.: “The Habitual Residence and the New Born – A French Perspective (Current Developments Private International Law)”, *International and Comparative Law Quarterly*, v. 61, n.º 2, 2012, pp. 530-540.

FONT i SEGURA, A.: “El progresivo avance del Derecho Comunitario en materia de familia: un avance inconcluso de Bruselas II A A Bruselas II bis”, *Revista Española de Derecho Internacional*, v. 56, 2004, pp. 273- 299.

FORCADA MIRANDA, F.J.: “Revision with Respect to the Cross-border Placement of Children”, *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, n.º 1, 2015, pp. 36-42.

FORCADA MIRANDA, J.: “Complejidad, carencias y necesidades de la sustracción internacional de menores en el siglo XXI y un nuevo marco legal en España”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVI, 2016, pp. 699-743.

FORCADA MIRANDA, J.: “Custodia y traslado de menores: la otra cara de la sustracción de menores. Cuestión prejudicial y Bruselas II Bis”, *Abogacía-Tirant lo Blanch*, n.º 7, febrero 2011, pp. 147-172.

FORCADA MIRANDA, 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)”, *Bitácora Millennium DIPr.*, n.º 3, 2016. Versión *on line* disponible en www.millenniumdipr.com, último acceso el 12.1.2019.

FORCADA MIRANDA, 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 II)”, *Bitácora Millennium DIPr.*, n.º 3, 2016. Versión *on line* disponible en www.millenniumdipr.com, último acceso el 12.1.2019.

FURNISH, D.B.: ““El *forum non conveniens* y el *lis alibi pendens*: apuntes para una comparación sistémica y sistemática en la Administración de justicia”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XIV–XV, 2014–2015, pp. 321 y ss.

GANDÍA SELLENS, M. A.: “El Régimen Europeo de responsabilidad parental: su funcionamiento y las principales propuestas de cambio a raíz de la modificación del Reglamento Bruselas II bis”, *LA LEY Derecho de familia*, n.º 17, 2018, pp. 1-10.

GANDÍA SELLENS, M. A.: “La responsabilidad parental y la sustracción de menores en la propuesta de la Comisión para modificar el RB II bis: algunos avances, retrocesos y ausencias”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVII, 2017, pp. 799-820.

GARAU SOBRINO F.: “La declaración de ejecutividad automática. ¿Hacia una nueva teoría general del exequátur?”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. IV, 2004, pp. 91-116.

GARAU SOBRINO F.: “Notas sobre la colisión de fuentes de Derecho Internacional Privado español sobre responsabilidad parental y protección del niño”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 3, n.º 1, 2011, pp. 282-289.

GARCÍA REVUELTA, C.: “Cooperación entre autoridades centrales en supuestos de menores y familia”, *Estudios jurídicos*, n.º 2006, 2006, pp. 1-21.

Bibliografía

GARCÍA RUBIO, M. P.: “¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 13, 2020, pp. 14-49.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., PRIETO JIMÉNEZ, M.^a J.: “La supresión del exequátur en Europa”, *Diario La Ley*, n.º 6151, 2004, pp. 1619 y ss.

GASCÓN INCHAUSTI, F.: “El Derecho procesal europeo *comparece* ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: reflexiones a partir de las resoluciones recaídas en los asuntos Povse c. Austria y Avotins c. Letonia”, *Cuadernos de Derechos Transnacional*, v. 6, n.º 2, 2014, pp. 91-111.

GAYO, M.: “El reconocimiento automático de sentencias ya es una realidad en la UE”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 858, 2013, pp. 8 y ss.

GLUHAIA, D.: “Residencia habitual del menor y tribunales competentes para modificar una resolución judicial sobre derecho de visita. Aplicación jurisprudencial de los artículos 8 y 9 del Reglamento (CE) 2201/2003”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 11, n.º 1, 2019, pp. 751-757.

GÓMEZ JENE, M.: “La cooperación judicial en materia civil”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n.º 10, 2006, pp. 139-154.

GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: “El traslado lícito de menores: las denominadas *relocation disputes*”, *Revista Española de Derecho Internacional*, v. LXII, n.º 2, 2010, pp. 51-75.

GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: “Reflexiones en torno a la función de la autonomía de la voluntad conflictual en el Derecho internacional privado de familia”, *Revista Española de Derecho Internacional*, v. 72, n.º 1, 2020, pp. 101-116.

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, pp. 117-186.

GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: “STEDH as. Neulinger and Shuruk vs. Switzerland”, *Revista Española de Derecho Internacional*, v. LXII, n.º 2, 2010, pp. 232-235.

GONZÁLEZ CAMPOS, J. D.: “Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé. Cours général”, *Recueil des Cours*, t. 287, 2000.

GONZÁLEZ DEL POZO, J. P.: “La facultad de decidir el lugar de residencia del menor bajo custodia exclusiva de uno de los progenitores”, *Diario La Ley. Sección Doctrina*, n.º 6886, pp. 1-24.

GONZÁLEZ MARIMÓN, M.: “Un paso más en el proceso de armonización del derecho privado europeo: la concreción por el TJUE del concepto de residencia habitual del menor recogido en el Reglamento Bruselas II bis”, *Revista Boliviana de Derecho*, Julio, n.º 30, 2020, pp. 470-495.

GUZMÁN PECES, M.: “Cuestiones problemáticas en torno a la litispendencia en el Reglamento (UE) 2201/2003 en el ámbito de las crisis familiares”, *LA LEY Derecho de familia*, n.º 67, 2019, pp. 1-24.

GUZMÁN PECES, M.: “Problemática en la coordinación de los instrumentos normativos aplicable a la sustracción de menores y en particular a la interpretación de la residencia habitual”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XIV-XV, 2014-2015, pp. 489-522.

GUZMÁN ZAPATER, M.: “Cooperación civil y Tratado de Lisboa: ¿Cuánto hay de nuevo?”, *Diario LA LEY*, n.º. 7479, 2010, pp. 1-19.

HERRANZ BALLESTEROS, M.: “Autoridad central y protección de menores: algunas funciones a examen”, en ALDECOA, F. y FORNER, J.L. (dirs.): *La Protección de los niños en el Derecho internacional y en las relaciones internacionales: Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño*, AEDPIRI, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 103-114.

HERRANZ BALLESTEROS, M.: “Conflicto de jurisdicciones y declinación de la competencia: los asuntos Honeywell y Spanair”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 5, n.º 2, 2013, pp. 592 y ss.

HERRANZ BALLESTEROS, M.: “El acogimiento transfronterizo en la propuesta de refundición del Reglamento Bruselas II bis”, *La Ley Unión Europea*, n.º 44, 2017, pp. 1-16.

HERRANZ BALLESTEROS, M.: “El control del Juez de origen de las decisiones dictadas en aplicación del artículo 42 del Reglamento (CE) n. 2201/2003: el asunto Aguirre Pelz”, *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 24, 2011, pp. 1-39.

HERRANZ BALLESTEROS, M.: “Los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo ante la protección de los derechos fundamentales en supuestos de sustracción internacional de menores”, *Revista de Derecho Europeo*, n.º 44, 2012, pp. 41-60.

HERRANZ BALLESTEROS, M.: “Proyección de la competencia de las autoridades de los Estados miembros sobre menores residentes en terceros Estados: la experiencia española”, *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 52, 2020, pp. 1-20.

HESS, B.: “La influencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Derecho Procesal Civil europeo”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XIV-XV. 2014-2015, pp. 35-53.

HONORATI, C.: “La proposta di revisione del regolamento bruxelles II-bis: Più tutela per i minori e più efficacia nell'Esecuzione delle decisioni”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, v. 52, n.º 2, 2017, pp. 247-282.

IGLESIAS BUHIGUES, J.L.: “La cooperación judicial en materia civil (CJC) antes y después del Tratado de Ámsterdam”, *Revista General de Derecho*, n.º 644, 1998, pp. 5847-5862.

IGLESIAS BUHIGUES, J.L.: “Reflexiones en torno al espacio europeo de justicia. A propósito del futuro reglamento en materia sucesoria”, *Revista valenciana d'estudis autonòmics*, n.º 54, 2, 2010, pp. 276-295.

IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y AZCÁRRAGA MONZONÍS, C.: “El régimen de las sucesiones internacionales en Europa: el Reglamento UE 650/2012”, *Biblioteca della Fondazione Italiana del Notariato*, n.º 1, pp. 99 -128.

JAYME, E.: “Party autonomy in International Family and Succession Law: New tendencies”, *Yearbook of Private International Law*, v. 11, 2009, pp. 1-10.

JIMÉNEZ BLANCO, P.: “Medidas cautelares y sustracciones de menores”, *Diario La Ley*, n.º 7601, 2011, pp. 1-17.

JIMÉNEZ BLANCO, P.: “Nota a la STJ (Sala 2ª) de 1 de octubre de 2014, asunto C-436/13, *E. y B.* y STJ (Sala 3ª) de 11 de noviembre de 2014, asunto C-656/13, *L. y M.*”, *Revista Española de Derecho Internacional*, v. 67, n.º 2, 2015, pp. 198-202.

JIMÉNEZ BLANCO, P.: “Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 1.a) de 18 de junio de 2013, asunto núm. 3890/11, *Povse y Povse c. Austria*”, *Revista Española de Derecho Internacional*, v. LXVI, n.º 1, 2014, pp. 240-245.

JIMÉNEZ BLANCO, P.: “Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sentencia del tribunal europeo de derechos humanos (gran sala) de 26 de noviembre de 2013, asunto núm. 27853/09, *X c. Lituania*.”, *Revista Española de Derecho Internacional*, v. LXVI, n.º 1, 2014, pp. 240-245.

KRUGER, T. y SAMYN, L.: “Brussels II bis: successes and suggested improvements”, *Journal of Private International Law*, v. 12, n.º 1, 2016, pp. 132-168.

KRUGER, T.: “Brussels Ila Recast moving forward”, *Nederlands internationaal privaatrecht*, v. 35, n.º 3, 2017, pp. 462, 476. Versión *on line* disponible en <https://repository.uantwerpen.be/desktop/irua>, último acceso el 29.4.2020.

LAGARDE, P.: “Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain”, *RCADI*, t. 196, 1986.

LAMONT, R.: “Care proceedings with a European dimension under Brussels Ila: jurisdiction, mutual trust and the best interests of the child”, *Child and Family Law Quarterly*, v. 28, n.º 1, 2016, pp. 67-86.

LAMONT, R.: “Free Movement of Persons, Child abduction and Relocation within the European Union”, *Journal of Social Welfare and Family Law*, v. 34, n.º 2, 2012, pp. 231-244.

LAMONT, R.: “Mainstreaming Gender into European Family Law? The Case of International Child Abduction and Brussels II Revised”, *European Law Journal*, v. 17, n.º 3, 2011, pp. 366-384.

LÁZARO GONZÁLEZ, I.E.: “El “derecho de custodia” en la jurisprudencia sobre sustracción internacional de menores”, *Icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n.º 83-84, 2011, pp. 291-336.

LÁZARO GONZÁLEZ, I.E.: “El interés superior del niño en la reforma del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia”, *Familia y Sucesiones. Cuaderno Jurídico*, n.º 114, 2016, pp. 18-26.

LÁZARO GONZÁLEZ, I.E.: “La reforma del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia”, *Familia y Sucesiones. Cuaderno Jurídico*, n.º 111, 2015, pp. 17-23.

LENAERTS, K.: “The Best Interest of the Child Always Come First: the Brussels II bis Regulation and the European Court of Justice”, *Jurisprudencia/Jurisprudence*, v. 20, n.º 4, 2013, pp. 1302-1328.

LIMANTE, A.: “Establishing Habitual Residence of Adults under the Brussels Iia Regulation: Best Practices from National Case-Law”, *Journal of Private International Law*, v. 14, n.º 1, 2018, pp. 160-181.

LÓPEZ DE TEJADA RUIZ, M.: “La supresión del exequátur en el espacio judicial europeo”, *Diario La Ley*, n.º 776, 2011, pp. 1-14.

LÓPEZ GUERRA, L.: “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de la UE y «Le mouvement nécessaire des choses»”, *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 39, 2017, pp. 163-188.

LÓPEZ-MUELAS, L. y ZABALGO P.: “La regulación de la patria potestad y guarda y custodia en derecho comparado: España, Italia, Inglaterra, Alemania, Chile y EE.UU”, *Diario LA LEY*, n.º 9443, 2019, pp. 1-8.

MAGALLÓN ELÓSEGUI, N.: “STJ (Sala 3.a) de 1 de julio de 2010. As. c-211/10. D. Povse c. M. Alpage”, *Revista Española de Derecho Internacional*, v. LXII, n.º 2, 2010, pp. 235-238.

MARÍN LÓPEZ, M. J.: “Tutela judicial efectiva y audiencia del menor en los procesos judiciales que le afecten”, *Derecho Privado y Constitución*, n.º 19, 2005, pp. 165-223.

MARTÍNEZ CALVO, J.: “La determinación del interés superior del menor tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 8/2015, de modificación del sistema de protección

a la infancia y a la adolescencia”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 3 ter, 2015, pp. 198 - 206.

MCELEAVY, P.: “Brussels II bis: Matrimonial matters, Parental Responsibility, Child Abduction and Mutual Recognition”, *The International and Comparative Law Quarterly*, n.º 53, 2004, pp. 503-512.

MCELEAVY, P.: “The European Court of Human Rights and the Hague Child Abduction Convention prioritising return or reflection?”, *Netherlands international law review*, n.º 3, 2015, pp. 365-405.

MCELEAVY, P.: “The new Child Abduction Regime in the European Union: Symbolic Relationship or Forced Partnership?”, *Journal of Private International Law*, v. 1, n.º 1, 2005, pp. 5-34.

MERCHÁN MURILLO, A.: “El interés del menor como cuestión de fondo”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 12, n.º 2, 2020, pp. 635-644.

MOL, C. y KRUGER, T.: “International Child Abduction and the Best Interests of the Child: an Analysis of Judicial Reasoning in Two Jurisdictions”, *Journal of Private International Law*, v. 14, n.º 3, 2018, pp. 421-454.

MOMOH, O.: “The interpretation and application of Article 13(1) b) of the Hague Child Abduction Convention in cases involving domestic violence: Revisiting *X v Latvia* and the principle of “effective examination”, *Journal of Private International Law*, v. 15, n.º 3, 2019, pp. 626-657.

MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, A.: “El “interés superior del menor” del art. 1.2 de la LO 8/2015 y cómo incidirá en el reconocimiento de situaciones privadas internacionales. Especial referencia a la gestación subrogada”, *LA LEY Derecho de familia Revista jurídica sobre familia y menores*, n.º 13, 2017, pp. 128-150.

MOYA ESCUDERO, M.: “Competencia judicial y reconocimiento en materia de responsabilidad parental: El Reglamento de Bruselas II”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n.º 6, 2002, pp. 1713-1724.

MOYA ESCUDERO, M.: “Sustracción internacional de menores y derecho de relación transfronterizo”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n.º 1, 1998, pp. 1779-1791.

NÚÑEZ BOLAÑOS, M., NICASIO JARAMILLO, I.M. y PIZARRO MORENO, E.: “El interés del menor y los supuestos de discriminación en la maternidad subrogada, entre la realidad jurídica y la ficción”, *Derecho Privado y Constitución*, n.º 29, 2015, pp. 227-261.

NUÑEZ RIVERO, C. y ALONSO CARVAJAL, A.: “La protección del menor desde un enfoque del Derecho Constitucional”, *Revista de Derecho UNED*, n.º 9, 2011, pp. 261-294.

ORDÓÑEZ SOLÍS, D.: “La configuración del Espacio Judicial Europeo”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, n.º 50, 2014, pp. 105-139.

OREJUDO PRIETO DE LOS MOZO, 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)”, *La Ley. Unión Europea*, n.º 21, 2014, pp. 5-22.

OTAEGUI AIZPURÚA, I.: “La alegación de la falta de audiencia de una menor como causa de denegación del reconocimiento y ejecución de una orden de retorno: comentario a la STS 469/2018, Sala de lo Civil, de 19 de julio de 2018”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales. Crónica de Derecho Internacional privado*, n.º 36, 2018, pp. 31-36.

OTAEGUI AIZPURÚA, I.: “La errónea determinación de la competencia judicial internacional cuando los hijos residen en Estados miembros diferentes: Sentencia de la AP de Lugo no 44/2018, de 11 de abril de 2018”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 11, n.º 1, 2019, pp. 870-876.

PALAO MORENO, G.: “El forum non conveniens es incompatible con el Convenio de Bruselas”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n.º 4, 2005, pp. 1425-1432.

PARDO IRANZO, V.: “Responsabilidad parental y sustracción internacional de menores: la ejecución en el nuevo Reglamento 2019/1111”, *Diario LA LEY*, n.º 9629, 2020, pp. 1-14.

PÉREZ MARTÍN, L.A.: “El interés superior de los niños y las niñas, de nuevo sobre la necesidad de la creación del concepto autónomo de su residencia habitual. auto de

24 de octubre de 2019 Sección decimosegunda de la Audiencia provincial de Barcelona”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 12, n.º 2, 2020, pp. 1119-1127.

PÉREZ MARTÍN, L.A.: “Propuesta de un concepto de residencia habitual de ámbito europeo en situaciones conflictivas de derecho de familia y sucesiones”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, n.º 18, 2018, pp. 469-494.

PÉREZ MARTÍN, L.A.: “Residencia habitual de los menores y vulneración de derechos fundamentales. Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 2018, asunto c-393/18, PPU”, *La Ley Unión Europea*, n.º 66, 2019, pp.1-17.

PETRAŠEVIĆ, T.: “The Rights of Children in the EU”, *European Scientific Journal*, 2016, pp. 44-57.

PORCHERON, D.: “La jurisprudence des deux Cours européennes (CEDH et CJUE) sur le déplacement illicite d’enfant : vers une relation de complémentarité?”, *Journal du Droit International Lexinexis*, t. 142, Juillet- Août-Septembre 2015, pp. 821-844.

PRETELLI, I.: “Provisional Measures in Family Law and the Brussels II ter Regulation”, *Yearbook of Private International Law*, v. 20, 2018-2019, pp. 113-148.

PUIG BLANES, F.: “Aproximación al tratamiento de la sustracción internacional de menores en el Reglamento UE 2019/1111”, *Actualidad Civil*, n.º 4, 2020, pp. 1-9.

QUINZÁ REDONDO, P.: “La unificación -fragmentada- del derecho internacional privado de la unión europea en materia de régimen económico matrimonial. El Reglamento 2016/1103”, *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 41, 2018, pp. 180-222.

QUIÑONES ESCÁMEZ, A.: “Nuevas normas comunitarias en materia de responsabilidad parental (Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 27.11.2003)”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 4, 2004, pp. 1-18.

RAVETLLAT BALLESTÉ, I.: “El modelo constitucional de protección a la familia y a la infancia: el principio de mínima intervención en los asuntos familiares en el sistema normativo español (artículo 39 CE)”, *LA LEY Derecho de familia*, n.º 5, 2015.

REIG FABADO, I.: “El retorno inmediato del menor en la sustracción internacional de menores”, *Revista Boliviana de Derecho*, n.º 20, julio 2015, pp. 242-263.

Bibliografía

REIG FABADO, I.: “El traslado ilícito de menores en la Unión Europea: retorno vs. violencia familiar o doméstica”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 10, n.º 1, 2018, pp. 610-619.

REIG FABADO, I.: “La construcción del concepto autónomo de residencia habitual del menor en los supuestos de sustracción internacional de menores”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 11, n.º 1, 2019, pp. 877-888.

REQUEJO ISIDRO, M.: “Avotins c. Letonia, STEHD, de 23 de mayo de 2016, as. 17502/07”, *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 40, 2016, pp. 187-201.

REQUEJO ISIDRO, M.: “El artículo 20 Reglamento (CE) número 2201/2003 ante el TJCE”, *Diario La Ley*, n.º 7479, 2010, pp. 1-15.

REQUEJO ISIDRO, M.: “La ejecución sin execuátur. Reflexiones sobre el Reglamento Bruselas I bis, Capítulo III”, *Revista Española de Derecho Internacional*, n.º 2, 2015, pp. 49-82;

REQUEJO ISIDRO, M.: “La protección del menor no acompañado solicitante de asilo: entre Estado competente y Estado responsable”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 19, n.º 2, 2017, pp. 482-505.

REQUEJO ISIDRO, M.: “Secuestro de menores y violencia de género en la Unión Europea”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. VI, 2006, pp. 179-194.

ROCA I TRÍAS, E.: “EL «interés del menor» como factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado (contestació)”, *Acadèmia de jurisprudència i legislació de Catalunya*, Barcelona, 1993.

RODRÍGUEZ BENOT, A.: “El criterio de conexión para determinar la ley personal: un renovado debate en Derecho Internacional Privado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 2, n.º 1, 2010, pp. 186-202.

RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “El nuevo Reglamento (UE) 2019/1111 en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores”, *LA LEY Derecho de familia*, n.º 26, 2020, pp. 1-26.

RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “El nuevo Reglamento Comunitario sobre litigios matrimoniales y responsabilidad parental”, *Diario LA LEY*, n.º 5944, 2004, pp. 1-21.

RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “La oposición al retorno del menor secuestrado: movimientos en Bruselas y La Haya”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 35, 2018, pp. 1- 31.

RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “La refundición del Reglamento Bruselas II bis: de nuevo sobre la función del Derecho Internacional privado europeo”, *Revista Española de Derecho Internacional*, v. 69, n.º 1, 2017, pp.139-165.

RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “Medidas provisionales en el Reglamento Bruselas II bis”, *Diario La Ley*, n.º 7601, 2011, pp. 1-13.

RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “Revisión de la atribución de custodia y la reubicación internacional de menor en interés superior del menor. Comentario a la STS de 18 enero 2017 (RJ 2017, 343)”, *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 106, 2018, pp. 9-21.

RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “STJ (Sala 2.a) de 15 de julio de 2010, *Bianca Purruker c. Guillermo Vallés Pérez*”, *Revista Española de Derecho Internacional*, v. LXII, n.º 2, 2010, pp. 238-241.

RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “STJ (Sala 2.a) de 9 de noviembre de 2010, *Bianca Purruker c. Guillermo Vallés Pérez*”, *Revista Española de Derecho Internacional*, v. LXII, n.º 2, 2010, pp. 244-247.

RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “Sustracción internacional de menores, Orden de retorno europea, exequatur y casación: Comentario al ATS de 17 octubre 2018 (RJ 2018, 4483)”, *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 110, 2019, pp. 1-8.

RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M A.: “Una nueva fórmula para la supresión del exequatur en la reforma del Reglamento Bruselas I”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n.º 1, 2014, pp. 330-348.

RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M.A.: “La reforma del Reglamento (CE) n.º 2201/2003: análisis de las soluciones propuestas en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVII, 2017, pp. 767-784.

RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M.A.: “La remisión y la transferencia de competencia en materia de responsabilidad parental en el Reglamento (UE) 2019/1111”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 12, n.º 2, 2020, pp. 706-723.

RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, I.: “Secuestro intracomunitario de menores: ilicitud del desplazamiento y Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Comentario a la STJUE de 5 de octubre de 2010)”, *Diario La Ley. Sección Tribuna*, n.º 7538, 2010, pp. 1-8.

RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, I.: “STJ de 5 de octubre de 2010 (asunto c-400/10), *J. McB y L. E.*”, *Revista Española de Derecho Internacional*, v. LXII, n.º 2, 2010, pp. 241-244.

RUIZ SUTIL, C.: “Implementación del Convenio de Estambul en la refundición del Reglamento Bruselas II bis y su repercusión en la sustracción internacional de menores”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 10, n.º 2, 2018, pp. 615-641.

SÁNCHEZ DE LEÓN GUARDIOLA, P. y COMANY CARRETERO, F.J.: “El interés superior del menor y el derecho del niño a ser escuchado”, *Actualidad Civil*, n.º 7, 2017, pp. 1-13.

SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M. A.: “Acción de responsabilidad parental vinculada a un proceso de divorcio en el nuevo Reglamento (UE) 2019/1111”, *Revista Española de Derecho Internacional*, v. 72, n.º 2, 2020, pp.143-162.

SÁNCHEZ LÓPEZ, B.: “Responsabilidad parental y la aplicación del *forum non conveniens* de carácter reglado del artículo 15 del Reglamento (CE) N° 2201/2003: La STJUE de 27 de octubre de 2016”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 10, n.º 1, 2018, pp. 639-656.

SÁNCHEZ LORENZO, S.: “El nuevo sistema de reconocimiento y ejecución de resoluciones en el Reglamento (UE) 1215/2012 (Bruselas Ibis)”, *La Ley: Unión Europea*, n.º 25, 2015, pp. 1-7.

SCHLOSSER, P.: “The Abolition of Exequatur Proceedings Including Public Policy Review?”, *IPRax*, n.º 2, 2010, pp. 101 y ss.

SCHUZ, R.: “Habitual Residence of Children under the Hague Child Abduction Convention: Theory and Practice”, *Theory and Practice, Child and Family Quarterly*, v. 13, n.º 1, 2001.

SCOTT, J.M.: “A Question of Trust? Recognition and Enforcement of Judgments”, *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, n.º 1, 2015, pp. 26-35.

SVERDRUP, T.: “Family, Solidarity and the Mind-set of Private Law”, *Child and Family Law Quarterly*, v. 27, 2015, pp. 237-247.

UBERTAZZI, B.: “The Child’s Right to Be Heard in the Brussels System”, *European Papers*, v. 2, n.º 1, 2017, pp. 43-74.

UBERTAZZI, B.: “The hearing of the child in the Brussels Iia Regulation and its Recast Proposal”, *Journal of Private International Law*, v. 13, n.º 3, 2017, pp. 568–601.

VALVERDE MARTÍNEZ, M. J.: “Reflexiones críticas y prácticas en torno al régimen jurídico del cambio nacional y transfronterizo del domicilio del menor de edad”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 12, n.º 2, 2020, pp. 795-817.

VARA PARRA, J.J.: “El interés del menor en los foros de competencia judicial para las acciones de responsabilidad parental en el Reglamento (CE) núm.2201/2003”, *Revista Española de Derecho Internacional*, v. LVIII, n.º 2, 2006, pp. 797-820.

VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M.: “Crisis familiar, responsabilidad parental y alimentos: revisando las cuestiones generales en un divorcio transnacional (Audiencia Provincial Barcelona - Sentencia de 15/04/2019)”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 12, n.º 2, 2020, pp. 784-794.

WALKER, L. y BEAUMONT, P.: “Shifting the Balance Achieved by the Abduction Convention: The Contrasting Approaches of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice”, *Journal of Private International Law*, v. 7, n.º 2, 2011, pp. 231-249.

WALKER, L.: “Party Autonomy, Inconsistency and the Specific Characteristics of Family Law in the EU”, *Journal of Private International Law*, v. 14, n.º 2, 2018, pp. 225-261.

ZUPAN, M. LEDIC, y S. DRVENTIC, M.: “Provisional Measures and Child Abduction Proceedings”, *Pravni Vjesnik (Journal of Law, Social Sciences and Humanities)*, v. 35, n.º. 1, 2019, pp. 9-32.

4. Otros documentos

AA.VV.: “Cross-border parental child abduction in the European Union”, *Directorate General for internal policies. Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs*, Study for the LIBE Committee (elaborado por el Instituto Suizo de Derecho Comparado), 2015. Versión *on line* disponible en https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/510012/IPOL_STU%282015%29510012_EN.pdf, último acceso el 23.4.2020.

AA.VV.: “The Voice of the Child in International Child Abduction Proceedings in Europe. Work Stream Two: Case Law Results”, European Union, Brussels, 2019. Versión *on line* disponible en <https://repository.uantwerpen.be/desktop/irua>, último acceso el 27.4.2020.

BORRÁS RODRÍGUEZ, 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 (Texto aprobado por el Consejo el 28 de mayo de 1998) preparado por la profesora Dra. Alegría Borrás Catedrática de Derecho internacional privado de la Universidad de Barcelona”, *DO C 221/27*, de 16.7.1998.

COMISIÓN EUROPEA: “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 20 de abril de 2010 – 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 – no publicada en el DO].

COMISIÓN EUROPEA: “Guía práctica para la aplicación del nuevo “Reglamento Bruselas II bis”. Versión *on line* disponible en http://publications.europa.eu/resource/cellar/f7d39509-3f10-4ae2-b993-53ac6b9f93ed.0007.01/DOC_1, último acceso el 10.3.2020.

COMISIÓN EUROPEA: “Informe de 2014 de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación del Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo 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”, Bruselas, 15.4.2014, COM(2014) 225 final.

COMISIÓN EUROPEA: “Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición)” {SWD(2016) 207 final} {SWD(2016) 208 final}, Bruselas, 30.6.2016, COM(2016) 411 final 2016/0190 (CNS).

COMISIÓN EUROPEA: “Study on the assessment of Regulation (EC) No 2201/2003 and the policy options for its amendment”, *Directorate-General for Justice and Consumers*, 2015. Versión *on line* disponible en <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/924728ec-9148-11e8-8bc1-01aa75ed71a1>., último acceso el 14.12.2020.

COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO: “Observación General n.º 12, el derecho del niño a ser escuchado”, 2012, CRC/C/GC/12.

COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO: “Observación General n.º 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)”, 2013, CRC/C/GC/14.

COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO: “Observación General nº 5 (2003) relativa a las Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo y del artículo 44)”, 2003, CRC/GC/2003/5.

COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO: “Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición)»”, [COM(2016) 411 final — 2016/019 (CNS)] (2017/C 125/06).

CONSEJO DE EUROPA: “Draft Recommendation on the Rights and Legal Status of Children and Parental Responsibilities Preamble and Draft Explanatory Memorandum”, *European Committee on Legal Co-Operation (CDCJ)*, Estrasburgo, 12-14.10.2011, CDCJ 2011 15.

Bibliografía

CONSEJO DE EUROPA: “Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on Child-friendly Justice”, adoptadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 17.11.2010 en su 1098 reunión. Disponible en: <https://rm.coe.int/16804b2cf3>, último acceso el 9.6.2020.

CONSEJO DE EUROPA: “Report on Principles concerning the Establishment and Legal Consequences of Parentage (the White Paper)”, Committee of Experts on Family Law (CJ-FA), 23.10.2006, Estrasburgo, CJ-CA (2006) 4e.

CONSEJO EUROPEO: “Programa de Estocolmo. Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano”, 2010/C 115/01, *DO C* de 4.5.2010.

DEFENSOR DEL PUEBLO: “Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor. Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia”, Madrid, 2014, p. 17 y ss. Disponible en <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2014-05-Estudio-sobre-la-escucha-y-el-interes-superior-del-menor.pdf>, último acceso el 31.12.2020.

ESPLUGUES, C. e IGLESIAS, J.L.: “Mediation and Private International Law: Improving Free Circulation of Mediation Agreements Across the EU”, en EUROPEAN PARLIAMENT – DIRECTORATE-GENERAL FOR INTERNAL POLICIES: The Implementation of the Mediation Directive 29 November 2015. Compilation of In-depth Analysis, Bruselas, 2016.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS: “Press Release issued by the Registrar of the Court”, ECHR 322 (2016), 11.10.2016, Judgments of 11 October 2016. Disponible en https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjphqbGk_HtAhXIMMAKHQfKDcUQFjAAegQIBRAC&url=http%3A%2F%2Fhudoc.echr.coe.int%2Fapp%2Fconversion%2Fpdf%3Flibrary%3DECHR%26id%3D003-5514573-6935022%26file-name%3DJudgments%2520of%252011.10.16.pdf.63&usg=AOvVaw1esPeorSrx-RAXqnnURX4n, último acceso el 28.12.2020.

FRA – EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS: *Access to Justice in Europe: An Overview of Challenges and Opportunities*, FRA, Viena, 2010.

GALLUS, N.: “The point of view of a specialised lawyer”, en PARLAMENTO EUROPEO: “Recasting the Brussels IIa Regulation. Workshop 8 November 2016, Compilation of Briefings for the JURI Committee”, *Directorate General for internal policies. Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs*, PE 571.383, 2016, pp. 29-35. Versión *on line* disponible en [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571383/IPOL_STU\(2016\)571383_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571383/IPOL_STU(2016)571383_EN.pdf), último acceso el 23.4.2020.

GEDIP (SUBGRUPO NACIONALIDAD): “Comments on the Commission Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction (recast) (COM (2016) 411 final)”. Versión *on line* disponible en <https://www.gedip-egpil.eu/reunionstravail/Reunion%2026/Annexe%20I.pdf>, último acceso el 7.5.2020.

HCCH: “Guide to Good Practice Under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction. Part VI – Article 13 (1) (b)”, 2020. Disponible en: <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=6740>, último acceso el 15.7.2020.

HCCH: “Manual Práctico sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños”, 2014. Disponible en: <https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=6096&dtid=3>, último acceso el 15.7.2020.

HCCH: “Prel. Doc. No 9 of May 2011 - Domestic and family violence and the Article 13 "grave risk" exception in the operation of the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction: a reflection paper”, 2011, *Sixth Special Commission meeting (Part I, June 2011; Part II, January 2012)*. Disponible en: <https://assets.hcch.net/upload/wop/abduct2011pd09e.pdf>, último acceso el 15.7.2020.

HCCH: “Special focus: “Urgent Measures of Protection”, *The Judges' Newsletter on International Child Protection*, v. XXIV, 2019.

HESS, B. / PFEIFFER, T. (PARLAMENTO EUROPEO): “Interpretation of the Public Policy Exception as referred to in EU Instruments of Private International and Procedural Law”, *Directorate General for internal policies. Policy Department C: Citizens'*

Bibliografía

Rights and Constitutional Affairs, 2011. Versión *on line* disponible en [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2011/453189/IPOL-JURI_ET\(2011\)453189_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2011/453189/IPOL-JURI_ET(2011)453189_EN.pdf), último acceso el 23.4.2020.

LAGARDE, P.: “Informe 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”, HCCH, 1998.

LOWE, N. y STEPHENS, V.: “Part I- A statistical analysis of applications made in 2015 under the Hague Convention of 25 October 1980 on the civil aspects of International Child Abduction- Global Report”, *The Seventh Meeting of the Special Commission on the Practical Operation of the 1980 Hague Child Abduction Convention and the 1996 Hague Child Protection Convention*, HCCH, octubre de 2017. Versión *on line* disponible en <https://assets.hcch.net/docs/d0b285f1-5f59-41a6-ad83-8b5cf7a784ce.pdf>, último acceso el 23.7.2020.

LOWE, N., AMSTRONG, S. y MATHIAS, A.: “Análisis estadístico de las solicitudes presentadas en 1999 en aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores”, *Conferencia de La Haya de Derecho Internacional privado (Doc. prel. No 3 Marzo 2001 (Versión revisada, noviembre 2001))*, 2001, pp. 1-36. Versión *on line* disponible en <https://assets.hcch.net/upload/abd2001pd3s.pdf>, último acceso el 27.4.2020.

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO, NACIONES UNIDAS, “El sistema de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas”, *Folleto Informativo n.º 30*, Rev. 1.

PARLAMENTO EUROPEO: “40 Years of The Hague Convention on Child Abduction: Legal and Societal Changes in the Rights of a Child”, *Policy Department for Citizens’ Rights and Constitutional Affairs Directorate-General for Internal Policies*, 2020. Versión *on line* disponible en [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2020/660559/IPOL_IDA\(2020\)660559_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2020/660559/IPOL_IDA(2020)660559_EN.pdf), último acceso el 28.12.2020.

PARLAMENTO EUROPEO: “Cross-border Placement of Children in the European Union”, *Directorate General for internal policies. Policy Department C: Citizens’ Rights and Constitutional Affairs*, 2015. Versión *on line* disponible en

<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/5df1d5f2-7278-11e5-9317-01aa75ed71a1>, último acceso el 23.4.2020.

PARLAMENTO EUROPEO: “Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición)”, [COM(2016)0411 – C8-0322/2016 – 2016/0190(CNS)], Bruselas, 18.1.2018.

PARLAMENTO EUROPEO: “The Child Perspective in the Context of the 1980 Hague Convention”, *Policy Department for Citizens’ Rights and Constitutional Affairs Directorate-General for Internal Policies*, 2020. Versión *on line* disponible en [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2020/659819/IPOL_IDA\(2020\)659819_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2020/659819/IPOL_IDA(2020)659819_EN.pdf), último acceso el 28.12.2020.

PÉREZ VERA, E.: “Informe explicativo del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, HCCH, 1982.

PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE LA UE: “Orientación general sobre la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición)”, Expediente interinstitucional: 2016/0190(CNS), JUSTCIV 292 Bruselas, 30.11.2018.

T.M.C. ASSER INSTITUUT: “Comparative study on enforcement procedures of family rights, Synthesis report”, JLS/C4/2005/06, La Haya, 2007. Versión *on line* disponible en http://www.jafbase.fr/docUE/study_family_rights_synthesis_report_en.pdf, último acceso el 24.2.2021.

VAN LOON, H.: “The Brussels Iia Regulation: towards a review?”, en PARLAMENTO EUROPEO: “Cross-border activities in the EU- Making life easier for citizens, Workshop for the JURI Committee”, *Directorate General for internal policies. Policy Department C: Citizens’ Rights and Constitutional Affairs*, 2015, pp. 178-207. Versión *on line* disponible en [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/510003/IPOL_STU\(2015\)510003_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/510003/IPOL_STU(2015)510003_EN.pdf), último acceso el 23.4.2020.

JURISPRUDENCIA CITADA

(por origen, Tribunal y orden cronológico)

1. Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STJUE de 14.1.2021, en el asunto C-441/19, *TQ y Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*,
ECLI:EU:C:2021:9

ATJUE de 3.10.2019, en el asunto C-759/18, *OF*, ECLI:EU:C:2019:816

ATJUE de 10.7.2019, en el asunto C-530/18, *EP*, ECLI:EU:C:2019:583

STJUE de 17.10.2018, en el asunto C-393/18 PPU, *UD*, ECLI:EU:C:2018:835

STJUE, de 4.10.2018, en el asunto C-478/17, *IQ*, ECLI:EU:C:2018:812

STJUE de 19.9.2018, en los asuntos acumulados C-325/18 PPU y C-375/18 PPU, *C.E. y N.E.*, ECLI:EU:C:2018:739

STJUE de 28.06.2018, en el asunto C-512/17, *HR*, ECLI:EU:C:2018:513

STJUE de 31.5.2018, en el asunto C-335/17, *Valcheva/Babanarakisdeclarar*,
ECLI:EU:C:2018:359

STJUE de 19.04.2018, en el asunto C-565/16, *Saponaro*, ECLI:EU:C:2018:265

ATJUE de 10.4.2018, en el asunto C-85718 PPU, *CV*, ECLI:EU:C:2018:220

ATJUE de 16.1.2018, en el asunto C-6044/17, *PM*, ECLI:EU:C:2018:10

STJUE de 8.06.2017 en el asunto C- 111/17 PPU, *OL*, ECLI:EU:C:2017:436

STJUE de 15.02.2017, en el asunto C-499/15, *W. y V.*, ECLI:EU:C:2017:118

STJUE de 27.10.2016, en el asunto C-428/15, *D.*, ECLI:EU:C:2016:819

Auto TJUE de 22.06.2016, en el asunto C-173/16, *MH*, ECLI:EU:C:2016:542

Conclusiones del Abogado General de 16.06.2016, en el asunto C-428/15, *D.*,
ECLI:EU:C:2016:458

STJUE de 15.11.2015, en el asunto C-455/15 PPU, *P.*, ECLI:EU:C:2015:763

STJUE de 21.10.2015, en el asunto C-215/15, *Gogova*, ECLI:EU:C:2015:710

STJUE de 6.10.2015, en el asunto C-404/14, *Matoušková*, ECLI:EU:C:2015:653

STJUE de 9.9.2015, en el asunto C-4/14, *Bohez*, ECLI:EU:C:2015:563

Auto TJUE de 16.7.2015, en el asunto C- 507/14, *P*, ECLI:EU:C:2015:512

STJUE de 12.11.2014, en el asunto C-656/13, *L.*, ECLI:EU:C:2014:2364

STJUE de 9.10.2014, en el asunto C-376/14 PPU, *C.*, ECLI:EU:C:2014:2268

STJUE de 1.10.2014, en el asunto C-436/13, *E.*, (ECLI:EU:C:2014:2246)

STJUE de 26.4.2012, en el asunto C-92/12 PPU, *Health Service Executive*,
ECLI:EU:C:2012:255

STJUE de 22.12.2010, en el asunto C-491/10 PPU, *Aguirre Zárraga*, ECLI:EU:C:2010:828

STJUE de 22.11.2010 en el asunto C-497/10 PPU, *Mercredi*, ECLI:EU:C:2009:225

STJUE de 9.11.2010, en el asunto C-296/10, *Purrucker*, ECLI:EU:C:2010:665

STJUE de 5.10.2010, en el asunto C-400/10 PPU, *McB*, ECLI:EU:C:2010:582

STJUE de 15.07.2010, en el asunto C-256/09, *Purrucker*, ECLI:EU:C:2010:437

STJUE de 1.7.2010, en el asunto C-211/10 PPU, *Povse*, ECLI:EU:C:2010:400

STJUE de 23.12.2009, en el asunto C-403/09 PPU, *Detiček*, ECLI:EU:C:2009:810

STJUE de 2.10.2009, en el asunto C-523/07, *A.*, ECLI:EU:C:2009:225

STJUE de 11.7.2008, en el asunto C-195/08 PPU, *Igna Rinau*, ECLI:EU:C:2008:406

STJUE de 14.2.2008, en el asunto C-450/06, *Varec*, ECLI:EU:C:2008:91

STJUE de 27.11.2007, en el asunto C-435/2006, *C*, ECLI:EU:C:2007:714

STJCE, de 28.4.2005, asunto C-104/03, *St Paul Dairy*, ECLI:EU:C:2005:255

STJUE de 01.3.2005, en el asunto C-281/02, *Owusu*, ECLI:EU:C:2005:120

STJUE de 9.12.2003, en el asunto C-116/02, *Erich Gasser*, ECLI:EU:C:2003:657

STJCE, de 26.3.1992, asunto C-261/90, *Reichert*, ECLI:EU:C:1992:149

2. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STEDH de 21.9.2017, demanda n.º 53661/15, *Severe c./ Austria*,
<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-177079>

STEDH de 11.10.2016, demanda n.º 23298/12, *Iglesias Casarrubios y Cantalapiedra Iglesias c./ España*, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-196867>

STEDH de 3.2.2016, demanda n.º 71776/12, *NTs y otros c./ Georgia*,
<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61837>

STEDH de 26.11.2013, demanda n.º 27853/09, *X c./ Letonia*,
<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-138939>

STEDH de 18.6.2013, demanda no. 3890/11, *Sofia Povse and Doris Povse c./ Austria*,
<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-122449>

STEDH de 15.5.2012, demanda no. 13420/12, *M.R y M.L c./ Estonia*,
<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-111198>

STEDH de 12.7.2011, demanda n.º 14737/09, *Sneersone y Kampanella c./ Italia*,
<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-147380>

STEDH 9.9.2010, demanda n.º 25437/08, *Raban c./ Rumanía*,
<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-101471>

STEDH de 6.7.2010, demanda n.º 41615/07, *Neulinger y Shuruk c./ Suiza*,
<http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-3192833-3555735>.

STEDH de 6.12.2007, demanda n.º 39388/05, *Maumousseau y Washington c./ Francia*
<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-83823>

STEDH de 30.6.2005, demanda n.º 45036/98, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi c./ Irlanda*, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-69564>

STEDH de 22.6.2004, demanda n.º. 78028/01 y 78030/01, *Pini, Bertani, Manera and Atripaldi c./ Rumanía*, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61837>

STEDH de 8.7.2003, demanda n.º 30943/96, *Sahin c./ Alemania*,
<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61194>

3. Tribunales Españoles

3.1 Tribunal Constitucional

STC 163/2009, de 29.6.2009, ECLI:ES:TC:2009:163

STC 22/2008, de 31.1.2008, ECLI:ES:TC:2008:22

STC, 141/2000 de 29.5.2000, ECLI:ES:TC:2000:141.

STC 132/1991, de 17.6.1991, *BOE*, de 8.7.1991

3.2 Tribunal Supremo

STS 469/2018, Sala de lo Civil, de 19.7.2018, ECLI:ES:TS:2018:2832

STS 536/2014, Sala de lo Civil, de 20.10.2014, ECLI: ES:TS:2014:4072

STS 642/2012 Sala de lo Civil, de 26.10.2012, ECLI: ES:TS:2012:6811

3.3 Audiencias Provinciales

SAP de Barcelona 376/2020, de 30.9.2020, ECLI:ES:APB:2020:8014A

SAP de Madrid 276/2020, de 27.5.2020, ECLI: ES:APM:2020:4731A

SAP de Bilbao 102/2020, de 23.1.2020, ECLI: ES:APBI:2020:3A

SAP de Barcelona 823/2019, de 2.12.2019, ES:APB:2019:15815

SAP de Barcelona 733/2019, de 5.11.2019, ECLI: ES:APB:2019:13078

AAP de Barcelona 388/2019, de 16.10.2019, ECLI: ES:APB:2019:7771A

SAP de Barcelona 407/2019, 4.6.2019, ES:APB:2019:6647

AAP de Valencia 162/2019, de 10.4.2019, ECLI: ES:APV:2019:1513A

SAP de Alicante 61/2019, de 8.2.2019, ECLI: ES:APA:2019:422

SAP de Barcelona 603/2018, de 5.11.2018, ECLI:ES:APB:2018:6930A

AAP de Lleida 170/2018, de 27.9.2018, ECLI: ES:APL:2018:476A

SAP de León 232/2018, de 18.7.2018, ECLI: ES:APLE:2018:841

SAP de Barcelona 400/2018, de 31.5.2018, ECLI:ES:APB:2018:5395

SAP de Asturias 56/2018, de 23.5.2018, ECLI:ES:APO:2018:641A

SAP de Lugo 44/2018, de 11.4.2018, ECLI:ES: APLU: 2018:41

SAP de Barcelona 785/2017, de 3.10.2017, ECLI: ES:APB:2017:10784, TOL6.467.950

SAP de Valencia 803/2017, de 26.9.2017, ECLI: ES:APV:2017:2558

SAP de León 308/2017, de 6.9.2017, ECLI: ES:APLE:2017:857

SAP de Les Illes Balears 266/2017, de 17.7.2017, ECLI:ES:APIB:2017:1344

SAP de Les Illes Balears 266/2017, de 17.7.2017, ECLI:ES:APIB:2017:1344

SAP de Barcelona 352/2017, de 7.4.2017, ECLI: ES:APB:2017:3937

SAP de Palma de Mallorca 226/2016, de 5.7.2016, ECLI:ES:APIB:2016:1287

SAP de Zaragoza 504/2013, de 29.10.2013, ECLI: ES:APZ:2013:2102

AAP de Gipuzkoa 131/2018, de 5 de octubre de 2018, ECLI:ES:APSS:2018:839A

AAP de Teruel 182/2010, de 25 de noviembre de 2010, ECLI: ES:APTE:2010:48A

4. Otros

Sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos de 25 de febrero de 2020, caso *Monasky v. Taglieri*, 589 U.S. (2020) n.º 18-935.

Sentencia del Tribunal Supremo del Reino Unido en asunto *In the matter of A (Children) (AP)*, de 9 de septiembre de 2013, *United Kingdom Supreme Court*, de 9.9.2012, asunto *In the matter of A (Children) (AP)*, [2013] UKSC 60 [2013] 3 WLR 761

Sentencia de la Corte Internacional de Justicia, “Caso relativo a la aplicación del Convenio de 1902 sobre la tutela de los niños”, “asunto Boll”. Sentencia de 28.11.1958, *Affaire relative à l’application de la Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs (Pays Bas c. Suède)*.

NORMATIVA CITADA
(por origen y orden alfabético)

1. Legislación de la ONU

Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, de 20.11.1989, *BOE* de 31.12.1990.

Declaración de Ginebra de los Derechos del Niño, aprobada por la Sociedad de Naciones el 26.9.1924.

Declaración de los Derechos del Niño, adoptada por la Organización de los Derechos del Niño, aprobada por la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 1386 (XIV), de 20.11.1959.

Declaración Universal de los derechos humanos de 10.12.1948, aprobada por la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 217 A (III), de 10.12.1948.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 2200 (XXI), de 19.12.1966, que entró en vigor el 23.3.1976, *BOE* de 30.IV.1977 y sus dos protocolos facultativos.

Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 2200 (XXI) de 19.12.1966, entró en vigor el 3.1.1976.

Protocolo Facultativo sobre la participación de los niños en conflictos armados, aprobado el 25.5.2000, entró en vigor el 12.2.2002.

Protocolo Facultativo sobre la venta de niños, prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía, aprobado el 25.5.2000, entró en vigor el 18.1.2002.

Protocolo relativo a un procedimiento de comunicaciones, aprobado el 19.12.2011, entró en vigor el 14.4.2014.

2. Legislación de la Conferencia de la Haya de DIPr

Convenio de 2.10.1973 sobre Reconocimiento y Ejecución de Resoluciones relativas a las Obligaciones Alimenticias, *BOE* de 12.8.1987.

Convenio de 23.11.2007 sobre Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y otros Miembros de la Familia, *DO L* 1992, de 22.7.2011.

Convenio de La Haya de 19.10.1996 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, *BOE* de 2.10.2010.

Convenio de La Haya de 25.10.1980 sobre aspectos civiles del secuestro internacional de menores, *BOE* de 24.8.1987, corr. errores *BOE* de 30.6.1989, y *BOE* de 24.1.1996.

Convenio de La Haya de 29.5.1993 sobre protección de niños y la cooperación en materia de adopción internacional, *BOE* de 1.8.1995.

Convenio de La Haya para regular la tutela de menores, de 12.6.1902, *Gaceta de Madrid* de 1.5.1905.

Convenio sobre competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores hecho en La Haya, el 5.10.1961, *BOE* de 20.8.1987.

Convenio sobre la Ley aplicable a la responsabilidad por productos, hecho en La Haya el 2.10.1973, *BOE* de 25.1.1989.

Convenio sobre la Ley aplicable en materia de Accidentes de Circulación por carretera, hecho en La Haya el 4.5.1971, *BOE* de 4.11.1987.

Protocolo de 23.11.2007 sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias, *DO L* 331, de 16.12.2009.

3. Legislación del Consejo de Europa

Convenio europeo de Luxemburgo de 20.5.1980, relativo al reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de custodia de menores, así como el establecimiento de dicha custodia, *BOE* de 1.9.1984.

Convenio europeo sobre el ejercicio de los derechos de los niños, hecho en Estrasburgo el 25.1.1996, *BOE* de 21.2.2015.

Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4.11.1950, *BOE* de 10.10.1979.

4. Legislación de la UE

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *DO C* 326/391, de 26.10.2012.

Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21.5.2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, *DO L* 136, de 24.8.2008.

Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25.6.2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida), *DO L* 178/1, de 2.7.2019.

Reglamento (CE) n.º 1206/2001 del Consejo, de 28.5.2001, 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, *DO L* 174, de 27.6.2001.

Reglamento (CE) n.º 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21.4.2004 por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, *DO L* 143/15, de 30.4.2004.

Reglamento (CE) n.º 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11.7. 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), *DO L* 199/40, de 31.7.2007.

Reglamento (CE) n.º 1347/2000 del Consejo, de 29.5.2000, 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.

Reglamento (CE) n.º 4/2009 del Consejo, de 18 .12.2008, 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* 7/1, de 10.1.2009.

Reglamento (CE) n.º. 1347/2000 del Consejo de 29.5.2000 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.

Reglamento (CE) n.º 861/2007, de 11.7.2007 por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía, *DO L 199*, de 31.12.2007.

Reglamento (CE) n.º 896/2006, de 12.12.2006, por el que se crea un proceso monitorio europeo, *DO L 330*, de 12.2006.

Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24.6.2016, 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, *DO L 183/1*, de 8.7.2016.

Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo, de 24.6.2016, 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 efectos patrimoniales de las uniones registradas, *DO L 183/1*, de 8.7.2016.

Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento europeo y del Consejo de 12.12.2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición), *DO L 351/1*, de 20.12.2012.

Reglamento (UE) n.º 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4.7.2012, 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, *DO L 201/107*, de 27.7.2012.

Reglamento n.º 2201/2003 del Consejo, de 27.11.2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, *DO L 338*, de 23.12.2003, cde *DO L 82*, de 22.3.2013.

Tratado de Ámsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, *DO C 340*, de 10.11.1997.

Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, *DO C 306*, 17.12.2007.

Tratado de Maastricht de 1992, Tratado de la Unión Europea, *DO C 191*, 29.7.1992.

Versión Consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, *DO C 326/47*, de 26.10.2012.

5. Legislación Española

Código Civil, Real Decreto de 24.7.1889, disponiendo la publicación en la *Gaceta de Madrid* de la edición reformada del Código Civil, *Gaceta de Madrid* de 25.7.1889.

Constitución Española, *BOE* de 29.12.1978.

Ley 1/2000, de 7.1, de Enjuiciamiento Civil, *BOE* de 8-1-2000.

Ley 26/2015, de 28.7., de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, *BOE* de 29.7.2015.

Ley Orgánica 1/1996, de 15.1., de protección jurídica del menor, de modificación parcial de Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, *BOE* de 17.1.1996.

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, *BOE* de 2.7.1985.

Ley Orgánica 7/2015, de 21.7. por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1.7., del Poder Judicial, *BOE* de 22.7.2015.

Ley Orgánica 8/2015, de 22.7., de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, *BOE* de 23.7.2015.

