

UNIVERSIDAD MIGUEL HERNÁNDEZ  
TRABAJO FIN DE GRADO  
GRADO EN DERECHO  
FACULTAD CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS  
CURSO ACADÉMICO 2020-2021

**PROCEDIMIENTOS  
INTERNACIONALES DE ATRIBUCIÓN  
DE LA PATRIA POTESTAD DE LOS  
MENORES.**

**RETOS PARA EL DERECHO  
INTERNACIONAL PRIVADO.**

**REALIZADO POR:**

**Dña. ELENA MARTÍNEZ PALACIOS**

**TUTORA ACADÉMICA:**

**Dña. LERDYS SARAY HEREDIA SÁNCHEZ**

Profesora del área de Derecho Internacional Privado.

## **ÍNDICE:**

ABREVIATURAS.....	5
RESUMEN Y PALABRAS CLAVE.....	7
INTRODUCCIÓN.....	8

### **CAPÍTULO I: Precedentes y justificación de la reforma en materia de responsabilidad parental en Derecho internacional privado Español.....**

1. Aproximación al tema.....	13
2. Principios inspiradores en los procedimientos de responsabilidad parental.....	18
2.1. El interés superior del menor en el Derecho Internacional Privado.....	19
2.2. <i>Favor filii</i> y su aplicación en el Derecho Internacional Privado.....	24
3. Análisis del Reglamento (UE) 2019/1111.....	26
3.1. Mejora de la estructura y la sistemática respecto de la versión anterior.....	28
3.2. Ejecución privilegiada de resoluciones que acuerdan los derechos de visita y las que ordenan la restitución del menor.....	31
3.3. Principales modificaciones respecto a la determinación de la competencia judicial internacional en responsabilidad parental.....	33
3.4. Modificaciones relevantes en materia de sustracción de menores que afectan incidentalmente en los procedimientos de responsabilidad parental.....	35

**CAPITULO II: Tutela jurisdiccional de los menores en Derecho internacional privado**

**español..... 39**

1. Aspectos generales..... 39

2. Competencia judicial internacional y protección de menores.....41

2.1. Multiplicidad de instrumentos normativos y orden de prelación..... 43

2.2. Reglamento Bruselas II bis 2201/2003 y su ámbito de aplicación..... 46

2.3. El concepto de responsabilidad parental.....48

2.4. Foros de competencia judicial internacional y responsabilidad parental de los menores..... 52

3. Ley aplicable a las medidas de protección de menores..... 57

3.1. Convenio de la Haya de 19 octubre 1996 sobre protección de menores..... 57

3.2. Artículos. 9.4 y 9.6. del Código Civil.....60

4. Validez extraterritorial de decisiones y medidas de protección de menores.....61

**CAPÍTULO III: Análisis crítico de los aspectos jurídicos prácticos derivados de los procedimientos internacionales sobre determinación de la patria potestad de los menores..... 66**

1. Introducción..... 66

2. Dificultades en los procesos de atribución en el ámbito de la responsabilidad parental..... 67

3. Posibles soluciones a las dificultades planteadas en el apartado anterior..... 72

3.1. La investigación privada y la responsabilidad parental..... 72

3.2. El informe criminológico en el ámbito del proceso judicial.....	75
3.3. Los mecanismos de protección de los menores en el ámbito judicial.....	77
3.4. La privación de la patria potestad como pena accesoria a la pena de libertad.....	80
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>83</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>86</b>
<b>WEBGRAFÍA.....</b>	<b>89</b>
<b>ANEXOS.....</b>	<b>89</b>
1. SENTENCIAS.....	89
2. LEGISLACIÓN.....	90



**ABREVIATURAS UTILIZADAS:**

AAP: Auto Audiencia Provincial.

Art.: Artículo.

Arts.: Artículos.

CC: Código Civil.

CCAA: Comunidad Autónoma.

CE: Constitución Española.

CESE: Comité Económico y Social Europeo.

CDN: Convención sobre los Derechos del Niño.

CH 1996: Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en la Haya el 19 de octubre 1996.

CP: Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Dipr: Derecho Internacional Privado.

DDHH: Derechos Humanos.

DUDH: Declaración Universal de Derechos Humanos.

EE. UU: Estados Unidos de América.

Ej: Ejemplo.

ISM: Interés Superior del Menor.

LCJIMC: Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil.

LEC: Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

LOPJ: Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

LJV: Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria.

MENAS: Menores Extranjeros No Acompañados.

R. 1215/2012: Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

R. 2019/1111: Reglamento (UE) nº 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.

R. 2201/2003 Bruselas II bis: Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003. Relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial.

SIM: Sustracción internacional de menores.

STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Ope legis: Por ministerio de la Ley.

UE: Unión Europea.

Vid: Véase.



**RESUMEN:** El propósito de este trabajo es el análisis y resolución de controversias planteadas en los procedimientos internacionales de atribución de la patria potestad de los menores en el ámbito del Derecho Internacional Privado, haciendo una especial referencia a los casos resueltos en España. Esta problemática, viene planteada por la multiplicidad de fuentes normativas existentes en materia de tutela jurisdiccional de menores en el Derecho Internacional Privado español y la inseguridad jurídica que se genera para las partes inmersas en dichos procedimientos.

**PALABRAS CLAVE:** menores, responsabilidad parental, patria potestad, ley aplicable, *favor filii*.

**ABSTRACT:** The aim of this research is to analyse and resolve controversial issues regarding international attribution procedures of parental authority in the field of Private international law taking into consideration Spanish successful cases. In addition, the fact that there are wide regulation sources concerning the judicial guardianship of minors in the Spanish private international law is becoming a big trouble because of the legal uncertainty that is generated for the parties immersed in these procedures.

**KEYWORDS:** Minors, parental responsibility, authority of father, applicable law, best interest of child.

## INTRODUCCIÓN

Los recientes acontecimientos de la actual crisis migratoria<sup>1</sup> y la sustracción ilícita de menores<sup>2</sup> dejan de manifiesto la importancia y actualidad de profundizar nuestro estudio en materia de responsabilidad parental.

Ahora bien, la regulación jurídica de la responsabilidad parental y dentro de la misma, las cuestiones relativas a la atribución/exclusión de la patria potestad suponen una de las materias más complejas de determinar por la existencia de la multiplicidad de fuentes normativas con las que cuenta el Dipr.

No obstante, determinados expertos como MARÍN PEDREÑO<sup>3</sup> afirman: *“Si bien el Convenio de la Haya de 1980<sup>4</sup> es una de las principales armas legales para luchar contra la sustracción ilícita de menores, países como Brasil, Perú, Colombia o Rusia suelen incumplirlo con frecuencia. Además, con el resto de los países no acogidos al convenio (la mayoría de los estados del norte de África, excepto Marruecos), es difícil trabajar, porque a las barreras culturales y a la mañana burocrática hay que sumar la falta de formación de abogados y jueces; la dificultad para localizar al menor, y la falta de legislación doméstica en este asunto”*.

En este contexto, es cierto que los instrumentos normativos existentes en el marco de la UE, sí que solventan la mayoría de los conflictos suscitados en materia de responsabilidad parental.

A su vez, es relevante conocer que los Reglamentos europeos van a primar por encima del Convenio de la Haya 1980 cuando los países entre los que surge la sustracción ilícita de menores u otros problemas relacionados con la atribución/extinción de la patria potestad formen parte de la UE y, por tanto, de los propios instrumentos comunitarios.

---

<sup>1</sup> Vid. Noticias ABC (21-05-2021): “La segunda crisis de Ceuta se abre en torno al futuro de más de 1500 menores”. Disponible en: [https://www.abc.es/espana/abci-segunda-crisis-ceuta-abre-torno-futuro-mas-1500-menores-202105210133\\_noticia.html](https://www.abc.es/espana/abci-segunda-crisis-ceuta-abre-torno-futuro-mas-1500-menores-202105210133_noticia.html). Consultado el día 08/05/2021.

<sup>2</sup> Vid. Noticias El PAÍS (01/05/2021): “Orden internacional para encontrar a las dos niñas desaparecidas en Tenerife”. Disponible en: <https://elpais.com/sociedad/2021-05-01/orden-internacional-para-encontrar-a-las-dos-ninas-desaparecidas-en-tenerife.html>. Consultado el día 10/05/2021.

<sup>3</sup> MARÍN PEDREÑO, C. Abogada especializada en casos de sustracción internacional de menores en el bufete Dawson Cornwell, de Londres. Disponible en: <https://www.vigolex.sustraccion demenores.com>. Consultado el día 11/05/2021.

<sup>4</sup> Convenio de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya. BOE N°. 202, de 24 de agosto de 1987. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1987-19691>. Consultado el 11/05/2021.

Por ello, con la entrada en vigor el nuevo reglamento R. 1111/2019<sup>5</sup> va a suponer un cambio relevante en lo que respecta a la redacción, ordenación, sistematización y contenido de éste al otorgar un mayor peso a la opinión del menor, arreglo al principio jurídico del ISM.

Por otra parte, los conflictos suscitados en la materia objeto de estudio no sólo surgen de las desavenencias conyugales y/o las sustracciones ilícitas de menores. Recientemente con la llegada de menores a las costas ceutíes se va a abrir una gran problemática en este sentido. En este sentido, CARRASCOSA<sup>6</sup> alude a la “*necesaria protección de los menores no acompañados (Los MENAS) en el Derecho Internacional, con especial atención a la situación de los niños sirios como consecuencia de la guerra en siria iniciada en 2011*”.

Y es que existe según DIEZ MORRAS<sup>7</sup>, “*una indefinición de ISM extranjero no acompañado en perjuicio de su protección*”, puesto que observamos que, si ya de por sí cuesta encontrar una definición universal del ISM, en los casos de los MENAS no existe ni siquiera definición alguna en lo que se refiere a este principio jurídico, lo cual supone una problemática actual que debería solventarse.

En base a lo dispuesto anteriormente, el tema objeto de estudio resulta de gran interés en la actualidad, ya que observamos cómo se instan cada vez más, los procedimientos internacionales de atribución de la patria potestad de los menores como consecuencia de la COVID-19.

Esto implica que a lo largo del año 2021 se espera un incremento en lo que se refiere a la adopción de medidas cautelares en el ámbito de los procedimientos internacionales de atribución de la patria potestad.

Así pues, basándonos en los datos del INE, la adopción de medidas cautelares en 2019 en materia de protección de menores es de 189 y la suspensión de la patria potestad

---

<sup>5</sup> Reglamento (UE) n° 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. DOUE N.º. 178, de 2 de julio de 2019. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2019-81122>. Consultado el 23/05/2021.

<sup>6</sup> Vid. Sobre el tema CARRASCOSA *Tratado de Derecho internacional privado 3 tomos*. Tirant Lo Blanch. (2020).

<sup>7</sup> Vid. Sobre el tema DIEZ MORRAS. J, *Indefinición del interés superior del menor extranjero no acompañado en perjuicio de su protección*, Protección Jurídica, responsabilidad penal y mediación en justicia de menores, REDUR, Universidad de rioja, Logroño, (2012) pp. 95-104. Disponible en: <https://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero10/diez.pdf>. <https://doi.org/10.18172/redur.4105>. Consultado el 23/05/2021.

es de 129. Mientras que en 2020 disminuye en materia de protección de menores a 156 y la suspensión de la patria potestad a 95<sup>8</sup>. Esto nos hace prever que en 2021 se incrementará la adopción de estas medidas cautelares, puesto que algunas no se han podido tramitar en el año 2020 como consecuencia de la pandemia actual.

El objetivo de este trabajo fin de grado ubicado en el plan de estudios del Grado en Derecho -siguiendo la normativa vigente y las exigencias marcadas por la Universidad Miguel Hernández de Elche- es analizar las dificultades prácticas contempladas en los procedimientos internacionales de atribución de la patria potestad de los menores. Además, nuestro estudio nos permitirá dejar de manifiesto aquellos retos para el Derecho Internacional Privado, puesto que existen todavía algunas cuestiones en materia de responsabilidad parental que hay que regular y por tanto se irán exponiendo a lo largo de nuestro trabajo.

Por tanto, con la finalidad de cumplir el objetivo de nuestro trabajo fin de grado se va a estructurar de la siguiente manera:

En el primer capítulo, se va a dejar constancia de los precedentes y justificación de la reforma en materia de responsabilidad parental concretamente el R. 1111/2019 además de analizar los principios inspiradores en el marco de estos procedimientos internacionales y la ejecución privilegiada de las resoluciones que acuerdan los derechos de visita y las que ordenan la restitución del menor. A su vez, este capítulo recogerá las modificaciones en materia de competencia judicial internacional y las cuestiones de sustracción internacional de menores que afectan incidentalmente en los procedimientos internacionales de atribución de la patria potestad.

En el segundo capítulo se detallarán todos aquellos asuntos relacionados con la tutela jurisdiccional de los menores en el Derecho Internacional Privado español, esto es, la determinación de la competencia judicial internacional, los foros y protección de menores, así como la exposición de la gran variedad y el orden de prelación de los diversos instrumentos normativos existentes en el Dipr. Además, se aludirá al concepto de responsabilidad parental y a la ley aplicable a las medidas de protección de menores y por último detallaremos aquellos asuntos relacionados con la validez extraterritorial de decisiones en materia de responsabilidad parental.

---

<sup>8</sup> Instituto Nacional de Estadística. Medidas cautelares en relación con la protección de menores en todo el mundo. Disponible en: <https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=34973&L=0> .Consultado el 10/04/2021.

En el tercer capítulo, analizaremos los aspectos jurídicos prácticos derivados de los procedimientos internacionales sobre determinación de la patria potestad de los menores. Específicamente, se expondrán las dificultades en los procesos de atribución en el ámbito de la responsabilidad parental, así como las posibles soluciones a las dificultades planteadas acudiendo a disciplinas como el Derecho, la Investigación privada y la Criminología. Para finalizar, veremos cómo incide la privación de la patria potestad como pena accesoria a la pena de prisión, ya que en muchas ocasiones algún progenitor puede encontrarse cumpliendo pena de prisión en un determinado centro penitenciario.

Además, al tratarse de una materia compleja al contar con muchos instrumentos normativos que regulan todas las cuestiones relacionadas con la responsabilidad parental, hemos acudido para la elaboración de este trabajo a la bibliografía más actualizada al respecto, así como a los instrumentos normativos contemplados en el BOE, en el DOUE y también hemos acudido a la jurisprudencia y a la doctrina más reciente.

Finalmente, mi formación como experta criminóloga otorgada por la Universidad de Alicante supone una gran motivación para la elaboración de este proyecto de investigación en mi último año de finalización de estudios del Grado en Derecho.

Es por ello inevitable hacer referencia a cuestiones criminológicas que afectaran en la materia objeto de estudio, ya que la Criminología considerada como ciencia social nos permite en un primer estadio prevenir ciertas conductas propias de los estándares comunes de la sociedad, véase por ejemplo, cuando se acude a un procedimiento de atribución/extinción de la patria potestad estaríamos llegando tarde desde un punto de vista criminológico, puesto que dicha disciplina tendría que haber recurrido en un primer momento a la prevención para corregir conductas desviadas y evitar la desavenencia conyugal futura.

Una vez se ha producido la desavenencia conyugal, si bien es cierto entra en juego el Derecho para dirimir la controversia, por otra parte, la criminología seguiría actuando en el sentido de que realizaría con la ayuda de la investigación privada observaciones realistas de la conducta de los progenitores diariamente, lo cual sirve de gran ayuda y es considerado como prueba pericial en el ámbito judicial, por lo que los jueces pueden tomar una decisión más certera sobre aquello que más afecta al menor y siempre salvaguardando las exigencias del principio jurídico ISM.

## CAPÍTULO I

# Precedentes y justificación de la reforma en materia de responsabilidad parental.

### 1. Aproximación al tema.

En el presente capítulo trataremos de asentar la base jurídica de la cual partimos, sirviéndonos de los instrumentos que nos proporciona el Dipr en materia de responsabilidad parental. Más concretamente, incidiremos en los motivos por los que se considera necesario la aplicación del nuevo R. 2019/1111, y a su vez terminaré concluyendo con un supuesto de hecho que nos permita dilucidar las dificultades que se plantean en el seno de estos procedimientos internacionales de atribución de la patria potestad de los menores en el ámbito del Dipr.

Es necesario indicar que a la hora de analizar y revisar los instrumentos que nos proporciona el Dipr, debemos establecer que existe una multiplicidad de fuentes vinculadas entre sí que nos van a permitir observar exhaustivamente los conflictos derivados de los procedimientos internacionales en materia de responsabilidad parental.

No podríamos comenzar enumerando la gran cantidad de instrumentos de los que disponemos en esta materia sin olvidarnos de introducir el concepto *derechos del niño*<sup>9</sup>. Este concepto específico era absolutamente desconocido en todas las legislaciones del mundo, y no fue hasta el siglo pasado que empezó a consolidarse y ponerse en práctica.

Vemos pues, como existen a lo largo de los siglos XX-XXI una serie de textos legales internacionales de carácter general que reconocen algunos “derechos del menor” como son: La Declaración Universal de los derechos humanos de 10 de diciembre 1948<sup>10</sup>,

---

<sup>9</sup> Siendo los derechos del niño según el CDN: “una serie de parámetros mínimos para proteger a la infancia en temas como la salud, la educación, servicios sociales y el ámbito familiar. Además, las naciones se comprometen a que los niños vivan una infancia digna, es decir, que puedan jugar y expresar sus inquietudes en todo aquello que les afecte. Este reconocimiento de los derechos de los niños ha sido incorporado por muchos países en sus textos constitucionales y es una referencia en las políticas dedicadas a la infancia”.

<sup>10</sup> Vid. Arts.16.3, 25.2,26.3 de la Declaración Universal de los derechos humanos de 10 de diciembre 1948. BOE N°. 243, de 10 de octubre de 1979. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1979-24010> Consultado el 08/04/2021.

Pacto de derechos económicos, sociales y culturales de 19 de diciembre 1966<sup>11</sup>, Pacto de derechos civiles y políticos 19 de diciembre 1966<sup>12</sup>, el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales de 4 de noviembre de 1950<sup>13</sup> y la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea el 7 de diciembre de 2000<sup>14</sup>.

Una vez expuestos los instrumentos a nivel general, cabe destacar los existentes a nivel específico, en los que muchos de ellos serán abordados a lo largo del trabajo. Estos son:

La Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 de noviembre en 1989<sup>15</sup>, el Convenio de la Haya 1980 y 1996<sup>16</sup>, el Reglamento Bruselas II bis 2201/2003<sup>17</sup>, el Reglamento (UE) 2019/1111<sup>18</sup> y en algunas cuestiones, nuestro CC<sup>19</sup>.

---

<sup>11</sup> Vid. Arts. 10.1, 10.2, 10.3, 11.1 y 13 del Pacto de derechos económicos, sociales y culturales de 19 de diciembre 1966 BOE N.º 103, de 30 de abril de 1977. Disponible en: [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-1977-10734](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1977-10734) Consultado el 08/04/2021.

<sup>12</sup> Vid. Arts. 10 y 24 del Pacto de derechos civiles y políticos 19 de diciembre 1966. BOE N.º 103, de 30 de abril de 1977. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1977-10733> Consultado el 08/04/2021.

<sup>13</sup> Vid. Arts. 1.5, 1.6 y 1.8 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales de 4 de noviembre de 1950. BOE N.º 108, de 6 de mayo de 1999. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1999-10148> Consultado el 08/04/2021.

<sup>14</sup> Vid. Art. 24 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea el 7 de diciembre de 2000. DOUE N.º 83, de 30 de marzo de 2010. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-Z-2010-70003> Consultado el 08/04/2021.

<sup>15</sup> Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. BOE N.º 313, de 31 de diciembre de 1990. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1990-31312> Consultado el 08/04/2021.

<sup>16</sup> Convenio de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya. BOE N.º. 202, de 24 de agosto de 1987. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1987-19691> Consultado el 08/04/2021.

Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996. BOE N.º. 291, de 2 de diciembre de 2010. Disponible en: [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-18510](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-18510) Consultado el 08/04/2021.

<sup>17</sup> 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. DOUE N.º 338, de 23 de diciembre de 2003. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2003-82188> Consultado el 08/04/2021.

<sup>18</sup> 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. DOUE N.º. 178, de 2 de julio de 2019. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2019-81122> Consultado el 08/04/2021.

<sup>19</sup> Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. BOE N.º 206, de 25 de julio de 1889. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763> Consultado el 08/04/2021.

Llegados a este punto, estamos en disposición de afrontar los motivos por los cuáles se considera necesario la aplicación del nuevo R. 2019/1111. Estos vendrían siendo:

En primer lugar, el establecimiento de normas uniformes de competencias relativas al divorcio, separación legal y la nulidad matrimonial, así como todos los conflictos vinculados con la responsabilidad parental que contienen elementos internacionales. Ello es necesario, porque en base a lo expuesto anteriormente, resulta importante acudir a instrumentos claros y precisos, puesto que la multiplicidad de fuentes normativas puede conducir a una gran inseguridad jurídica.

En segundo lugar, relacionado con la libre circulación de las personas, también podríamos determinar que es imprescindible que los documentos públicos, resoluciones, así como acuerdos entre las partes, puedan circular y hacerse valer por el resto de los Estados miembros, esto es, que exista un reconocimiento y ejecución de éstos.

En tercer lugar, dota de mayor protagonismo a los menores, al otorgarles una mayor participación en los procesos judiciales y reforzar por tanto la seguridad jurídica. Ello supone un gran avance, ya que complementa los anteriores instrumentos como los Convenios de la Haya 1980 y 1996, lo cual nos permite contar con un mecanismo más flexible que asiste y protege al menor en mayor medida de lo que ya lo venían haciendo los instrumentos normativos anteriores.

En cuarto lugar, pretende reforzar aún más los principios inspiradores en los procedimientos de responsabilidad parental, estos son: el interés superior del menor y el favor filii que nos ayudarán a establecer la competencia judicial a favor del criterio de proximidad.

En quinto lugar, este instrumento normativo evita que se produzcan las denominadas dilaciones indebidas, puesto que como sabemos en caso de traslado o retención ilícita de un menor, es muy relevante que su restitución se produzca sin demora dada la gravedad del asunto, por eso es necesario contar con el R. 2019/1111, ya que va a aportar una mayor agilidad a los procedimientos judiciales en materia de responsabilidad parental.<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup>Vid. Sobre el tema: 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

Ahora bien, expuestos el conjunto de los motivos por los cuales consideramos que era necesario un nuevo Reglamento, precisaremos a través de un supuesto de hecho las posibles dificultades que se plantean en el seno de los procedimientos internacionales de atribución de la patria potestad de los menores, además de dejar constancia de nuestra materia objeto de estudio.

**SUPUESTO DE HECHO: Menores. Responsabilidad parental. Guarda y Custodia.**

En este supuesto los padres acuden a las autoridades judiciales, porque existe un evidente desacuerdo respecto a la fijación de la nueva residencia de su hijo. Veremos en un primer momento se le atribuyó la custodia a su padre en España y finalmente por una mala observación del interés superior del menor se le termina atribuyendo la custodia a su madre en Brasil. Por tanto, procedemos a exponer el caso:

Un matrimonio de español y brasileña se divorcia en Tomelloso, otorgando el Juzgado patria potestad compartida, la guarda del hijo menor a la madre y un derecho de visita al padre. Así pues, la STS N° 4233/2014, de 20 de octubre de 2014<sup>21</sup> autorizaba a la madre a llevarse al menor a Brasil, siempre y cuando, ésta lo comunicara previamente al padre. El padre lo impugnó en apelación solicitando la guarda y un régimen de visitas para la madre en caso de que se trasladará a Brasil. Por otra parte, la Audiencia deja manifiesto que ambos progenitores pueden encargarse del menor, pero dado que no queda probado que el menor fuera a estar mejor en Brasil, al ostentar el mismo la nacionalidad española se atribuye la custodia al padre. Frente a esto, la madre presenta recurso de casación, ya que considera que se ha vulnerado los arts. 92<sup>22</sup> y 103<sup>23</sup>CC, en relación con los arts. 29<sup>24</sup> y 124<sup>25</sup> CE, por entender que se ha aplicado de forma incorrecta el interés superior del menor.

El TS finalmente acepta este recurso por razón de interés casacional e indica que no se había podido valorar correctamente el interés superior del menor y que efectivamente, dada su corta edad del menor no se debería haber tenido en consideración

---

parental” en *Dialnet, cuadernos de Derecho Internacional*, Vol. 12, N°. 1, 2020, pp. 97-117. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7279748>. Consultado el 09/04/2021.

<sup>21</sup> STS N° 4233/2014 (Sala 1°) de 20 de octubre de 2014. Ponente: José Antonio Seijas Quintana. (ECLI:ES:TS:2014:4233).

<sup>22</sup> Vid. art. 92 CC.

<sup>23</sup> Vid. Art.103 CC.

<sup>24</sup> Vid. Art. 29 CE. BOE N° 311, de 29/12/1978. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>. Consultado el 20/04/2021.

<sup>25</sup> Vid. Art. 124 CE.

la nacionalidad del menor porque ello no es sinónimo de una mayor protección, ya que es lógico que un menor de corta edad tiene más vínculos afectivos con su madre que con el padre. Además, de indicar que el entorno amplio del menor le garantizaba más atención en Brasil que en España y que se podía entender que la comunicación padre-hijo quedaba protegida al existir un correcto reparto de los gastos de desplazamiento. A su vez indica que esta decisión se toma en base al respeto de los derechos del niño y ello no implica ir en detrimento de los derechos de los progenitores.

Por tanto, observamos que la patria potestad es compartida. Sin embargo, observamos una gran multitud de dificultades que se nos plantean a lo largo del caso como: ¿Puede trasladarse el domicilio del menor cuando se ha fijado un régimen de patria potestad conjunta si uno de ellos se opone? ¿No se estaría vulnerando el derecho de un progenitor a comunicarse con su hijo? ¿Y si el traslado fuera en el extranjero? ¿Qué límites abarca el principio del interés superior del menor? ¿Hasta qué punto la reubicación familiar, no puede devenir en secuestro?

Todo ello, supone hacer un ejercicio de reflexión y dejar presente que si en los casos en los que tenemos patria potestad conjunta ya existen multitud de conflictos, que sucedería en aquellos supuestos en los que se atribuye la patria potestad a un progenitor, efectuando el debido proceso de privación de la patria potestad que marca la legislación de nuestro país. En estos supuestos, nos surgen las siguientes cuestiones: En primer lugar, ¿Con qué mecanismos judiciales cuenta nuestro Dopr? ¿A la hora de atribuir la patria potestad a un progenitor, qué aspectos tiene en cuenta nuestro Dopr? ¿Por qué es necesario acudir a la Investigación privada para excluir a un progenitor de la patria potestad? ¿Qué papel adquiere el informe criminológico en los procesos internacionales de atribución de la patria potestad de los menores? ¿Cómo influye la privación de la patria potestad en aquellos supuestos en los que coexiste como pena accesoria a la pena de prisión?

Todas estas cuestiones se tratarán de dilucidar en el capítulo III de este trabajo. Por tanto, partimos de la base jurídica del anterior R. 2201/2003 Bruselas II bis, puesto que todavía resultan de aplicación algunos preceptos y por supuesto, nos supondrá un exhaustivo análisis posterior del novedoso R. 2019/1111, el cual algunos preceptos se aplican desde el año 2019, y se espera que en agosto del año 2022 entre en vigor en su totalidad.

## 2. Principios inspiradores en los procedimientos de responsabilidad parental.

A la hora de abordar los principios inspiradores en los procedimientos de responsabilidad parental, no debemos obviar que la importancia de la familia queda manifiesta en la mayoría de los tratados internacionales sobre derechos humanos.

Esto implica que cuando nos adentramos al estudio de los principios en el ámbito de estos procedimientos, debemos acudir a la idea de la protección familiar.

Por tanto, cuando hablamos de otorgar una adecuada protección en el ámbito familiar es necesario atender al concepto de familia que dispone la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su art. 16.3<sup>26</sup> A su vez, vemos como se reitera el deber de protección de la familia en el preámbulo<sup>27</sup> de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Ahora bien, no podríamos avanzar en la materia sin antes hacer referencia a dos conceptos que van a estar presentes a la hora de aplicar los principios inspiradores de la responsabilidad parental. Ellos son, por un lado, la propia responsabilidad parental, entendida como “el conjunto de los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución, por ministerio de ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor, incluidos, en particular, los derechos de custodia y visita”<sup>28</sup>; y, por otro lado, el concepto de menor.

Respecto el concepto de menor, el Reglamento (UE) 2019/1111 es claro y nos indica que se considera menor toda persona que tenga menos de 18 años<sup>29</sup>.

Llegados a este punto, estos principios van a ser muy relevantes en los procedimientos internacionales de atribución de la patria potestad de menores porque además de promover y salvaguardar el bienestar del menor, nos van a ayudar en caso de desavenencias familiares y atendiendo a determinados criterios a fijar la residencia habitual del menor, al mantenimiento de las relaciones personales, al cuidado, protección,

---

<sup>26</sup> Vid. Art. 16.3 DUDH:” La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

<sup>27</sup> Vid. Preámbulo CDN: “Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad. Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”.

<sup>28</sup> Vid. Art. 2.2 apartado 7 R. 2019/1111.

<sup>29</sup> Vid. Art.2.2 apartado 6 R. 2019/1111.

educación, la administración de los bienes y por supuesto a todo lo relativo a la representación legal del niño.

Si bien, los tres principios por excelencia que rigen en este ámbito son: El interés superior del menor, la autonomía progresiva y el Derecho del niño a ser oído; en este trabajo se ha optado por destacar el interés superior del menor y el favor filii, puesto que en la práctica son los que más apreciación requieren, y es por ello por lo que a continuación, procedemos al estudio de ambos.

## 2.1. El interés superior del menor en el Derecho Internacional Privado.

A modo introductorio, debemos considerar que los menores son vulnerables a causa de la imposibilidad que tienen de dirigir su vida con total autonomía. Expuesto esto, es lógico que un Juez una vez iniciado y durante todo el procedimiento de atribución de la patria potestad de los menores tenga presente el interés superior del menor, el cual vamos a ir observando tendrá un propósito puramente protector. Ahora bien, ¿Cómo funciona este principio en el Derecho Internacional Privado? ¿Es acogido por el resto de los ordenamientos jurídicos? ¿Qué límites abarca?

En primer lugar, el concepto ISM debe tener límites, ya que una excesiva protección del menor puede hacer que se produzca el efecto contrario al de protección y podría conllevar a que tanto los particulares como las instituciones no quieran hacerse cargo de los menores por la multitud de obligaciones que ello comporta. Además, debe existir cooperación judicial entre los distintos Tribunales, ya que, en muchas ocasiones, las situaciones relativas a protección de menores españoles o que residan en España no serán competencia de los tribunales españoles, según lo dispuesto en la legislación a nivel europeo e internacional. Esto implica que un tribunal extranjero pueda dictar sentencia sobre una cuestión que afecte a un menor español y esta decisión puede ejecutarse, es decir, producir los pertinentes efectos legales en España tal y como se contempla en la SAP MA 1780/2014, de 30 septiembre de 2014<sup>30</sup>.

Por todo lo expuesto, es necesario que entre en juego el ISM, ya que actúa como un factor de unificación del derecho internacional privado, consiguiendo que

---

<sup>30</sup> Vid. SAP Málaga 30 septiembre 2014 [madre marroquí e hija española}. SAP MA N° 1780/2014 - ECLI:ES: APMA: 2014:1780

independientemente del lugar en el cual se dicte la sentencia, exista la seguridad jurídica que este principio va a ser tratado de forma universal, tal y como se desprende en la CDN, lo cual permite que en numerosos ordenamientos jurídicos estatales se haya hecho un ejercicio de interiorizar los derechos del niño y precisión del principio del interés superior del menor.<sup>31</sup>

Sin embargo, bajo mi parecer existe una dificultad evidente, si bien es cierto que hay una tendencia de unificar criterios de interpretación en lo que se refiere a este principio, no debemos olvidar que cada país debe adaptarse a sus valores políticos, culturales, sociales, religiosos, económicos que en nada se parecen unos entre otros, lo cual puede suponer un conflicto.

Por tanto, es necesario que todos los países realicen una labor de integración y progreso en nuestra disciplina objeto de estudio. Es por ello, que se recurre en mayor medida al criterio de la proximidad para que no existan discrepancias de interpretación entre los distintos ordenamientos jurídicos. Gracias a este criterio, se abre camino a un nuevo Dopr, ya que la proximidad en reiteradas ocasiones nos va a dar respuesta a las dificultades prácticas que se dan en los procedimientos internacionales de atribución de la patria potestad de los menores.

Llegados a este punto, estudiaremos la incidencia del ISM en el Dopr y relataremos los límites que presenta este principio. Así pues, este principio es tan relevante porque nos ayuda a llenar los vacíos legales ante un supuesto de hecho que no se encuentra expresamente regulado por la Ley, es decir, es una guía orientativa que faculta al Juez para tomar decisiones en aquellas situaciones en las que no exista norma expresa. Concretamente, según CARMONA LUQUE, este principio es una “*norma paraguas*”<sup>32</sup>.

Por tanto, sabemos que el ISM tiene un carácter exclusivo, ya que su aplicación se predica únicamente en relación con el niño, además de adquirir una entidad propia en el Derecho Internacional Privado. Sin embargo, ello no implica que sea un principio

---

<sup>31</sup> Vid. GARCÍA LOZANO, S: “El Interés superior del niño” en Dialnet, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, N°. 16, 2016, pp. 131-157. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5662101>. Consultado el 25/02/2021.

<sup>32</sup> Según CARMONA LUQUE, el interés superior del menor es una “norma paraguas” en tanto que establece las pautas a seguir en todas las medidas concernientes a los niños. Vid. Sobre el tema CARMONA LUQUE: “Ejercicio de la patria potestad y tutela de los derechos del menor” en Dialnet, 50 Aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos: su influencia en la evolución de los derechos del niño. 1999 pp. 61-88. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3707570>. Consultado el 26/02/2021.

rígido o poco flexible, sino que en todo momento habrá que atender a la situación de cada niño, esto significa que, a cada supuesto de hecho, el juez realizará una interpretación y adaptará este principio a las exigencias que se requieran en el caso en cuestión.

Ahora bien, esta interpretación no se puede realizar de forma arbitraria, sino que deben respetarse unos límites que entran en juego en el marco de los DDHH del niño y que ya hemos enunciado algunos en la exposición de motivos del presente capítulo. Estos son:

**a) La opinión del niño.**

El Derecho a expresar su opinión será el elemento por excelencia que va a regir en el marco del principio del interés superior del menor y esto es porque si no tenemos en cuenta la opinión de este no respetamos su participación en decisiones que verdaderamente le afectan y por tanto se estaría violando la CDN, sin olvidarnos que siempre debemos atender a su edad y grado de madurez.

**b) La identidad del niño.**

Este es sin duda uno de los elementos más complejos en el momento de evaluar el interés superior del menor, ya que en este apartado van a salir a relucir cuestiones como el sexo, nacionalidad, orientación sexual, religión, personalidad y aspectos culturales. Esto es así, porque no sólo hablamos de niños de corta edad y todos los menores sean adolescentes o niños comparten necesidades universales básicas, y, por tanto, según marca la CDN, en los procedimientos judiciales a nivel internacional en materia de responsabilidad parental siempre debemos preservar la identidad del niño.

**c) La preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones.**

Si bien el derecho a la familia viene consagrado en la CDN, es lógico que el interés superior del menor tenga en consideración la preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones. DÍAZ Y PÉREZ, exponen que ante una situación de separación o divorcio debemos asegurar un sano crecimiento de los menores<sup>33</sup>, de tal

---

<sup>33</sup> Según DÍAZ Y PÉREZ podrían destacar importantes funciones de desarrollo y socialización como asegurar la supervivencia de los y las menores garantizando un sano crecimiento, aportando un entorno de

forma hay que reforzar los vínculos y evitar cambios innecesarios con el fin de que ello no suponga un perjuicio para su desarrollo personal y social.

**d) Cuidado, protección y seguridad del niño.**

Cuando hacemos referencia a cuidado, protección y seguridad del niño tenemos que interpretarlo en sentido amplio en el sentido de garantizar el bienestar y el desarrollo del niño. Por tanto, en los procesos de atribución de la patria potestad de los menores habrá que atender en todo momento a las necesidades materiales, físicas, educativas, emocionales, afectivas y de seguridad. El principal motivo de ello viene marcado por el concepto de responsabilidad parental, ya que son los padres los encargados de asistir, velar y proteger al menor por el mero hecho de ostentar patria potestad. Por tanto, es obvio que debe acudir al cuidado, protección y seguridad del niño para determinar el interés superior del menor.

**e) Situación de vulnerabilidad.**

Este concepto es sin duda uno de los más relevantes a nivel internacional, puesto que debemos tener en cuenta todas las situaciones de vulnerabilidad, esto es, si el niño puede ser víctima de malos tratos, vivir en la calle, ser solicitante de asilo, tener alguna diversidad funcional, pertenecer a algún grupo minoritario... En definitiva, la vulnerabilidad nos ayudaría por un lado a ajustar nuestra respuesta a la realidad del supuesto de hecho que se nos plantea.<sup>34</sup>

Y es que el fin de la vulnerabilidad es la asistencia a las familias en situación de riesgo, puesto que puede darse una situación de desamparo y que sea precisa la intervención de la Administración Pública competente para eliminar, reducir o compensar las dificultades o inadaptación que le afectan y evitar su desamparo y exclusión social, sin tener que ser separado de su entorno familiar, porque en todo momento el interés superior del menor comprende ese afán por fortalecer vínculos y lazos familiares en la medida de lo posible según se desprende de la preservación del entorno familiar y el mantenimiento de las relaciones.

---

efecto y apoyos también mediante la estimulación necesaria para conseguir desarrollar capacidades para poder relacionarse en su entorno físico, psíquico y social. Vid. Sobre el tema: DÍAZ Y PEREZ. *Las habilidades sociales en niños y adolescentes: su importancia en la prevención*. En fundamentos en humanidades. San Luis (Argentina). 2007. Pp. 189-194.

<sup>34</sup> Vid. Sobre el tema RODES LLORET: "Vulnerabilidad infantil" en *Dialnet*. 2010 Vol. 3. pp.20-40. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=661129>. Consultado el 05/05/2021.

**f) El derecho del niño a la salud.**

La CDN lo recoge en el art. 24<sup>35</sup>, y es que es necesario garantizar que todos los menores reciban la asistencia sanitaria oportuna. No obstante, en el caso de España no existe problema alguno al ser nuestro sistema de seguridad social universal, pero esto desgraciadamente en otros países como EE. UU. es necesario la suscripción de un seguro privado o por el contrario abonar los gastos asociados a la atención recibida, lo cual puede suceder que este Derecho se vea mermado.

Y por supuesto, si nos ponemos a analizar los países subdesarrollados todavía se complicaría más, al contar con un derecho a la salud nulo prácticamente. Bajo mi parecer este es uno de los elementos más complicado de valorar cuando entra en juego el principio del interés superior del menor, ya que actualmente es bastante utópico entender que en la práctica se lleva a cabo este derecho, por mucho que esté plasmado en un instrumento normativo de tal alcance.

**g) El derecho del niño a la educación.**

Este derecho también se evalúa dentro del ISM, ya que todas las decisiones sobre las medidas e iniciativas relacionadas con un niño deben ser previamente estudiadas y valoradas. Si bien este derecho viene recogido en la CDN<sup>36</sup>, el mismo establece la necesidad de implantar la enseñanza primaria y obligatoria gratuita para todos y se fomentará el concepto de proximidad respecto al centro educativo.

Por tanto, siguiendo la línea de esto es evidente que en los procesos judiciales se respetará el centro educativo al cual acuda habitualmente el menor en consonancia con su hogar, ya que podría resultar difícil adaptarse a las costumbres de otro país, establecer otros vínculos cuando normalmente se suele tener formado el grupo de iguales. Así pues, observaremos como en la práctica se va a realizar por parte de los jueces un ejercicio muy laborioso para determinar en los procedimientos de atribución de la patria potestad, cuáles van a ser los intereses superiores del menor en el ámbito educativo.

Una vez analizados los elementos tomados en consideración en el principio del ISM, podríamos establecer que este principio debe examinarse según las circunstancias concretas y específicas de cada niño, nunca de forma general. Además, el mismo nos

---

<sup>35</sup> Vid. Art.24 CDN.

<sup>36</sup> Vid. Art 28 CDN.

permite atribuir la competencia judicial a aquella más próxima cuando nos encontremos en situaciones de urgente y extraordinaria necesidad. Esto es precisamente porque el concepto de interés superior del menor es flexible, pero ello no significa que cada ordenamiento jurídico vaya a dejar de evaluar ese interés arreglo a sus disposiciones legales, porque como sabemos cada país tiene su propio concepto.

En conclusión, lo que deberíamos conseguir es llegar a un punto de encuentro, y es que actualmente no se ha conseguido en el ámbito del Dopr determinar una definición precisa y universal del interés superior del menor, lo cual implica que al no existir el mismo, nuestro Dopr debe acoger todas las concepciones de este criterio provenientes de los ordenamientos jurídicos internos, independientemente que se le den distintas connotaciones en base a los distintos contextos culturales.

## 2.2. Favor filii y su aplicación en el Derecho Internacional

### Privado.

Si bien el principio por excelencia en estos procedimientos es el ISM, no podemos obviar el favor filii y su aplicación en el Dopr. En primer lugar, destacamos que su origen reside en varios convenios internacionales al igual que sucede en el ISM (Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales, la Convención de la Haya de 25 octubre 1980 y 1996, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, CDN...), sin olvidarnos del TEDH que supone toda una garantía al obligar a los Estados parte a cumplir con lo dispuesto en el Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

En segundo lugar, en numerosas resoluciones judiciales se hace referencia al favor filii por las consecuencias que presenta en los procesos de separación y divorcio con menores, concretamente en los supuestos de custodia compartida.

Por tanto, el principio a favor del hijo va a encargarse de orientar la actuación judicial y asegurar la protección integral de los menores, lo cual implica que ante una determinada decisión por parte del Tribunal siempre primará el derecho del menor sobre cualquier otro interés que vaya a entrar en conflicto. Esto significa que, si bien la jurisprudencia viene reconociendo una igualdad de derechos para los progenitores, cabría mermarla y establecer una determinada decisión que a simple vista pueda favorecer a una de las dos partes y no sería violar a este precepto, sino actuar conforme a dicho principio,

salvaguardando la integridad, protegiendo y velando por el verdadero protagonista en este tipo de procesos judiciales, siendo el menor.

Seguidamente, analizaremos las consecuencias que comporta este principio en la adopción de medidas provisionales. En primer lugar, el Derecho de familia a nivel internacional es dispositivo, lo cual supone que las partes pueden solicitar al Juez que adopte una serie de medidas provisionales siempre y cuando el interés superior del menor y el favor filii así lo exijan.

En resumen, el favor filii lo que da es un margen al Juez para establecer que es lo más apropiado para el buen desarrollo del menor y es tan necesario porque en caso de no existir el Juez debería ceñirse a lo recogido en la Ley sin tener en consideración al interés superior y al favor filii.

Por otra parte, juega un papel importante en la atribución de la guarda y custodia, ya que al exigir que siempre debe efectuarse en interés del menor, implica que en el marco judicial este derecho del menor a la guarda y custodia no se utilice como arma de filo o mejor dicho, como castigo a la conducta de alguno de los progenitores, sino que se tome en consideración para determinar aquello más adecuado para el desarrollo del menor en el ámbito afectivo, social, educativo y familiar. De tal forma que el propio Juez pueda identificar si hay actitudes de rechazo o desprecio de algún progenitor o ambos hacia su hijo. Vemos pues, una vez más como actúa este principio como un mecanismo de defensa y protección del menor.

Ahora bien, a nivel internacional el mayor problema que se nos plantea en el marco de los procedimientos de atribución de la patria potestad de los menores es la denominada sustracción de menores, esto es, la retención ilícita de menores por parte de uno de los padres cuando la custodia ha sido atribuida legalmente al otro progenitor.

Así pues, el favor filii exige adoptar medidas cuando observa que se va a producir dicha sustracción como pueden ser: La prohibición de salida del territorio nacional sin contar con autorización previa, prohibición de expedir el pasaporte del menor o retirada del mismo si ya lo tuviere en su poder, también debe existir una autorización del menor para cambiar el domicilio de este.<sup>37</sup>

---

<sup>37</sup> Vid. Al respecto. LUNA ABELLÁN, E. “Custodia compartida y protección jurídica del menor”. En Dialnet, UCM. Madrid 2016, pp. 50-55. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=127394>. Consultado el 06/04/2021.

Todo este proceso de decisión por parte del Juez de aquello que considera más oportuno para el menor supone una labor exhaustiva al escuchar la opinión del menor siempre y cuando tenga suficiente juicio, además de tener todo un equipo técnico que valorar si efectivamente el menor presenta el juicio requerido y ello que manifiesta es beneficioso para él.

En conclusión, si bien cada ordenamiento jurídico aplica a su buen entender el principio favor filii, lo que si que es cierto es que todos los países parten de una estructura común, independientemente de los valores ideológicos, culturales, económicos que presenten. Ese afán de protección del menor en la mayoría de los Estados ayuda en estos casos de ruptura matrimonial a que el menor atraviese una experiencia menos traumática y perjudicial dentro de lo desagradable de la situación.

### 3. Análisis del Reglamento (UE) 2019/1111.

Si bien el anterior R. 2201/2003 Bruselas II bis aportó una serie de beneficios relevantes, es cierto que muchas disposiciones debían mejorarse dada la existencia de multiplicidad de fuentes normativas. Por tanto, el presente R. 2019/1111 viene a conseguir la uniformidad requerida, además de facilitar la circulación dentro del marco de la UE de resoluciones, documentos públicos y algunos acuerdos lo cual viene contemplado en las disposiciones referentes al reconocimiento y ejecución en otros Estados miembros. A su vez, complementa otros instrumentos normativos como el Convenio de la Haya de 1980 y 1996 en lo atinente a aspectos civiles relacionados con la sustracción ilícita de menores.

En lo que respecta a las características de este novedoso reglamento es que es de carácter obligatorio, esto es, todos los Estados miembros deben aplicarlo siempre que nos encontremos en procedimientos de responsabilidad parental y especialmente cuando se tengan que aplicar medidas de protección del menor.<sup>38</sup>

Otra de las características que observamos es que goza de uniformidad, puesto que normalmente las disposiciones en materia de responsabilidad parental se producen en el

---

<sup>38</sup> 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” *en Dialnet, cuadernos de Derecho Internacional*, Vol. 12, Nº. 1, 2020, pp. 97-117. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7279748>. Consultado el 17/03/2021.

marco de un procedimiento de divorcio o separación, con lo cual es lógico que se requiera de un instrumento normativo que regule la responsabilidad parental y la materia matrimonial a la vez.

Llegados a este punto, enunciaremos las principales modificaciones del nuevo reglamento para posteriormente profundizar en las mismas en los siguientes apartados. En primer lugar, existe una clara mejora de la estructura y la sistemática respecto de la versión anterior que se manifestará fundamentalmente en el capítulo IV “reconocimiento y ejecución de resoluciones”.

Además, observaremos modificaciones en materia de competencia judicial internacional en responsabilidad parental como por ejemplo la modificación de la sumisión en materia de menores, la adopción de medidas provisionales exclusivamente para los menores, cuestiones incidentales, refuerzo del menor a expresar su opinión...

Posteriormente, encontramos un bloque dedicado a las modificaciones en materia de sustracción de menores en el que se menciona expresamente el carácter complementario de este Reglamento con el Convenio de la Haya de 1980, a la vez que contempla un procedimiento judicial acelerado de restitución siendo los plazos mucho más realistas de los que venía dejando manifiesto anteriormente. También lo que resulta novedoso de este Reglamento es la mención siguiente: “La necesidad de que se haga todo lo posible en los Estados miembros para garantizar lo antes posible el contacto del niño sustraído con el padre que ha sufrido la sustracción<sup>39</sup>”.

Finalmente, cabe destacar que el R. 2019/1111 mantiene gran parte de las disposiciones del vigente Reglamento UE 2201/2003 por lo que el mismo será estudiado a lo largo de este trabajo.

### 3.1. Mejora de la estructura y la sistemática respecto de la versión anterior.

Uno de los beneficios que contempla el R. 2019/1111 es que supone una mejora de la estructura y la sistemática en comparación con la versión anterior<sup>40</sup>. Esto se percibe

---

<sup>39</sup> Vid. art. 27.1 R. 2019/1111.

<sup>40</sup> RODRÍGUEZ PINEAU, E. “El nuevo Reglamento (UE) 2019/1111 en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores” en *Revista jurídica sobre familia y menores* Nº 26. 2020. pp.14-20.  
Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7487535>. Consultado el 09/04/2021.

principalmente en el capítulo IV denominado “reconocimiento y ejecución de resoluciones”<sup>41</sup>, además de manifestarse en todas las cuestiones relativas a la competencia de menores. Por tanto, observaremos que el nuevo reglamento va a realizar una labor de ordenación, sistematización que va a permitir que este instrumento comunitario goce de una autonomía y sustantividad propia.

Así pues, esto va a facilitar la labor del jurista en la temática relacionada con la efectividad de las resoluciones de un Estado miembro en el resto de estos, ya que se contempla un orden lógico que automáticamente permite al profesional conocer cómo se ha de llevar el reconocimiento o la declaración de fuerza ejecutiva de las resoluciones.

A modo aclaratorio, debemos destacar que el anterior Reglamento Bruselas II bis no es que fuese desorganizado, porque ya se venía separando las resoluciones que eran reconocibles de aquellas que debían declararse con fuerza ejecutiva, aquí la diferencia viene marcada por la mejor sistemática que adopta el R. 2019/1111.

Ahora bien, analizando la sección primera del capítulo IV del nuevo Reglamento, encontramos una serie de disposiciones generales que aluden al reconocimiento y a la ejecución. En primer lugar, debemos conocer que para que se efectúe el reconocimiento de las resoluciones no es necesario acudir a procedimiento alguno, sino que las resoluciones que se dicten en un Estado miembro, necesariamente por su condición deben ser reconocidas en los demás Estados miembros, siempre y cuando no concurran motivos de denegación<sup>42</sup>.

Los motivos de denegación del reconocimiento de las resoluciones en materia de responsabilidad parental son 6<sup>43</sup>:

En primer lugar, que el reconocimiento fuera contrario al orden público del Estado que se hubiere invocado, considerando siempre el ISM. Por ejemplo, que se atribuya la guardia y custodia directamente a la madre por razón del sexo y se excluya al padre de su participación.

---

<sup>41</sup> Reconocimiento: Comúnmente a través del exequátur, se pretende que la sentencia de carácter extranjero produzca efectos en el Estado miembro que se desee.

Ejecución: Una vez reconocida la resolución, las partes solicitan al juez que ordene el cumplimiento forzoso de la resolución extranjera.

<sup>42</sup> *Vid.* Art.30 R. 2019/1111.

<sup>43</sup> *Vid.* Art. 39 R. 2019/1111.

En segundo lugar, que se declare en rebeldía uno de los progenitores y no se le haya comunicado con la suficiente antelación el escrito de demanda para que pueda preparar su defensa, y por otra parte que no conste de forma expresa que el progenitor haya aceptado la resolución.

En tercer lugar, que se produzca una violación del derecho de responsabilidad parental al alegar que la resolución ha sido dictada sin la posibilidad de que la persona que ostenta dicho derecho haya sido oída.

En cuarto y quinto lugar, que la resolución fuera incompatible con otra dictada en materia de responsabilidad parental, o resultara contradictoria con otra resolución dictada por otro Estado miembro o Estado no miembro de residencia habitual del menor.

En sexto lugar, que no se haya seguido el procedimiento previsto en el art. 82.

Respecto a la ejecución de resoluciones debemos atender a la sección 3 dentro del propio capítulo IV. Por tanto, atenderemos a los siguientes arts.<sup>44</sup>. Dentro de los mismos, vemos que a diferencia de lo que sucede con el reconocimiento en la ejecución si es necesario abrir un procedimiento de ejecución, y que el mismo se registrará por el Derecho del Estado miembro de ejecución, salvo excepciones contempladas en la Ley. Seguidamente, vemos una exigencia de que la parte que inste el procedimiento de ejecución debe contar con una dirección postal en el Estado miembro que vaya a solicitarse la ejecución de la resolución, además de tener un representante autorizado siempre que la legislación del Estado miembro así lo disponga.

En lo que se refiere a la notificación de la resolución<sup>45</sup> debemos destacar lo que sucede en el supuesto de que se tenga que realizar en un Estado miembro distinto del Estado miembro de origen, y es que el problema puede darse por existir diferentes idiomas. Por eso la Ley permite a la parte contra quien se insta la ejecución solicitar una traducción de la resolución o bien cuando proceda del certificado para evitar precisamente la indefensión de las partes y augurar una mayor seguridad en el tráfico jurídico.

Una vez estudiadas las cuestiones básicas relativas al reconocimiento y ejecución de las resoluciones, es momento de atender a otro de los aspectos más novedosos que

---

<sup>44</sup> Vid. Arts.51-55 R.2019/1111.

<sup>45</sup> Vid. RODRÍGUEZ PINEAU, E. "El nuevo Reglamento (UE) 2019/1111 en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores" en Revista jurídica sobre familia y menores Nº 26. 2020. pp.14-20.  
Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7487535>. Consultado el 09/04/2021.

incorpora el nuevo Reglamento. Esto lo vemos manifiesto, ya que, a diferencia del anterior Reglamento, en este observamos una descripción detallada de los documentos requeridos al solicitante en el ámbito de los procedimientos de responsabilidad parental<sup>46</sup>.

Visto lo que antecede, el reconocimiento de las resoluciones en otro Estado miembro debe invocarse por la parte interesada y aportarse o bien una copia de la resolución que posea los dotes de autenticidad<sup>47</sup> o bien un certificado que siga las reglas de expedición marcadas en el art. 36 del Reglamento.

Respecto a la ejecución de resoluciones debe aportarse los mismos documentos pero con la peculiaridad de que aquí se presenta ante las autoridades de ejecución competentes y serán estas las que exijan el efectivo cumplimiento de las medidas provisionales o cautelares que se contemplen en la resolución.

Otra de las cuestiones que llama la atención en el ámbito de la ejecución de resoluciones es la supresión del exequátur para todas las resoluciones dictadas en materia de responsabilidad parental, tal y como se desprende del art 34 R.2019/1111: “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”.

Ahora bien, esto no supone una exención de cumplir los requisitos establecidos en los arts. 35-36 del nuevo Reglamento, ya que como sabemos la copia de la resolución tiene que poseer los dotes de autenticidad necesariamente.

Finalmente, aunque ya existían en el R.1215/2012, el nuevo Reglamento recoge todas las cuestiones relativas al procedimiento de solicitud de no reconocimiento de resoluciones y vendrá regulado por el Derecho del Estado miembro en el que se inicie el procedimiento de no reconocimiento.

### 3.2. Ejecución privilegiada de resoluciones que acuerdan los derechos de visita y las que ordenan la restitución del menor.

---

<sup>46</sup> Vid. Arts-31-41 R.2019/1111.

<sup>47</sup> Autenticidad: Un documento goza de autenticidad cuando tiene carácter público por el mero hecho de ser público y cuando es privado gozará de la misma cuando ha sido reconocido ante juez o notario o judicialmente cuando ha sido inscrito en un registro público.

Si bien hemos abordado las cuestiones generales referentes al reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de responsabilidad parental no debemos olvidar lo relativo a las especialidades que contemplan las ejecuciones privilegiadas en aquellas resoluciones que acuerdan derechos de visita y las que ordenan la restitución del menor<sup>48</sup>.

De una parte, se formulan una serie de disposiciones para el ejercicio de los derechos de visita, y es que tanto las autoridades competentes como los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de ejecución van a poder introducir ciertos matices en lo que respecta el ejercicio de este derecho, siempre y cuando se considere que la resolución dictada no hubiese establecido las medidas necesarias o éstas resulten incompletas, respetando siempre los elementos centrales de la resolución dictada previamente<sup>49</sup>.

De otra parte, debemos exponer el motivo por el cuál en muchas ocasiones se requiere de una ejecución privilegiada del derecho de visita. Esto es precisamente para evitar el secuestro internacional de menores ya que es habitual aprovecharse del disfrute del derecho de visita para proceder a trasladar al menor a otro país para retenerlo allí sin consentimiento del otro progenitor. Además, cabe aludir al Acuerdo Schengen de 14 de junio de 1985 el cual supone un denominador común para todos los estados parte del convenio que implica la supresión de los controles en las fronteras internas de estos países.<sup>50</sup>

Por tanto, la consecuencia práctica es que simplemente con el pasaporte familiar en el que el menor aún aparece registrado por no haberse reflejado esa ejecución

---

<sup>48</sup> Derechos de visita: implican los relativos al derecho de poder ver y tener contacto con el menor, incluido el derecho de llevar a un menor a otro lugar diferente al de su residencia habitual, por un período de tiempo limitado.

Restitución del menor carácter internacional: Tiene lugar cuando uno de los progenitores traslada o retiene en otro país distinto al de su residencia habitual a un menor de forma ilícita vulnerando los derechos de custodia o visita del otro progenitor. Por tanto, el fin que persigue es volver a la situación inicial, es decir devolver al menor a la situación lícita que venía ostentando el progenitor titular de los derechos relativos en materia de responsabilidad parental.

<sup>49</sup> *Vid.* Art. 54 R. 2019/1111.

<sup>50</sup> BOE N° 81, de 5 de abril de 1994. Instrumento de ratificación del Acuerdo de Adhesión del Reino de España al Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado en Schengen el 19 de junio de 1990, al cual se adhirió la República Italiana por el Acuerdo firmado en París el 27 de noviembre de 1990, hecho el 25 de junio de 1991. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1994-7586> Consultado el 02/03/2021.

privilegiada en la práctica, pueda facilitar el traslado del menor a nivel internacional. Es por eso por lo que es muy importante que el nuevo R. 2019/1111 haya incluido las disposiciones relativas a la ejecución privilegiada de las resoluciones para evitar precisamente estos secuestros internacionales mediante la adopción de determinadas medidas cautelares por parte de las autoridades judiciales competentes.

Concretamente la adopción de medidas cautelares viene completamente detallada en el Reglamento 1215/2012 que a su vez en el mismo se distinguen dos tipos de medidas cautelares<sup>51</sup> que se adoptarán por el Juez del fondo del asunto o por el que sea competente siguiendo las pautas del propio Reglamento:

Por un lado, las medidas de efecto conservador que cuyo cometido es asegurar la ejecución de una reclamación y que podrían ser adoptadas por un Juez que no conozca del fondo del asunto. Aquí estaríamos haciendo referencia a las medidas cautelares en relación con la restitución del menor una vez ya ha sido sustraído.

Y por otro lado, que en los casos de SIM y sobre todo en derechos de visita son muy relevantes, son las medidas de ejecución provisional, puesto que las mismas intentan anticiparse a los acontecimientos, es decir no se trata de hacer valer una resolución como tal, sino ante un posible riesgo para el menor de sufrir SIM, el Juez en el caso que exponíamos anteriormente podría retirar el pasaporte para que el progenitor con intenciones de llevar a cabo el secuestro internacional pueda ser captado por las autoridades policiales con el fin de que ello se impida y es en estas medidas de ejecución provisional dónde reside la importancia de actuación de las autoridades judiciales para salvaguardar y proteger al menor.

Llegados a este punto, gracias al R 2019/1111 y el R. 1215/2012 podríamos establecer que se ha producido un gran avance al permitir esta ejecución privilegiada de las resoluciones que acuerdan derechos de visita y la restitución del menor porque necesitábamos de instrumentos normativos que regularan estas cuestiones básicas que

---

<sup>51</sup>Vid. Art.35 R. 1215/2012. DOUE N°. 351, de 20 de diciembre de 2012. Disponible en: [https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2012-82604#:~:text=L%2D2012%2D82604-Reglamento%20\(UE\)%20n%C2%BA%201215%2F2012%20del%20Parlamento%20Europeo%20y,a%2032%20\(32%20p%C3%A1gs.%20\)](https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2012-82604#:~:text=L%2D2012%2D82604-Reglamento%20(UE)%20n%C2%BA%201215%2F2012%20del%20Parlamento%20Europeo%20y,a%2032%20(32%20p%C3%A1gs.%20).) . Consultado el 02/03/2021.

afectaban tanto a la responsabilidad parental como a la sustracción internacional de menores.

### 3.3. Principales modificaciones respecto a la determinación de la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental:

Las principales modificaciones respecto a la determinación de la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental la observamos en primer lugar en el art. 10 R. 2019/1111<sup>52</sup> que recoge la modificación de la sumisión en materia de menores. Además, en su art. 13 establece la posibilidad de que un Estado miembro solicite al Estado miembro donde reside el menor que le otorgue o transfiera competencia respecto al mismo.

Por ejemplo, ello se contempla en supuestos en los que el menor tenga un vínculo estrecho con un determinado estado miembro, ya que se considera que estaría mejor posicionado para valorar el ISM y, por tanto, decidir acerca de una cuestión relacionada con el supuesto particular que nos encontremos.

Ahora bien, el art. 10 R.2019/1111 establece la competencia general de los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro en materia de responsabilidad parental. Para ello establece algunas condiciones como: Que el menor esté estrechamente vinculado a ese Estado miembro y ello se determina si, por ejemplo, algunos de los progenitores tienen su residencia habitual en ese Estado o ese Estado es la antigua residencia del menor o porque el menor ostente la nacionalidad propia del Estado en cuestión. También, en casos de sumisión expresa, es decir, cuando las partes mediante acuerdo deciden libremente otorgar la competencia a un Estado. Y, por otra parte, que ese ejercicio de la competencia actúe en consonancia con las exigencias del principio ISM.

Además, a diferencia de lo que sucede en otras materias, en estos supuestos las medidas con la finalidad de conseguir la restitución voluntaria del menor serán promovidas por la autoridad central del Estado donde se encuentre el menor. Esto sucede

---

<sup>52</sup> RODRÍGUEZ PINEAU, E. “El nuevo Reglamento (UE) 2019/1111 en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores” en Revista jurídica sobre familia y menores Nº 26. 2020. pp.14-20.  
Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7487535>. Consultado el 09/04/2021.

básicamente cuando no puede determinarse la residencia habitual del menor ni la competencia en base a lo dispuesto en el art.10 expuesto anteriormente.

Otra de las principales modificaciones la encontramos en el establecimiento de determinadas medidas provisionales que afectan exclusivamente a los menores y que se adoptan en supuestos de extraordinaria urgencia. Vienen reglados en el art. 15 R. 2019/1111 y determinan que un Estado miembro aunque no sea competente para conocer del fondo del asunto, puede adoptar medidas provisionales, incluyendo las cautelares en lo que respecta a un menor residente en ese Estado miembro, o sobre los bienes que se encuentran en dicho territorio.

Por otra parte, también se alude a las posibles cuestiones incidentales<sup>53</sup> que puedan plantearse al margen del proceso judicial. Así pues, la peculiaridad que ostenta el art. 16 vinculada a las cuestiones incidentales es la permisividad de que un órgano jurisdiccional no perteneciente al ámbito de aplicación del R.2019/1111 pueda resolver una cuestión que afecta al menor aun cuando ese Estado no sea competente por razón de la materia.

Imaginemos, en materia de sucesiones existe una cuestión relacionada con el menor porque se necesita designarle un tutor para que represente al menor en ese procedimiento, el Estado miembro competente para conocer de ese asunto( en este caso como regla general el de la residencia habitual del causante), va a tener competencia para designar al tutor también para el procedimiento en materia de responsabilidad parental que ya estaba abierto anteriormente sin atender a si es o no competente para las cuestiones de responsabilidad parental.

Sin embargo, no debemos olvidar en ningún caso que uno de los aspectos más importantes para atribuir la competencia judicial a un órgano jurisdiccional es el ISM, y precisamente este nuevo Reglamento con el fin de realizar un exhaustivo cumplimiento del mismo, dota de mayor relevancia en los procedimientos contenciosos de escuchar al menor siempre y cuando tuviera el juicio suficiente para poder determinar mejor sus pretensiones y para evaluar que las decisiones que le incumben no le perjudiquen.

---

<sup>53</sup> Cuestiones incidentales: En responsabilidad parental, todas aquellas cuestiones que, siendo distintas de las que constituyen el objeto principal del pleito, guarden relación con éste inmediata. Debe entenderse toda aquella que requiere de una decisión específica y distinta de la que resuelve el objeto principal del proceso, por suscitarse sobre asuntos relacionados con dicho objeto.

En resumen, la opinión de los menores siempre debe tomarse en consideración antes de adoptar una decisión judicial sin que ello sea el único sustento de la propia decisión, es decir ellos no van a ser quien asuman la decisión obviamente, pero si que de cierta manera este Reglamento intenta aproximarlos y hacerlos partícipes para evitar que esta experiencia sea lo menos traumática y perjudicial posible. Por tanto, esto es una manifestación clara de ese refuerzo del derecho del menor a expresar su opinión en los procedimientos que le afectan.

### 3.4. Modificaciones relevantes en materia de sustracción de menores que afectan incidentalmente en los procedimientos de responsabilidad parental.

Si atendemos al capítulo III denominado “Sustracción internacional de menores”<sup>54</sup>, observaremos una serie de modificaciones relevantes en materia de sustracción de menores que van a afectar incidentalmente a nuestra disciplina objeto de estudio.

Precisamente, a diferencia de la diversidad de fuentes existentes anteriormente, el nuevo Reglamento es conciso al indicar expresamente que el mismo se va a aplicar complementariamente al Convenio de la Haya de 1980 entre los distintos Estados miembros de la UE<sup>55</sup>.

Además, una de las ventajas en lo que respecta a la restitución del menor es la agilidad y rapidez de tramitación en el marco de los procedimientos de restitución en España en los Juzgados de Primera Instancia, ya que tras la reforma efectuada en el año 2015 de los arts. 778 *quarter a sexies* de la LEC<sup>56</sup>, existen supuestos que se han tramitado en tiempo menor a las seis semanas.

Sin embargo, esta reforma no ha solventado la demora existente en las Audiencias Provinciales, puesto que podemos encontrar procedimientos que pueden tardar años en resolverse, por lo que es necesaria una reforma en el ámbito de las Audiencias Provinciales.

---

<sup>54</sup> Vid. Sobre el tema de estudio. LORENTE MARTINEZ, I. *Sustracción internacional de menores: estudio jurisprudencial práctico y crítico*. Dykinson. Madrid. 2019.

<sup>55</sup> Vid. Art.22 R.2019/1111.

<sup>56</sup> Vid. Arts. 778 *quarter a sexies* de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. BOE Nº 7, de 8 de enero de 2000. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>

Otro de los aspectos innovadores que se incorpora es la introducción de la mediación<sup>57</sup> en el proceso de restitución del menor. Como sabemos la mediación fue introducida en la reforma de 2015 de la LEC y es un procedimiento extrajudicial que busca la resolución alternativa de conflictos.

Ahora bien, en muchas ocasiones la tarea de aproximar a las partes y conseguir llegar a un acuerdo común entre ambas es muy complicado. Por eso se necesitan mediadores expertos en responsabilidad parental, ya que normalmente estos procedimientos por el interés que protegen deberían otorgárseles una rápida tramitación y resolución para perjudicar lo menos posible al menor.

También, una de las cuestiones con más trascendencia en el marco del R.2019/1111 es llevar a cabo todas las actuaciones necesarias para conseguir lo antes posible el contacto del niño sustraído con el progenitor que ha sufrido la sustracción, ya que en muchas ocasiones transcurre bastante tiempo y el vínculo del menor con el progenitor es muy importante para el desarrollo normal del menor.

Por otra parte, recoge el nuevo reglamento que es posible que se ejecute provisionalmente las resoluciones de restitución. Esto implica solventar los problemas que pueden surgir como consecuencia de demorarse los procedimientos en materia de restitución del menor.

Gracias a este artículo<sup>58</sup>, y recordando el principio de jerarquía de las normas el Derecho comunitario prevalece sobre el derecho de los Estados miembros, por tanto aunque la disposición del art. 778 quinquies de la LEC disponga que la resolución dictada por el Juzgado de Primera Instancia es apelable y el recurso que se presente tendrá efectos suspensivos, en nada perjudicaría a aquel procedimiento de sustracción tramitado en el marco del R.2019/1111, puesto que al ostentar superioridad jerárquica esta norma se va a poder ejecutar de forma provisional la orden de restitución independientemente de que no se haya resuelto el recurso de apelación lo cual supone una ventaja para la parte que se ha visto afectada en la sustracción del menor.

No obstante, si bien el art. 28 del propio Reglamento indica que las órdenes de restitución se deberán ejecutar con toda celeridad. La crítica que debemos hacer al respecto es que cuando se incumple la ejecución de estas órdenes de restitución la sanción

---

<sup>57</sup> Vid. Art. 25 R.2019/1111.

<sup>58</sup> Vid. Art. 27.6 R.2019/1111.

que se le impone al sustractor es bastante leve, por tanto, observamos que por mucho que el procedimiento se tramite correctamente, el sustractor que no devuelve al menor como mucho se le impone una multa, la cual es de escasa cuantía y no tiene demasiada trascendencia.

El problema que no aclaraba el anterior reglamento era qué sucedía en aquellos supuestos en los que había una resolución de restitución del menor en un Estado miembro, y, por otra parte, la petición de revocación de la resolución de no restitución del Estado miembro al que el menor había sido sustraído. Y es que cuando uno de los Estados miembros denegaba la restitución, debía de comunicar dicha denegación al otro Estado miembro y esto suponía una gran confusión al no determinarse con claridad en el anterior reglamento quién debía de resolver la controversia.

Es por eso por lo que el R.2019/1111 termina con este debate y precisa con exactitud en su art.29 que los competentes para establecer la cuestión expuesta anteriormente serán los jueces que conocen del fondo del asunto en caso de que no esté conociendo algún Tribunal concretamente.

Si seguimos analizando el precepto, observamos que respecto de la decisión de denegación de restitución va a tomarse en consideración aquella resolución del Estado miembro de residencia habitual del menor antes que aquella residencia que se encuentre el menor sustraído. Ej. Si el menor reside habitualmente en España y un progenitor lo traslada ilícitamente a Alemania, será España y sus órganos jurisdiccionales los encargados de decidir sobre si se deniega la restitución o no.

En conclusión, FERNÁNDEZ ROZAS<sup>59</sup> y otros expertos en la materia nos indican que en la práctica este tipo de soluciones que nos da el art. 29 no funciona del todo bien en determinados países. Y es que países como Bélgica en los que cuando existen sustracciones de menores actúan castigando, reprimiendo al sustractor del niño lo que suelen realizar es una modificación automática de la custodia en favor al otro progenitor y esto muchas veces supone dejar de estudiar el ISM que como sabemos debe ser tomado en consideración en todo el marco de un proceso judicial en materia de responsabilidad parental.

---

<sup>59</sup>Sobre el tema de estudio Vid. FERNÁNDEZ ROZAS: “El blog de José Carlos Fernández Rozas”. Disponible en: <https://fernandezrozcas.com/category/derecho-internacional-privado/>. Consultado el 07/04/2021.



## CAPÍTULO II

# Tutela jurisdiccional de los menores en Derecho internacional privado español.

### 1.Aspectos generales.

Cuando hacemos referencia a la tutela jurisdiccional del menor en Derecho internacional privado español queremos decir que el menor se encuentra en una situación normalmente de desamparo y es necesario que el juez que conoce del fondo del asunto en el proceso judicial internacional intervenga con el fin de dotar de protección al menor.

Es más, al aludir a la tutela jurisdiccional estamos reconociendo un Derecho fundamental que le corresponde a todo ser humano por el mero hecho de serlo. Así pues, según IBARRA SANTOS<sup>60</sup>: *“La tutela jurisdiccional supone aquel Derecho que siguiendo los plazos y la normativa correspondiente nos permite acceder a un Tribunal para solicitar una determinada pretensión o a defendernos de aquello que nos están solicitando, y esto debe hacerse siguiendo un procedimiento en el que se cumplan las formalidades del procedimiento y que lleve a dictar una resolución”*.

Ahora bien, en el momento que aplicamos este concepto al ámbito de los menores, debemos atender a que estamos ante una persona que requiere de mayor protección dada su vulnerabilidad.

En consecuencia, la tutela jurisdiccional de los menores en Dopr español se convierte en un aspecto que otorga mayor protección, lo que implica que en la toma de decisión de un procedimiento debe considerarse que no se afecte el ISM, que no se le perjudique, que se tomen en cuenta todas aquellas alternativas que se tengan para que se beneficie al menor.

Por tanto, la misma legislación es la que tiene que prever que se cuide al menor y esto lo consigue estableciendo formalidades que se siguen en el transcurso del procedimiento. Así pues, el menor al enfrentarse a intereses de los padres que son

---

<sup>60</sup>Para cualquier estudio sobre este tema Vid. IBARRA SANTOS, P;” Sistema jurídico colombiano, ordenamiento legal y orden jurídico” págs. 155-172.Difusión jurídica, 2010.

contrapuestos entre sí, esa misma legislación debe anticiparse y prever instrumentos que protejan al menor.

Esto lo observamos, por ejemplo, el menor tiene derecho a ofrecer pruebas, a ser oído si cuenta con el suficiente juicio, a que se dicte la resolución atendiendo a los puntos que el mismo haya planteado y que se ejecute la resolución dictada.

Llegados a este punto, debemos entender la tutela jurisdiccional desde el punto de vista de todas aquellas formalidades que deben respetarse en el marco de un procedimiento judicial en materia de responsabilidad parental.

Pero, ahora bien, son las autoridades las encargadas de hacer valer esta tutela y esta puede llevarse a cabo o por una autoridad administrativa, autoridad judicial o en algunos países puede encomendarse a algún ministro (Ej. México).

Además, consideramos que todas estas formalidades existentes en lo que respecta a la protección de menores son consecuencia directa de los problemas sociales en España. Recientemente, y aún más potenciado por la COVID-19 en nuestro país JIMÉNEZ ÁLVAREZ afirma que diariamente se encuentran miles de inmigrantes menores que no ostentan la nacionalidad española: *“Normalmente los menores inmigrantes son marroquíes, pakistaníes, rumanos y subsaharianos”*.<sup>61</sup> Y es por eso por lo que nuestra legislación debe estar atenta y solventar este de tipo de problema social que viene aumentando desde el año 2007.

El motivo legal que se le puede encontrar a esta huida de su país de origen hacia España es precisamente porque conocen a la perfección la normativa española de extranjería, ya que ésta impide repatriar a los menores a su estado de origen precisamente para evitar que se mermen sus garantías y sus derechos.

Por tanto, podemos establecer que España en materia de protección del menor inmigrante está bastante avanzada en comparación a otros países y el resultado de ello es que normalmente las instituciones públicas españolas suelen acoger a los menores que atraviesan dificultades en sus vidas.

Para llevar a cabo lo expuesto anteriormente, el Derecho español pone a disposición una serie de instrumentos legales, ya que cuando los progenitores no asisten

---

<sup>61</sup>Sobre el tema Vid. JIMÉNEZ ÁLVAREZ; *Intrusos en la fortaleza: Menores marroquíes migrantes en la Frontera Sur de Europa*. pp. 200-210. Comares, Granada, 2012.

al menor automáticamente la Administración pública competente en cada CCAA se encargará de la asistencia del menor, porque en nuestro país se entiende que es la más cercana al núcleo familiar del menor.

Sin embargo, no debemos olvidar que ello siempre irá acompañado de un procedimiento con sus respectivas solemnidades contempladas en la legislación, cuyo fin será determinar si efectivamente un menor se encuentra en desamparo o no, porque podría ser que los Juzgados de lo contencioso administrativo determinasen que el menor extranjero no acompañado por sus padres no se encontrase en una situación de desamparo y en ese caso sí que se podría repatriar a su país de origen una vez se constate la veracidad del supuesto.

En conclusión, este capítulo denominado “la tutela jurisdiccional de los menores en Dipr español” nos va a permitir profundizar en la determinación de la competencia judicial internacional, estudiar intensamente el Reglamento Bruselas II bis 2201/2003, aproximarnos a conocer la gran variedad de instrumentos normativos que contempla nuestro Dipr, además de establecer un concepto explícito de responsabilidad parental que es uno de los puntos básicos de nuestro trabajo. Para finalizar se abordará las cuestiones relativas a los foros de competencia, así como la ley aplicable a las medidas de protección de menores y la validez extraterritorial de las resoluciones.

## 2.Competencia judicial internacional y protección de menores.

A modo introductorio, la competencia judicial internacional ha sido definida por CORTÉS DOMÍNGUEZ<sup>62</sup> como:” *El conjunto de procesos que presentan un elemento de extranjería relevante, en los que los órganos españoles pueden ejercer, según la Ley española, su jurisdicción*”.

De este concepto, debemos exponer que esa aptitud legal de los órganos jurisdiccionales y las autoridades para conocer sobre los conflictos derivados de situaciones propias del Dipr, es lo que nos permite determinar el ámbito de actuación de un determinado Tribunal.

---

<sup>62</sup> Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ; “La competencia judicial internacional” en *Enciclopedia Jurídica*. 2020 pp. 20-22. Disponible en: <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/competencia-judicial-internacional/competencia-judicial-internacional.htm>. Consultado el 14/03/2021.

Si acudimos a la LEC, ésta es la encargada de establecer los criterios procesales de la competencia funcional, objetiva y territorial de nuestro ordenamiento jurídico. Ahora bien, si queremos acercarnos a estudiar el carácter internacional de la competencia, debemos comprender que en ningún caso la internacionalidad va asociada a la naturaleza de los órganos judiciales que conocen de determinados pleitos, sino que esa competencia judicial internacional se caracteriza porque los hechos de los cuales se precisa atribuir competencia derivan de actos o relaciones de tráfico externo.

Históricamente, la competencia judicial internacional es bastante tardía en España, ya que la primer vez que se recoge en el Derecho español como norma no es hasta la promulgación de la LOPJ<sup>63</sup> de 1985.

El problema se producía porque podían suscitarse conflictos en relación con procedimientos de carácter internacional en los cuales era difícil atribuir la competencia a determinado Tribunal, es por eso por lo que nuestro TS decidió suplir este vacío legal indicando que cuando se observase elementos de extranjería, el jurista debía acudir a los foros de competencia<sup>64</sup>.

Respecto a los foros de competencia dedicaremos un apartado específico posteriormente en el que detallaremos los que más afectan en materia de protección de menores.

Dicho en otras palabras, la competencia judicial internacional es la aptitud legal de un órgano o tribunal de un estado con competencia para conocer, solucionar y en su caso ejecutar resoluciones respecto de una situación privada internacional que antes ha conocido. Por ej. La adopción de menor etíope por pareja de españoles. En este supuesto debemos atender a las reglas especiales que contemplan las adopciones internacionales y a partir de ahí preguntarnos qué tribunales son los competentes para resolver la controversia en función de si la menor está en España o en Etiopía. <sup>65</sup>

---

<sup>63</sup> Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. BOE N° 157, de 02/07/1985. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12666>

<sup>64</sup> Foro de competencia: “Criterio de conexión, vinculación o proximidad que justifica la atribución de competencia judicial internacional de los tribunales de un Estado determinado respecto de un litigio o grupo de litigios”.

<sup>65</sup> STS N° 4113/2017 10 marzo 2017- ECLI:ES:TS:2017:4113.  
SAP N° 130/2018 Girona 15 septiembre 2018 - ECLI:ES:JMGI:2018:130ª.  
STS N° 4113/2017 19 mayo de 2017 - ECLI:ES:TS:2017:4113.

Ahora bien, nuestra materia objeto de estudio es ver en la práctica la aplicación de la competencia judicial internacional en controversias en las que son parte los menores. Para ello se sigue un criterio común que observamos tanto en la norma europea como en la norma convencional y éste es el lugar de residencia del menor.

En consecuencia, si un menor se encuentra en territorio de un Estado miembro se podrían adoptar medidas protectoras, aunque siguiendo las especialidades que marca la ley y por el tiempo que sea indispensable al existir una serie de limitaciones al respecto.

A continuación, en el siguiente apartado analizaremos lo que sucede en el caso español al encontrarnos ante una multiplicidad de instrumentos normativos que regulan la competencia judicial internacional, ya que no podemos aplicar a la vez todos los instrumentos de los que disponemos por lo que atenderemos a seguir un orden de prelación en función del supuesto jurídico.

## 2.1. Multiplicidad de instrumentos normativos y orden de prelación.

El Dipr se caracteriza por tener una gran composición de normas de diferente origen, esto es, cuenta con una multiplicidad de fuentes normativas a las que acudir para solventar una determinada controversia y poder establecer la competencia judicial internacional.

Por lo expuesto anteriormente, es lógico estudiar los instrumentos normativos más relevantes en materia de responsabilidad parental y protección de menores con la finalidad de establecer qué instrumento normativo aplicamos en el supuesto de hecho en primer lugar y, por el contrario, determinar cuál no debemos emplear siguiendo el orden de prelación contemplado en la legislación.

Sin más demora, comenzaremos detallando cuáles son los instrumentos legales aplicables que nos ayudan a conocer qué Tribunales son competentes para conocer del asunto en cuestión. Éstos son el Reglamento Bruselas II-bis 2201/2003, el Convenio de la Haya de 19 de octubre 1996 y el art. 22 LOPJ.

Como sabemos, estos instrumentos están en vigor en España y son muy útiles para regular todas las cuestiones de competencia que tienen las autoridades para adoptar medidas de protección en menores.

A continuación, especificamos con precisión los instrumentos legales a aplicar en función del supuesto de hecho:

**i. MENOR CON RESIDENCIA HABITUAL EN UN ESTADO MIEMBRO  
DEL REGLAMENTO BRUSELAS II-BIS:**

Este supuesto nos indica que constatado que un menor tenga su residencia habitual en un estado miembro del R.B II bis, implica que para determinar la competencia judicial de los tribunales españoles deberemos atender a los foros recogidos en este instrumento legal. Enumeramos los siguientes ejemplos:

- Un menor residente en Alemania<sup>66</sup>, al ser Estado parte, deberemos aplicar el R. Bruselas II bis para ver si son competentes los tribunales españoles o por el contrario los alemanes.
- Un menor residente en República Dominicana<sup>67</sup>, también acudimos al R. Bruselas II bis.
- Este instrumento también se aplica en materia de determinación de custodia de menores<sup>68</sup> y en todo lo relativo a las cuestiones en materia de responsabilidad parental.

**ii. MENOR QUE NO TIENE RESIDENCIA HABITUAL EN UN ESTADO  
MIEMBRO DE LA UE, PERO CON RESIDENCIA HABITUAL EN UN  
ESTADO PARTE EN EL CONVENIO DE LA HAYA 1996:**

Aquí atendemos exclusivamente al Convenio de la Haya 1996 para esclarecer la competencia judicial de los tribunales españoles en todos aquellos asuntos relativos a la protección de los menores y siempre y cuando el menor tenga su residencia habitual en un país no miembro de la UE, pero tenga residencia habitual en uno de los países que ha suscrito el Convenio de la Haya 1996. Veamos los siguientes ejemplos:

---

<sup>66</sup> Vid. Baleares 25 marzo de 2019 [Menor residente en Alemania]. STSJ BAL 848/2019 – ECLI: ES:TSJBAL:2019.

<sup>67</sup> Vid. APP Barcelona 17 mayo de 2017 [Menor residente en República Dominicana]. APP BAR 981/2017- ECLI:EU:C:2017.

<sup>68</sup> Vid. SAP Girona 18 febrero de 2011 [Custodia de menores]. SAP GI 474/2011 - ECLI:ES:APGI:2011:474.

-Menor con residencia habitual en Ecuador<sup>69</sup>, observamos en la resolución la aplicación del Convenio de la Haya 1996 para dirimir la controversia.

-Menor con residencia habitual en México<sup>70</sup>, sucede lo mismo que en el supuesto anterior por lo que resulta de aplicación el Convenio de la Haya 1996.

**iii. MENOR QUE NI TIENE RESIDENCIA HABITUAL EN UN ESTADO MIEMBRO DE LA UE, NI LA TIENE EN UN ESTADO PARTE DEL CONVENIO DE LA HAYA 1996:**

Se trata de supuestos que traen una gran confusión e inseguridad jurídica, ya que el art. 61 RB. II-bis no nos permite aplicar el mismo, ya que solo resultará de aplicación cuando se constate que el menor afectado tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro y si aplicamos el Convenio de la Haya entraríamos en contradicción con el RB, ya que permitiría aplicarse a un menor que tiene residencia habitual en un país que no es parte del Convenio de la Haya.

A modo aclaratorio, lo que tratamos de explicar es que hay determinados supuestos en los que la regla general no se aplica y pasamos a aplicar la ley especial para ese determinado supuesto. Así nos lo indica el art. 12.4 RB II *bis* que nos faculta aplicar este reglamento a menores con residencia habitual en un tercer Estado<sup>71</sup>.

Ahora bien, si se da el caso en el cual no podemos establecer la competencia judicial arreglo al art. 12.4 RB II *bis*, entonces debemos acudir al art. 22 *quarter* LOPJ<sup>72</sup>, ya que puede ser que ni se otorgue competencia al Estado miembro ni tampoco a los tribunales españoles, por todo eso es necesario acudir a las fuentes de producción interna (LOPJ). Observamos una serie de supuestos estudiados por nuestros Tribunales:

---

<sup>69</sup> Vid. SAP Barcelona 10 abril de 2015 [Menor con residencia habitual en Ecuador]. SAP B 9738/2015 - ECLI:ES: APB:2015:9738

<sup>70</sup> Vid. SAP Madrid 18 junio de 2013 [Menor con residencia habitual en México]. SAP M 13252/2013 - ECLI:ES: APM:2013:13252

<sup>71</sup> Vid. SAP León 6 septiembre de 2017. [Menor con residencia habitual en Senegal]. SAP LE 576/2017 - ECLI:ES: APLE:2017:576

<sup>72</sup> Art. 22 *quarter* d LOPJ:” En defecto de los criterios anteriores, los Tribunales españoles serán competentes: d-En materia de filiación y de relaciones paternofiliales, protección de menores y de responsabilidad parental, cuando el hijo o menor tenga su residencia habitual en España al tiempo de 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”.

-Menores con residencia en Bolivia<sup>73</sup>.

-Divorcio y menores con residencia en India<sup>74</sup>.

Además, en la práctica se suelen dar en ocasiones supuestos en los que el menor que no tiene residencia habitual en un Estado miembro del RB II bis, tiene más de 18 años y en su país se considera aún menor según su Ley nacional. Por tanto, atendiendo al orden de prelación establecido el RB II bis no sería el competente, pues este cedería la competencia a favor del CH 1996, pero al ser mayor de 18 años (siguiendo lo dispuesto en el art.2 CH 1996) no podría aplicarse tampoco, dejando pues la determinación de la competencia a favor de la LOPJ en su art. 22 quarter apartado d, esto significa que arreglo a este instrumento de producción interna podremos establecer si los tribunales españoles son competentes para adoptar medidas de protección del menor. Ej: Custodia de menor rumano<sup>75</sup>.

Una vez estudiados los tres instrumentos que destacan por excelencia en el ámbito de la responsabilidad parental, analizaremos el contenido y el ámbito de aplicación del RB II bis, para posteriormente precisar el concepto de responsabilidad parental y abrirnos camino al estudio del Convenio de la Haya 1996.

## 2.2. Reglamento Bruselas II bis 2201/2003 y su ámbito de aplicación.

Llegados a este punto, sabemos que el nuevo Reglamento 2019/111 entrará en su totalidad en vigor en 2022, por eso es necesario el estudio del Reglamento Bruselas II bis 2201/2003, porque muchos preceptos legales contemplados en dicho Reglamento todavía resultan de aplicación actualmente y afectan directamente en materia de responsabilidad parental y protección de menores.<sup>76</sup>

---

<sup>73</sup> Vid. APP Barcelona 16 octubre de 2019 [Menor con residencia en Bolivia]. SJSO 2253/2019 - ECLI:ES:JSO:2019:2253

<sup>74</sup> Vid. SAP Barcelona 5 noviembre de 2019 [Divorcio y menores con residencia en India]. SAP B 13078/2019 - ES:ECLI:2019:13078.

<sup>75</sup> Vid. SAP Zaragoza 2 julio de 2013[Custodia de menor rumano]. SAP Z 2256/2013 - ECLI:ES:APZ:2013:2256.

<sup>76</sup> Sobre el tema de estudio Vid. FERNÁNDEZ ROZAS: “El blog de José Carlos Fernández Rozas”. Disponible en: <https://fernandezrozas.com/category/derecho-internacional-privado/>. Consultado el 09/04/2021.

En primer lugar, debemos preguntarnos que regula el RB II bis, siendo por tanto la competencia judicial internacional y la validez extraterritorial de resoluciones en materia civil, en todo aquello relativo a la responsabilidad parental<sup>77</sup>.

Sin embargo, aclaramos que este Reglamento sólo es aplicable a los supuestos internacionales, puesto que, en caso de surgir una controversia a nivel nacional, cada ordenamiento jurídico contiene sus propias fuentes de producción interna que van a solventar el supuesto de hecho.

Pero lo realmente interesante es conocer que el ámbito de aplicación material de este Reglamento no abarca en ningún caso el Derecho aplicable a la responsabilidad parental, ya que es el propio CH 1996 el que precisa la Ley aplicable en materia de menores.

Además, el art. 9.6 CC<sup>78</sup> refuerza esta idea al desprender de su lectura la remisión al CH 1996 para conocer la Ley aplicable al supuesto que nos concierne.

Otra de las cuestiones relevantes en lo que respecta al ámbito de aplicación material del R. Bruselas II bis es que para determinar la competencia judicial de las cuestiones relativas a la responsabilidad se recurre al empleo de una serie de foros o criterios generales vinculados con los menores como es la residencia habitual del menor.

Esto significa que el establecimiento de qué tribunales son competentes para conocer de un asunto de menores nada tiene que ver con el procedimiento que se sigue para declarar la competencia judicial en un divorcio o separación de los cónyuges, porque a los efectos de este Reglamento las cuestiones de responsabilidad parental y por otra parte las desavenencias conyugales deben tratarse de forma autónoma y separada.

Otro de los aspectos que cabe destacar lo encontramos al aludir al ámbito de aplicación espacial del RB II bis, pues como bien sabemos el mismo va a determinar la competencia judicial de las autoridades de los Estados miembros y no la de terceros Estados. Ahora bien, se entiende como Estado miembro todos los países pertenecientes a la UE, exceptuando a Dinamarca.

---

<sup>77</sup> Vid. LORENTE MARTINEZ, I. *Sustracción internacional de menores: estudio jurisprudencial práctico y crítico*. Dykinson. Madrid. 2019.

<sup>78</sup> Art. 9.6 CC: “La ley aplicable a la protección de menores se determinará de acuerdo con el Convenio de la Haya, de 19 octubre de 1996”.

Por tanto, si nos encontramos ante un supuesto internacional entre distintos países miembros de la UE, se procederá a la determinación de la competencia judicial internacional a través de este instrumento legal. Sin embargo, hay supuestos especiales en los que el litigio goza de carácter internacional y se ha aplicado el RB II bis<sup>79</sup>.

A continuación, fijaremos el marco temporal del RB II bis, ya que, aunque fue redactado en su origen en el 2003, no se viene aplicando a los supuestos desde el mismo año en el que fue elaborado, sino que el ámbito de aplicación temporal de este data a partir del 1 de marzo de 2005.

Esto implica lo siguiente: aquellos casos que son anteriores a 2005 será el CH 1996 o bien las fuentes convencionales las que resuelvan el tema de la competencia judicial internacional y a partir de 2005 ya aplicaremos el RB II Bis.

También, deberíamos precisar quiénes son los sujetos a los que se les aplica el RB II bis, esto es lo que se conoce como ámbito de aplicación personal. Estos son los menores de edad de acuerdo con su Ley personal, ya que cada Estado fija en su Ley aquello que entiende como menor de edad.

Ahora bien, el RB II bis contempla un requisito claro, que el menor tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro<sup>80</sup>.

Finalmente, una vez estudiados los diferentes ámbitos de aplicación del presente Reglamento, estamos en disposición de abordar el concepto de responsabilidad parental, ya que es la base que rige nuestro trabajo objeto de estudio.

### 2.3. El concepto de responsabilidad parental.

A la hora de elaborar una definición de responsabilidad parental es indispensable conocer que se trata de un concepto, cuya extensión y contenido es muy amplio. Esto es porque el mismo no abarca una cuestión concreta, sino todas las decisiones relativas al derecho de custodia, derecho de visita y a la residencia del menor<sup>81</sup>.

---

<sup>79</sup> Vid: STJUE 17 octubre 2018 [Menor nacida en Bangladesh]. Sentencia Supranacional N° C-393/18, TJUE, (ECLI:EU:C:2018:755).

<sup>80</sup> Vid: Art. 61.a RB II bis.

<sup>81</sup> Vid: Auto TJUE 3 octubre 2019. Asunto C-759/18 OF / PG. Auto del Tribunal de Justicia (ECLI:EU:C:2019:855)

El RB II bis contempla en sus arts. 1 y 2 una definición exacta de lo que entiende por responsabilidad parental siendo: “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 del menor”.

Atendiendo a la jurisprudencia y a los instrumentos legales que regulan la materia podemos establecer que dicho concepto estudia todos los supuestos vinculados a la patria potestad, al derecho de custodia y derecho de visita, la tutela, curatela u otras instituciones análogas, todas aquellas actuaciones tendentes a la representación y asistencia legal del menor, como puede ser el acogimiento familiar o en centro público y todas aquellas medidas establecidas para llevar a cabo la protección del menor.

A continuación, iremos desgranando los diferentes supuestos que incluye el concepto de responsabilidad parental para adentrarnos en el fondo del asunto.

En primer lugar, la patria potestad entendida en base a nuestro CC<sup>82</sup> es muy relevante, ya que en la mayoría de los casos si no hay incumplimiento de los deberes inherentes a la misma<sup>83</sup> no se va a privar de su ejercicio, pero sí que se van a desencadenar pleitos relacionados con el cambio de domicilio del menor o residencia habitual del menor, los cuales están íntimamente relacionados con el ejercicio de la patria potestad.

En segundo lugar, se incluye en este concepto de responsabilidad parental la tutela, curatela u otras instituciones análogas, todas estas instituciones se encuentran contempladas en nuestro CC y son figuras que pueden servir de gran utilidad en los casos de Dipr al darse cuando un menor por determinados motivos no está bajo la patria potestad.<sup>84</sup>

En tercer lugar, todas aquellas cuestiones relativas al acogimiento familiar o en centro público. Y es que como en todo momento hay que tener en consideración el ISM, vemos como en las resoluciones hay una tendencia a favor de que el acogimiento sea familiar antes que por una institución pública y esto es porque los expertos determinan que el menor debe crecer y desarrollarse en el ámbito familiar para evitar que esta situación de abandono produzca serios perjuicios en el menor.

---

<sup>82</sup> Vid: Art. 170 CC.

<sup>83</sup> Vid: Art. 156 CC.

<sup>84</sup> Vid. Art. 215-221 CC.

Por eso, es obvio que, en materia de responsabilidad parental, debe incluirse la decisión y adopción de medidas en lo que se refiere al acogimiento familiar o por institución pública.

En cuarto lugar, contempla el derecho de custodia y el derecho de visita. Cuando hacemos referencia al derecho de custodia lo ideal es que está sea compartida, dada la numerosa jurisprudencia de nuestro TS que avala esta tesis por ser la más beneficiosa para el menor.

Pero es cierto que en los procedimientos a nivel internacional en la que normalmente los progenitores tienen sus residencias en distintos países, obligaría al menor a ir trasladándose de un país a otro y el ISM puede verse mermado y suscitar litigios a la hora de plantear una posible custodia compartida por ambos progenitores.

Por lo expuesto anteriormente, los Tribunales deciden atribuir derecho de visita al progenitor no custodio del menor, ya que como sabemos debemos asegurar en todo momento la proximidad y contacto familiar siempre que no lo impidan las circunstancias ni incurra alguna de las causas de exclusión del derecho de visita por observar que existe peligro grave para la integridad del menor.

Sin embargo, en muchas ocasiones es tan amplio el derecho de visita que se hace incluso extensible a los abuelos, y es que el mismo derecho debe comprender el régimen de visita de los abuelos según determinada jurisprudencia europea<sup>85</sup>.

Además, en ciertos Estados para que el progenitor/tutor custodio cumpla con el régimen de visita determinado judicialmente se prevé la figura de las multas coercitivas<sup>86</sup>. Y es que el que ostenta la custodia del menor tiene la obligación de cooperar o facilitar el ejercicio del derecho de visita.

Por tanto, esta competencia para interponer multas coercitivas la observamos regulada en el RB II bis y las mismas se reconocen y ejecutan entre todos los países miembros de dicho reglamento. La única desventaja y crítica que ya se comentó en otro apartado anteriormente es que la cuantía de estas multas es escasa y su tramitación es bastante costosa.

---

<sup>85</sup>Vid: STJUE 31 mayo 2018, C-335/17, E-LEX Valcheva. (ECLI:EU:C:2018:322).

<sup>86</sup> Vid: STJUE 9 septiembre 2015, C-4/14, E-LEX Bohez. (ECLI:EU:C:2015:104).

En quinto lugar, medidas establecidas para llevar a cabo la protección del menor. Estas medidas son amplísimas y numerosas, por lo que enumeraremos algunos ejemplos de estas.

Podría ser un conflicto derivado por la solicitud de pasaporte del menor al no contar con el consentimiento de uno de los progenitores y por tanto tener que requerir la autorización judicial para que se supla ese consentimiento al tratarse de una actuación en ejercicio de la propia responsabilidad parental. Por tanto, con el fin de determinar la competencia judicial acudiremos al RB II bis siempre y cuando el menor resida habitualmente en un país de la UE.

Otra de las medidas judiciales para la protección del menor podría ser la aprobación judicial de un reparto de herencia llevado a cabo por el tutor y que afecta directamente a los bienes del menor. Esto no entraría dentro de la materia sucesoria, sino que se trata de una medida que afectaría a la buena o mala gestión que ha realizado el tutor en ejercicio de la responsabilidad parental, ya que nos encontramos ante una falta de capacidad jurídica del menor que debe ser suplida por el tutor con el fin de proteger al menor.

En resumen, todas las medidas tendentes a actos de administración, conservación y disposición de los bienes del menor van a ser tratados dentro del concepto de responsabilidad parental, según lo avala determinada jurisprudencia europea<sup>87</sup>.

Finalmente, antes de pasar a analizar los foros de competencia judicial internacional generales y específicos en materia de responsabilidad parental, mencionaremos todas aquellas cuestiones que se excluyen expresamente del concepto de responsabilidad parental, siguiendo lo dispuesto en el art. 1.3 RB II bis.

Estas materias son: los procedimientos relacionados con la determinación y los efectos de la filiación; todo lo relativo a las resoluciones de adopción y sus medidas, ya sea revocación anulación, preparación; el nombre y apellidos del menor; pensiones de alimentos; las medidas adoptadas como consecuencia de infracciones penales cometidas por el menor; los fideicomisos y las sucesiones; medidas relativas a la Seguridad Social; todas aquellas medidas de Derecho público en relación con la educación y salud del menor; y por último, las resoluciones vinculadas al derecho de asilo y a la inmigración.

---

<sup>87</sup> Vid: STJUE 6 octubre 2015, C-404/14 E-LEX Matoušková. (ECLI:EU:C:2015:200).

## 2.4. Foros de competencia judicial internacional y responsabilidad parental de los menores.

Como ya definimos los foros de competencia son “*criterios de conexión, vinculación o proximidad que justifica la atribución de competencia judicial internacional de los tribunales de un Estado determinado respecto de un litigio o grupo de litigios*”.

Estos sirven básicamente para determinar el Estado miembro, cuyas autoridades serán competentes para conocer del asunto en cuestión. Aunque no indica el número de Tribunal concreto, ya que esto se va a determinar en base al Derecho procesal de cada Estado miembro.

A continuación, detallaremos los distintos tipos de foros que afectan directamente en la materia:

### **A. FORO GENERAL: RESIDENCIA HABITUAL DEL MENOR:** **ARTÍCULO. 8 RB II bis.**

El foro general se traduce como la regla general que debemos tener en cuenta a la hora de atribuir la competencia judicial internacional. Por tanto, en primer lugar, será la residencia habitual del menor de un Estado miembro el criterio principal para atribuir competencia a determinados tribunales.

Entendemos por residencia habitual del menor de un Estado miembro: “*Lugar en el que el menor tiene una cierta integración en un entorno social y familiar, dicho de otro modo, constituye el centro de vida social y familiar del menor, por lo que es necesario que un menor tenga presencia física en un determinado territorio para disponer de residencia habitual en ese Estado miembro*”<sup>88</sup>.

Lo primero que debemos preguntarnos es el motivo por el cual se escoge como foro general la residencia habitual del menor. Esto es por la gran capacidad de respuesta que tienen los tribunales de residencia habitual del menor de conocer sobre un asunto, ya que

---

<sup>88</sup> STJUE, 17 octubre 2018, C-393/18 E-LEX y art. 8.1 RB II bis. (ECLI:EU:C:2018:393).

al encontrarse en el mismo país de residencia conocen el medio físico, cultural, político y social de ese país de residencia del menor, es decir, saben perfectamente el contexto personal en el que se desarrolla el menor.

Además, no sólo son capaces de dar respuesta, sino que lo hacen de forma rápida sin tener que acudir a *exequatur* ni a resoluciones de otros países miembros, puesto que ello supondría un transcurso de tiempo considerable y no debemos olvidar que el fin de estos procedimientos judiciales en materia de responsabilidad parental es perjudicar al menor lo menos posible.

Por otra parte, al ser los tribunales más próximos al menor pueden asumir competencia en asuntos de sustracción ilícita de menores, por lo que su rápida actuación supone un efecto disuasorio para el progenitor que comete la sustracción.

En consecuencia, imaginemos un conflicto en el que el menor tiene su residencia habitual en España, y el progenitor no custodio secuestra al menor y lo lleva a Italia. Aquí no se traspasan las competencias para adoptar medidas con el fin de impedir la sustracción al Juez italiano, si no que sería el Juez español quién actuaría rápidamente para intentar detener la sustracción ilícita del menor y restituir al menor a su lugar de residencia habitual.

Ahora bien, siguiendo el ejemplo anterior, ¿Qué sucedería si el progenitor custodio interpone demanda contra el progenitor no custodio en Italia? Al interponer acción en un Estado miembro que no es la residencia habitual del menor y en el caso de que no exista un foro de sumisión expresa que atribuya competencia a los tribunales italianos, éstos deberán declararse de oficio incompetentes para conocer la controversia planteada.

Otro supuesto diferente sería si interponemos acción en un tercer estado no miembro. Y en este supuesto el RB II bis <sup>89</sup> es claro al respecto y no sería aplicable, si no que el propio tribunal español debería acudir para resolver el conflicto a los foros internacionales que contiene el Convenio de la Haya de 1996, y si en base a ello no pudiera determinarse subsidiariamente acudiríamos al art. 22 quarter LOPJ, según estudiamos en el apartado relativo a la competencia judicial internacional y su orden de prelación.

---

<sup>89</sup> Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ; “La competencia judicial internacional” en *Enciclopedia Jurídica*. 2020 pp. 20-22. Disponible en: <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/competencia-judicial-internacional/competencia-judicial-internacional.htm>. Consultado el 14/03/2021.

**B. FORO DE COMPETENCIA ACUMULADA EN CRISIS  
MATRIMONIALES Y EN PROCESOS NO MATRIMONIALES  
RELACIONADO CON RESPONSABILIDAD PARENTAL:**

**ARTÍCULOS. 12.1 Y 12.3 RB II bis.**

Aquí existen dos supuestos: Aquellos supuestos en los que los cónyuges designan a un tribunal miembro de la UE para que conozca no sólo del divorcio, sino de todas las cuestiones relacionadas con la responsabilidad parental. Se suele aplicar en casos en los que el menor reside con sus abuelos u otros familiares en un país diferente al de sus padres y sus padres se encuentran en trámite de divorcio en España.

El otro supuesto es aquel en el que los padres no están casados y surge una cuestión de renuncia de una herencia de unos bienes del menor. En este caso se permite designar competencia a los tribunales de un Estado miembro si se dan una serie de condiciones específicas.

**C. FORO DE COMPETENCIA POR PRESENCIA DEL MENOR:**

**ARTÍCULO. 13 RB II bis.**

Otro de los foros de competencia específicos que afecta en materia de responsabilidad parental es el denominado “por presencia del menor”. Este foro entra en juego cuando desconocemos el lugar de residencia habitual del menor y no sean competentes los tribunales que conocen de la situación de crisis matrimonial de sus progenitores (si es que podemos determinar quiénes son, ya que generalmente cuando acudimos a este foro es porque resulta difícil determinar la filiación de estos menores).

En la práctica suele darse en casos de menores refugiados, normalmente por situación de guerra en su país de origen.

**D. FORO DE COMPETENCIA EN CASOS DE SUSTRACCIÓN ILÍCITA  
DE MENORES: ARTÍCULO. 10 RB II bis.**

Este foro implica que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de residencia habitual del menor antes de que se produjera la sustracción serán los competentes para decidir sobre todas aquellas cuestiones relativas a la responsabilidad parental. EJ.

Sustracción de menor desde Holanda a España, serían competentes los tribunales holandeses<sup>90</sup>.

No obstante, excepcionalmente estos órganos jurisdiccionales no ostentarían competencia judicial en el caso de que se dieran una serie de circunstancias determinadas por la jurisprudencia europea, estas son:

*“Que el menor haya adquirido la residencia habitual en otro Estado miembro. Que toda persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia haya dado su consentimiento al traslado del menor, o bien que residiendo durante mínimo un año en determinado Estado se comuniquen a la persona o institución que tiene la custodia el paradero actual del menor y no se haya presentado demanda alguna mostrando disconformidad. También que se desista de una demanda de restitución, o se haya archivado. Y, por último, se formula que se perderá la competencia judicial, si los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual antes de la retención hayan dictado una resolución sobre la custodia que no implique la restitución del menor”.*<sup>91</sup>

#### **E. FORUM NON CONVENIENS: ARTÍCULO. 15 RB II bis.**

En lo que respecta a este foro debemos exponer que se trata de una regla excepcional que implica lo siguiente:

Si los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro observan que otro Estado miembro por circunstancias de proximidad, vinculación especial está mejor situado para conocer del fondo de la cuestión y siempre atendiendo al ISM, se podrá decidir sobre las siguientes cuestiones:

O bien, suspender que determinado Estado conozca del asunto y notificar a las partes que pueden interponer la demanda en ese Estado miembro en el que se aprecia una mayor vinculación o proximidad en consonancia con el menor.

---

<sup>90</sup> Vid: SAP Murcia 14 julio 2016. [Sustracción de menor desde Holanda a España]. SAP MU 1870/2016 - ECLI:ES:APMU:2016:1870.

<sup>91</sup> Vid: Auto TJUE 10 abril 2018, C-85/18 E-LEX.. (ECLI:EU:C:2018:390).

O, por otra parte, podría instarse una demanda con el fin de que se le otorgue la competencia judicial a ese Estado miembro por entenderse mayor vinculación con el menor.<sup>92</sup>

**F. COMPETENCIA RESIDUAL Y FOROS RECOGIDOS EN LAS  
NORMAS NACIONALES DE CADA ESTADO MIEMBRO: ARTÍCULO.  
14 RB II bis.**

Ahora bien, si se diera la situación en la cual no resultara aplicable ninguno de los foros de competencia expuestos anteriormente, en defecto acudiríamos a las normas jurídicas de cada Estado miembro.

Sin embargo, esto no implica directamente asumir competencia judicial internacional. En el caso de los tribunales españoles deben cerciorarse de que efectivamente no existe ningún otro tribunal competente siguiendo la jerarquía normativa, es decir el RB II bis al ser un instrumento comunitario y prevalecer sobre las normas nacionales.

En consecuencia, si se constata que no es posible la aplicación de foro de competencia internacional alguno arreglo al RB II bis, posteriormente deberá acudir al CH 1996, para ver si se le otorga competencia judicial a España.

En caso de que tampoco se le atribuya por medio de este instrumento, acudiríamos al art. 22 *quarter* de la LOPJ que concede como último recurso la competencia a los tribunales españoles.

Finalmente, si no se pudiera atribuir por este método debido a la materia, concluiríamos que los tribunales españoles serían incompetentes para conocer del asunto en concreto.

**3.Ley aplicable a las medidas de protección de menores.**

---

<sup>92</sup> Vid: Art. 15.5 RB II bis.

Expuestas anteriormente todas las cuestiones relativas a la competencia judicial internacional, es momento de estudiar la ley aplicable a las medidas de protección de menores.

En primer lugar, los dos instrumentos normativos que regulan la ley aplicable en la materia que nos concierne son: El Convenio de la Haya 1996 y los arts. 9.4 CC y 9.6 CC, cuyo minucioso estudio se abordará en los apartados siguientes.

Cuando se hace referencia a la Ley aplicable quiere decir que estamos basándonos en el Derecho aplicable al fondo del asunto, esto es, el Derecho sustantivo o material que resuelve la petición judicial. Por tanto, son las normas jurídicas que debe aplicar el órgano jurisdiccional para resolver la controversia, y a su vez estas pueden ser las propias de un país determinado (lo que se conoce como *lex fori*), o de uno extranjero.

Es necesario indicar que los dos instrumentos normativos que recogen la ley aplicable de las medidas relativas a la protección de menores.

### 3.1. Convenio de la Haya de 19 de octubre 1996 sobre protección de menores.

Cuando nos referimos a todas aquellas medidas sobre protección de menores, es importante conocer que el instrumento normativo por excelencia que más regula esta cuestión en el Dipe español es el Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996. El mismo, se aplica para determinar la ley aplicable no sólo en protección de menores, sino en responsabilidad parental, incluyendo patria potestad, tutela, curatela u otras instituciones públicas.

Respecto a las características que posee este instrumento normativo destacamos varias:

En primer lugar, su carácter conflictual, ya que del mismo se deducen normas de conflicto que van a determinar el Derecho material aplicable al fondo del asunto.

En segundo lugar, es *erga omnes*, al aplicarse a todos los menores con independencia de su residencia habitual o de su nacionalidad.

En tercer lugar, se exige el cumplimiento para su aplicación de dos requisitos: Que la persona en cuestión sea menor de 18 años y que necesariamente tenga que aplicarse una medida de protección al menor o en lo que se refiere a sus bienes, ya sea por decisión judicial, administrativa o porque la propia Ley estatal así lo exprese.

### **-MEDIDAS ADOPTADAS POR AUTORIDADES JUDICIALES O ADMINISTRATIVAS.**

Seguidamente, examinaremos cuál es la ley aplicable a las medidas de protección adoptadas por autoridades, ya que, en muchas ocasiones son estas las que de oficio inician procedimientos relacionados con la responsabilidad parental.

Como regla general, aplicaremos la **Lex fori in foro proprio**<sup>93</sup> recogida en el art. 15.1 del CH 1996 que expresa: *“En el ejercicio de la competencia atribuida por las disposiciones del Capítulo II, las autoridades de los Estados contratantes aplican su propia ley”*.

Esto implica aplicándolo en el caso español, que, si los tribunales españoles resultan internacionalmente competentes atendiendo a los foros de competencia internacional recogidos en el CH 1996, se aplicará la normativa sustantiva española en lo atinente a las medidas de protección de menores.

No obstante, cuando se aprecie la existencia de vínculos más estrechos de ese menor con una ley determinada, se aplica la excepción a la regla general formulada en el precepto 15.2 CH 1996: *“En la medida en que la protección de la persona o de los bienes del niño lo requiera, las autoridades competentes pueden excepcionalmente aplicar o tomar en consideración la Ley de otro Estado con el que la situación tenga un vínculo estrecho”*.

La aplicación de esta excepción pone de manifiesto, que únicamente debe acudir a ella si concurren dos requisitos: primero que dicha aplicación de la ley de ese Estado sea más beneficiosa para el menor siguiendo el ISM. Y segundo, que el niño mantenga una relación de estrecho vínculo con el Estado cuya ley se le desea aplicar, estando profundamente justificada.

---

<sup>93</sup> Reconocida en la jurisprudencia española: Vid. SAP Zaragoza 20 abril 2012; SAP Z 1015/2012 - ECLI:ES:APZ:2012:1015 SAP Barcelona 21 marzo 2014. SAP B 11171/2014 - ECLI:ES:APB:2014:11171. Vid. Art. 15.2 CH 1996.

Un ejemplo de una situación real en la cual prevalece la aplicación de la regla excepcional a la regla general es: Un niño que reside en España es titular de un bien en Francia y se solicita por sus progenitores una autorización que supone la venta de dicho bien inmueble para poder sufragar gastos del menor. En este caso, es conveniente aplicar la ley francesa al ser la misma la de situación del bien, aunque el niño resida en España, por lo que prevalece la regla excepcional (**la Lex Rei Sitae**).

Otro ejemplo, Una niña española, se va esporádicamente a residir en Italia, pero es necesario la imposición de una serie de medidas de protección para evitar la sustracción ilícita de la menor. En este caso, como la niña va a volver a su país de origen en un periodo de tiempo, aplicaríamos la ley nacional de la niña, es decir la ley española.

Ahora bien, qué sucede en el caso de cambio de país de residencia del niño con carácter permanente. En este supuesto, también existe una regla especial contemplada en el art. 23.1 CH 1996: *“Las medidas adoptadas por las autoridades de un Estado contratante se reconocerán de pleno derecho en los demás Estados contratantes”*.

Esto quiere decir que, si se adopta una medida de responsabilidad parental por autoridad competente de otro Estado, deberá llevarse a cabo esta medida en el nuevo Estado en el que va a residir el menor, es decir, esta medida jurídica va a surtir efectos de pleno derecho en el país de nueva residencia del niño.<sup>94</sup>

#### **-MEDIDAS A ADOPTAR POR MINISTERIO DE LA LEY.**

Aquí nos referimos a la ley aplicable a la responsabilidad parental ope legis, sin intervención de una autoridad judicial o administrativa. Es decir, se conserva para aquellos casos en los que las medidas de responsabilidad parental se atribuyen o extinguen según lo dispuesto en la Ley y no por las autoridades, a diferencia del apartado anterior.

Por ejemplo, el Derecho español contempla en el CC que la patria potestad se determinará una vez resulte acreditada la filiación, es decir, una vez nace un niño los padres inscriben en el Registro civil el nacimiento de ese menor y automáticamente surge la patria potestad de estos hacia el mismo, no es necesario acudir a una autoridad judicial para hacerlo valer, ya que lo expresa directamente la ley y automáticamente surgen efectos jurídicos de dicho acontecimiento.

---

<sup>94</sup> Vid. AAP Lleida 16 agosto 2017 [sustracción de menor a Uruguay]. AAP L 382/2017 - ECLI:ES:APL:2017:382A

Lo mismo sucede a nivel internacional con el CH 1996 en materia de responsabilidad parental, puesto que la misma viene fijada por ministerio de ley en el art. 16.1 CH 1996: *“La atribución o extinción de pleno derecho de la responsabilidad parental se rige por la Ley del Estado de la residencia habitual del niño en dicho momento”*.

Seguidamente, procederemos a analizar el ámbito aplicativo de los arts. 9.4 y 9.6 CC, que, con carácter residual a lo expuesto anteriormente, se toman en consideración para fijar la Ley aplicable a la protección de los niños.

### 3.2. Artículos 9.4 y 9.6 del Código Civil.

Aunque el CH 1996 nos ayuda a conocer si los menores pueden cambiar de residencia habitual sin el consentimiento de los progenitores o de las instituciones que les custodian, es necesario estudiar aquellos casos residuales en los cuales entran en juego los arts. 9.4 CC y 9.6 CC.

Ahora bien, como el CH 1996 declara que sólo se puede aplicar el mismo a los menores de 18, con carácter residual nos indica el código civil que un menor debe ser catalogado como tal arreglo a su Ley nacional (art. 9.1 CC).

Así pues, en reiteradas ocasiones observamos supuestos en los que no se declara competente los tribunales españoles para conocer del asunto por el CH 1996, pero sí respecto a la LOPJ siguiendo el art. 22 quarter.

Normalmente, en los casos previamente expuestos los tribunales españoles acuden a los arts. 9.4 CC y 9.6 CC que vienen a volver a remitir al Convenio de la Haya de 1996, en concreto, se expresa que, en aquellos casos con carácter internacional, la ley aplicable a la patria potestad es el art. 16 CH 1996. Aquí directamente nos está imponiendo que la ley que debemos aplicar es la del lugar de residencia del menor, lo cual si el menor reside en España atenderíamos al CC y a la LEC principalmente.

En resumen, estos dos preceptos legales tienen como fin principal la remisión al CH 1996, en aquellos supuestos en los que no haya sido posible determinar la competencia judicial internacional a las autoridades españolas atendiendo al CH 1996.

Así lo muestran los arts. 9.4 y 9.6 CC: *“La ley aplicable al contenido 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”. “La ley aplicable a la protección de menores se determinará de acuerdo con el Convenio de la Haya, de 19 de octubre de 1996, a que se hace referencia en el art. 9.4 CC.”.*

#### 4. Validez extraterritorial de decisiones y medidas de protección de menores.

En el momento en el que nos referimos a la validez extraterritorial de decisiones y medidas de protección de menores estamos indicando todas aquellas cuestiones relativas al reconocimiento de resoluciones en materia de responsabilidad parental y protección de menores<sup>95</sup>.

No podríamos comenzar con la exposición del presente apartado, sin establecer las diferencia entre el reconocimiento de resoluciones con el concepto de *exequatur* o declaración de ejecutividad.

Y es que cuando hablamos de reconocimiento, estamos aludiendo a todas aquellas sentencias que adquieren efectos declarativos o constitutivos y que no van a ser susceptibles de ejecución. Esto es si queremos ejecutar en un Estado miembro aquello que se ha fallado en la propia sentencia (ej. Restitución del menor a su anterior Estado de residencia al haber sido sustraído), debemos acudir al procedimiento del *exequátur* que es aquel mecanismo internacional que permite que una sentencia extranjera sea convertida en título ejecutivo y así poder desplegar los efectos requeridos, como puede ser, el supuesto de pago de una sanción al no acatar el demandado voluntariamente lo dispuesto en la sentencia.<sup>96</sup>

Para llevar a cabo el reconocimiento de determinada resolución contamos con varios instrumentos legales que regulan esta cuestión, los cuales serán primeramente enumerados para posteriormente analizarlos uno a uno:

---

<sup>95</sup> Reconocimiento: “Mecanismo que otorga a la decisión judicial extranjera de un Estado (Estado de origen) efectos procesales en otro Estado (Estado requerido).

<sup>96</sup> Arts- 23-35 RB II Bis 2201/2003.

En primer lugar, el Reglamento Bruselas II bis 2201/2003 que como sabemos se aplica a todos los países miembros de la UE, salvo a Dinamarca.

En segundo lugar, si no estuviera contemplado en el RB II bis, aplicamos el Convenio de la Haya de 1996 o bien, los convenios internacionales bilaterales que resultaren de aplicación en España.

En tercer lugar, y en defecto de los anteriores se tomarían en consideración los arts. 41-61 LCJIMC<sup>97</sup> si se trata de resoluciones dictadas en procedimientos contenciosos, y, por otra parte, los arts. 11 y 12 LJV<sup>98</sup> en el supuesto que fueran actos extranjeros sometidos a la jurisdicción voluntaria.

A continuación, nos centraremos en profundizar en el RB II bis, ya que en el caso del CH 1996 las normas son prácticamente similares y acudiríamos en caso de no poder dar respuesta siguiendo las exigencias del RB II bis, y finalmente, describiremos brevemente los aspectos residuales en defecto de aplicación del RB II bis y del CH 1996.

### **RECONOCIMIENTO DE RESOLUCIONES ARREGLO AL REGLAMENTO BRUSELAS II BIS 2201/2003.**

Este instrumento normativo permite dotar de eficacia constitutiva, es decir despliega efectos inmediatos en cuanto a aquellas resoluciones que adoptan medidas de protección de menores acordadas por otra autoridad pública de un Estado miembro, y que desea surtir efectos en otro país.

El RB II Bis 2201/2003 distingue dos tipos de reconocimiento: Por un lado, el reconocimiento incidental, y por otro, el reconocimiento por homologación.

#### **RECONOCIMIENTO DE RESOLUCIONES INCIDENTAL.**

El reconocimiento incidental tiene lugar cuando el reconocimiento de una resolución se plantea sobre una cuestión relacionada con el fondo del asunto y no es necesario seguir un procedimiento *ad hoc* de homologación. Para llevar a cabo dicho reconocimiento deben considerarse las siguientes cuestiones:

---

<sup>97</sup> Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil. BOE N° 182, de 31/07/2015. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-8564> Consultado el 04/03/2021.

<sup>98</sup> Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. BOE N° 158, de 03/07/2015. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-7391> Consultado el 07/03/2021.

Que el art. 24 del RB II Bis 2201/2003 establece una prohibición del control de la competencia del órgano jurisdiccional de origen. Sin embargo, en España no cabría reconocer una sentencia que fuera contraria al orden público, por tanto, esta prohibición del control de la competencia es relativa, porque el propio art. 23 de dicho Reglamento ya nos pone sobre aviso acerca de la existencia de una serie de motivos de denegación del reconocimiento de resoluciones y en estos casos vemos que directamente se va a denegar el reconocimiento de una resolución que sea contraria al orden público, entre otras expuestas en el mismo<sup>99</sup>.

Imaginemos que una sentencia extranjera dicta que la custodia será a favor de la madre basándose en cuestiones discriminatorias, en este caso, España considerará que esto es contrario al orden público y no se podrá ni reconocer dicha resolución ni controlar el hecho de que se declare competente, porque automáticamente va a dar una respuesta atendiendo a la Ley de su Estado al manifestarse claramente contrario al orden público internacional.

Otro de los requisitos a los que debemos atender en el reconocimiento incidental es que en ningún caso puede ser objeto de revisión el fondo de una resolución. Así lo expresa el art. 26 RB II bis y determinada jurisprudencia<sup>100</sup>.

Por otra parte, también cabe reconocer resoluciones que todavía no han adquirido firmeza. Pero en el caso de que se presentase recurso ordinario, se suspendería el procedimiento de reconocimiento.

Además, en lo que respecta a la imposición de multas coercitivas para asegurar el cumplimiento del derecho de visita expone la **STJUE 9 septiembre 2015, C4/14 bohes**: *“La resolución por la que se establecen multas coercitivas se reconoce y ejecuta entre los Estados miembros con arreglo al RB II-Bis. Estas resoluciones que condenan al pago de multas únicamente pueden ejecutarse en el Estado requerido cuando su cuantía haya sido fijada definitivamente por los tribunales del Estado miembro de origen”*.

Esto es, si se fija una cuantía de 500 euros de multa en Italia y se quiere reconocer y ejecutar posteriormente procediendo al pago de la sanción en España, debe pagarse esos 500 euros, en ningún caso el tribunal español podrá modificar dicha cuantía.

---

<sup>99</sup> Vid. Art. 23 RB II 2201/2003.

<sup>100</sup> Vid: AAP Barcelona 20 febrero 2015. [responsabilidad parental de hijo de italiano y española]. AAP B 1256/2015 - ECLI:ES:APB:2015:1256<sup>a</sup>.

Llegados a este punto, podemos determinar que van a poder reconocerse todas aquellas resoluciones judiciales dictadas por órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la materia propia del RB II-Bis, a excepción de las medidas cautelares<sup>101</sup>.

Sin embargo, el inconveniente que observamos es que al ser el reconocimiento incidental mucho más rápido sólo produce efectos en el proceso en el que se hace valer la decisión extranjera.

### **RECONOCIMIENTO DE RESOLUCIONES POR HOMOLOGACIÓN.**

A diferencia del reconocimiento de resoluciones de forma incidental que se logra directamente invocando la resolución judicial extranjera ante la autoridad competente del Estado requerido( al que se quiere otorgar efectos procesales) y no es necesario acudir a un procedimiento alguno de homologación, cuando exponemos que queremos reconocer una resolución por homologación, éste se obtiene siguiendo un procedimiento concreto en el que la autoridad competente del Estado requerido va a examinar minuciosamente si la resolución judicial extranjera cumple los requisitos estipulados en la Ley para poder ser reconocida.

La ventaja que sigue este reconocimiento por homologación es que, a pesar de ser un proceso largo y costoso, los efectos que despliega son erga omnes y definitivos a diferencia del reconocimiento incidental.

### **CUESTIONES RESIDUALES AL NO RESULTAR DE APLICACIÓN EL RB II Bis NI EL CH 1996.**

Si se da el supuesto en el cuál no resultasen de aplicación los dos instrumentos normativos anteriores, deberíamos acudir a la normativa española supletoria, concretamente a los arts. 41-61 LCJIMC si se trata de resoluciones dictadas en procedimientos contenciosos, y, por otra parte, los arts. 11 y 12 LJV en el caso que fueran actos extranjeros sometidos a la jurisdicción voluntaria.

---

<sup>101</sup> Vid: Art. 20 RB-II bis.

Normalmente se suele acudir a estos preceptos cuando estamos ante resoluciones extranjeras relativas a medidas de protección de menores que no están reguladas en los otros instrumentos normativos.

Un ejemplo de ello lo encontramos en el siguiente supuesto acerca de la tutela sobre un menor extranjero y reagrupación familiar: Una persona nigeriana con residencia legal en España, desea agrupar consigo en España a un menor del cual expone que posee la tutela de este. Por tanto, las autoridades administrativas españolas deben comprobar que el documento expedido por las autoridades nigerianas en el que se contempla la supuesta tutela del menor está legalizada, traducida y sigue las solemnidades requeridas en la legislación nigeriana, así como que las autoridades nigerianas eran las competentes para expedir el documento que indica la tutela sobre el menor y por supuesto que esto no fuere contrario al orden público. En este supuesto, las autoridades españolas acudirían a la LJV para ir determinando si se cumplen todas estas cuestiones.

En conclusión, la validez extraterritorial y el reconocimiento de resoluciones nos exige continuamente acudir a diferentes normas jurídicas atendiendo al supuesto concreto para poder solventar todas aquellas controversias que se nos planteen en materia de responsabilidad parental.

## CAPÍTULO III

### **Análisis crítico de los aspectos jurídicos prácticos derivados de los procedimientos internacionales sobre determinación de la patria potestad de los menores.**

#### 1.Introducción.

Expuestos en los dos capítulos anteriores todas aquellas cuestiones teóricas relevantes de los instrumentos normativos que inciden directamente en la materia de responsabilidad parental, es momento de proceder en este tercer capítulo al análisis de los aspectos jurídicos prácticos derivados de los procedimientos internacionales sobre la determinación de la patria potestad de los menores.

Entre los problemas más frecuentes encontramos, la situación de paradero desconocido de un progenitor o ambos, y los derivados de la multiplicidad de instrumentos normativos que a su vez van cambiando y los cuales debemos tener en consideración para solventar la controversia objeto de estudio.

Asimismo, debemos abordar las cuestiones prácticas relativas a la competencia judicial internacional, elección de la Ley aplicable, aquellas dificultades observadas en el momento de tener que atribuir o excluir la patria potestad de los menores.

También observaremos la problemática relativa a la responsabilidad parental, concretamente, respecto a la cooperación entre autoridades centrales o en torno a la materia relacionada con la sustracción internacional de menores, además de tener en consideración la problemática en torno al acogimiento del menor.

Por otra parte, también analizaremos los conflictos planteados en relación con el reconocimiento y ejecución de resoluciones.

A continuación, iremos desglosando en distintos apartados las dificultades manifestadas en los procesos atribución de la patria potestad de los menores, para posteriormente destacar las posibles soluciones a las dificultades que vamos a plantear, sirviéndonos de las siguientes disciplinas: el Derecho, la Criminología y la investigación privada.

Así pues, en el apartado de las posibles soluciones, daremos respuesta a las cuestiones que se plantearon en el primer capítulo relativas al supuesto de hecho descrito.

Finalmente, estudiaremos la privación de la patria potestad como pena accesoria a la pena de prisión, ya que en supuestos graves se prevé dicha privación por encontrarse el menor en una situación de peligrosidad hacia su integridad física o psíquica, por lo tanto, en reiteradas ocasiones es imprescindible acudir a la adopción de esta medida siguiendo el oportuno procedimiento judicial, ya que sólo judicialmente se puede privar a un sujeto de la patria potestad de menores.

## 2.Dificultades en los procesos de atribución en el ámbito de la responsabilidad parental.

En los procesos de atribución en el ámbito de la responsabilidad parental encontramos las siguientes dificultades:

### **DESCONOCIMIENTO DEL PARADERO DE UN PROGENITOR QUE OSTENTA LA PATRIA POTESTAD DEL MENOR.**

Este es uno de los problemas más comunes en los procesos de atribución de la patria potestad en materia de responsabilidad parental. Lo que se plantea es si el progenitor en paradero desconocido sigue conservando la patria potestad y si la parte que habitualmente custodia al menor si puede solicitar que se acuerde la medida que le interese al ser declarada la otra parte en rebeldía procesal y en paradero desconocido.

Este supuesto ha sido abordado por parte de muchos tribunales españoles<sup>102</sup>, que se pronuncian a favor de la conservación de la titularidad de la patria potestad sobre el menor, aunque se atribuye el ejercicio exclusivo a la parte que está custodiando al niño en ese momento.

Ahora bien, el conflicto que se plantea es que al no escucharse a la parte que se encuentra ilocalizable, que incumple sus deberes inherentes a la patria potestad, pero no se constata que haya cierta peligrosidad si se reúne con el menor. Y es que el problema viene porque ante un caso de Dipro debemos acudir a los instrumentos normativos a nivel europeo en concreto al RB II bis 2201/2003 y al R 1111/2019, para dar respuesta a lo siguiente:

---

<sup>102</sup> Vid. SAP Madrid 965/2018 de 16 de noviembre y posterior Recurso 409/2017. SAP Madrid 965/2018, 16 de Noviembre de 2018. ECLI:ES:APB:2018:2098.

Si el Reglamento europeo enumera en reiterados artículos que es muy importante que tanto las partes como el menor sean escuchados ante cualquier modificación que afecte a la responsabilidad parental, ¿Cómo es posible que no se trate de indagar más a fondo dónde se encuentra el progenitor en paradero desconocido?

Precisamente, se le está privando del ejercicio de muchas cuestiones como reducir el contacto con su familiar sin saber la causa de dicha desaparición o simplemente de que la otra parte no tenga que rendir cuentas de todo aquello que decide para el menor, cuando no sería idóneo porque prácticamente todos los instrumentos normativos que regulan aspectos relacionados con la protección del menor avalan que es necesario para el buen desarrollo del menor mantener los lazos familiares dentro de las posibilidades.

Por eso, consideramos que existe una indefensión clara porque si bien es cierto que se le suspende el ejercicio de la misma, no en todos los casos se hace una búsqueda exhaustiva del sujeto que se encuentra en paradero desconocido, por lo que la crítica que hacemos es que en muchas ocasiones el Juzgado no se preocupa demasiado de buscar el paradero de la persona en una cuestión tan trascendental como es el ejercicio de la patria potestad, decide declararlo en rebeldía procesal si desconoce su domicilio directamente y desplegar unos efectos casi automáticos lo cual podríamos establecer que produce cierta indefensión a la parte en paradero desconocido<sup>103</sup>.

Además, normalmente estos menores cuando cumplen la mayoría de edad necesitan saber respuesta y acuden a los despachos de investigación privada porque desgraciadamente los tribunales tanto españoles como extranjeros no realizan las oportunas averiguaciones tendentes al esclarecimiento del paradero de los sujetos que conservan la patria potestad, por lo que a mi parecer ello perjudica gravemente el ISM.

También, cabe destacar que no en todas las ocasiones una persona en paradero desconocido busca huir de la justicia porque tenga pendiente una causa o se dedique a una actividad delictiva, hay muchos tipos de desapariciones por causas económicas, laborales, sentimentales, involuntarias (posible trastorno mental), accidentales, o incluso hay ocasiones en el que es el propio menor el que desaparece al existir secuestro parental, fuga de centro de menores.

---

<sup>103</sup> GUTIERREZ GUTIERREZ, A. “Aspectos jurídicos de la investigación privada” en revista de *Criminología y ciencias forenses* N°7. 2009. pp. 14-21. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3104379>. Consultado el 15/04/2021.

En los siguientes apartados del presente capítulo daremos respuesta a este problema y a lo imprescindible que es acudir a la investigación privada en los procedimientos civiles de responsabilidad parental al ser la disciplina complementaria al Derecho.

Por tanto, debería de introducirse necesariamente como presupuesto para poder declarar en rebeldía a una persona porque en la mayoría de los supuestos, los profesionales de la investigación privada encuentran el paradero de estas personas y en muchas ocasiones la notificación de comparecencia en los domicilios en un país extranjero es pésima.

### **PROBLEMÁTICA EN TORNO A LA MATERIA DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL**

Visto lo expuesto, surgen problemas en lo que respecta a la atribución exclusiva de la patria potestad en el momento de transferir la competencia al órgano jurisdiccional de un Estado miembro a otro mejor situado por tener mayor vinculación con el menor y favorecer su ISM. Este conflicto viene porque hay mucha demora en la contestación de la solicitud por parte del órgano jurisdiccional al que se le desea transferir dicha competencia.

Esta problemática se ha visto agravada con la pandemia de la COVID-19, dilatándose indebidamente en el tiempo las contestaciones a solicitudes no sólo en materia de competencia, sino de adopción de otras medidas provisionales de protección de menores.

En consecuencia, existen supuestos en los que los tribunales españoles perdieron la competencia judicial internacional por el transcurso de seis semanas desde que salió la sentencia para modificar una cuestión relativa a la responsabilidad parental<sup>104</sup>.

Otro de los conflictos, es que existen Estados con diversos regímenes jurídicos como por ejemplo, cada Estado entiende en su legislación de una forma el concepto Interés superior del menor, no hay un instrumento normativo que concretamente nos defina de manera universal el contenido de este principio jurídico, lo cual provoca enorme

---

<sup>104</sup> Vid. AAP Madrid 6 de noviembre 2020. AAP M 4725/2020 - ECLI:ES: APM:2020:4725<sup>a</sup>.

confusión para los órganos jurisdiccionales de los diversos Estados y un grave error ya que el ISM es crucial para atribuir o excluir la patria potestad de menores.

Además, existe una falta de regulación en los denominados terceros países que nos lleva a problemas relacionados con el reconocimiento y ejecución de las resoluciones, ya que si un país no es miembro de la UE nos encontramos ante una gran inseguridad jurídica. Existen supuestos de contrariedad con el orden público como por ejemplo en el reconocimiento de una sentencia dominicana que homologa un acuerdo entre la madre biológica y la esposa del padre del niño (al haber fallecido el padre del niño, la esposa allí adquiere derechos sobre el menor) por el cual se otorga la guarda, custodia y patria potestad<sup>105</sup>.

Siguiendo en la línea del reconocimiento de resoluciones, observamos que en la práctica no se suele tener en cuenta la opinión del menor, lo cual resultaría contrario a varios Reglamentos europeos y por ende al art. 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE: *“La opinión de los menores debe ser tenida en cuenta a la hora de resolver cuestiones que le afectan”*<sup>106</sup>.

En ese sentido, el CESE expone que: *“Una normativa mínima que regule las audiencias a los menores, ayudaría al no rechazo del reconocimiento y ejecución de una resolución por parte de los ciudadanos y se reforzaría la confianza mutua en los instrumentos normativos”*.

Por otra parte, la disparidad normativa al tener cada Estado una ley relacionada con responsabilidad parental, por lo que esto dificulta atender a la fijación de unos criterios generales de residencia habitual, por lo que, aunque el reglamento establezca estos criterios, luego cada estado fija sus reglas para determinar la residencia habitual del menor.

El problema se agrava en el caso de menores refugiados sin acompañar, los cuales no se tiene constancia ni de su residencia habitual, ni de sus progenitores, por lo que habrá que ver cuál es el Estado que deberá otorgarle protección y si este efectivamente se la da porque muchos países intentan disuadir la entrada de los menores en dicha situación.

---

<sup>105</sup> Vid. AAP LU N° 95/2019 ( ECLI:ES:APLU:2019:95ª).

Otro de los conflictos que suscita en materia de responsabilidad parental de menores es con respecto a la litispendencia es que al tener que considerar la residencia habitual del menor, al interponer la demanda sobre la misma causa, objeto y partes, en muchas ocasiones uno de los progenitores actúa de mala fe intentando establecer la residencia habitual del menor en otro Estado para dificultar el derecho de visitas del otro progenitor. Por lo que, ante la existencia de problemas, en la práctica va a terminar conociendo del asunto el órgano jurisdiccional en el cual se encuentra el menor en ese momento.

Siguiendo con esta problemática, al existir legislaciones diferentes en los Estados miembros, encontramos serias dificultades para determinar qué demanda se ha presentado primero.

Además, encontramos complicaciones derivadas de la interpretación y aplicación del art. 20 RB II bis en lo que respecta a la adopción urgente de medidas cautelares de protección de menores, cuando la competencia para aplicarlas corresponde a otro Estado miembro.

Finalmente, suele presentarse en casi el 70% de los procedimientos de atribución de la patria potestad y comúnmente en sustracción internacional de menores, las denominadas según la jurisprudencia anglosajona "*relocation disputes*". Podríamos definir estas disputas de los progenitores que se dan por el cambio de domicilio de los menores, al producirse la ruptura familiar.

Y es que hay una confrontación de diversos derechos como son: el derecho a la vida familiar del progenitor que desea ejercer su derecho de libre circulación y quiere llevarse al niño, y el derecho a la vida familiar del otro progenitor. Esta colisión de derechos debe resolverse atendiendo al ISM que es muy complicado determinarlo, ya que el menor tiene derecho a mantener los vínculos familiares.

Así pues, como afirma GÓNZALEZ BEILFUSS.<sup>107</sup>: "*las relocation disputes son de difícil resolución porque invariablemente implican la confrontación de tres intereses diferenciados, el de la madre que desea rehacer su vida, trasladándose al extranjero, el del padre que desea poder seguir manteniendo relación con su hijo y justificadamente teme que la distancia geográfica las reduzca o impida, y los intereses del niño que tiene*

---

<sup>107</sup> GONZÁLEZ BEILFUSS, C. "El traslado ilícito de menores: las denominadas relocation disputes". *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXII/2, Madrid 2010 pág. 52.

*derecho a mantener relaciones personales con ambos progenitores, tanto con el que se traslada como con el que permanece en la jurisdicción”.*

### 3. Posibles soluciones a las dificultades planteadas en el apartado anterior.

Expuestos anteriormente los problemas derivados de la atribución de la patria potestad de menores, es momento de conocer las posibles soluciones otorgadas por las distintas disciplinas que mencionaremos a continuación.

Retomando el supuesto de hecho presentado en el capítulo I, a través de este capítulo daremos respuesta a las siguientes cuestiones: ¿Con qué mecanismos judiciales cuenta nuestro Dopr? ¿A la hora de atribuir la patria potestad a un progenitor, qué aspectos tiene en cuenta nuestro Dopr? ¿Por qué es necesario acudir a la Investigación privada para excluir a un progenitor de la patria potestad? ¿Qué papel adquiere el informe criminológico en los procesos internacionales de atribución de la patria potestad de los menores? ¿Cómo influye la privación de la patria potestad en aquellos supuestos en los que coexiste como pena accesoria a la pena de prisión?

#### 3.1. La investigación privada y la responsabilidad parental.

Como expone el art. 48 de la Ley 5/2014 de 4 de abril de Seguridad privada<sup>108</sup>, los servicios de investigación privada serán llevados a cabo por detectives privados y consistirán en la realización de las averiguaciones que resulten necesarias para la obtención y aportación, por cuenta de terceros legitimados, de información y pruebas sobre conductas o hechos privados relacionados con la vida personal, familiar o social, salvo la desarrollada en los domicilios o lugares reservados.

---

<sup>108</sup> Vid. Art. 48 Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada. BOE N.º. 83, de 5 de abril de 2014. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2014-3649> Consultado el 30/04/2021.

Ahora bien, en nuestro caso, el problema que nos encontramos es localizar a una persona en paradero desconocido y obtener información sobre su conducta, puesto que se pretende normalmente excluir la patria potestad por tener indicios de que la persona en cuestión no está capacitada para conservar la titularidad de la patria potestad.

Una de las condiciones necesarias para que se pueda investigar a una persona y que el informe pueda ser presentado en el juicio oral como prueba pericial es precisamente constatar que la persona que lo solicite tenga interés legítimo sobre la cuestión investigada.

Este interés legítimo<sup>109</sup> existe cuando hay una relación entre la persona física de la que se quiere obtener información y la persona física que quiere averiguar dicha información normalmente para fines judiciales. Es lo que denominamos comúnmente como relación cliente-investigado.

En los procesos de responsabilidad parental, claramente al solicitar el informe la parte que disputa la exclusión de la patria potestad queda constatado este interés legítimo.

Pero ¿Por qué es tan relevante la presentación de un informe de investigación privada en los procedimientos internacionales de atribución/exclusión de la patria potestad? Sencillamente porque aportamos al Juez la realidad empírica de los hechos, es decir directamente vamos a demostrar mediante vídeo, fotografía... la conducta del investigado y el Juez va a poder tomar una decisión más precisa de si conservan ambos la titularidad de la patria potestad o la excluye para alguno.

Veamos seguidamente, el caso de Dipr que se nos presentó en el año 2018:

La cliente Dña. M.J. Pérez (española) se divorció de D. L. Ackles (británico) y fruto del matrimonio tuvieron a D. Ackles Pérez (español), de 14 años.

La cliente y su abogado nos indican que es necesario obtener un informe para poder aportar al Juzgado la mala conducta que el investigado llevaba, ya que ello perjudicaba gravemente al menor, porque ni cumplía el régimen de visitas ni sabían dónde se encontraba actualmente, pero sí tenían sospechas de que consumía varias sustancias

---

<sup>109</sup> Vid. Sobre el tema: Herrero García, J. (2018): “Interés Legítimo y LOPD”. Disponible en: <https://jorgegarciaherrero.com/interes-legitimo-y-lopd>. Consultado el 20/04/2021.

estupefacientes y existían ciertos antecedentes de ludopatía, además de tener antecedentes penales por lesiones a personas en distintas salas de juegos.

Este trabajo duró aproximadamente 6 meses, puesto que, en primer lugar, se tuvo que localizar al investigado, ya que no se encontraba en el domicilio a efectos de notificaciones que se aportó por la cliente.

Tras varias llamadas y por medio de un despacho de investigación privada en Reino Unido, se pudo localizar que este señor residía en una vivienda de alquiler en Londres y efectivamente se constató que no tenía contacto para nada con su hijo, y se dedicaba a consumir estupefaciente y bebidas alcohólicas diariamente, además de frecuentar ciertos locales de juegos y apuestas.

Por tanto, en este caso, nos permitió no sólo saber la conducta del investigado, sino que se pudo aportar el nuevo domicilio de éste, lo cual fue muy útil para la presentación de la demanda, porque la madre no quería únicamente que se declarase en rebeldía procesal a su ex marido, sino conocer su paradero y el motivo por el cual desapareció sin comunicar nada.

En este supuesto de Dipr español, la competencia judicial internacional era claramente de los tribunales españoles al seguirse el criterio general de la residencia habitual del menor. Este informe fue admitido como medio de prueba contemplado en la LEC<sup>110</sup>, y gracias al mismo y a los antecedentes penales del demandado, el Juez falló que debía excluirle de la patria potestad por considerar la existencia de peligrosidad y gravedad para la integridad del menor, además de apreciarlo perjudicial atendiendo al ISM.

En resumen, es muy importante acudir a los servicios de investigación privada<sup>111</sup> en estos supuestos, porque de no haber acudido, el demandado no habría comparecido en sala y no se le hubiera privado de la titularidad de la patria potestad, sino que se hubiera atribuido exclusivamente el ejercicio de la patria potestad a la madre, pero ambos hubieran seguido conservando la titularidad, lo cual en este caso hubiera perjudicado al menor. Además, el régimen de visitas se descartó totalmente al ser incumplido

---

<sup>110</sup> NAVASQUILLO LORDA, E. "Informe pericial del detective privado" en *Quadernos de Criminología* Nº14. 2011. pp.40-46. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3740856>. Consultado el 24/04/2021.

<sup>111</sup> MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.E. "Casos de responsabilidad parental". SYS Detectives privados. 2018.

previamente por el padre y por las situación de gravedad que suponía quedarse a solas con el menor, aunque sí que se fijó la correspondiente pensión de alimentos en favor del menor.

Por otra parte, se tomó declaración al menor y éste tampoco quería tener contacto con su padre porque no lo veía nunca y las veces que ha estado en casa manifestaba que se comportaba de forma violenta con su madre y él.

En conclusión, resulta de gran utilidad los informes de investigación privada para decidir sobre la atribución/exclusión de la patria potestad porque permiten estudiar en profundidad las conductas de los progenitores en el ámbito de sus interacciones personales y sociales.

### 3.2. El informe criminológico en el ámbito del proceso judicial.

Llegados a este punto, iremos desgranando como el informe criminológico resulta en la práctica de gran aplicación en el ámbito del proceso judicial, aunque desgraciadamente sea tan desconocido por parte de la población.

El informe criminológico en materia de responsabilidad parental es dentro del proceso judicial considerado como una prueba pericial que busca determinar los índices de criminalidad, además de prevenir la delincuencia y todas aquellas actitudes que conduzcan a ella. Concretamente, es muy útil no sólo en la atribución de la patria potestad, sino en cuestiones de custodia compartida y derecho de visita.

Así pues, según el criminólogo SOTO PELEGRÍN<sup>112</sup>: *“En procedimientos contenciosos de custodia compartida, alguien podría decir “llamen a los mediadores”. Pues llámese si lo que se quiere es la resolución alternativa de los conflictos, pero si usted como abogado o juez necesita saber las conductas que rodean al matrimonio, qué beneficios o perjuicios le reporta al niño la custodia compartida, cuál es el análisis exhaustivo que debemos de realizar cuando atribuimos o excluimos una patria potestad basándonos en el denominado ISM, entonces lo que usted necesita es un informe criminológico”*.

---

<sup>112</sup> SOTO PELEGRÍN, V. *El Informe Criminológico*. Valencia. Independently published 2020 pp. 50-51.

Y es que es muy importante distinguir qué funciones corresponden a cada profesional, porque si los procedimientos internacionales de atribución exclusiva de la patria potestad ya de por sí revisten de cierta complejidad para los expertos del Derecho, es muy extraño que se pueda llegar a profundizar en los aspectos criminológicos en relación con la materia objeto de estudio.

Por lo que, consideramos que si no analizamos la denominada “causa criminológica”<sup>113</sup>, entendida como aquel principio necesario sin el cual un comportamiento no hubiese existido, no podemos prevenir ni dar una explicación real al por qué de la adquisición de conductas negativas en el menor si se llegará a excluir de la patria potestad a alguno de los padres, tendríamos esos efectos una vez dictada sentencia, y por tanto, la reflexión que hacemos al respecto es que no tiene sentido alguno defender el Interés superior del Niño como principio jurídico por excelencia, si no nos preocupamos de prevenir y anticipar con anterioridad los posibles efectos nocivos de exclusión de una patria potestad.

Por ello, como experta criminóloga en la materia, cabe criticar que el ISM no le corresponde bajo mi punto de vista analizarlo al Juez, porque el mismo es un experto en leyes, pero no en la prevención de patrones de conducta negativos ni en el estudio de las consecuencias criminológicas que tiene la atribución - o no- de la patria exclusiva a un determinado progenitor.

Es decir, el Juez ya ostenta una carga muy laboriosa al dictar sentencia por la exhaustiva concentración que ello requiere, por lo que es necesario que los criminólogos faciliten esa tarea de determinar qué sería aquello más idóneo para el menor, analizando factores tanto endógenos como exógenos.

En resumen, el objeto de un informe criminológico es la aportación de información al Juez de los posibles factores de riesgo si los hubiere que se dé en alguno o ambos padres, y ello afecte al niño.

Esto supone un gran trabajo, ya que implica un estudio detallado de las interrelaciones familiares, condiciones psíquicas, situación social de la familia, peligrosidad hacia el menor, la averiguación de la existencia de intereses particulares tras la solicitud de exclusión por una de las partes de la patria potestad como podrían ser la

---

<sup>113</sup> GARRIDO GENOVÉS, V. *La criminología forense y el informe criminológico*. Tirant lo Blanch. Madrid. 2017.

atribución de la vivienda, con fines de evitar pasar una pensión alimenticia<sup>114</sup>, ya que debemos recordar que la pensión alimenticia la gestiona la parte a quién se le atribuye la custodia en exclusiva, por lo que podrían surgir intereses en ese aspecto.

Finalmente, antes de exponer los mecanismos empleados en el ámbito judicial, detallaremos concretamente los puntos a tratar en la elaboración de un informe criminológico.

Así pues, teniendo en consideración que nuestro objetivo principal es encontrar patrones de conducta negativos que influyan perjudicialmente en el menor, primero se realizarán entrevistas a los progenitores y al menor por separado, siempre que tenga el suficiente juicio.

Seguiríamos por entrevistar a los profesionales, ya sean maestros, psicólogos si es que tratan a alguno de los miembros de la familia.

Además, es importante trasladarnos al entorno social dónde se encuentra sita su vivienda, y solicitar al Juez de oficio que nos aporte los antecedentes penales si existieren.

Y por supuesto, la observación de la conducta de los progenitores mediante los servicios de investigación privada, con el interés de ser elaborados por Criminólogos especializados en investigación privada.

Con todo lo expuesto, se podría realizar un examen completo de todos aquellos factores de riesgo para el menor y poder determinar estudiando de forma profunda qué es aquello que va en consonancia con el ISM para finalmente plasmarlo en un informe criminológico y poder ser presentado a las autoridades judiciales.

### 3.3. Los mecanismos de protección de los menores en el ámbito judicial.

Retomando el supuesto de hecho descrito en el capítulo I, la cuestión que debemos resolver es si se permite el cambio de domicilio del menor una vez se ha atribuido la patria

---

<sup>114</sup> GARRIDO GENOVÉS, V. “La pericial criminológica forense y el informe criminológico” en *Dialnet*. 2017. pp. 160-203. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6801414> Consultado el 01/04/2021.

potestad conjunta<sup>115</sup> si una de las partes se opone. A tenor de lo dispuesto en las normas de Dpr sí que es posible, pero deberá de autorizarlo el Juez, valorando el ISM y lo dispuesto en los Reglamentos comunitarios al apreciarse un supuesto de Dpr.<sup>116</sup>

Ahora bien, ¿Cuáles son los mecanismos observados en el ámbito judicial en estos procedimientos internacionales de menores<sup>117</sup>?

En primer lugar, en prácticamente la totalidad de los procedimientos judiciales internacionales de menores se recurre en primera instancia a la mediación judicial (Art.25 R.1111/2019). Esta es realizada por un tercero con posición neutra el cual intenta que las partes lleguen a un acuerdo antes de acudir a la vía judicial. La misma es utilizada en los supuestos en los que no existe peligrosidad para el menor y es aconsejable porque siempre es mejor llegar a un acuerdo entre los progenitores<sup>118</sup>.

Al tratarse de una resolución alternativa de conflictos evitamos recurrir a la vía judicial por lo que es menos traumático para los menores. Los únicos requisitos para llevarla a cabo es que no suponga un retraso para la restitución del menor ni suponga un perjuicio para los intereses del menor.

Sin embargo, si no conseguimos llegar a un acuerdo, tendremos que acudir a la vía judicial. Y es en el marco de la vía judicial donde surgen cuestiones una vez producido el cambio de residencia de un menor. Concretamente en el RB II bis 2201/2003 surgía la problemática de si el tribunal de la antigua residencia del menor podría ser competente para modificar cuestiones una vez trasladado el menor al nuevo lugar de residencia. La respuesta era que sí, pero sólo durante seis semanas, lo cual en muchas ocasiones era un plazo en la práctica poco realista.

Es por ello por lo que, el nuevo R. 1111/2019 introduce un período de 6 semanas para resolver los tribunales en primera instancia y otro de semanas para resolver un recurso los tribunales superiores jerárquicamente. Esto sería en total tres meses, siendo más apropiado para los Tribunales que en el supuesto anterior.

---

<sup>115</sup> Vid. PEREZ GOMEZ, J. "La patria potestad" en Instituciones de Derecho internacional privado Vol 4. 2015 pp.41-293. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5848148>. Consultado el 09/03/2021.

<sup>116</sup> Sobre el tema de estudio Vid. LORENTE MARTINEZ, I. *Sustracción internacional de menores: estudio jurisprudencial práctico y crítico*. Dykinson. Madrid. 2019.

<sup>117</sup>

<sup>118</sup> IBARRA SÁNCHEZ, D. Letrado especialista en procedimientos internacionales de protección del menor.

Así se observa en el art. 24 del R.1111/2019: *“Cuando un menor cambie de residencia de un Estado miembro a otro y adquiriera una nueva residencia habitual en este último, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la anterior residencia habitual seguirán siendo competentes, durante los tres meses siguientes al cambio de residencia, para modificar aquello que se pretenda”*.

Otro de los mecanismos que incorpora el nuevo Reglamento es la supresión del exequátur<sup>119</sup> para las resoluciones en materia de responsabilidad parental, tal y como dispone el art.34 de dicho reglamento, por lo que no es necesario seguir un procedimiento especial para producir efectos ejecutivos en otro estado miembro a diferencia de lo que sucedía anteriormente<sup>120</sup>.

No obstante, podría llegar a suspenderse la ejecución de dichas resoluciones, cuando se constata que existe grave peligro de daño físico o psíquico hacia el menor según la novedad introducida en el art. 56.4 del R.1111/2019. En todo caso, si desapareciese dicho riesgo, deberá reanudarse la ejecución de las resoluciones.

Además, al existir tanta controversia sobre si los tribunales competentes para conocer del divorcio eran los mismos o no para conocer de los asuntos de responsabilidad parental, la nueva regulación acoge un criterio de unificación en función de que el menor esté relacionado íntimamente con ese Estado miembro, además de permitir a las partes la elección del órgano jurisdiccional. (Arts.10-12).

Este Reglamento refuerza aún más si cabe la idea de que es imprescindible contar con la opinión del menor, según lo dispuesto en el art.21: *“En el ejercicio de su competencia conforme a la sección 2 del presente capítulo, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, de conformidad con la legislación y el procedimiento nacionales, 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”*.

Otra solución importante es la mayor cooperación entre las autoridades de los Estados miembros, ya que funciona con más eficacia que el anterior Reglamento Bruselas

---

<sup>119</sup> RODRÍGUEZ PINEAU, E. “El nuevo Reglamento (UE) 2019/1111 en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores” en *Revista jurídica sobre familia y menores* Nº 26. 2020. pp.14-20.

Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7487535>. Consultado el 09/04/2021.

<sup>120</sup> GARCÍA RICO, M. Letrada especialista en procedimientos de responsabilidad parental.

II bis. No sólo se establece dicha cooperación, sino también comunicación entre los distintos órganos jurisdiccionales, lo cual en la práctica ayuda a agilizar las controversias de los procedimientos internacionales de atribución de la patria de los menores<sup>121</sup>.

Por tanto, expone el art. 86 R.1111/2019: “*A efectos del presente Reglamento, los órganos jurisdiccionales podrán cooperar y comunicarse directamente entre sí, o solicitarse mutuamente información, siempre que dicha comunicación respete los derechos procesales de las partes en los procedimientos y el carácter confidencial de la información*”.

Sin embargo, el nuevo Reglamento no nos aporta solución a aquellas controversias en las que el menor es sustraído a un tercer país no miembro del Reglamento ni del Convenio de la Haya 1980 y 1996. En estos casos, la solución que se plantea en España es poner en marcha el protocolo de sustracción de menores, poniendo en conocimiento del caso al Ministerio de Asuntos exteriores que se encargará de informar a la Embajada o Consulado de España competente para que determine la forma de proceder al respecto.

En la práctica<sup>122</sup>, suele iniciarse un procedimiento urgente de restitución ante los Juzgados del Estado en el que se encuentre el menor. Esto, sin embargo, es contraproducente porque no todos los terceros países garantizan el ejercicio de los derechos del niño plenamente y no podríamos exponer que en todos los países se cumpla con las exigencias del ISM. Por ello es necesario un instrumento normativo específico para regular los procedimientos internacionales de menores en terceros países.

### 3.4. La privación de la patria potestad como pena accesoria a la pena de privación de libertad.

Si bien nos encontramos ante problemas de Derecho Internacional Privado, hay ocasiones que en los procedimientos internacionales de atribución de la patria potestad de menores nos exige estudiar supuestos que si bien tratan cuestiones de Derecho privado,

---

<sup>121</sup> Vid. Sobre el tema JABBAZ, M. *Menores en disputa*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2020.

<sup>122</sup> RAMON MARTÍNEZ, D. Letrado penalista especializado en procedimientos que conllevan la privación de la patria potestad como pena accesoria a la pena de libertad.

también inciden en parte del Derecho público. Es el caso de la privación de la patria potestad como pena accesoria a la pena de prisión<sup>123</sup>.

Más concretamente, nos referimos a aquellos supuestos en los que el progenitor ha incurrido en causas graves de privación de la patria potestad como pueden ser: el maltrato físico, mental o moral, la exposición a cualquier situación de riesgo o amenaza a los derechos fundamentales del hijo, o aquellas actuaciones tendentes a la comisión de un delito<sup>124</sup>.

Sin embargo, la duda que nos surge es si una vez se ha privado a un individuo de la patria potestad y a su vez está cumpliendo pena de prisión, si se suspende o no el derecho de visitas del menor.

La regla general es que no porque ello es necesario para el desarrollo integral del menor y estas relaciones familiares vienen protegidas tanto a nivel internacional como nacional a través de:

La CE, el CC, la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del menor, así como por los tratados internacionales, por ejemplo, el R Bruselas II bis, el R. 1111/2019, Convenio de la Haya 1980 y 1996, la Convención sobre los Derechos del Niño de Nueva York, de 20 de noviembre de 1989 y por la Carta Europea de los Derechos del Niño.

Esto no quiere decir que no pueda suspenderse el derecho de visitas, ya que en casos de gravedad extrema para el menor si que está previsto en el art. 94 CC que el Juez limite o suspenda dicho derecho. La clave es, por tanto, atender al interés superior del menor para determinar la modificación o suspensión del régimen de visitas.

En consecuencia, no debemos obviar que por mucho que un progenitor ingrese en prisión no se suspende la obligación de pago de una pensión de alimentos anteriormente fijada en la resolución.

---

<sup>123</sup> ZURITA MARTÍN, I. “La privación de la patria potestad por sentencia dictada en causa criminal” en *actualidad civil* N°3. 2003. pp. 865-883. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=663437>. Consultado el 04/05/2021.

<sup>124</sup> Vid. Arts. 55 y 56 Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE N°281, de 24/11/1995. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>

Ahora bien, ¿Qué sucede con el derecho de visitas si el progenitor que no ostenta la patria potestad cumple condena en otro país distinto al de residencia del menor?

En este caso la respuesta es más compleja, puesto que va a depender de muchas variantes como: la edad que tenga el menor para ir o no acompañado, la distancia del domicilio con el centro penitenciario, los recursos económicos, disponibilidad horaria y personal para viajar, y se tomará la decisión atendiendo al ISM y aquello que le beneficia.

Aunque el TS se ha pronunciado en reiteradas ocasiones cuando uno de los progenitores se encuentra en el extranjero en su STS N.º 301/2017, de 16 de mayo de 2017<sup>125</sup>. Se dicta sentencia alegando que: *“no existe inconveniente en que los menores puedan viajar acompañados o no según la edad en avión. Además, no encontramos una previsión legal acerca de cómo debe organizarse el sistema de visitas ni con carácter general ni, en particular, cuando los progenitores residen en lugares alejados o incluso, en países que se encuentran en distintos continentes por lo que es preciso ponderar las circunstancias concurrentes con el fin de adoptar las medidas singulares más adecuadas en interés del menor”*.

En conclusión, salvo que nos encontremos ante un supuesto de gravedad extrema y que las autoridades judiciales hayan decidido suspender el derecho de visitas, no habría contraindicación alguna en impedir las relaciones paternofiliales en el ámbito de los centros penitenciarios si ello conviene tanto al interés superior del menor como a los intereses de sus progenitores si estos resultasen beneficiosos para el mismo.

---

<sup>125</sup> Vid. STS n.º301/2017 de 16 de mayo de 2017, Rec. 3579/2016, Ponente: Parra Lucán, María de los Ángeles. (ECLI:ES:TS: 2017:1901).

## CONCLUSIONES:

Una vez realizado un estudio profundo de la materia y de acuerdo con los objetivos previamente establecidos podemos concluir lo siguiente:

**Primero.** Ante la multiplicidad de los instrumentos normativos existentes en la materia, el punto común que mantienen entre ellos es la prevalencia de los principios jurídicos *ISM* y *favor filii* en todos los procedimientos relacionados con la responsabilidad parental y la protección de menores. Esto es, cuando resulte de aplicación una determinada norma jurídica para un procedimiento judicial de carácter internacional, la atribución/exclusión de la patria potestad de menores por parte de las autoridades judiciales se realizará siempre en beneficio del menor respetando el interés superior del mismo, al ser el gran protagonista de estos procedimientos.

**Segundo.** En lo que se refiere al concepto de responsabilidad parental en el ámbito internacional debemos hacer referencia que se trata de una definición muy amplia que abarca las siguientes cuestiones: todos los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor, incluyendo los derechos de custodia y visita.

**Tercero.** El nuevo Reglamento 1111/2019 supone una mejora sistemática de la versión anterior, pero es cierto que no solventa los conflictos derivados de la competencia judicial internacional a nivel mundial, sino sólo a nivel europeo, lo cual nos obliga a seguir acudiendo al Convenio de la Haya 1996 cuando surge un procedimiento internacional en el ámbito de los terceros países.

**Cuarto.** El foro general que va a prevalecer por excelencia a la hora de determinar la competencia judicial internacional es la residencia habitual del menor en uno de los países miembros de la UE. Sin embargo, existe una gran diversidad de foros que debemos contemplar para conocer de antemano cuáles serán los criterios para otorgar competencia a los tribunales para conocer sobre un asunto de responsabilidad parental.

**Quinto.** Respecto a la ejecución privilegiada en resoluciones que acuerdan los derechos de visita y las que ordenan la restitución del menor podemos concluir que son muy útiles desde el punto de vista jurídico porque ayudan a prevenir la sustracción ilícita de menores por la nueva regulación tan exhaustiva que dispone el nuevo R 1111/2019.

**Sexto.** La ley aplicable en los procedimientos vinculados con la protección de menores es el CH 1996 como regla general, concretamente la “*lex fori in foro proprio*”. El mismo, se aplica para determinar la ley aplicable no sólo en protección de menores, sino en responsabilidad parental, incluyendo patria potestad, tutela, curatela u otras instituciones públicas. En el caso que no se pueda determinar la ley aplicable en arreglo a este instrumento normativo, aplicaremos los arts. 9.4 y 9.6 del CC.

**Séptimo.** Desde una vertiente práctica, los mecanismos empleados en el ámbito judicial son la mediación y si no se llegara a un acuerdo la vía judicial. Destaca por excelencia la supresión del exequátur para las resoluciones en materia de responsabilidad parental, tal y como dispone el art.34 del reglamento 1111/2019, por lo que no es necesario seguir un procedimiento especial para producir efectos ejecutivos en otro estado miembro a diferencia de lo que sucedía anteriormente.

**Octavo.** La investigación privada, una vez acreditado el interés legítimo, es primordial en los procedimientos judiciales internacionales en la patria potestad de menores para observar detalladamente la conducta de los progenitores y, por tanto, aportar la prueba pericial del detective privado al Tribunal con el fin de que éste decida sobre la atribución/exclusión de la patria potestad.

**Noveno.** El informe criminológico supone la aportación de información al Juez de los posibles factores de riesgo si los hubiere que se dé en alguno o ambos padres, y ello afecte al niño. Esto implica un estudio detallado de las interrelaciones familiares, condiciones psíquicas, situación social de la familia, peligrosidad hacia el menor y la averiguación de la existencia de intereses particulares tras la solicitud de exclusión por una de las partes de la patria potestad.

**Décimo.** Respecto a la privación de la patria potestad como pena accesoria a la pena de prisión podríamos exponer que sí que se contempla en el CP pero no como regla general sino en aquellos supuestos que nos encontremos ante un supuesto de gravedad extrema y que las autoridades judiciales hayan decidido suspender el derecho de visitas, ya que no existiría contraindicación alguna en impedir las relaciones paternofiliales en el ámbito de los centros penitenciarios si ello conviene tanto al interés superior del menor como a los intereses de sus progenitores si estos resultasen beneficiosos para el mismo.



## BIBLIOGRAFIA

ALLUEVA AZNAR, L., “Situaciones de riesgo y desamparo en la protección de menores”, *Revista para el Análisis del Derecho Indret*, N°4,2011. Disponible en: [https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/854\\_es.pdf](https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/854_es.pdf)

AMAIA BRAVO, Ma; SANTOSGONZALES, I., “Menores extranjeros no acompañados en España: necesidades y modelos de intervención”, en *Psychosocial Intervention*, vol. 26, 2017. Disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.psi.2015.12.001>

CALVO CARAVACA, L. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Protección de menores*, en *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, 16.<sup>a</sup> Ed., Comares, Granada, 2016, pp. 543- 545.

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” en *Dialnet, cuadernos de Derecho Internacional*, Vol. 12, N°. 1, 2020, pp. 97-117. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7279748>

CARMONA LUQUE: “Ejercicio de la patria potestad y tutela de los derechos del menor” en *Dialnet, 50 Aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos: su influencia en la evolución de los derechos del niño*. 1999 pp. 61-88. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3707570>

CASTELLANOS RUIZ, E. RODRÍGUEZ RODRIGO, J. CARMIÑA RODRÍGUEZ, C.M. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. CALVO CARAVACA, A.L. *Tratado de Derecho Internacional Privado 3 tomos*. Tirant Lo Blanch. 2020, pp. 100-330.

CHÉLIZ INGLÉS, M.<sup>a</sup> DEL C. “La sustracción internacional de menores, tras la aprobación de la Ley de Jurisdicción Voluntaria”, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, 2015, pp. 249-251.

CORTÉS DOMÍNGUEZ; “La competencia judicial internacional” en *Enciclopedia Jurídica*. 2020 pp. 20-22. Disponible en: <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/competencia-judicial-internacional/com>.

DÍAZ Y PEREZ. *Las habilidades sociales en niños y adolescentes: su importancia en la prevención*. Fundamentos en humanidades. San Luis (Argentina). 2007. Pp. 189-194.

DIEZ MORRAS. J., “Indefinición del interés superior del menor extranjero no acompañado en perjuicio de su protección”, *Protección Jurídica, responsabilidad penal y mediación en justicia de menores*, en REDUR, Universidad de rioja, Logroño, vol. 40, 2012, pp. 95-104. Disponible en: <https://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero10/diez.pdf>. <https://doi.org/10.18172/redur.4105>

FERNÁNDEZ ROZAS, C.J: “El blog de Fernández Rozas”. En *Materiales Derecho Internacional privado*. 2020 Disponible en: <https://fernandezrozas.com/category/derecho-internacional-privado/>

GARCÍA LOZANO, S: “El Interés superior del niño” en *Dialnet, Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, N°. 16, 2016, pp. 131-157. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5662101>.

GARRIDO GENOVÉS, V. “La pericial criminológica forense y el informe criminológico” en *Dialnet*. 2017. pp. 160-203. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6801414>

GARRIDO GENOVÉS, V. *La criminología forense y el informe criminológico*. Tirant lo Blanch. Madrid. 2017.

GÓNZALEZ BEILFUSS: “El traslado lícito de menores: Las relocation disputes” en *REDI*. N° 2, 2010. pp. 51-75. Disponible en: <file:///C:/Users/Downloads/DialnetElTrasladoLicitoDeMenoresLasDenominadasRelocationD-3702278.pdf>

GUTIERREZ GUTIERREZ, A. “Aspectos jurídicos de la investigación privada” en *revista de Criminología y ciencias forenses* N°7. 2009. pp. 14-21. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3104379>

IBARRA SANTOS, P; *Sistema jurídico colombiano, ordenamiento legal y orden jurídico*. Difusión jurídica, Colombia. 2010. pp. 155-172.

LORENTE MARTINEZ, I. *Sustracción internacional de menores: estudio jurisprudencial práctico y crítico*. Dykinson. Madrid. 2019.

JABBAZ, M. *Menores en disputa*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2020.

JIMÉNEZ ÁLVAREZ; *Intrusos en la fortaleza: Menores marroquíes migrantes en la Frontera Sur de Europa*. Comares, Granada, 2012. pp. 200-210.

LACUEVA SAIZ J.C.: “Tutela judicial del menor en situación de desamparo”, en *Dialnet*. 2018, pp.40-60. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=184219>

LUNA ABELLÁN, E. “Custodia compartida y protección jurídica del menor”. En *Dialnet, UCM*. Madrid 2016, pp. 50-55. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=127394>

MARTÍN MAZUELOS, F. J.: “El reconocimiento incidental, su delimitación y procedimiento”. En *Dialnet*. 2017, pp. 70-90. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6278527>

MIAJA DE LA MUELA, A. *Derecho Internacional Privado*, Atlas, Madrid, 1969, Tomo 2.

NAVASQUILLO LORDA, E. “Informe pericial del detective privado” en *Quadernos de Criminología* N°14. 2011. pp.40-46. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3740856>

ORTEGA GIMÉNEZ, A. HEREDIA SÁNCHEZ, L.S. LORENTE MARTÍNEZ, I. *Materiales de Derecho Internacional Privado para el Grado en Derecho*. Difusión Jurídica. Elche (Alicante) 2ªEdición. 2019. pp. 180-300.

PEREZ GOMEZ, J. “La patria potestad” en *Instituciones de Derecho internacional privado* Vol 4. 2015 pp.41-293. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5848148>.

RODES LLORET: “Vulnerabilidad infantil” en *Dialnet*. 2010 Vol. 3. pp.20-40. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=661129>

RODRIGUEZ PINEAU, E. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. “Jurisprudencia española y comunitaria de Derecho internacional privado- Práctica española: Derecho civil internacional- Menores, responsabilidad parental”, en *Revista española de derecho internacional*, Vol. 67, Nº 1, 2015, pp. 268-271. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5101552>

RODRÍGUEZ PINEAU, E. “El nuevo Reglamento (UE) 2019/1111 en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores” en *Revista jurídica sobre familia y menores* Nº 26. 2020. pp.14-20. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7487535>.

SOTO PELEGRÍN, V. *El Informe Criminológico*. Valencia. Independently published 2020 pp. 50-51.

VELARDE D'AMIL, Y. “La mediación en los supuestos de sustracción internacional de menores y el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, en *Revista de Derecho UNED*, núm. 17, 2015, pp. 1283-1286. Disponible en: [http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:RDUNED-2015-17-5200/Mediacion\\_supuestos.pdf](http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:RDUNED-2015-17-5200/Mediacion_supuestos.pdf)

ZERMATTEN, Jean, “El interés superior del Niño: Del análisis literal al Alcance Filosófico”, en *Institut international des droits de l'enfant*, 2003 pp.30-50.

ZURITA MARTÍN, I. “La privación de la patria potestad por sentencia dictada en causa criminal” en *actualidad civil* Nº3. 2003. pp. 865-883. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=663437>

## WEBGRAFÍA

Boletín Oficial del Estado (BOE): [www.boe.es](http://www.boe.es)

Instituto Nacional de Estadística. (INE): [www.ine.es](http://www.ine.es)

Parlamento Europeo: [www.europarl.europa.eu](http://www.europarl.europa.eu)

## ANEXOS

### 1-SENTENCIAS:

STS Nº 4233/2014 (Sala 1º) de 20 de octubre de 2014. (ECLI:ES:TS:2014:4233).

SAP Nº 1780/2014. Málaga 30 septiembre 2014 (ECLI:ES: APMA: 2014:1780).

STSJ Nº 848/2019. Baleares 25 marzo de 2019 (ECLI: ES:TSJBAL:2019).

APP Nº 981/2017. Barcelona 17 mayo de 2017 (ECLI:EU:C:2017).

SAP Nº 474/2011. Girona 18 febrero de 2011 (ECLI:ES:APGI:2011:474).

SAP Nº 9738/2015. Barcelona 10 abril de 2015 (ECLI:ES: APB:2015:9738).

SAP Nº 13252/2013. Madrid 18 junio de 2013 (ECLI:ES: APM:2013:13252).

SAP Nº 576/2017. León 6 septiembre de 2017 (ECLI:ES: APLE:2017:576).

APP Nº 2253/2019. Barcelona 16 octubre de 2019 (ECLI:ES:JSO:2019:2253).

SAP Nº 13078/2019. Barcelona 5 noviembre de 2019 (ES:ECLI:2019:13078).

SAP Nº 2256/2013. Zaragoza 2 julio de 2013 ECLI:ES:APZ:2013:2256.

STJUE 17 octubre 2018. Sentencia Supranacional. C-393/18, TJUE (ECLI:EU:C:2018:755).

AUTO TJUE 3 octubre 2019. Asunto C-759/18 OF / PG. Auto del Tribunal de Justicia (ECLI:EU:C:2019:855).

STJUE 31 mayo 2018, C-335/17,E-LEX Valcheva. (ECLI:EU:C:2018:322).

STJUE 9 septiembre 2015, C-4/14, E-LEX Bohez. (ECLI:EU:C:2015:104).

STJUE 6 octubre 2015, C-404/14 E-LEX Matousková. (ECLI:EU:C:2015:200).

STJUE, 17 octubre 2018, C-393/18 E-LEX. (ECLI:EU:C:2018:393).

SAP Nº 1870/2016. Murcia 14 julio 2016 (ECLI:ES:APMU:2016:1870).

AUTO TJUE 10 abril 2018, C-85/18 E-LEX. (ECLI:EU:C:2018:390).

SAP Nº 1015/2012. Zaragoza 20 abril 2012 (ECLI:ES:APZ:2012:1015).

SAP N° 11171/2014. Barcelona 21 marzo 2014 (ECLI:ES:APB:2014:11171).  
AAP N° 382/2017. Lleida 16 agosto 2017 (ECLI:ES:APL:2017:382<sup>a</sup>).  
AAP N° 1256/2015. Barcelona 20 febrero 2015 (ECLI:ES:APB:2015:1256<sup>a</sup>).  
SAP N° 965/2018. Madrid 16 de noviembre y posterior Recurso 409/2017. SAP N° 965/2018, Madrid 16 de noviembre de 2018. (ECLI:ES:APB:2018:965).  
AAP N° 4725/2020. Madrid 6 de noviembre 2020 (ECLI:ES:APM:2020:4725<sup>a</sup>).  
AAP N° 95/2019 . Lugo 10 de junio de 2019 ( ECLI:ES:APLU:2019:95<sup>a</sup>).  
STS N° 301/2017. 16 de mayo de 2017, Rec. 3579/2016 (ECLI:ES:TS: 2017:1901).  
STS N° 4113/2017 10 marzo 2017 (ECLI:ES:TS:2017:4113).  
SAP N° 130/2018 Girona 15 septiembre 2018 (ECLI:ES:JMGI:2018:130<sup>a</sup>).  
STS N° 4113/2017 19 mayo de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:4113).

## 2-LEGISLACIÓN:

Convención sobre los Derechos del Niño 1989, en:  
[http://www.unicef.org/panama/spanish/convención.\(pdf\)](http://www.unicef.org/panama/spanish/convención.(pdf)).

Declaración Universal de los derechos humanos de 10 de diciembre 1948. BOE N.º 243, de 10 de octubre de 1979. Disponible en:  
<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1979-24010>

Pacto de derechos económicos, sociales y culturales de 19 de diciembre 1966 BOE N.º 103, de 30 de abril de 1977. Disponible en:  
[https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-1977-10734](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1977-10734)

Pacto de derechos civiles y políticos 19 de diciembre 1966. BOE N.º 103, de 30 de abril de 1977. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1977-10733>

Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales de 4 de noviembre de 1950. BOE N.º 108, de 6 de mayo de 1999. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1999-10148>

Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea el 7 de diciembre de 2000. DOUE N.º 83, de 30 de marzo de 2010. Disponible en:  
<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-Z-2010-70003>

Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. BOE N° 313, de 31 de diciembre de 1990. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1990-31312>

Convenio de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya. BOE N°. 202, de 24 de agosto de 1987. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1987-19691>

Instrumento de ratificación del Acuerdo de Adhesión del Reino de España al Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado en Schengen el 19 de junio de 1990, al cual se adhirió la República Italiana por el Acuerdo firmado en París el 27 de noviembre de 1990, hecho el 25 de junio de 1991. BOE N° 81, de 5 de abril de 1994 Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1994-7586>

Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada. BOE N°. 83, de 5 de abril de 2014. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2014-3649>

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE N°281, de 24/11/1995. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>

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. DOUE N.º 338, de 23 de diciembre de 2003. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2003-82188>

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. DOUE N.º. 178, de 2 de julio de 2019. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2019-81122>

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. BOE N.º 206, de 25 de julio de 1889. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>

