



UNIVERSIDAD MIGUEL HERNÁNDEZ

Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche

GRADO EN DERECHO

TRABAJO FIN DE GRADO

Curso Académico: 2023 -2024

PROCEDIMIENTOS INTERNACIONALES SOBRE MENORES EN DERECHO

INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL.

ASPECTOS PRÁCTICOS CONTROVERTIDOS

Alumna: María Fuensanta Sánchez Piqueras
Tutora: Dra. Dña. Lerdys Saray Heredia Sánchez

INDICE

RESUMEN	5
ABSTRACT	5
ABREVIATURAS	6
INTRODUCCION	8
CAPÍTULO 1. CUESTIONES GENERALES SOBRE MENORES Y PROCEDIMIENTOS TRANSFRONTERIZOS	
1.1. Familia internacional y la protección de los menores en la familia	10
1.2. Responsabilidad parental en Derecho internacional privado español	12
1.3. La protección de los menores en los casos internacionales	13
1.4. Marco jurídico del derecho al respeto de la vida familiar	15
1.5. Balance parcial.....	18
CAPÍTULO II. NORMATIVA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL PARA ADOPTAR MEDIDAS SOBRE MENORES EN PROCEDIMIENTOS INTERNACIONALES.	
2.1. Referencia al 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	19
2.1.1. Objetivo y finalidad del Reglamento	19
2.1.2. Cambios recientes en derecho de familia internacional	20
2.1.3. Ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas II ter	21
2.1.4. Normas de competencia judicial internacional relativas a la responsabilidad parental	22
2.1.4.1. La residencia habitual como criterio que responde al interés del menor	23
2.1.4.2. Traslado legal de residencia y competencia en el caso de derecho de visita	24
2.1.4.3. Autoridades competentes en caso de traslado o retención de un menor	25
2.1.4.4. Foro de la autonomía de la voluntad	26

2.1.4.5. Remisión y transferencia de la competencia	30
2.1.4.6. Competencia residual	31
2.1.4.7. Errores en materia de competencia judicial internacional	31
2.1.4.8. Medidas provisionales, tutela cautelar y cuestiones incidentales	32
2.1.5. El Reglamento Bruselas II ter y las relaciones con otros instrumentos internacionales	33
2.1.5.1. Análisis de la preferencia aplicativa del Reglamento Bruselas II ter sobre el Convenio de la Haya de 1996	33
2.1.6. Principal novedad del Reglamento (UE) 2019/1111: Supresión del exequátur	36
2.2. Reglamento (CE) 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos	37
2.2.1. El Ámbito de aplicación del Reglamento 4/2009	37
2.2.2. Regulación de los aspectos de Derecho internacional privado de las obligaciones alimenticias	41
2.2.2.1. Reglamento de alimentos	41
2.2.2.2. Convenio de La Haya sobre alimentos para niños de 2007	42
2.2.2.3. Protocolo de alimentos de La Haya de 2007	42
2.2.3. Las relaciones del Reglamento 4/2009 con otros instrumentos comunitarios, convenios y acuerdos internacionales	43
2.2.4. La superación del exequátur	44
2.2.5. Errores en el campo del reconocimiento y ejecución de decisiones	45
2.3. Balance parcial.....	46
CAPÍTULO III. PROBLEMAS PRÁCTICOS DERIVADOS DE LA DETERMINACION DEL DERECHO APLICABLE A LAS MEDIDAS SOBRE MENORES EN SUPUESTOS INTERNACIONALES.	
3.1. Breve análisis de la jurisprudencia española sobre el Derecho aplicable a las medidas adoptadas sobre menores en supuestos internacionales	48

3.2. Errores de la jurisprudencia española en la aplicación del Derecho internacional privado.....	49
3.2.1. El indebido uso de las normas sobre ley aplicable para determinar competencia	49
3.3. Errores en el sector de ley aplicable	50
3.4. La interpretación del Tribunal Constitucional ante el interés superior del menor	51
3.5. La interpretación del Tribunal Supremo ante el interés superior del menor	52
3.6. Balance parcial	53
CAPITULO IV. REGULACION DE LA PATRIA POTESTAD Y GUARDIA Y CUSTODIA EN DERECHO COMPARADO.	
4.1. La patria potestad y la guarda y custodia en España	55
4.2. La patria potestad y la guarda y custodia en Inglaterra	57
4.3. La patria potestad y la guarda y custodia en Italia	58
4.4. La patria potestad y la guarda y custodia en Alemania	58
4.5. La patria potestad y la guarda y custodia en Chile	59
4.6. La patria potestad y la guarda y custodia en EE. UU	59
4.7. Balance parcial	61
CONCLUSIONES.....	62
BIBLIOGRAFIA	64

RESUMEN

El propósito de este trabajo es el estudio de los problemas prácticos derivados de los procedimientos internacionales en los que se adoptan medidas respecto a los menores en España, ya que debido a la utilización de múltiples instrumentos para su determinación, como son el Reglamento (UE) 2019/1111 (conocido coloquialmente como la versión refundida del Reglamento Bruselas II bis o Bruselas II ter), el Reglamento (CE) n.º 4/2009, entre otros, da lugar a que, cuando se producen incumplimientos de estos instrumentos, se dificulta el procedimiento para restaurar los derechos de niños, progenitores y del resto de personas implicadas en situaciones internacionales.

Al efecto, se analizarán las causas que dificultan la aplicación de éstos y los mecanismos a los que se puede acudir para conseguir su correcta aplicación o la declaración del incumplimiento.

Se examinará si los tribunales españoles son competentes para resolver sobre las relaciones parentales y de alimentos de hijos de matrimonios en la que uno de los progenitores reside fuera de España; y también compararemos la regulación de la patria potestad y guarda y custodia en distintos países tanto de nuestro entorno, como de terceros países.

PALABRAS CLAVE: protección internacional de menores, responsabilidad parental, alimentos, Derecho internacional privado, Unión Europea.

ABSTRACT

The purpose of this work is the study of the practical problems derived from international procedures in which measures are adopted with respect to minors in Spain, since due to the use of multiple instruments for their determination, such as the Regulation (EU) 2019/1111 (colloquially known as the recast version of the Brussels II bis or Brussels II ter Regulation), Regulation (EC) No 4/2009, among others, means that, when breaches of these instruments occur, makes the procedure for restoring the rights of children, parents and other people involved in international situations difficult. To this end, the causes that hinder the application of these and the mechanisms that can be used to achieve their correct application or the declaration of non-compliance will be analyzed. It will be examined whether the Spanish courts are competent to rule on parental relationships and maintenance of children of marriages in which one of the parents resides outside of Spain; and we will also compare the regulation of parental authority and custody in different countries, both in our environment and in third countries.

KEY WORDS: protection of minors on cross-border situations, parental responsibility, maintenance, European Union, applicable law.

ABREVIATURAS:

AAP: Auto Audiencia Provincial.

AG: Asamblea General

Art.: Artículo.

Arts.: Artículos.

Cc.: Código Civil.

CDN: Convención sobre los Derechos del Niño.

CdE: Consejo de Europa.

CE: Constitución Española.

CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos

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.

Convenio de la Haya de 1980: Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores

Dipr: Derecho internacional privado.

DDHH: Derechos Humanos.

DOUE: Diario Oficial de la Unión Europea

DUDH: Declaración Universal de Derechos Humanos.

ECLI: European Case Law Identifier (identificador europeo de jurisprudencia)

Ej.: Ejemplo

ISM: Interés Superior del Menor.

LOPJM: Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor

nº: Numero

ONU: Organización de Naciones Unidas

Pág.: Pagina

Párr.: Párrafo

R. 4/2009: Reglamento (CE) nº 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos.

RB. II ter: 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.

RB. 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.

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

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

UE: Unión Europea.

Vid: Véase.



INTRODUCCIÓN

El carácter permanente de la inmigración en España plantea, cada vez con más frecuencia, desafíos jurídicos no solo en el ámbito del Derecho de la Nacionalidad y de la Extranjería, sino, cada vez con más frecuencia, en el del Derecho internacional privado (en adelante Dopr.) en cuestiones tales como los divorcios de extranjeros, la guarda y custodia de menores, o las reclamaciones internacionales de alimentos, entre otros.

La entrada en vigor del Reglamento (UE) 2019/1111, del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores¹ (en adelante RB II ter), intenta responder a los problemas jurídicos que se habían puesto de manifiesto tanto en la doctrina como la jurisprudencia a raíz de la aplicación de su antecesor, el Reglamento (CE) 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, (en adelante RB II bis) por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000².

Por otro lado, el interés del menor debe situarse en la cúspide de todo el sistema de protección, concebido como el principio axiológico básico que debe guiar la elaboración, interpretación y aplicación de las normas de Dopr. y de Derecho material que, desde cualquier óptica y alcance, se ocupen de la protección del menor. La realización efectiva del interés del menor sólo tendrá lugar cuando esta expresión no se utilice retóricamente como una cláusula de estilo, sino que como ha puesto de relieve A. BORRÁS RODRÍGUEZ, *«el interés del menor constituirá un factor de progreso y unificación del Dopr., en cuanto conduzca a la adopción de medidas eficaces de protección que lo positivicen, de lo contrario no pasará de ser una mera declaración de intenciones»*³.

El objetivo de este trabajo es el estudio de los problemas prácticos derivados de la aplicación de los instrumentos aplicables en Dopr. sobre menores en procedimientos internacionales y definir el ámbito de aplicación de cada uno de ellos, desde el cambio de residencia habitual de una familia, las disputas sobre los derechos de custodia y visita del menor o las obligaciones alimenticias de los mismos. Al igual que comparar los distintos derechos aplicables a estas cuestiones en distintos países tanto de la Unión Europea como en terceros países.

Para dar cumplimiento al objetivo planteado se ha atendido a la siguiente estructura: en el primer capítulo se abordarán los problemas que se plantean en familias conformadas por sujetos de

¹ DOUE L 178 de 2 de julio de 2019

² DOUE L 338 de 23 de diciembre de 2003

³ Vid., A. BORRÁS, «El interés del menor...», cit., Pág. 57

distintas nacionalidades y que residen en España y el progresivo reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos y el interés superior de los mismos: el segundo capítulo trata sobre la normativa de Dopr. que se aplica para resolver los problemas que surgen en cuestiones relacionadas con menores en procedimientos internacionales como son el RB II ter y El Reglamento (CE) n.º 4/2009 y la relación de estos con otros instrumentos comunitarios, convenios y acuerdos internacionales; por su parte, en el tercer capítulo se hará una crítica al sistema tal y como está configurado y se expondrán algunos ejemplos de errores cometidos en distintos casos por diversas instancias, ya que, no son pocos los casos que llegan a nuestros tribunales en los que se les insta a que se pronuncien sobre los aspectos relacionados con los derechos de custodia y visita y de alimentos, casos en los que urge concretar que texto normativo nos proporcionara la respuesta y si estos textos disponen de órganos jurisdiccionales españoles de competencia judicial internacional para pronunciarse al respecto; para finalizar en el cuarto capítulo, comparando la regulación de la patria potestad y guarda y custodia en distintos países tanto de nuestro entorno como en terceros países.

En la elaboración de este trabajo se ha utilizado la bibliografía más actualizada, con respecto al tema objeto de estudio, así como el contenido de las normas en vigor, la jurisprudencia y doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, al ser una materia que cuenta con muchos instrumentos normativos.

CAPÍTULO 1. CUESTIONES GENERALES SOBRE MENORES Y PROCEDIMIENTOS TRANSFRONTERIZOS

1.1. Familia internacional y la protección de los menores en la familia

En la actualidad se observa un aumento de familias internacionales, las conformadas por individuos que están bajo la jurisdicción de naciones diversas. (33.069 matrimonios, con al menos, un cónyuge extranjero, según el Instituto Nacional de Estadística en el año 2022 en España). Este tipo de familias no está exenta ni de crisis ni de conflictos familiares transfronterizos (derecho de visitas y custodia, alimentos, sustracciones internacionales de menores...).

Siguiendo a GONZÁLEZ MARTÍN, es necesario partir de una premisa muy obvia pero no por ello menos importante: en la actualidad no se puede hablar de un concepto unívoco de familia, ni desde el punto de vista semántico ni desde el punto de vista jurídico. Así, las “nuevas estructuras familiares”⁴ que vuelven con más vigor que nunca y en donde se pone especial hincapié en los derechos de los menores que deben ser protegidos, independientemente de la situación familiar del niño, e independientemente de la definición de “familia/familias” que se adopte⁵.

Ante esta multitud de estructuras familiares que se interrelacionan en la actualidad y que merecen ser reguladas para su protección, en primer lugar, se analizarán familias conformadas por individuos que están bajo la jurisdicción de naciones diversas, es decir, la familia internacional.

En segundo lugar, las crisis de estas familias, que obedece a múltiples y diversas causas como puede ser, la crisis de la “institución” familiar; la crisis económica por la que transitan muchos países con consecuencias en la falta de empleo y de ahí las desavenencias que ello pudiera provocar en el terreno familiar y que también supone un desafío para los derechos de los niños. Y, en tercer lugar, el incremento de conflictos familiares transfronterizos.

De estas tres premisas se destaca la necesidad de enfatizar en la protección internacional de la familia en un contexto global de derechos humanos. La tutela de la familia, en estos contextos internacionales, debe poner su acento en la protección debida a un sector poblacional vulnerable por excelencia, como son los menores.

⁴ CARBONELL, J.; CARBONELL, M. y GONZÁLEZ MARTÍN, N., Las familias en el siglo XXI: una mirada desde el derecho, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2012. Pag.63

⁵ ISS, “El concepto de familia: el reto de proteger a los niños en familia y fuera de ella”, ISS, Boletín Mensual núm. 187, noviembre-diciembre 2014, Pág. 1, www.iss-ssi.org consultado 13 enero de 2015.

Son familias internacionales binacionales o expatriadas, separadas o en proceso de divorcio; situaciones que surgen debido a un cambio en las circunstancias familiares como bien podría ser la consideración de un padre de mudarse a otro país por cuestiones personales y/o laborales; situaciones en las que los padres viven en dos países⁶ diferentes, por lo que se hace necesario visualizar dónde queda la responsabilidad de cada padre ante sus hijos menores y la necesidad de instaurar un principio fundamental como es primar su interés superior.

El primero, que el artículo (en adelante art.) 1.1 b) del RB. II ter extiende el ámbito de aplicación de esta norma «a la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental».

El segundo, que el art. 1.2 del mismo Reglamento enumera las cuestiones que integran la responsabilidad parental incluyendo en ellas los derechos de custodia y de visita; la tutela, curatela e instituciones análogas; la designación y las funciones de toda persona u organismo encargado de ocuparse de la persona o de los bienes del menor, de representarlo o de prestarle asistencia; el acogimiento del menor en una familia o en un establecimiento; y las medidas de protección del menor ligadas a la administración, conservación o disposición de sus bienes.

Y, el tercero, que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) interpreta la responsabilidad parental de la misma manera amplia que se desprende del Reglamento; pueden verse en la STJUE de 2 de abril de 2009⁷, que confirmó la aplicabilidad del Reglamento a todas las cuestiones referidas en su art. 1.2, incluso cuando las decisiones se adoptan sobre la base del Derecho Público de protección de menores, o las SSTJUE de 6 de octubre de 2015, Marie Matoušková (ECLI:EU:C:2015:653), y de 19 de abril de 2018, Saponaro y Xilina⁸ que estiman que las solicitudes de autorizaciones destinadas a repudiar o adquirir derechos sucesorios en nombre de menores no se enmarcan en el ámbito jurídico del derecho de sucesiones, sino en el propio de la responsabilidad parental⁹.

Cuando los Estados miembros deban resolver sobre responsabilidad parental, no sobre la base del RB II ter, sino aplicando el Convenio de la Haya¹⁰ (en adelante CH 1996), se encontrarán en situación similar, puesto que esta norma también contempla un concepto amplio de responsabilidad

⁶ ISS. Resolving Family Conflicts. A Guide to International Family Mediation, To help you. To protect your children, Pág. 18 <http://www.iss-usa.org/news-press/new-guide-to-international-family-mediation>.

⁷ ECLI:EU:C:2009:225

⁸ ECLI:EU:C:2018:265

⁹ La SAP San Sebastián 94/2014, de 22 de mayo, incluye en el ámbito de aplicación del RB II bis, en cuanto afectan a la responsabilidad parental, las decisiones relativas a las relaciones entre los menores y sus abuelos.

¹⁰ 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.

parental que incluye tanto las medidas habitualmente vinculadas a los titulares de la patria potestad, como otras más propias del ámbito de protección de menores¹¹.

El ámbito de aplicación del CH 1996 es complicado, puesto que teóricamente rige respecto de decisiones de responsabilidad parental relativas a menores cuya residencia habitual no se encuentra en un Estado miembro; sin embargo, las decisiones relativas a la responsabilidad parental pueden adoptarse con base en el RB II ter por tribunales que adquieren jurisdicción para ellas al presentarse unidas a la acción de disolución del vínculo matrimonial, y en estos casos la competencia del tribunal no está fundada en el lugar de residencia habitual del menor, aunque el tribunal se vaya a pronunciar sobre las medidas que le afectan.

Es difícil definir en abstracto la aplicabilidad de las normas con las que se trabaja, puesto que todos y cada uno de los hechos que configuran el caso concreto son relevantes, determinando que supuestos muy parecidos en los que cambian apenas algunos elementos tengan soluciones diferentes¹².

También hay que tener presente lo puesto constantemente de manifiesto por la doctrina, y es que el alcance de la responsabilidad parental y de los distintos conceptos que la integran tiene contenidos y significados distintos en los instrumentos internacionales y en los ordenamientos internos, no ya de los Estados miembros, sino de los diferentes países del mundo.

Esta circunstancia determina que en ocasiones los padres adopten decisiones sobre sus hijos que, no solo entienden lícitas, sino que además efectivamente lo son, desde la perspectiva del ordenamiento jurídico que conocen o del que piensan que les resulta aplicable; y que son en cambio completamente inadecuadas o incluso ilícitas valoradas desde otro encuadre jurídico¹³.

1.2 - Responsabilidad parental en Derecho internacional privado español.

La libre circulación de ciudadanos en Europa ha fomentado la creación de familias “internacionales”, en las que los padres tienen nacionalidades distintas o viven en un país distinto del

¹¹ URREA SALAZAR M.J. 2020, Pág. 14 ve, hace notar que sobre este punto que «A efectos del Convenio los conceptos de «responsabilidad parental» y de «medidas de protección de menores», aun compartiendo la finalidad protectora del niño, son nociones diferenciadas. La primera surge de la ley o de un acuerdo con efectos jurídicos, mientras que las medidas de protección surgen de decisiones dictadas por autoridades públicas de los Estados contratantes y que pueden implicar una modificación, extinción, alteración, privación o atribución de la responsabilidad parental nacida ex lege. Y esta última diferenciación resulta relevante de cara al tratamiento conflictual». El tratamiento de la competencia internacional a estos efectos, pues, forma parte tanto del ámbito de aplicación del reglamento como del propio del Convenio de La Haya, pero no se aborda de igual manera en ambos textos, Puesto que el Reglamento 2201/2003 la competencia internacional para la adopción de medidas de protección está sometida a los mismos foros que cualquier otra medida de responsabilidad parental, mientras que el Convenio de La Haya prevé foros de competencia diferenciados.

¹² El APP San Sebastián 77/2019, de 14 de junio (ECLI:ES: APSS:2019:676A), deslinda los ámbitos de aplicación de ambas normas jurídicas, y contiene una breve explicación del sistema de aplicación del Convenio de La Haya. Procesos transfronterizos de modificación de medidas, residencia habitual del menor... PEITEADO MARISCAL, PILAR.

¹³ Pueden verse algunos ejemplos gráficos e interesantes con la comparación de unos cuantos ordenamientos en el estudio de. LÓPEZ-MUELAS, L. Y ZABALGO, P. «La regulación de la patria potestad y guarda y custodia en derecho comparado: España, Italia, Inglaterra, Alemania, Chile y EE. UU.», Diario La Ley, 25 de junio de 2019, Págs. 1 a 11.

país del que son nacionales. Cuando surgen litigios familiares, que afectan a los hijos, puede provocar dudas acerca del país en el que se debe juzgar el caso y acerca del efecto transfronterizo de cualquier resolución al respecto.

El RB II ter abarca la competencia en litigios de responsabilidad parental, la determinación de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuestión que deben conocer del caso, así como el reconocimiento y la ejecución de las eventuales resoluciones judiciales en la Unión Europea (en adelante UE), dota de valor jurídico a las resoluciones fuera del Estado miembro en el que se hubieran pronunciado. Una vez determinada esa competencia, la resolución del litigio y el derecho sustantivo aplicado, así como, las decisiones relativas al bienestar del menor y la orden que se vaya a emitir, se deciden en virtud del derecho de familia del Estado miembro en cuestión.

El derecho de la UE determina qué órgano jurisdiccional es competente y garantiza que la resolución se reconozca y ejecute en otros Estados miembros. No afecta al derecho de familia sustantivo de los Estados miembros, ya que, los litigios familiares internacionales deben resolverse en el foro adecuado para la protección de los derechos e intereses del menor, y deben reconocerse y ejecutarse en el resto de Estados miembros.

1.3- La protección de los menores en los casos internacionales.

Siguiendo el documento de estudio del profesor ALFONSO ORTEGA GIMENEZ¹⁴ en el que hace notar que, hasta hace pocos años, el concepto “derechos del niño” era absolutamente desconocido en todas las legislaciones del mundo y que, en la actualidad, los derechos del niño, tanto en la esfera jurídico-pública, (derecho a su salud y a su educación), como en la esfera jurídico-privada (derecho a relacionarse con sus padres), se hallan reconocidos por muy diferentes textos legales. Tales textos pueden clasificarse en varios grupos:

1º) Textos legales internacionales de carácter general que reconocen algunos “derechos del menor”. Entre ellos, cabe citar:

a) Declaración Universal de los derechos humanos (en adelante DUDH) de 10 diciembre 1948 (arts. 16.3, 25.2, 26.3).

b) Pacto de derechos económicos, sociales y culturales, aprobado por resolución de la Asamblea General (en adelante AG) de las Naciones Unidas 2200 (XXI) de 19 diciembre 1966 (arts. 10.1, 10.2, 11.1, 10.3 y 13).

¹⁴ Vid. ORTEGA GIMENEZ A. “El elemento extranjero en los procesos de menores”. Documento de trabajo, ORCID: 0000-0002-8313-2070. Pág. 3. https://www.cvca.es/wp-content/uploads/2021/06/DOCUMENTO-DE-TRABAJO-El-elemento-extranjero-en-los-procesos-de-menores_Alfonso-Ortega-Gimenez.-D.-Alfonso-Ortega-Gime%CC%81nez.pdf

c) Pacto de derechos civiles y políticos, aprobado por Resolución de la AG de las Naciones Unidas 2200 (XXI) de 19 diciembre 1966 (arts. 10 y, sobre todo, art. 24).

d) Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales de 4 noviembre 1950 (arts. 1, 5.1, 6.1, 8.1, etc.). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) admite que toda persona física, incluidos los menores, pueden activar los mecanismos legales de protección de los derechos humanos previstos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH).

e) Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea hecha en Niza el 7 diciembre 2000 (art. 24).

2º) Textos legales internacionales específicos sobre los derechos del menor:

El más importante es, la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN) hecha en Nueva York el 20 noviembre 1989. Ha sido ratificado por todos los Estados miembros de la Organización de Naciones Unidas (en adelante ONU), salvo Somalia y Estados Unidos. Varios datos deben subrayarse:

a) La Convención se aplica a todo niño “sujeto a la jurisdicción de los Estados parte” (art. 2), expresión polémica, pésima traducción al castellano del idioma francés, que deja poco claro a qué niños alcanza. La cuestión más polémica sobre esta Convención es su posible “aplicabilidad directa”. Para que los particulares puedan invocarla directamente ante las autoridades públicas y ante otros particulares, se exigen varios requisitos:

Primero: la Convención debe haber sido incorporada al Derecho interno, algo indudable en el caso español.

Segundo: el contenido del Tratado debe ser suficientemente preciso para no necesitar una legislación interna de desarrollo, lo cual, salvo ciertas disposiciones concretas, parece también verificarse.

Tercero: la Convención debe contener “derechos de los individuos” y no sólo y exclusivamente “obligaciones para los Estados parte”.

Este aspecto es muy controvertido: muchos preceptos de la Convención están claramente dirigidos a los Estados, (ad ex.: “los Estados Parte respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento...” (art. 14.1)), pero otros reconocen derechos directamente a los menores (ad ex.: “el niño [...] tendrá derecho a mantener [...] relaciones personales y contactos directos con ambos padres” (art. 10.2)).

El resultado es una interminable polémica sobre la (in)aplicabilidad directa de esta Convención.

Ello ha sido muy notable en Francia: la Cour de Cassation optó en los años noventa por la “no aplicabilidad directa de la Convención” (Sent. 10 marzo 1993), mientras que el Conseil d’État admitió la “aplicabilidad directa” de algunos preceptos de la Convención¹⁵.

En España la cuestión no parece grave, ya que el art. 3.1 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (en adelante LOPJM) indica que “los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas...”, con lo que debe estimarse que los preceptos de la Convención que recogen “derechos del menor” son directamente aplicables en España.

3º) Textos de derecho español de producción interna.

Los más relevantes son la misma Constitución española (en adelante CE) (arts. 39 y 10) y la LOPJM (art. 3). En el Dopr. actual se encuentran instrumentos jurídicos que afrontan separadamente los diferentes aspectos que afectan a los menores en el contexto internacional, que hacen del menor el auténtico “centro de gravedad” de su normativa y que tienden a “eliminar” la regulación de Dopr. de producción interna. La situación descrita pone de relieve varios datos:

1º) Existe un auténtico overbooking de instrumentos legales, nacionales e internacionales, relativos a los derechos del menor. Ello es producto de una “carrera política” en la que compiten organismos internacionales e internos con el objetivo de apuntarse el “mérito político-propagandístico” de la protección del menor. El resultado es negativo, pues las contradicciones y la falta de coordinación entre estos textos legales pueden acabar por provocar un perjuicio al menor;

2º) Una excesiva protección del menor puede hacer que el “interés del menor” se convierta en un “principio auto atentatorio”. Es decir, la excesiva protección jurídica del menor puede hacer que ciertos particulares e instituciones renuncien a hacerse cargo de los menores debido a las extensa y exigentes obligaciones que ello comporta.

1.4 - Marco jurídico del derecho al respeto de la vida familiar

La protección de la familia se consagra a nivel internacional como un derecho humano. Por definición, los derechos humanos son el “Conjunto de los derechos inherentes a todas las personas derivados de su propia naturaleza, en cuanto el hombre es un ser intrínsecamente social, que les permiten el libre desarrollo de su personalidad” (Real Academia Española, s.f.).

¹⁵ Es por ello que la doctrina (NEIRINCK, C. / MARTIN, P.M) hablaba de que éste es un “tratado maltratado” por la Cour de Cassation (“un traité maltraité”). Sin embargo, la Cour de Cassation francesa ha reflexionado. Las Sents. 13 julio 2005, 18 mayo 2005, 14 junio 2005 y 22 noviembre 2005 aceptan la aplicabilidad directa de ciertos preceptos de la Convención, como el art. 3.1 (interés superior del niño) y art. 12.2 (audiencia al menor).

Muestra de ello es su incorporación en la DUDH, creada en París, de 10 de diciembre de 1948. El art. 16.3, ya apuntó que “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”. Y se consagra posteriormente en el cuerpo legislativo de primordial importancia para el análisis de la jurisprudencia del TEDH, el CEDH, en concreto en su art. 8.

Las cuestiones que se plantean son el reconocimiento del derecho al respeto de la vida familiar en el CEDH y su interpretación por el TEDH y el diálogo entre tribunales nacionales y TEDH en relación con este derecho.

El reconocimiento del derecho al respeto de la vida familiar en el art. 8¹⁶ del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Roma, 1950), parece caracterizarse por la indefinición normativa, un contenido extenso y una interpretación dinámica por parte del TEDH¹⁷.

La vida familiar, parece caracterizarse por la indeterminación, pero que goza de autonomía en contenidos como relaciones de pareja no matrimoniales¹⁸, derechos familiares de los menores de edad¹⁹, relaciones paterno-filiares²⁰ y otras relaciones familiares²¹ como es la protección de la vida familiar de los extranjeros²².

Según esto ¿Qué debe entenderse por vida familiar a la luz del CEDH?, ¿y su interpretación por el TEDH?, ¿cuál es el objeto de protección?, FRÉDERIC SUDRE²³ (2002: 11) apunta cómo la imprecisión de la noción vida familiar, genera dificultades que favorecen la función interpretativa del juez convencional. Esto da lugar a que, a diferencia de otros derechos convencionales, cuando el TEDH desarrolla el derecho al respeto de la vida familiar no realice una definición clara de su objeto, sino

¹⁶ Artículo 8 CEDH: 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

¹⁷ Vid. SUDRE F. (2002).” Rapport introductif. La «construction» par le juge européen du droit au respect de la vie familiale” en SUNDRE, F. (dir). Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention. Bruxelles. Nemesis Bruyllant. Pág. 11-59; SALES I JARDÍ, M. (2015). La vida familiar en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una interpretación constructiva. Barcelona. Bosch Constitucional; ALMEIDA, S. (2015). Familia a la Luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Lisboa. Juruá Editorial; DRAGHICI, C. (2017). The legitimacy of family rights in Strasbourg Case Law. Oxford. Bloomsbury.

¹⁸ Asuntos Johnston c. Irlanda, STEDH de 19 de diciembre de 1986; Schalk c. Austria, STEDH de 24 de junio de 2010.

¹⁹ Asuntos Clemeno y otros c. Italia, STEDH de 21 de octubre de 2008; Johansen c. Noruega, STEDH de 7 de agosto de 1996

²⁰ Asuntos Keegan c. Irlanda, STEDH de 26 de mayo de 1994; Kroon y otros c. Países Bajos, STEDH de 27 de octubre de 1994.

²¹ Asunto Marckx c. Bélgica, STEDH de 13 de junio de 1979

²² Asunto Abdulaziz, Cabales and Balkandali c. Reino Unido, STEDH de 28 de mayo de 1985.

²³ SUDRE, Op. cit. Pág. 11.

que decide *case by case* si un supuesto concreto se encuentra o no bajo el ámbito de protección de este derecho²⁴.

En relación con el derecho reconocido en el art. 8 del CEDH: su no reconocimiento en el derecho interno de muchos de los Estados parte en el CEDH, (al menos en los mismos términos en que aparece reconocido en el Convenio) que reconoce un derecho a la intimidad y a la vida privada, pero no un reconocimiento expreso de lo que el Convenio denomina vida familiar.

Existe una cierta correspondencia entre los derechos reconocidos en el CEDH y los derechos fundamentales que reconocen los textos constitucionales de los Estados parte del Consejo de Europa (en adelante CdE). Esta correspondencia permite, por un lado, garantizar la responsabilidad de los Estados en relación con el compromiso adquirido y, por otro, integrar la jurisprudencia del TEDH en la propia doctrina constitucional.

En los casos en que no existe esa correspondencia los Estados tienen que hacer un esfuerzo extra para garantizar este derecho, y con ello, integrar la jurisprudencia del TEDH. Algunos ejemplos:

España: la CE reconoce el derecho a la intimidad personal y familiar en su art. 18.1, pero no el derecho a la vida privada y familiar con la extensión del Convenio²⁵.

Italia: no contempla en su texto constitucional este derecho ni tampoco ninguna aproximación al mismo²⁶.

Francia: no existe un reconocimiento constitucional del derecho a la vida privada, aunque sí se encuentra en su Código Civil²⁷.

Estos Estados realizan ese esfuerzo por garantizar el derecho a la vida familiar, cumplir con las obligaciones internacionales asumidas e integrar la jurisprudencia del TEDH. Un esfuerzo que va a depender del sistema de incorporación del CEDH en el ordenamiento interno, de la existencia o no de cláusulas constitucionales de apertura al derecho internacional, del sistema interno de fuentes y el lugar que los tratados internacionales ocupan en el ordenamiento interno y de la voluntad de diálogo y de los mecanismos interpretativos de los sistemas de justicia constitucional de estos Estados.

²⁴ ROAGNA, I. (2012): Protecting the right to respect for private and family life under the European Convention on Human Rights, Strasbourg: Council of Europe human rights handbooks, Pág. 10.

²⁵ Vid. SANTOLAYA, P.: "El derecho a la vida privada y familiar (un contenido notablemente ampliado del derecho a la intimidad" en GARCIA ROCA, J. y SANTOLAYA, P. (2014). La Europa de los Derechos, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Pág. 437 y 438 y MIERES MIERES, L. J. (2002). Intimidad Personal y Familiar. Prontuario de Jurisprudencia Constitucional. Pamplona. Aranzadi (Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional).

²⁶ Vid. PUTATURO DONATI, M.G. (2015). "Il diritto al rispetto della «vita privata e familiare» di cui all'art. 8 della CEDU, nell'interpretazione della corte Edu: il rilievo del detto principio sulpiano del diritto internazionale e su quello del diritto interno". [en línea] URL: <http://www.europeanrights.eu/index.php?funzione=S&op=5&id=1059>> [consulta: septiembre 2018].

²⁷Vid. MEULDERS-KLEIN, M. (1992). "Vie privée, vie familiale et droits de l'homme". Revue internationale de droit comparé, Vol. 44, N°4. Pág. 767-794.

1.5 – Balance parcial.

De lo anteriormente expuesto se puede concluir que las especiales características del derecho de familia dificultan su armonización, esto se debe a que tiene unas notas especiales que hacen que esté intrínsecamente unido e impregnado del acervo cultural, idiosincrasia, religión, sociedad y nivel de desarrollo de cada uno de los países en los que se inserta. Por lo que, no recoge solo normas de carácter positivo, objetivas o formales, si no que lindan con el aspecto más personal del ser humano, que se convierte en su esencia. Por lo que, según el momento, sociedad y entorno en el que se encuentre la persona, su familia y sus relaciones familiares derivadas de ella, variarán, y se encuentran tantos derechos de familia como sociedades concretas existan, aun incluso dentro de la UE, en la que existe cierta homogenización de costumbres, lo que supone una dificultad para su armonización.

De lo que se deriva que hay muchos problemas transfronterizos de derecho de familia los cuales hay que solucionar, y que son graves porque afectan a la esfera más personal del ser humano y a los menores, especialmente dignos de protección (divorcios, pensiones alimenticias, custodia de los hijos menores, etc.), lo que lleva a que en Europa sea necesario avanzar en esa armonización, al menos, en el aspecto procesal o formal, de competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de derecho de familia.

La armonización procesal está bastante avanzada, y hoy ya existen Reglamentos comunitarios que regulan los temas de competencia, reconocimiento, y ejecución de sentencias, así como de la ley aplicable a los diversos casos de conflictos familiares (divorcio y separación, obligación de alimentos y la responsabilidad parental con los temas de custodia), y de protección de menores. Los diversos Reglamentos europeos han señalado en cada caso, cuál es la ley aplicable, el tribunal competente para juzgar esos asuntos, y proclaman el reconocimiento y la ejecución de las sentencias en estas materias, de cualquier Estado miembro de la Unión en otro.

CAPÍTULO II. NORMATIVA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL PARA ADOPTAR MEDIDAS SOBRE MENORES EN PROCEDIMIENTOS INTERNACIONALES.

2.1 – Referencia al 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.

El conocido como RB II ter, es el resultado de un largo y complejo proceso que ha ido evidenciado las dificultades prácticas derivadas de numerosos aspectos del anterior Reglamento (CE) 2201/2003 (DO L 338, de 23 de diciembre de 2003), conocido como RB II bis. Dichas dificultades se han ido manifestando por los operadores jurídicos de los diversos Estados miembros, los tribunales estatales y, sobre todo, a través de un rico y fructífero debate entre el TJUE y el TEDH.

La experiencia desde que se publicara el RB II bis ha hecho posible un régimen nuevo y/o modificado en la parte relativa a la responsabilidad parental.

El RB II ter establece normas uniformes de competencia relativas al divorcio, la separación legal y la nulidad matrimonial, así como a los litigios sobre responsabilidad parental en situaciones transfronterizas; facilita la libre circulación de las resoluciones, los documentos públicos y los acuerdos en la Unión, al establecer disposiciones relativas a su reconocimiento y ejecución en otros Estados miembros. Este Reglamento debe contribuir a reforzar la seguridad jurídica e incrementar la flexibilidad, y a garantizar un mejor acceso a los procesos judiciales y una mayor eficacia de dichos procesos²⁸.

2.1.1. Objetivo y finalidad del Reglamento.

El Reglamento²⁹, conocido coloquialmente como la versión refundida del Reglamento Bruselas II bis o Bruselas II ter, es la piedra angular de la cooperación judicial en asuntos de familia que tengan implicaciones transfronterizas en la UE.

Es un instrumento que se ocupa de la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, incluidas la sustracción internacional de menores y la cooperación en materia de responsabilidad parental, este no unifica la determinación de la legislación aplicable ni el derecho de familia sustantivo nacional.

²⁸ Cfr. Considerando 2 RB II ter

²⁹ 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 (DO L 178 de 2.7.2019).

Forma parte del Plan de acción de la UE³⁰ para crear, mantener y desarrollar un espacio de libertad, de seguridad y de justicia en el que se garanticen la libre circulación de personas y el acceso a la justicia (art. 67, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la UE (en adelante TFUE) y el considerando 3 del Reglamento).

Para cumplir los objetivos establecidos en el TFUE y en el Plan de acción, el Reglamento pretende reforzar los derechos de las personas, en particular de los menores, en los procedimientos judiciales, con el fin de facilitar la cooperación entre las autoridades judiciales y administrativas y la ejecución de las resoluciones en materia de derecho de familia que tengan implicaciones transfronterizas (vid. el considerando 3).

Además, tiene por objeto reforzar el reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia civil, simplificar el acceso a la justicia y mejorar el intercambio de información entre las autoridades de los Estados miembros (vid. el considerando 3). Este Reglamento pretende reforzar la seguridad jurídica e incrementar la flexibilidad, así como garantizar un mejor acceso a los procesos judiciales y una mayor eficiencia de dichos procesos (vid. el considerando 2). No obstante, el armonioso y correcto funcionamiento de un espacio de justicia en la Unión debe respetar los diferentes sistemas jurídicos y tradiciones de los Estados miembros (vid. el considerando 3).

2.1.2. Cambios recientes en derecho de familia internacional

El año 2022 ha dejado como cambio la entrada en vigor de un nuevo Reglamento Europeo en relación con la competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores, que modifica y mejora el anterior Reglamento del año 2003.

Las principales novedades del nuevo Reglamento son:

- ✓ Facilitar la circulación de las resoluciones judiciales y documentos públicos dentro de la UE, estableciendo nuevas normas sobre su reconocimiento y ejecución en todos los Estados miembros. Se suprime el “exequatur”, procedimiento judicial en el que un juez, en el caso de España, debe decidir y dar ejecutividad a una resolución judicial de otro Estado.
- ✓ Se legalizan nuevos formularios que hacen ejecutables directamente, en cualquiera de los estados de la UE, una las resoluciones emitidas por un Juez.

En relación con los menores:

³⁰ Plan de acción del Consejo y de la Comisión sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia, (DO C 19 de 23.1.1999).

Se refuerza su protección, se introduce la posibilidad de que los menores puedan expresar su opinión en los procesos que les afecten, en materia de responsabilidad parental y sustracción de menores.

Se fijan por primera vez los plazos máximos para decidir los procesos por sustracción de menores: 6 semanas para la primera instancia y otras 6 semanas más para una apelación.

Se promueve la mediación como una solución.

Se establece la posibilidad de que el tribunal, que debe decidir sobre la restitución de un menor a otro país de la UE, pueda fijar un régimen de visitas a favor del progenitor demandante de retorno, mientras se decide sobre la restitución o no del menor³¹.

2.1.3. **Ámbito de aplicación del RB II ter.**

Respecto del ámbito de aplicación del RB II ter hay que distinguir los siguientes aspectos: territorial o espacial, temporal y material.

En cuanto al ámbito *territorial*, el RB II ter se aplicará en todos los Estados miembros de la UE, excepto Dinamarca. La excepción de Dinamarca proviene de las reservas efectuadas por este Estado mediante Protocolo (hoy, Protocolo nº 22 TFUE sobre la posición de Dinamarca), por la que Dinamarca se desvinculaba de la “comunitarización” del “espacio de libertad, seguridad y justicia” del Título V de la Tercera Parte del TFUE³².

El RB II ter sí se aplicará en Irlanda. Reino Unido e Irlanda no participan plenamente en la “comunitarización” del espacio único de justicia y, en la actualidad, su posición respecto de esta materia se encuentra recogida en el Protocolo nº 21 TFUE.

Estos Estados, se reservaron la oportunidad de comunicar caso por caso su participación en los instrumentos comunitarios y, en efecto, comunicaron su voluntad de participar en la adopción y aplicación del presente Reglamento (“opting in”)³³. No obstante, el 31 de enero de 2020, el Reino Unido salió de la Unión Europea y dejó de ser “Estado miembro”, por lo que desde esa fecha dejó de estar incluido en el ámbito espacial de aplicación de los instrumentos jurídicos de la UE en general y del RB II ter en particular³⁴.

³¹Escura Abogados y Economistas. Circular nº 9/23. Enero 2023. Pág. 1 y 2.

³² Cfr. Considerando 96 RB II ter.

³³ Cfr. Considerando 95 RB II ter.

³⁴ Sobre la salida del Reino Unido de la Unión Europea, véase el “Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica”, firmado en Bruselas y Londres el día 24 de enero de 2020, publicado el 31 de enero de 2020 en el Diario Oficial de la Unión Europea, y que entró en vigor el 1 de febrero de 2020. El art. 126 del Acuerdo establece un periodo transitorio o de ejecución que, en principio, finalizará el 31 de diciembre de 2020. El art. 132 dispone que, no obstante, lo dispuesto en el art. 126, el Comité Mixto, antes del 1 de julio de 2020, podrá adoptar una decisión única por

Por lo que se refiere al elemento *temporal*, la disposición transitoria primera (art. 100.1 RB II ter), señala expresamente que el presente Reglamento solo se aplicará “a los procedimientos incoados, a los documentos públicos formalizados o registrados y a los acuerdos registrados el 1 de agosto de 2022 o después de esa fecha”. Por tanto, desde esa fecha, la determinación de la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE se regirá por los fueros del RB II ter.

En materia de *reconocimiento y ejecución*, la disposición transitoria segunda (art. 100.2 RB II ter), matiza que el RB II bis seguirá aplicándose a “las resoluciones dictadas en procedimientos ya incoados, los documentos públicos formalizados o registrados y los acuerdos que hayan adquirido fuerza ejecutiva en el Estado miembro en el que hayan sido celebrados antes del 1 de agosto de 2022 y que entren dentro del ámbito de aplicación de dicho Reglamento”.

El primero de los artículos del RB II ter regula su ámbito *material* de aplicación, en un doble sentido, positivo y negativo.

En sentido positivo, el apartado 1 del art. 1 RB II ter establece que el presente Reglamento se aplica a las materias civiles relativas:

a) al divorcio, la separación legal y la nulidad matrimonial; b) a la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental.

En sentido negativo, el apartado 4 del art. 1 RB II ter establece que el Reglamento no se aplica:

a) a la determinación y a la impugnación de la filiación; b) a las resoluciones sobre adopción y medidas que la preparan, ni a la anulación y revocación de la adopción; c) al nombre y apellidos del menor; a la emancipación; d) a las obligaciones de alimentos; e) a los fideicomisos y las sucesiones; f) a las medidas adoptadas a consecuencia de infracciones del Derecho Penal cometidas por los menores.

2.1.4. Normas de competencia judicial internacional relativas a la responsabilidad parental.

Abarcan los arts. 7 al 16. La competencia principal sigue residiendo en las autoridades de la residencia habitual del menor (art. 7). El interés del menor responde al criterio de la proximidad y estas autoridades son, salvo las excepciones que detalla el propio Reglamento, las mejor situadas.

la que se prorrogue el periodo transitorio hasta un máximo de uno o dos años (vid., en especial, el Título VI del Acuerdo, relativo a la “cooperación judicial en curso en materia civil y mercantil”)

2.1.4.1.- La residencia habitual como criterio que responde al interés del menor.

La residencia habitual es clave en el funcionamiento del RB II ter por lo que se refiere a la determinación de los tribunales competentes en casos de divorcio transfronterizo.

Este precepto retoma la idea de su antecedente y no recoge el cambio inmediato de competencia en favor de las autoridades de un segundo Estado cuando haya un traslado lícito de la residencia del menor (art. 7)³⁵.

El Reglamento no define el concepto de residencia habitual, pero es un concepto autónomo y propio del Reglamento Bruselas II ter que debe ser observado por todas las autoridades de todos los Estados miembros. No se puede emplear, como subraya la STS 21 noviembre 2017 (divorcio entre español y mujer británico-egipcia), el concepto español de "*residencia habitual*" (AAP Lleida 27 septiembre 2018 [menores con residencia habitual en Francia]).

La residencia habitual se concreta en el lugar del "*centro social de vida o lugar donde el interesado ha fijado voluntariamente su centro permanente de intereses con carácter estable*" (STJUE 25 noviembre 2021, C-289/20, *IB vs. FA*, FD 38; STS 21 noviembre 2017 [divorcio entre español y mujer británico-egipcia]; SAP Asturias 5 mayo 2016 [matrimonio celebrado en Las Vegas y divorcio], SAP Tarragona 10 abril 2015 [divorcio entre cónyuges lituana y ruso con residencia habitual en España]),

La residencia habitual representa un "*vínculo real, objetivo, serio y efectivo con el territorio del Estado miembro*" (AAP Tarragona 18 mayo 2018 [divorcio y empadronamiento en España]). El tribunal que conoce del asunto debe comprobar, sobre la base del conjunto de circunstancias de hecho propias del caso concreto, donde tiene su residencia habitual el cónyuge en cuestión.

La residencia habitual está constituida por dos elementos:

(a) la voluntad del interesado de fijar el centro habitual de sus intereses en un lugar determinado y (b) una presencia que reviste un grado suficiente de estabilidad en el territorio del Estado miembro de que se trate (STJUE 25 noviembre 2021, C-289/20, *IB vs. FA*, FD 57).

³⁵ El texto final de este precepto ha cambiado respecto de la iniciativa presentada por la Comisión en el 2016. En efecto, el texto contenía el cambio de autoridades competentes si había un traslado lícito de la residencia del menor a otro Estado. Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental y sobre la sustracción internacional de menores (refundición), Bruselas, 30 de junio de 2016, COM (2016) 411 final. Sobre el concepto de residencia habitual son muchos los trabajos publicados; vid. con las referencias allí citadas, PÉREZ MARTÍN, L. A., «Determinación y trascendencia de la residencia habitual en las crisis familiares internacionales», en GUZMÁN ZAPATER, M. y HERRANZ BALLESTEROS, M. (dirs.), Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos: derecho español y de la Unión Europea: estudio normativo y jurisprudencial, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, Pág. 927-964.

La residencia habitual constituye un foro “flexible, realista y adaptado al alto grado de movilidad de los cónyuges producido tras una crisis matrimonial y genera un nivel suficiente de proximidad entre el litigio y la jurisdicción seleccionada” (SAP Girona 22 abril 2015 [divorcio entre cónyuge de nacionalidad hindú y cónyuge demandado portugués]).

No es relevante la duración temporal concreta de la permanencia de una persona en un concreto país. Una residencia habitual puede adquirirse tras un mes de estancia en un país, tras un año o tras una semana. Lo que resulta relevante es que la persona mantenga en dicho lugar la mayor parte de sus relaciones sociales y que éstas sean significativas y sustanciales.

Presencias vacacionales o estacionales no constituyen, *per definitionem*, residencia habitual (AAP Murcia 11 febrero 2021 [divorcio entre sujetos no residentes en España]). No obstante, cuanto más tiempo pase una persona en un país, más probable será que tenga en dicho país su «residencia habitual». La acreditación de cuáles son y qué calidad tienen las relaciones sociales que una persona mantiene en un concreto país es una cuestión sujeta a prueba procesal ante los tribunales que conocen del asunto (SAP Asturias 5 mayo 2016 [matrimonio celebrado en Las Vegas y divorcio]).

2.1.4.2- Traslado legal de residencia y competencia en el caso de derecho de visita.

Ante un cambio legal de residencia habitual del menor no será infrecuente la necesidad de adaptar las previsiones que se hubieran tomado relativas al derecho de visita³⁶.

El art. 7 del RB II ter se ocupa de este aspecto. Su redacción no cambia en comparación con su antecedente. Así, el precepto ante un cambio legal de residencia habitual del menor establece la conservación de la competencia de las autoridades de la antigua residencia habitual para modificar una decisión relativa al derecho de visita cuando se cumplan las condiciones que el mismo establece.

El criterio de la residencia habitual del menor en un Estado miembro de la UE implica la preferencia aplicativa del RB II ter frente al CH 1996. El cambio de residencia habitual del menor es susceptible de plantear dudas adicionales sobre la colisión entre las dos fuentes en materia de responsabilidad parental. Sobre todo, en aquellos supuestos en los que el procedimiento ya ha sido iniciado, puesto que, en ese caso, entra en juego la determinación del alcance del principio *perpetuatio iurisdictionis* o *perpetuatio fori*, tal y como se desprende del caso resuelto por el TJUE en la STJUE de 14 de julio de 2022, en el asunto C-572/21, CC³⁷.

³⁶ Circunstancia por ejemplo habitual en los supuestos de reubicación de menores de un Estado a otro; vid. BORRÁS, A., «Article 9», en MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P. (eds.), *Brussels II bis Regulation*, Munich, Sellier, 2012, Pág. 116-119, esp. Pág. 117.

³⁷ ECLI:EU:C: 2022:562. Vid. comentario de CARRILLO POZO, L.: “Cambio de residencia de un menor durante el proceso y *perpetuatio iurisdictionis*. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 14 de julio de 2022, asunto C-572/21”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 15, n.º. 1, 2023, Pág. 924-935.

Del tenor literal del nuevo articulado también debe concluirse que el cambio legal de la residencia habitual del menor, de un Estado miembro de la UE a un Estado tercero parte del CH 1996, también implica que se excluya la aplicación de la norma de competencia general, prevista en el art. 7 del RB II ter, para aplicarse el CH 1996.

En el RB II ter se ha introducido un considerando, el 21, que recoge una respuesta en relación con los supuestos de cambio legal de la residencia habitual del menor, este sugiere una solución diferenciada en función de la existencia o no de una causa pendiente en el momento en el que se produce un cambio en la residencia habitual del menor, dejando la puerta abierta a una posible transferencia de la competencia a pesar de la existencia de una causa pendiente³⁸. No obstante, a diferencia de lo que apuntaban las propuestas de la Comisión y del Parlamento, no deja esta facultad en manos del acuerdo de las partes, sino del órgano jurisdiccional que está conociendo del asunto a transferir³⁹.

2.1.4.3- Autoridades competentes en caso de traslado o retención de un menor.

La regla relativa a la competencia judicial internacional en los supuestos de traslado o retención ilícita de un menor se encuentra en el art. 9⁴⁰.

La primera referencia que hace el nuevo precepto es a la autonomía de la voluntad, de forma que en caso de que las partes hayan recurrido a la elección de foro (art. 10) esta competencia prevalece; ante la sustracción de un menor a otro Estado miembro las partes pueden acordar la competencia de las autoridades del segundo Estado miembro para resolver sobre el fondo del asunto.

La respuesta jurídica frente a la sustracción internacional de menores en la UE muestra una pluralidad de fuentes legales que buscan desincentivar este fenómeno⁴¹. Se trata de un marco jurídico

³⁸ El Considerando 21 del Reglamento Bruselas II ter señala literalmente que “*El órgano jurisdiccional en el que se esté sustanciando el procedimiento debe, no obstante, estar facultado en determinadas circunstancias para transferir la competencia al Estado miembro en el que el menor esté viviendo a raíz de un traslado lícito*”.

³⁹ Opción razonable que, sin embargo, se plasma en una redacción un tanto imprecisa, susceptible de generar dudas futuras en torno a su interpretación. En profundidad sobre este punto, *vid.* GONZÁLEZ MARIMÓN, M.: *Menor y responsabilidad parental...*, *cit.*, Pág. 157 y ss.

⁴⁰ Han surgido dudas relativas al ámbito espacial de aplicación del citado artículo. Así, en principio, el precepto se refiere a su aplicación entre EM —de origen y de destino—, pero ¿es posible su aplicación cuando el menor es trasladado o retenido en un tercer Estado? El TJUE ha resuelto la inaplicación del art. 10 (ahora art. 9) del Reglamento cuando ha habido una sustracción de un menor a un tercer Estado y entre tanto se ha presentado ante la autoridad de un Estado miembro una demanda relativa a la responsabilidad parental. En este caso no puede establecerse una competencia indefinida en favor de la autoridad del Estado miembro, sino que la misma ha de determinarse conforme a normas convencionales o a la aplicación de la norma de competencia residual, asunto C-603/20 PPU, ECLI:EU:C:2021:126. *Vid.* el comentario de ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Desplazamiento ilícito de menores de un Estado miembro a un tercer Estado y el Reglamento 2201/2003», *La Ley Unión Europea*, 2021, núm. 92, Pág. 1-11.

⁴¹ Para una visión genérica del sistema de protección del menor en el Dipro de la UE, *vid.*, por todos: ESPINOSA CALABUIG, R. y CARBALLO PIÑEIRO, L.: “Child Protection in European Family Law”, en PFEIFFER, T., LOBACH, Q.C. y RAPP, T. (Eds.): *Facilitating Cross-Border Family Life – Towards a Common European Understanding: EUFams II and Beyond*, Heidelberg University Publishing, Heidelberg, 2021, Pág. 49-90; ESPINOSA CALABUIG, R.: “Cross-border Family Issues in the EU: Multiplicity of Instruments, Inconsistencies and Problems of Coordination”, en RUIZ ABOU-NIGM, V. y NOODT TAQUELA, M.B.: *Diversity and Integration in Private International Law*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 2019, Pág. 65 y ss.

tripartito conformado el RB II ter y el Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (en adelante Convenio de La Haya de 1980)⁴², que queda complementado por la interacción puntual del CH 1996⁴³.

El TJUE ha tenido oportunidad de pronunciarse recientemente sobre la interrelación del sistema de fuentes en un caso de traslado ilícito de un menor de un Estado miembro de la UE a un Estado tercero. Se trata de la STJUE de 24 de marzo de 2021, en el asunto C-603/20 PPU, *MCP*⁴⁴. Y, aunque aún está pendiente de resolución, no se puede dejar de mencionar el asunto C-35/23, en relación con la petición de decisión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht Frankfurt am Main (Alemania) el 25 de enero de 2023⁴⁵

2.1.4.4.- Foro de la autonomía de la voluntad.

La incorporación de la autonomía de la voluntad en el ámbito de la responsabilidad parental ha sufrido ciertas modificaciones (art. 10), las novedades aparecen expresamente recogidas en el considerando 23⁴⁶.

Con relación al ámbito de aplicación espacial de la norma, el art. 10 del RB II ter no incluye ninguna referencia a una conexión territorial o vinculación comunitaria del menor con un Estado miembro para que el precepto sea aplicable (referencias que sí aparecen en otros artículos)⁴⁷. Por lo que este precepto será aplicable cuando las partes opten por la competencia de las autoridades de un Estado miembro, con independencia de que el menor tenga residencia en otro Estado miembro o en

⁴² BOE n.º 202, de 24.8.1987, corrección errores BOE n.º 155, de 30.6.1989, y BOE n.º 21, de 24.1.1996.

⁴³ Para un análisis del sistema de fuentes en la materia *vid.*, BORRÁS, A.: “La sustracción internacional de menores: del Convenio de La Haya de 1980 al Reglamento Bruselas II ter”, en AA.VV.: *El Derecho Internacional privado entre la tradición y la innovación. Libro homenaje al Profesor Doctor José María Espinar Vicente*, Iprolex, Madrid, 2020, Pág. 159-174; REIG FABADO, I.: “El traslado ilícito de menores en la Unión Europea: retorno vs. violencia familiar o doméstica”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 10, n.º 1, 2018, Pág. 613; CHÉLIZ INGLÉS, M.C.: *La sustracción internacional de menores y la mediación. Retos y vías prácticas de solución*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019; CARRIZO AGUADO, D.: “Particularidades acerca de la autoridad judicial competente en supuestos de sustracción ilícita de menores en aras del Reglamento (CE) 2201/2003”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 12, n.º 2, 2020, Pág. 2673 y ss.; GONZÁLEZ MARIMÓN, M.: *La sustracción...*, *cit.*, Pág. 29 y ss.; CALZADO LLAMAS, A. J.: *La sustracción internacional de menores. El Reglamento 2019/1111 y su interacción con el Convenio de La Haya de 1980 y la LEC*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2023.

⁴⁴ ECLI:EU:C: 2021:231. *Vid.* comentarios de GONZÁLEZ MARIMÓN, M.: “Competencia judicial internacional ante un caso de sustracción internacional de menores de un Estado miembro de la UE a un Estado tercero: la STJUE DE 24 de marzo de 2021”, *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 55, 2021, Pág. 229 -244; DURÁN AYAGO, A.: “En la restitución de una menor trasladada a un tercer Estado no se aplican las normas europeas de competencia judicial internacional. A propósito de la STJUE de 24 de marzo de 2021, asunto C-603/20, PPU, SS y MCP”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 14, n.º 1, 2022, Pág. 727-735; CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C. M.: “El Foro Del Art. 10 Del Reglamento 2201/2003: STJUE 24 marzo 2021, Asunto C-603/20 PPU, SS Y MCP”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 13, n.º 2, 2021, Pág. 639-48.

⁴⁵ *DOUE C 112/27*, de 27.3.2023.

⁴⁶ Por ejemplo, la conexidad procesal en supuestos de divorcio, separación o nulidad, o la presencia de la autonomía de la voluntad, son fines recogidos en el considerando 23 del Reglamento 2019/1111, si bien «ello debe ser posible en las condiciones especificadas en el presente Reglamento». Sobre este precepto *vid.* CAMPUZANO DÍAZ, B., «Acuerdos de elección de foro en materia de responsabilidad parental: un análisis del artículo 10 del reglamento 2019/1111», *REEL*, 2020, núm. 40, Pág. 1-35. *Vid.* SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M. A., «Acción de responsabilidad parental vinculada a un proceso de divorcio en el nuevo Reglamento 2019/1111», *REDI*, vol. 72, 2020, núm. 2, Pág. 143-162.

⁴⁷ *Vid.* al respecto la STJUE en el asunto C-393/18 PPU ECLI:EU:C: 2018:835. El TJUE cita los arts. 9, 10 y 15 RBII bis como lo únicos que requieren un potencial conflicto entre EM para que citado Reglamento sea aplicable (párr. 33).

un tercer Estado⁴⁸ (hay que tener en cuenta la relación del RB. II ter con el CLH de 1996, y cómo la residencia del menor en un Estado miembro parte del CLH de 1996 conlleva la aplicación de este último)⁴⁹.

Novedades más importantes de este precepto:

1.º) Redacción de una norma única para todos los supuestos en los que se utiliza la autonomía de la voluntad y la obligatoriedad de que haya una vinculación estrecha del menor con las autoridades a las que se pretende conferir la competencia.

2.º) Desaparece por completo la referencia a la vinculación a un posible proceso de divorcio, separación o nulidad, no hay distinción entre las distintas situaciones.

3.º) Se articula, el régimen jurídico del acuerdo de sumisión.

Pero ¿la modificación del precepto va a suponer algún cambio? Para responder a esta pregunta hay que conocer los supuestos a los que hasta el momento se han aplicado las previsiones del art. 12 del RB II bis. A modo de ejemplo, en España han conocido las autoridades españolas, sin ser las del territorio de la residencia habitual del menor, en distintos contextos:

1º) Disolución del matrimonio de nacionales extranjeros con residencia en España y cuyos hijos menores tienen residencia habitual en otro Estado miembro o en un tercer Estado⁵⁰.

2º) Disolución del matrimonio de nacionales españoles con residencia habitual en el extranjero junto con sus hijos que interponen, ante las autoridades españolas, demanda de disolución de su matrimonio;

3º) Residentes extranjeros en España que, al margen de un proceso de disolución del vínculo, simplemente porque no lo hay, instan a las autoridades españolas a decidir en torno a la responsabilidad parental sobre menores residentes en otros Estados miembro o en terceros Estados⁵¹.

En el RB II ter a través de la elección del foro se otorga competencia a los tribunales de un Estado miembro distinto del lugar de residencia habitual del menor en materia de responsabilidad parental cuando se cumplen las siguientes condiciones:

⁴⁸ Vid. RAUSCHER, T, «Parental Responsibility Cases under the new Council Regulation Brussels II A», The European Legal Forum, 2005, núm. 1, Pág. 37-46.

⁴⁹ Sobre su aplicación en la práctica, Vid. DURÁN AYAGO, A., «¿Pueden los tribunales españoles pronunciarse sobre los derechos sobre los derechos de custodia del menor residente en Ecuador?: comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 468/20, de 23 de julio de 2020», CDT, vol. 13, 2021, núm. 1, Pág. 825-831; HERRANZ BALLESTEROS, M., «Competencia judicial internacional de las autoridades españolas sobre menores residentes en terceros Estados», El Derecho internacional privado entre la tradición y la innovación, Madrid, Iprolex, 2020, Pág. 401-410, esp. Pág. 407-410.

⁵⁰ Por ejemplo, es el caso resuelto por AP de Barcelona (Sección 12.ª) de 8 de enero de 2015, con menores residentes en China, JUR 2015/76317 o la SAP de León (Sección 1.ª) de 6 de septiembre de 2017, respecto de menores con residencia habitual en Senegal, ECLI:ES: APLE:2017:857.

⁵¹ Vid., por ejemplo, la decisión de la AP de Barcelona (Sección 18.ª) que resuelve por Sentencia de 16 de octubre de 2019, ECLI:ES: APB:2019:7771A.

Primero, que exista una vinculación estrecha entre el menor y ese Estado (art. 10.1.a). Vinculación que se produce en especial: Cuando la residencia habitual de uno de los titulares de la responsabilidad parental está en el territorio de ese Estado; El menor o bien ha tenido su antigua residencia habitual en dicho Estado miembro, o es nacional de dicho Estado miembro. Segundo, además es necesario: acuerdo de las partes en la elección del tribunal (art. 10.1.b). Tercero, el ejercicio de la competencia ha de responder al interés del menor.

Conforme al precepto las tres condiciones son de obligado cumplimiento y aplicación cumulativa; por tanto, el tribunal elegido por las partes tendrá que verificarlas. En consecuencia, la incidencia del art. 10 del RB II ter va a depender de la lectura que se haga de los criterios de vinculación que indica.

Lo que es incuestionable es que el precepto ha querido poner el foco en la figura del menor. Por supuesto quedaría que la autoridad elegida compruebe la existencia de acuerdo entre las partes, y que la competencia responde al interés del menor; elementos cuya aplicación ha tenido una práctica bastante desigual.

a) Régimen jurídico del acuerdo.

En distintos apartados del art. 10 se establecen las condiciones del acuerdo tales como: el momento, la forma, las partes, así como el carácter de dicha competencia (exclusiva en algún caso) y cuando finaliza la competencia del tribunal elegido por las partes.

En torno al momento en el que puede producirse la elección de foro, el acuerdo de las partes puede realizarse: bien en el momento de presentar el asunto ante el órgano jurisdiccional, o bien, de forma expresa, durante el procedimiento⁵², matizando que en este caso el órgano jurisdiccional se habrá asegurado de que todas las partes han sido informadas de su derecho a no aceptar la competencia⁵³.

En cuanto a la forma, el acuerdo ha de quedar fijado por escrito, ha de ser fechado y firmado o hacerlo constar en el acta judicial conforme al derecho y al procedimiento nacional. También es posible realizarlo por medios electrónicos siempre que quede un registro duradero en el tiempo.

b) Parte del proceso.

⁵² Con esta redacción el art. 10 amplía la posibilidad frente a la posición que había mantenido el TJUE dado que este había establecido: «Así pues, el claro tenor literal del art. 12, apdo. 3, letra b), del Reglamento núm. 2201/200, interpretado a la luz del citado art. 16 del mismo Reglamento, exige que se acredite que la extensión de la competencia en cuestión ha sido objeto del consentimiento expreso — o cuando menos inequívoco— de todas las partes en el procedimiento, a más tardar en el momento en que se presente ante el tribunal elegido el escrito de demanda o un documento equivalente». asunto C-656/13, ECLI:EU:C:2014:2364 (párr. 56).

⁵³ Este nuevo precepto responde a la interpretación estricta que el TJUE quería dar a través de su jurisprudencia al requisito relativo al carácter inequívoco de la aceptación por todas las partes en el procedimiento de la competencia de los órganos jurisdiccionales ante los que se ha planteado el litigio y que ha dado lugar a distintos problemas de interpretación, vid. el asunto C-215/15, ECLI:EU:C:2015: (párrs. 41, 42 y 43).

El art. 10 da respuesta a un aspecto controvertido: el consentimiento a la competencia del tribunal elegido por quien posteriormente venga a ser parte del proceso. El precepto aclara tanto el concepto de parte afectada, como cuándo se entiende que esta acepta la competencia del tribunal elegido⁵⁴. El TJUE ya se había pronunciado sobre este aspecto en caso, por ejemplo, de que un fiscal, conforme al derecho nacional, sea considerado parte de pleno derecho en un procedimiento de responsabilidad parental, y en relación con su consentimiento en torno a la competencia del tribunal elegido por los progenitores⁵⁵.

El nuevo precepto incluye el posicionamiento del TJUE remitiendo a los derechos nacionales la interpretación de parte afectada, así como admitiendo en el articulado la prórroga de la competencia por sumisión tácita.

c) Carácter y cese de la competencia del tribunal elegido por las partes.

El RB II ter determina que la competencia de los tribunales elegidos será de carácter exclusivo solo cuando su aceptación tiene lugar durante el procedimiento⁵⁶. Por tanto, si la elección de foro tuvo lugar antes del inicio del procedimiento o en el momento de presentar el asunto ante el tribunal, dicha competencia no goza del carácter exclusivo (caracterización que repercutirá en el tratamiento de la litispendencia). Esta opción refleja que en el Reglamento la autonomía de la voluntad no persigue, como en otros ámbitos, una organización previa de las relaciones, la autonomía de la voluntad va a ser posible siempre que la elección se adapte al criterio material del interés del menor.

Otro aspecto planteado, resuelto por el TJUE y reflejado en las nuevas soluciones del RB II ter, se refiere al momento en el que se pone fin a la competencia del tribunal elegido por las partes⁵⁷. Así, salvo acuerdo en contrario de las partes, la competencia finaliza cuando: la decisión dictada no sea susceptible de recurso ordinario o el proceso haya finalizado por otros motivos.

⁵⁴ Sobre ambos aspectos hay que tener en cuenta el considerando 23 del Reglamento 2019/1111.

⁵⁵ Así el STJUE asunto C-565/16 estableció: «En cambio, a falta de tal oposición, puede considerarse que el consentimiento de dicha parte es implícito y que concurre el requisito de aceptación de la prórroga de la competencia de forma inequívoca por todas las partes en el procedimiento en el momento de presentar el asunto ante el órgano jurisdiccional» (párr. 32), ECLI:EU:C:2018:265.

⁵⁶ Hay autores que entienden que el carácter exclusivo de la competencia ha de extenderse a todos los supuestos de elección de foro contemplados en el art. 10; vid. BERNARDO SAN JOSÉ, A., op. cit., nota 30, Pág. 1272. En sentido contrario vid. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M. A., «La remisión y transferencia de competencia en materia de responsabilidad parental en el Reglamento (UE) 2019/1111», CDT, vol. 12, 2020, núm. 2, Pág. 706-723, esp. Pág. 714.

⁵⁷ Sobre la finalización de la competencia del tribunal elegido por las partes el TJUE ya había establecido: «La competencia en materia de responsabilidad parental, prorrogada, en virtud del art. 12, apdo. 3, del Reglamento núm. 2201/2003, en favor de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro ante quien los titulares de la responsabilidad parental han incoado de común acuerdo un procedimiento, se extingue al recaer una resolución firme en el marco de dicho procedimiento», vid. la STJUE asunto C-436/13, ECLI:EU:C:2014:2246 (párrs. 49 y 50).

2.1.4.5.- Remisión y transferencia de la competencia.

El traslado de la competencia desde las autoridades de la residencia habitual de un menor a las autoridades de un segundo Estado miembro se mantiene en el RB II ter. El art. 12 regula la remisión de la competencia, mientras que el art. 13 se encarga del mecanismo de la transferencia de la competencia solicitada⁵⁸. En relación al ámbito de aplicación espacial de estos preceptos se limita a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembro⁵⁹, mientras que se aplicará el CLH de 1996 cuando la remisión de la competencia se haga desde un Estado miembro a un tercer Estado que sea parte del citado Convenio (art. 97 del RB II ter)⁶⁰.

La reglamentación de la transferencia o de la remisión se hace de forma mucho más detallada y recogiendo en distintos aspectos la jurisprudencia del TJUE en relación con la interpretación del texto anterior⁶¹. El texto deja claro que el órgano jurisdiccional que remite parte o la totalidad del asunto habrá de ser competente conforme a las normas del Reglamento, mientras que quien solicita la transmisión tendrá que carecer de ella. También se despeja la duda sobre el carácter cerrado de lista de autoridades hacia las que se puede remitir o podrán solicitar la transmisión de la competencia⁶² (considerado 26).

El precepto aclara que la remisión o en su caso solicitud de transferencia de la competencia no podrá aplicarse: cuando haya habido una elección de foro de carácter exclusiva (art. 10.4); ni en supuestos en contexto de una sustracción internacional de un menor (considerado 27).

Hasta la actualidad ha sido escasa la práctica, al menos en lo que a la española se refiere⁶³. Es posible que a partir del RB II ter con los distintos aspectos que la regulación aclara provoque una mayor aplicación del precepto.

⁵⁸ Para un estudio muy completo de estos preceptos vid. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M. A., op. cit., nota 39, Pág. 706-723.

⁵⁹ Ya lo había apuntado el TJUE en el asunto C-393/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:835. El TJUE cita los arts. 9, 10 y 15 RBII bis como los únicos que requieren un potencial conflicto entre EM para que citado Reglamento sea aplicable (párr. 33).

⁶⁰ Aunque es cierto que el Reglamento 2019/1111 trata de aclarar este aspecto, los tribunales españoles ya aplicaban de forma correcta ambos instrumentos. Vid., por ejemplo, SAP de Barcelona (Sección 18.ª) de 10 de diciembre de 2014, ECLI:ES:APB:2014:13849, en la que la Audiencia plantea para la transferencia de la competencia en el caso de una menor argentina con residencia habitual en España la aplicación del art. 8 CLH de 1996. En detalle sobre este aspecto CAMPUZANO, B., «El nuevo Reglamento 2019/1111: análisis de las mejoras con el Convenio de la Conferencia de La Haya de 1996», CDT, vol. 12, 2020, núm. 1, Pág. 97-117.

⁶¹ El TJUE se ha pronunciado sobre los referidos preceptos en las siguientes decisiones: asunto C-523/07, ECLI:EU:C:2009:225; asunto C-428/15, ECLI:EU:C:2016:819; asunto C-478/17, ECLI:EU:2018:812; asunto C-530/18, ECLI:EU:C:2019:583.

⁶² Asunto 428/15, ECLI:EU:C:2016:819 (párr. 51).

⁶³ En el caso español hay poca práctica. Alguna además con poco acierto, como la STS de 7 de julio de 2011, ECLI:ES:TS:2011:4824; sin embargo, también hay jurisprudencia en la que el tribunal demuestra mucho mejor conocimiento del mecanismo SAP de Barcelona (Sección 12.ª) de 18 de diciembre de 2013, FJ 3, ECLI:ES:APB:2013:14651.

En otros EM puede consultarse la poca práctica en Regulación Bruselas II Bis. Guide for Application, As part of the final output from the project «Cross-Border Proceedings in Family Law Matters before National Courts and CJEU», funded by the European Commission's Justice Programme (GA - JUST/2014/JCOO/AG/CIVI/7722), julio de 2018, Pág. 116-120, <https://www.asser.nl/media/4651/m-5796-ec-justice-cross-border-proceedings-in-family-law-matters-10-publications-02-guide-for-application-chapter-3.pdf>.

2.1.4.6.- Competencia residual

La ausencia de competencia de los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro y la residencia del menor en un tercer Estado (no parte del CLH de 1996) supone la aplicación, de forma residual, de las normas de competencia judicial internacional internas de conformidad con el art. 14⁶⁴.

Este precepto mantiene la misma redacción que su precedente, artículo que ha tenido aplicación en la práctica española, circunstancia que no variará con la refundición actual. De la práctica a través de la LOPJ, art. 22 quitar y 22 ter, ha resultado que la autoridad española ha asumido competencia para resolver basándose en los criterios de la residencia del demandante en España, de su nacionalidad española o del domicilio del demandado en territorio español⁶⁵, aun cuando el menor tuviera su residencia habitual en un tercer Estado y no haya acuerdo de las partes sobre la competencia de las autoridades españolas.

2.1.4.7. En materia de competencia judicial internacional.

Divorcios internacionales

El auto de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4^a) de 21 de abril de 2011, declaró la falta de competencia de los tribunales españoles para conocer de una demanda de divorcio en un caso donde los litigantes -de nacionalidad española e italiana- tenían su residencia habitual en Bolonia (Italia) en el momento de la presentación de la demanda⁶⁶. Para la Audiencia Provincial la competencia no se podía amparar en ninguno de los foros contemplados en el art. 22 de la LOPJ, no concurriendo tampoco ninguno de los otros supuestos previstos en dicho precepto que permitirían la atribución de tal competencia a los tribunales españoles.

Se trató de un supuesto donde sorprende la manifestación final contenida en la resolución al indicarse que, “por otro lado entendemos de aplicación lo dispuesto en el artículo 3 del Reglamento 2201/2003 (...) en cuyo apartado a) establece, como primera regla o fuero competencial que la competencia recaerá en los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio se encuentre la residencia habitual de los cónyuges, que en este caso sería Bolonia (Italia)” (F.D. 1º, in fine).

⁶⁴ Hay que apuntar que textos posteriores al RB II bis, pero anteriores al Reglamento 2019/1111, no incluyen el precepto relativo a la norma de competencia residual. Este es el caso, por ejemplo, del Reglamento CE núm. 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de alimentos, DO 10 de enero de 2009, Serie L 7/1.

⁶⁵ Sobre la práctica del mismo vid. HERRANZ BALLESTEROS, M., «Proyección de la competencia de las autoridades de los Estados miembros sobre menores residentes en terceros Estados: la experiencia española», RGDE, 2020, núm. 52.

⁶⁶ ECLI:ES: APMU: 2011:191A.

Es un supuesto de aplicación del RB II bis, tratándose de un divorcio transfronterizo entre un nacional español y una nacional italiana, sin embargo, el referido Reglamento sólo es citado por la Audiencia a modo de cierre para justificar, la incompetencia de los tribunales españoles, la cual se fundamenta de modo principal atendiendo a lo dispuesto en la LOPJ, cuya aplicación, no venía al caso en el presente supuesto dado el carácter internacional del divorcio y el conocimiento del mismo por parte de una autoridad española, donde se aplica el RB II bis⁶⁷.

2.1.4.8.- Medidas provisionales, tutela cautelar y cuestiones incidentales

La competencia de las autoridades para la adopción de medidas provisionales, en particular cautelares, es objeto de atención en varios preceptos del RB II ter⁶⁸. El distinto tratamiento en función de la autoridad que las toma hace que sea necesario diferenciar entre:

Adopción de medidas por autoridades no competentes en cuanto al fondo. Conforme al art. 15 del RB II ter, precepto que configura una auténtica regla de competencia judicial internacional, estas autoridades podrán adoptar, en caso de urgencia, una medida provisional incluida cautelar sin que la misma pueda tener efectos más allá del Estado donde se dictó.

Conforme al citado art. 15 son medidas previstas en el ordenamiento de ese Estado miembro⁶⁹; con carácter urgente⁷⁰; que requieren adoptarse sobre menores o bienes de un menor que se encuentren en ese Estado miembro⁷¹; estableciendo la debida información entre las autoridades⁷²; y con una temporalidad limitada⁷³.

Adopción de medidas provisionales incluidas las cautelares por parte de la autoridad competente para conocer del fondo del asunto. La competencia para adoptar tales medidas se basará en el foro de competencia aplicable al fondo del asunto dado que se solicitarán durante el proceso.

⁶⁷ Esta desafortunada forma de invocar las fuentes (supraestatales y estatales) a modo de *totum revolutum*, carente de todo rigor técnico alguno, es por desgracia frecuentemente utilizada por las audiencias provinciales a la hora de determinar las normas que regula la competencia judicial internacional y la ley aplicable.

⁶⁸ Hay que recordar que tales medidas están incluidas en el término resolución del art. 2.1 a los efectos del Capítulo IV relativo al reconocimiento y ejecución. El TJUE se ha pronunciado en distintas ocasiones en relación con la aplicación de la tutela cautelar en particular en contextos de sustracción internacional de menores, asunto C-523/07, ECLI:EU:C:2009:225; asunto C-256/09, ECLI:EU:C:2010; asunto C-403/09 PPU, ECLI:EU:C:2009:810; asunto C-296/10, ECLI:EU:C:2010:665.

⁶⁹ En relación a las materias sobre las que pueden adoptarse tales medidas, la polémica en torno a si estas han de estar incluidas en el Reglamento, parece que por la ampliación del número de medidas que quedan incluidas en el ámbito de aplicación del texto resulta extraño que aquellas que se vayan a adoptar no queden comprendidas en el ámbito de aplicación del texto. En cualquier caso, hay quienes defienden la proyección de la norma a medidas sobre materias no incluidas en el ámbito de aplicación del Reglamento, vid. FORCADA MIRANDA, F. J., op. cit., nota 3, Pág. 150-151.

⁷⁰ El TJUE se ha pronunciado sobre el concepto de urgencia asunto C-403/09 PPU, ECLI:EU: C:2009:810 (párr. 42).

⁷¹ Superando con ello la interpretación del TJUE que establecía que era necesario que además del menor estuvieran otras personas, en particular se refería al progenitor en el territorio del Estado en el que se adopta la medida C-403/09 PPU, ECLI:EU:C:2009:810 (párrs. 50-52).

⁷² La información sobre la medida habrá de hacerse sin dilación, bien directamente entre autoridades judiciales (art. 86), bien a través de la autoridad central (art. 76). Una valoración sobre este aspecto en FORCADA MIRANDA, J., op. cit., nota 3, Pág. 151-152.

⁷³ Al momento en que el tribunal del EM competente para conocer del fondo del asunto haya adoptado aquellas que entienda pertinentes. De estas, además, establece el Reglamento la necesidad de informar a las autoridades que adoptaron las medidas provisionales, ya sean directamente por conducto de la autoridad central (art. 15.3).

Tales medidas tendrán efectos extraterritoriales cuando el demandado haya sido citado a menos que la resolución, en la que se adopta la medida, haya sido notificada al demandado antes de la ejecución.

2.1.5. El Reglamento Bruselas II Ter y las relaciones con otros instrumentos internacionales.

El RB II ter al igual que el RB II bis, contiene una serie de disposiciones finales para regular sus relaciones con otros instrumentos internacionales. Se establece con carácter general, en su art. 94.1, que el RB II ter sustituirá a los convenios celebrados entre dos o más Estados miembros en las materias a las que este instrumento se refiere.

En el art. 95 se mencionan determinados convenios multilaterales, entre los que figuran varios acuerdos promovidos por la Conferencia de La Haya de Dipr., reiterándose que en las relaciones entre los Estados miembros primará el Reglamento.

El art. 96 del RB II ter se establece que cuando un menor esté retenido o haya sido trasladado ilícitamente a un Estado miembro distinto del Estado miembro en donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos, seguirán aplicándose las disposiciones del Convenio de La Haya de 1980 tal y como quedan completadas con los Capítulos III y IV del presente Reglamento. Se añade, que cuando una resolución por la que se ordene la restitución de un menor con arreglo al Convenio de La Haya de 1980 haya sido dictada en un Estado miembro y deba reconocerse y ejecutarse en otro Estado miembro tras el traslado o la retención ilícitos del menor, será de aplicación el Capítulo IV. Esta nueva disposición hay que valorarla positivamente, pues refleja más fielmente la relación de complementariedad que se establece entre el Convenio de La Haya del 80 y el Reglamento, consistente en la modificación de determinados aspectos del Convenio para su aplicación entre los Estados miembros, además del recurso complementario a sus normas sobre reconocimiento y ejecución⁷⁴.

2.1.5.1- Análisis de la preferencia aplicativa del RB II ter sobre el CH 96.

El art. 97.1 del RB II ter dispone básicamente lo mismo que el RB II bis en su art. 61: *“En las relaciones con el Convenio de La Haya de 1996, el presente Reglamento se aplicará: a) a reserva de lo dispuesto en el apartado 2 del presente artículo, cuando el menor tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro; b) en lo que respecta al reconocimiento y ejecución en el territorio de un Estado miembro de una decisión dictada por un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro,*

⁷⁴ Esta aclaración sobre la particular naturaleza de las relaciones entre estos dos instrumentos internacionales también se ha llevado al art. 1.3 del Reglamento 2019/1111: “3. Los capítulos III y IV del presente Reglamento se aplican en casos de traslado o retención ilícitos de un menor que afecten a más de un Estado miembro, completando el Convenio de La Haya de 1980. El capítulo IV del presente Reglamento se aplica a resoluciones que ordenen la restitución de un menor a otro Estado miembro de conformidad con el Convenio de La Haya de 1980 que deban ser ejecutadas en un Estado miembro distinto del Estado miembro donde se dictó la resolución”.

aun cuando el menor afectado tenga su residencia habitual en un Estado que sea parte contratante del citado Convenio y en el que no se aplique el presente Reglamento”.

Para que pudiera incluirse este precepto en el Reglamento se contó con la colaboración de la Conferencia de la Haya de Dipr. El CH 96 es anterior en el tiempo al primer Reglamento que la UE dedicó a las cuestiones de responsabilidad parental (el Reglamento 1347/2000, después sustituido por el Reglamento 2201/2003, y ahora por el Reglamento 2019/1111), pero ya durante su proceso de negociación se sabía que los países de la Unión Europea tenían intención de aprobar una normativa de carácter regional⁷⁵.

Se incorporo al CH 96 un precepto que permitiera a los Estados miembros de la UE participar en este instrumento internacional, sin comprometer una futura regulación entre ellos. El art. 52.2 CH 96 dispone que *el Convenio no afectará a la posibilidad para uno o varios Estados contratantes de concluir acuerdos que contengan disposiciones sobre las materias reguladas por el presente Convenio, respecto a niños que tengan su residencia habitual en uno de los Estados parte en tales acuerdos*. La incorporación de esta “cláusula de desconexión negociada” al CH 96 no fue precisamente pacífica⁷⁶, y, de hecho, las dificultades que entonces se plantearon con su redacción sirvieron para anticipar los problemas de interacción que podían surgir con la normativa europea, como efectivamente después sucedió.

En el sector de la competencia judicial internacional, el art. 97.1.a) del RB II ter determina, a reserva de lo dispuesto en el aptdo. 2º, que la norma europea será de aplicación preferente cuando el menor tenga su residencia habitual en un Estado miembro.

Tal como se deduce, por otra parte, de lo dispuesto en el art. 52.2 CH 96, se aplicarán las normas de este Convenio cuando el niño tenga su residencia habitual en un Estado parte del mismo, en el que no se aplique el Reglamento. En definitiva, que las autoridades de los Estados miembros de la UE, que son a fin de cuentas las que podrían aplicar las normas de competencia judicial internacional de ambos instrumentos internacionales, tendrán que recurrir a las normas del RB II ter en el primer supuesto y a las del CH 96 en el segundo.

⁷⁵ GALLANT, E., *Responsabilité parentale et protection des enfants en droit international privé*, París, Defrénois, 2004, Pág. 87. No debe olvidarse que con anterioridad al primer Reglamento dedicado a esta materia ya se había negociado un Convenio con arreglo al artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial, aprobado por el Consejo el 28 de mayo de 1998, que afectaba a las cuestiones de responsabilidad parental.

⁷⁶ Al respecto vid. LAGARDE, P. Informe explicativo relativo 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, Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, <https://assets.hcch.net/docs/aa132b31-385d-4a66-b8d9-2d362053ed75.pdf>, Pág. 71-72. BORRÁS, A “La cláusula de compatibilidad del art. 52.2 del Convenio de La Haya de 1996 y los instrumentos comunitarios”, *Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea. Liber amicorum IGLESIAS BUHIGUES*, J.L. Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, Pág. 194 y ss.

En el sector del reconocimiento y ejecución de resoluciones, las relaciones entre la normativa europea y el CH 96 han resultado más simples, dado el carácter *inter partes* con que se aplican estas disposiciones. Este carácter *inter partes* justifica además la doble normativa, pues puede establecerse, un régimen privilegiado de eficacia extraterritorial entre los Estados miembros de la UE. El tenor literal del art. 52.2 CH 96, que alude, al lugar de residencia habitual del niño a efectos de determinar la preferencia aplicativa de un instrumento internacional u otro, no era sin embargo claro en relación con este propósito. La letra de art. 61.b) del RB II bis, ahora art. 97.1.b) del RB II ter, sí lo es, pues se refiere, en lo que respecta al reconocimiento y ejecución, a que se trate de una decisión dictada por un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, aun cuando el menor afectado tenga su residencia habitual en un Estado que sea parte contratante del Convenio y en el que no se aplique el Reglamento.

Para evitar cualquier duda al respecto, y preservar la aplicación preferente de las normas sobre reconocimiento y ejecución del Reglamento frente al CH 96, independientemente del lugar de residencia habitual del menor, los Estados miembros de la UE realizaron una declaración en el momento de vincularse por el CH 96, en el siguiente sentido:

“En los artículos 23, 26 y 52 del Convenio se permite a las Partes Contratantes cierto grado de flexibilidad para aplicar un régimen sencillo y rápido de reconocimiento y ejecución de las sentencias. Las normas comunitarias prevén un sistema de reconocimiento y ejecución que es como mínimo tan favorable como las normas que establece el Convenio.

En consecuencia, una sentencia dictada en un órgano jurisdiccional de un Estado miembro de la Unión Europea en relación con una materia contemplada en el Convenio será reconocida y ejecutada en [...], aplicando las normas internas correspondientes del Derecho comunitario”⁷⁷.

Se trató de una declaración acorde con el espíritu de los Convenios de la Conferencia de La Haya de no interferir en las relaciones que puedan establecer dos Estados parte, o en este caso un grupo de Estados parte, para mejorar entre ellos los mecanismos de funcionamiento del convenio internacional, siempre que no afecte a las relaciones con otros Estados parte del mismo.

En relación con las normas sobre cooperación de autoridades nada se ha previsto expresamente en estos artículos. No obstante, la aplicación con carácter *inter partes* de esta normativa, referida a la cooperación o ayuda que se prestan las autoridades de los Estados en beneficio del interés superior del menor, es la misma que a propósito de la eficacia extraterritorial de resoluciones. En el sector de la

⁷⁷ Art. 2 de la Decisión del Consejo 19 de diciembre de 2002 y Art. 2 de la Decisión del Consejo de 5 de junio de 2008 (Vid. supra epígrafe II).

cooperación de autoridades la unificación con un pretendido carácter universal se articula bien con la de carácter regional, pues permite profundizar en el nivel de cooperación que pueden desarrollar Estados más próximos⁷⁸.

2.1.6- Principal novedad del Reglamento (UE) 2019/1111: Supresión del exequátur.

La gran novedad del Reglamento (UE) 2019/1111, del Consejo, de 25 de junio, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida)⁷⁹, en materia de eficacia extraterritorial de resoluciones es la supresión del exequátur para la ejecución transfronteriza de las resoluciones sobre responsabilidad parental, conservando al mismo tiempo un trato aún más favorable en relación con determinadas decisiones consideradas «privilegiadas». Además, se recogen unas disposiciones comunes sobre la ejecución, normas que combinan la remisión a las distintas legislaciones nacionales y la armonización de ciertas reglas en la materia.

La doble solución establecida se explica por la distinta manera en la que se concibe en el Reglamento la supresión del exequátur⁸⁰. De un lado, para todas las resoluciones sobre responsabilidad parental se suprime el exequátur, debiéndose entender que solo se elimina el procedimiento destinado a declarar ejecutiva la resolución en el Estado miembro requerido y permitir que pueda denegarse la ejecución si concurre alguno de los motivos que se establecen.

Se sigue, de esta forma, el modelo del Reglamento 1215/2012⁸¹, primer instrumento en el que se instauró la supresión del exequátur con salvaguardias, y se corrige una de las grandes deficiencias del RB II bis⁸².

Por otra parte, las resoluciones que conceden derechos de visita y las que ordenen la restitución del menor, con arreglo al denominado mecanismo de última palabra, se consideran «resoluciones privilegiadas» y, por ello, merecedoras de una solución distinta, al suprimirse no solo el procedimiento

⁷⁸ De hecho, el art. 39 CH 96 se refiere expresamente a la posibilidad de concluir acuerdos entre Estados contratantes, para mejorar la aplicación del Capítulo V “Cooperación” en sus relaciones recíprocas

⁷⁹ DOUE L 178, de 2 de julio de 2019.

⁸⁰ Hay que señalar, no obstante, que esta no fue la solución inicialmente barajada puesto que en la Propuesta de Reglamento, doc. COM (2016) 411 final, Bruselas, 30 de junio de 2016, se apostó por la supresión del exequátur para todas las resoluciones dictadas en materia de responsabilidad parental siguiendo la fórmula del Reglamento 1215/2012, estableciéndose algunas salvedades en cuanto a los motivos de denegación para las decisiones que conceden derecho de visita y las que ordenan la restitución del menor. Fue posteriormente en las negociaciones en el Consejo, al presentarse la Propuesta transaccional y el texto sobre la Orientación general, cuando se consideró que la nueva regulación debía basarse en el statu quo y que era necesario mantener el trato diferenciado que ya habían recibido determinadas resoluciones en el Reglamento 2201/2003. Vid. docs. JUSTCIV 292, Bruselas, 30 de noviembre de 2018, y JUSTCIV 310, Bruselas, 12 de diciembre de 2018. Para realizar un seguimiento de todo el proceso de tramitación puede consultarse el enlace https://eur-lex.europa.eu/procedure/EN/2016_190.

⁸¹ Reglamento (UE) 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición), DOUE L 351, de 20 de diciembre de 2012.

⁸² De hecho, en la Propuesta de Reglamento la Comisión señaló que, en relación con las cuestiones de responsabilidad parental, era necesario abordar urgentemente «el requisito del exequátur».

de exequátur *stricto sensu*, sino que su control en fase de ejecución se reduce a supuestos muy excepcionales.

En el RB II ter se han introducido una serie de modificaciones que, en aras del interés superior del menor, tratan de compensar el reparto de competencias en el binomio órgano del Estado miembro de origen-órgano del Estado miembro de ejecución y flexibilizar la rigidez que ha caracterizado el sistema anterior.

2.2 - Reglamento (CE) 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos.

El Reglamento 4/2009, primer instrumento comunitario que ofrece una respuesta de conjunto a todas las cuestiones atinentes a los alimentos es un Reglamento muy extenso (76 artículos, que ocupan más de 70 páginas en el Diario Oficial de las que casi 50 son formularios), de difícil comprensión y cuya plena operatividad se hace depender de un conjunto de circunstancias que van a dificultar mucho su efectiva aplicación.

Con el Reglamento se crea un instrumento que ensambla las disposiciones sobre los conflictos de jurisdicción, los conflictos de leyes, el reconocimiento y la fuerza ejecutiva, la ejecución, la asistencia jurídica gratuita y la cooperación entre autoridades centrales al objeto último de asegurar que el acreedor de alimentos cuente con todos los mecanismos que le permitan obtener fácilmente en un Estado miembro, una resolución que tenga automáticamente fuerza ejecutiva en otro Estado miembro sin ser necesaria ninguna otra formalidad.

Un reglamento en definitiva cuya aplicación se extiende, tal y como contempla su artículo 1, a todas las obligaciones de alimentos derivadas de las relaciones familiares, de parentesco, matrimonio o afinidad⁸³.

2.2.1- El Ámbito de Aplicación del Reglamento 4/2009

Por lo que se refiere al ámbito *ratione materiae* el Reglamento se aplica, como señala el art. 1.1, “a las obligaciones de alimentos derivadas de una relación familiar, de parentesco, matrimonio o afinidad”, con la finalidad de garantizar la igualdad de trato a todos los acreedores (Considerando 11).

⁸³ Ante la indefinición por parte del reglamento de qué situaciones deben ser calificadas como de afinidad y ante el silencio que guarda la legislación europea en esta materia, debe optarse por la legislación interna de cada Estado miembro para saber si nos hallamos o no ante un supuesto de relación de afinidad. En este sentido, DÍAZ-AMBRONA BARJADÍ, M.^a D. (dir.); HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M.^a D.; POUS DE LA FLOR, M.^a P. y TEJEDOR MUÑOZ, L.: Derecho Civil de la Unión Europea, 4.^a ed. 2010, Madrid: Colex.

La redacción definitiva de la norma se aparta de la inicialmente prevista que aludía a las relaciones familiares o “relaciones que, en virtud de la ley que les sea aplicable, produzcan efectos similares”, por lo que pueden plantearse problemas con respecto a los nuevos modelos familiares reconocidos en la realidad social y jurídica de muchos de los Estados miembros.

Caso de las uniones no conyugales o en los matrimonios homosexuales –en los que existirá una relación familiar que no va a ser reconocida como tal en otros países-. La aplicación uniforme del Reglamento puede verse comprometida al variar el número de deudores y beneficiarios de los alimentos, según los distintos sistemas jurídicos⁸⁴. Y como afirma R. ESPINOSA CALABUIG, “la atribución de un significado autónomo a los términos que aparecen en el Reglamento 4/2009 sería no sólo útil sino necesario para garantizar la ausencia de discriminaciones entre situaciones similares, así como el respeto de los mismos derechos y obligaciones para todas las partes independientemente del juez que resuelva el litigio, facilitando por tanto el cobro de los alimentos⁸⁵”.

El propio Reglamento es consciente de las diferencias entre las legislaciones de los Estados miembros al establecer que “el reconocimiento y ejecución de las obligaciones de alimentos tiene como único objetivo el cobro del crédito alimenticio, de modo que no implicarán el reconocimiento de las relaciones familiares, de parentesco, matrimonio o afinidad en que se basa la obligación de alimentos” (art. 22 y Considerando 25).

Y puesto que el establecimiento de las relaciones familiares sigue estando regulado por el derecho nacional de los Estados miembros, incluidas sus normas de Dipr., serán dichas normas las que determinarán quiénes van a beneficiarse de una pensión alimenticia, lo que en la práctica se va a traducir en la aparición de no pocos problemas.

Supuestos como este abogan, precisamente, por una interpretación autónoma del concepto “familia” en el ámbito europeo, que supere las divergencias de las legislaciones de los Estados miembros en la materia⁸⁶. Lo que sí queda claro es que el Reglamento sólo se aplica a las obligaciones

⁸⁴ En este sentido POCAR, F. y VIARENGO, I., “Il Regolamento (CE) n. 4/2009 in materia di obbligazioni alimentari”, Riv.dir.int.priv.proc, n° 4, 2009, Pág. 810; PÁSTINA, G., “La comunitarizzazione del diritto delle obbligazioni alimentari nella Proposta di Regolamento presentata dalla Commissione”, Studi sull’integrazione europea, 2007, Pág. 669.

⁸⁵ ESPINOSA CALABUIG, R., “Las obligaciones alimenticias hacia el menor y su relación con la responsabilidad parental: los Reglamentos 4/2009 y 2201/2003”, en BARUFFI, C. y CAFARI PANICO, R., (a cura di), Le nuove competenze comunitarie. Obbligazioni alimentari e successioni, Cedam, 2009, Pág. 71. En el mismo sentido VIARENGO, I., “La disciplina comunitaria delle obbligazioni alimentari e il rapporto con la nuova normativa convenzionale”, en CARBONÉ, S.M. y QUEIROLO, I., (a cura di), Diritto di famiglia e Unione Europea, ed. Giappichelli, Turín, 2008, Pág. 361.

⁸⁶ Vid. ANTOKOLSKAIA, M., (ed), Convergence and divergence of family Law in Europe, Intersentia, 2007; BOELE-WOELKI, K., (ed), Perspectives for the unification and harmonisation of family law in Europe, Intersentia, 2003; MARTINY, D., “Is unification of family law feasible or even desirable?”, in Towards a European Civil Code, Kluwer, 2004, Pág. 307-333; MEEUSEN, J., PERTEGÁS, M., STRAETMANS, G. and SWENGEN, F., (eds), International Family Law for the European Union, Intersentia, 2007; PARRA RODRÍGUEZ, C., “Characterisation and interpretation in European family law matters”, in MALATESTA, A., BARIATTI, S. and POCAR, F., (eds), The External Dimension of EC Private International Law in Family and Succession Matters, Cedam, 2008, Pág. 337-355.

alimenticias derivadas de una relación familiar. Aspecto en el que se emparenta con las normas ya vigentes en la materia⁸⁷.

Con respecto a lo que debe entenderse por obligación de alimentos se sostiene, en el Considerando 11, que dicho concepto debería interpretarse de forma autónoma. Aunque el Parlamento Europeo presentó varias enmiendas con la finalidad de ofrecer una definición de dicho concepto, ninguna de ellas fue aceptada⁸⁸.

El concepto de alimentos ha sido objeto de una interpretación autónoma en el marco del art. 5.2 del Reglamento Bruselas I y dada la vinculación entre ambos instrumentos la duda que surge es si dicha interpretación sería aplicable, por analogía, a este nuevo Reglamento. Un argumento a favor sería garantizar la coherencia entre un instrumento y otro. Ello sería perfectamente posible en sede de competencia judicial internacional y eficacia extraterritorial de resoluciones, por lo que no puede descartarse que puedan plantearse nuevas interrogantes sobre dicho concepto en sede de ley aplicable⁸⁹.

A los efectos de aplicación del art. 5.2 del Reglamento Bruselas I el TJCE ha sostenido una interpretación amplia de lo que se entiende por alimentos, puesto que lo son todas aquellas prestaciones que la ley establece con el objetivo de paliar las necesidades económicas de ciertas personas y que se imponen sobre ciertos parientes o personas que disponen de mayores recursos económicos (STJCE de 20 de marzo de 1997, Farrell/Long, asunto C-295/95). De ese concepto tan amplio, se ha derivado que incluso sea aplicable a algunas pensiones compensatorias entre excónyuges (aunque el litigio del que derivan no entre en el ámbito de aplicación del Reglamento -SSTJCE 6 de marzo de 1980, De Cavel II, asunto C-120/79 y de 27 de febrero de 1997, Van den Boogaard/Laumen, asunto C-220/95-)⁹⁰.

Desde un punto de *vista territorial* el art. 1.2 afirma que se entiende por “Estado miembro” todo Estado miembro al que se aplique el Reglamento. Mientras que Irlanda sí notificó su deseo de

⁸⁷ Vid. VIARENGO, I., “Le obbligazioni alimentari nel Diritto internazionale privato comunitario”, en BARIATTI, S., La famiglia nel diritto internazionale..., ob. cit, Pág. 227-265.

⁸⁸ En concreto se propuso que por obligación de alimentos debía entenderse: “el deber establecido por la legislación, incluso cuando la cuantía y las modalidades estén determinadas por una decisión judicial o un contrato, de proveer, en cualquier forma, a la manutención o, al menos, los medios de subsistencia de una persona vinculada en la actualidad o en el pasado por una relación familiar con el deudor. Estas obligaciones se interpretarán de la manera más amplia posible y abarcarán, en particular, el conjunto de órdenes, resoluciones o autos de un órgano jurisdiccional competente relativos a pagos periódicos, los pagos de cantidades a tanto alzado, las transferencias de propiedad y los ajustes en la materia, y se determinarán en función de las necesidades y recursos respectivos de las partes y tendrán carácter de alimentos”.

⁸⁹ El mismo debate se ha planteado, por ejemplo, en relación con el Reglamento Roma II a propósito de lo que debe entenderse por “obligación extracontractual”, laguna que podría cubrirse, inicialmente, acudiendo a la jurisprudencia del TJCE interpretando el alcance de dicho concepto en el ámbito del art. 5.3 del Reglamento Bruselas I.

⁹⁰ Para un estudio in extenso de dicha jurisprudencia comunitaria vid. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Alimentos”, en CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., Derecho internacional privado, vol. II, 9ª ed, Comares, Granada, 2009, Pág. 325-328; MONÉGER, F., “L’obligation alimentaire”, en FULCHIRON, H. y NOURISSAT, C., (dir), Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale, Dalloz, Paris, 2005, Pág. 167-178.

participar en la adopción y aplicación del instrumento –opting in-, el Reino Unido no (esta reticencia inicial se explica por su rechazo a aceptar las normas sobre ley aplicable). No obstante, este país ha notificado que desea participar en la aplicación del Reglamento, aunque aceptándolo tras su adopción y, ya se ha publicado la Decisión de la Comisión⁹¹. En cuanto a Dinamarca hay que tener en cuenta que conforme a lo previsto en el art. 3.2 del Acuerdo de 19 de octubre 2005 entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones en materia civil y mercantil, este país ha notificado a la Comisión su decisión de aplicar el contenido del Reglamento 4/2009 en la medida en que modifica el Reglamento Bruselas I.

Por lo que se refiere al *ámbito de aplicación personal* la operatividad de los foros de competencia judicial internacional no depende, como ocurre con los Reglamentos Bruselas I o Bruselas II bis, del dato de la residencia habitual del demandado en un Estado miembro⁹². El Reglamento 4/2009 contiene una regulación completa de la competencia judicial internacional descartándose la aplicación subsidiaria de los foros del derecho autónomo (Considerando 15).

En cuanto a la *aplicación temporal*, se establece como regla general que las disposiciones del Reglamento sólo se aplicarán a los procedimientos incoados, a las transacciones judiciales aprobadas y a los documentos públicos con fuerza ejecutiva formalizados o registrados como tales con posterioridad a su fecha de aplicación (art. 75.1). No obstante, se establecen en el párrafo 2 de dicha norma un conjunto de disposiciones transitorias con la finalidad de garantizar la continuidad con el Reglamento Bruselas I.

Si la entrada en vigor se produjo el 30 de enero de 2009, su efectiva aplicación se aplaza al 18 de junio de 2011 con la condición de que, en esa fecha, sea aplicable en la Comunidad el Protocolo de La Haya de 2007 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias. Si no se diese esa circunstancia, el Reglamento se aplicará a partir de la fecha de aplicación de dicho Protocolo⁹³.

La ausencia de una reglamentación *ad hoc* en el Reglamento sobre la ley aplicable a los alimentos y su remisión a lo dispuesto en el Protocolo de La Haya conlleva que la efectiva aplicación del instrumento comunitario dependa de la de otro, lo que va a retrasar su plena operatividad en las

⁹¹ Decisión de la Comisión de 8 de junio de 2009, relativa a la intención del Reino Unido de aceptar el Reglamento 4/2009 (DOUE núm. L 149, de 12 de junio de 2009). El Reino Unido no participa en la adopción de la Decisión del Consejo sobre la adhesión de la Comunidad Europea al Protocolo de La Haya sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias.

⁹² ALVAREZ GONZÁLEZ, S., “El Reglamento 4/2009...”, ob. cit, Pág. 5; HELLNER, M., “The Maintenance regulation: A Critical Assessment of the Commission’s Proposal”, in BOELE-WOELKI, K. and SVERDRUP, T., (ed), *European Challenges in Contemporary Family Law*, Intersentia, 2008, Pág. 347

⁹³ A partir del 18 de septiembre de 2010 serán aplicables el art. 2.2 (delimitación de las autoridades administrativas que, a los efectos del Reglamento, van a ser consideradas como órgano jurisdiccional); art. 47.3 (derecho a la justicia gratuita en procedimientos de reconocimiento y ejecución); y los arts. 71, 72 y 73 (información y datos que los Estados miembros deben comunicar a la Comisión, modificación de formularios y Comité que asistirá a la Comisión).

relaciones intracomunitarias. Y las consecuencias de la compleja fórmula elegida no sólo se reflejan en este ámbito, sino que también, se dejan sentir mucho en sede de eficacia extraterritorial de las resoluciones.

2.2.2- Regulación de los aspectos de Derecho internacional privado de las obligaciones alimenticias

Al igual que en los ámbitos anteriores, la competencia en materia de alimentos y la ley aplicable se regulan en instrumentos distintos. Las normas de competencia se establecen en el Reglamento sobre alimentos, mientras que la ley aplicable a los casos de alimentos se regula en el Protocolo de La Haya sobre alimentos de 2007, que fue aprobado por la UE⁹⁴ y al que se remite directamente el artículo 15 del Reglamento sobre alimentos.

Además, el Convenio de La Haya de 2007 sobre alimentos para niños cubre algunas cuestiones no contempladas en el Reglamento sobre alimentos.

2.2.2.1- Reglamento de alimentos

El Reglamento sobre alimentos establece las normas que rigen la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las órdenes de alimentos en los Estados miembros de la UE. También incluye un capítulo relativo a la ley aplicable, sin embargo, ese capítulo sólo consta de un art. (el 15) que establece que la ley aplicable a las obligaciones de alimentos se determinará de conformidad con el Protocolo de La Haya sobre alimentos de 2007 en los Estados miembros vinculados por ese instrumento. El Reglamento de Pensiones Alimenticias abarca tanto las pensiones alimenticias de los hijos como las del cónyuge, así como otras obligaciones alimenticias derivadas del parentesco, la filiación, el matrimonio o la afinidad (art. 1).

En general, las normas jurisdiccionales (art. 3) están concebidas para preservar los intereses del acreedor de alimentos, que se considera una parte más débil. El Reglamento prevé una serie de bases jurisdiccionales diferentes para las demandas de alimentos y ofrece al acreedor la posibilidad de elegir el foro entre todas las opciones posibles. En el caso de las pensiones alimenticias para adultos, también se prevé la posibilidad de elegir el foro, aunque no es una elección totalmente libre, ya que, al igual que otros instrumentos de la UE, la lista del reglamento exige factores de conexión (art. 4).

El Reglamento sobre alimentos también vincula las demandas de alimentos con las de responsabilidad parental. El acreedor puede elegir el tribunal que, según su propia ley, es competente para conocer de un procedimiento relativo al estado de una persona (por ejemplo: establecimiento de

⁹⁴ 2009/941/EC: Council Decision of 30 November 2009 on the conclusion by the European Community of the Hague Protocol of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations [2009] OJ L 331.

la filiación) o a la responsabilidad parental cuando dicha demanda de alimentos es accesoria a un procedimiento relativo al estado de la persona o a la responsabilidad parental (puede hacerse una excepción cuando la competencia se basa únicamente en la nacionalidad de una de las partes)⁹⁵.

2.2.2.2- Convenio de La Haya sobre alimentos para niños de 2007.

El Convenio de La Haya de 2007 sobre Pensiones Alimenticias y el Reglamento sobre Pensiones Alimenticias se negociaron simultáneamente, y la UE buscó la coherencia entre ambos instrumentos. El Convenio de La Haya de 2007 fue aprobado por la UE⁹⁶.

Se aplica a los casos transfronterizos que implican a un Estado miembro de la UE y a un tercer país que es un Estado contratante del convenio. Además, abarca ciertas cuestiones que no se desarrollaron en el Reglamento sobre alimentos (por ejemplo, la asistencia jurídica gratuita en todos los casos de alimentos para niños o las amplias obligaciones de las autoridades entrales).

En comparación con el Reglamento sobre alimentos, el ámbito de aplicación material del Convenio de La Haya de 2007 sobre alimentos para niños es más reducido, ya que se aplica a los alimentos para niños y para el cónyuge y sólo en casos excepcionales abarca las demás formas de alimentos.

2.2.2.3- Protocolo de alimentos de La Haya de 2007.

La ley aplicable a los casos de pensión alimenticia está regulada por el Protocolo de La Haya sobre Pensiones Alimenticias de 2007⁹⁷, aprobado por la UE⁹⁸. Al igual que el Reglamento sobre Pensiones Alimenticias, el Protocolo de La Haya sobre Pensiones Alimenticias de 2007 tiene un amplio ámbito de aplicación material, ya que se aplica a las obligaciones alimenticias derivadas de una relación familiar, de parentesco, de matrimonio o de afinidad, incluida la obligación alimenticia con respecto a un niño, independientemente del estado civil de los padres (art. 1).

El protocolo se centra por completo en las cuestiones de ley aplicable. La norma general sobre la ley aplicable establece que las obligaciones de alimentos se rigen por la ley del Estado de la residencia habitual del acreedor (art. 3). Además, se establecen ciertas normas que favorecen la situación del acreedor (art. 4).

⁹⁵ De conformidad con la letra d) del artículo 3 del Reglamento sobre alimentos, el órgano jurisdiccional competente en materia de responsabilidad parental será también competente, en principio, para conocer de una solicitud de alimentos accesoria al procedimiento de responsabilidad parental pendiente ante él.

⁹⁶ Council Decision of 9 June 2011 on the approval, on behalf of the European Union, of the Hague Convention of 23 November 2007 on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance [2011] OJ L 192.

⁹⁷ Hague Protocol of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations.

⁹⁸ Council Decision 2009/941/EC of 30 November 2009 on the conclusion by the European Community of the Hague Protocol of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations [2009] OJ L 331.

Las normas de la ley aplicable del Protocolo de La Haya sobre alimentos de 2007 son de aplicación universal. En particular, el protocolo se aplica incluso si la ley aplicable es la de un Estado no contratante (art. 2)⁹⁹.

2.2.3- Las relaciones del Reglamento 4/2009 con otros instrumentos comunitarios y convenios y acuerdos internacionales

Los arts. 68 y 69 del Reglamento regulan las relaciones con otros instrumentos comunitarios y con los convenios y acuerdos internacionales existentes.

Por lo que se refiere a los instrumentos comunitarios el art. 68 del Reglamento 4/2009 establece lo siguiente:

- El Reglamento 4/2009 sustituye las disposiciones del Reglamento 44/01, sin perjuicio de la aplicación de las normas transitorias. Aunque el art. 68.1 hable de *modificación* del Reglamento Bruselas I, tal modificación no existe. Cuando el nuevo Reglamento sea aplicable, las obligaciones de alimentos se excluirán del ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I quedará circunscrito a la materia patrimonial *stricto sensu*¹⁰⁰. El presente Reglamento sustituye también al Reglamento (CE) núm. 805/2004 sobre el Título ejecutivo europeo en materia de créditos no impugnados, excepto en lo referente a los títulos ejecutivos europeos sobre obligaciones de alimentos expedidos en un Estado miembro no vinculado por el Protocolo de La Haya de 2007.
- El Reglamento 4/2009 no afectará, sin embargo, a la aplicación de la Directiva 2003/8/CE en materia de justicia gratuita (con la reserva de lo dispuesto en el Capítulo V –acceso a la justicia-), ni de la Directiva 95/46/CE, relativa a la protección de datos personales¹⁰¹.

Y con respecto a los Convenios internacionales hay que tener en cuenta las siguientes cláusulas de compatibilidad:

- El Reglamento no afectará a la aplicación de los Convenios y acuerdos bilaterales o multilaterales de los que sean parte uno o más Estados miembros y terceros Estados en el momento de adopción del presente Reglamento -18 de diciembre de 2008- y que

⁹⁹ Vid. también M. ŽUPAN, M. DRVENTIĆ, ‘Maintenance’ in I. VIARENGO, F.C. VILLATA, Planning the Future of Cross Border Families: a path through coordination, Hart Publishing, Oxford 2020.

¹⁰⁰ En este sentido también se pronuncian la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo “Comentarios a los artículos de la Propuesta de Reglamento”, cit, Pág. 9; y el Libro Verde sobre la reforma del Reglamento Bruselas I (Doc. COM (2009) 175 final, Bruselas 21 de abril de 2009, Pág. 11).

¹⁰¹ Vid. Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de datos personales.

se refieran a materias reguladas por él (art. 69.1)¹⁰². No obstante, el Reglamento prevalecerá entre los Estados miembros sobre los Convenios y acuerdos existentes en la materia y de los que sean parte los Estados miembros (art. 69.2)¹⁰³.

- En relación con los futuros acuerdos bilaterales en la materia con terceros Estados hay que estar a lo dispuesto en el Reglamento (CE) núm. 664/2009 del Consejo, de 7 de julio de 2009, por el que se establece un procedimiento para la negociación y celebración de acuerdos entre Estados miembros y terceros países sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial, de responsabilidad parental y de obligaciones de alimentos, y sobre la ley aplicable en materia de obligaciones de alimentos¹⁰⁴.

2.2.4 - La superación del exequátur

El Capítulo IV del Reglamento, reconocimiento, fuerza ejecutiva y ejecución de las resoluciones, contiene tres secciones: la primera aplicable a aquellas resoluciones dictadas en Estados miembros vinculados por el Protocolo de La Haya de 2007, la segunda para aquellos Estados miembros que no lo están y, finalmente, una tercera que se aplicará a todas las resoluciones.

Si en la regulación inicialmente prevista se consagraba como regla general la supresión del exequátur, fijándose a tal efecto unas normas procesales mínimas¹⁰⁵, en el Reglamento definitivamente aprobado se acogen dos soluciones: la supresión del exequátur y la ejecutividad directa para aquéllas resoluciones dictadas en un Estado miembro vinculado por el Protocolo de La Haya de 2007 (art. 17); y el reconocimiento y exequátur en el Estado requerido para aquéllas dictadas en un Estado miembro no vinculado por dicho Protocolo (art. 23).

Conforme a lo dispuesto en el art. 3 de la Decisión del Consejo de 30 de noviembre de 2009 relativa a la adhesión de la Comunidad Europea al Protocolo de La Haya de 2007, al ratificar el Protocolo la Comunidad hará la siguiente Declaración: “el término Comunidad Europea no incluye a Dinamarca ni al Reino Unido”. En consecuencia, para estos dos países no regirá la supresión del exequátur.

¹⁰² Sin perjuicio de las obligaciones de los Estados miembros de conformidad al art. 307 del Tratado (que exige que los Estados miembros recurran a todos los medios apropiados para eliminar cualquier incompatibilidad entre el acervo comunitario y los acuerdos internacionales celebrados entre Estados miembros y terceros Estados).

¹⁰³ Para una valoración de esta cláusula vid. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “El Reglamento 4/2009...”, ob. cit, Pág. 2. Establece el art. 69.3 que los Estados miembros partes en el Convenio de 23 de marzo de 1962 entre Suecia, Dinamarca, Finlandia, Islandia y Noruega sobre el cobro de los créditos alimenticios podrán seguir aplicándolo puesto que contiene normas, en materia de reconocimiento y ejecución, más favorables que las previstas en el presente Reglamento.

¹⁰⁴ DOUE núm. L 200, de 31 de julio de 2009.

¹⁰⁵ Este esquema inicial seguía la filosofía del Reglamento 805/2004 sobre el Título ejecutivo europeo.

Pero puede plantearse la siguiente paradoja: las resoluciones inglesas no gozarán de ejecutividad directa según lo dispuesto en el Reglamento 4/2009 y sí la tendrán conforme al Reglamento 805/2004 en el supuesto de que el crédito no se impugnase (el Reglamento 4/2009 sustituirá al Reglamento 805/2004 “excepto en lo referente a los títulos ejecutivos sobre obligaciones de alimentos expedidos en un Estado miembro no vinculado por el Protocolo de La Haya de 2007”). La pluralidad de soluciones que se establecen resulta difícilmente compatible con el espíritu del Programa de La Haya y con la filosofía que inspira el Libro Verde sobre la revisión del Reglamento Bruselas I, de la supresión total del exequátur.

2.2.5 - Errores en el campo del reconocimiento y ejecución de decisiones.

Tribunal Supremo (Sala de lo civil, Sección 1^a) en su auto de 10 de junio de 2015 (Rec. 79/2015)¹⁰⁶, donde resuelve una cuestión negativa de competencia territorial entre un Juzgado Primera Instancia de Móstoles y otro de Huelva en relación a la solicitud de reconocimiento y ejecución de una sentencia en cuanto al cumplimiento de una obligación de alimentos a favor de una menor al amparo del Reglamento 4/2009. Lo que se pretendía, era el reconocimiento y ejecución en España de una resolución sobre alimentos dictada por un tribunal español. Para el Tribunal Supremo, la presente cuestión de competencia debía de resolverse, de acuerdo con el informe del Ministerio fiscal, declarando la competencia del Juzgado de Primera instancia nº 7 de Huelva, en aplicación del Reglamento (CE) nº 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y ejecución de las resoluciones y cooperación en materia de obligaciones de alimentos” (FD único, p. 1^o)¹⁰⁷.

Para determinar la competencia territorial del tribunal de ejecución se acude por nuestro Alto Tribunal a los criterios atributivos de competencia internacional para conocer de las demandas de alimentos, cuando, lo que se estaba solicitando, era “el reconocimiento y ejecución” en España de una sentencia dictada por un Juzgado de Primera Instancia de Móstoles¹⁰⁸.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18^a) de 16 de julio de 2021¹⁰⁹, en el cual se trataba de la ejecución en España de una resolución judicial dictada en Túnez y que condenaba al pago de una pensión de alimentos. Lo curioso de esta sentencia es que para fundamentar

¹⁰⁶ ECLI:ES:TS: 2015:5507A.

¹⁰⁷ Pero lo que no queda claro de la lectura de la resolución del Tribunal Supremo es que se declare la competencia del Juzgado de Primera Instancia de Huelva, pero no sabemos para conocer de qué proceso, si del de “reconocimiento y ejecución” de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Móstoles o de la demanda original de alimentos.

¹⁰⁸ Una demoledora crítica del citado auto del Tribunal Supremo, llena de ironía, puede verse en el Blog de F. GARAU SOBRINO en su edición de 22 de mayo de 2016. Su lectura resulta altamente recomendable: <http://conflictuslegum.blogspot.com/2016/05/al-tribunal-supremo-y-mas-gente-se-le.html>.

¹⁰⁹ ECLI:ES: APB: 2021:7630A

la ejecución se basase el tribunal en el Reglamento 4/2009, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, invocando a tal efecto sus arts. 1 y 2, de los cuales en momento alguno se desprende su aplicación al caso.

Parece que desconocía la Audiencia que, en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones, es requisito para la aplicación del Reglamento 4/2009 que la resolución de origen haya sido dictada por una autoridad de un Estado miembro. Incluso el art. 2 invocado por la Audiencia indica expresamente que por “resolución” ha de entenderse cualquier resolución en materia de obligaciones de alimentos “dictada por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro”¹¹⁰. La Audiencia, a modo de *totum revolutum*, también fundamenta la ejecución en el Convenio hispano tunecino de 24 de septiembre de 2001, de asistencia judicial en materia civil y mercantil y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales¹¹¹, que era el instrumento que realmente procedía utilizar en el presente supuesto atendiendo a la localización del tribunal de origen.

2.3 – Conclusión

En la actualidad, muchas de las dificultades que entraña el Dopr. como disciplina jurídica están causadas por el complejo entramado de disposiciones normativas susceptibles de aplicarse a cada caso concreto. Junto a disposiciones de origen interno, repartidas en nuestro país en una pluralidad de normas, el operador jurídico tiene que acostumbrarse a manejar un número creciente de instrumentos internacionales, que provienen de la UE u otros organismos codificadores, entre los que destaca la Conferencia de La Haya de Dopr..Ello conlleva que muchas veces el esfuerzo del operador jurídico tenga que centrarse en identificar la norma aplicable a un caso concreto, más que en entender y aplicar lo que dice la norma en cuestión.

La reforma que introduce el RB II ter en el precepto dedicado a regular las relaciones con el CH 96 contribuye a clarificar las relaciones entre estos dos instrumentos en el sector de la competencia judicial internacional. Los operadores jurídicos tendrán que acostumbrarse, en función de las circunstancias del caso, a tener que aplicar las disposiciones de uno u otro instrumento, que son parecidas, pero no idénticas.

El Reglamento (CE) del Consejo n.º 4/2009, de 18 de diciembre de 2008, es un instrumento de gran utilidad y eficacia para la solución de asuntos relativos a las reclamaciones transfronterizas de

¹¹⁰ En concreto, el artículo 16 del Reglamento 4/2009 se refiere a la ejecución de resoluciones “contempladas en el Reglamento”, esto es, a las dictadas en un Estado miembro, tanto a los vinculados por el Protocolo de La Haya de 2007 como a los no vinculados por el referido Protocolo.

¹¹¹ BOE núm. 52, de 1 de marzo de 2003

deudas alimenticias. Una utilidad y eficacia que, si bien son de fácil percepción por lo sencillo del procedimiento que desarrolla el reglamento, no se traducen, en una aplicación generalizada por parte de los operadores jurídicos; al menos por lo que a nuestro país se refiere.



CAPÍTULO III. PROBLEMAS PRÁCTICOS DERIVADOS DE LA DETERMINACION DEL DERECHO APLICABLE A LAS MEDIDAS SOBRE MENORES EN SUPUESTOS INTERNACIONALES.

3.1- Breve análisis de la jurisprudencia española sobre el derecho aplicable a las medidas adoptadas sobre menores en supuestos internacionales.

El Dipr. es complejo en cuanto a su aplicación, por lo que nuestros tribunales, en particular las audiencias provinciales, yerran frecuentemente en su aplicación. No se trata de simples errores que en un momento dado pudieran ser comprensibles, sino que, se trata de errores de bulto que dan a entender que no se conoce bien el funcionamiento de nuestro sistema de Dipr. Son fallos que se producen en los tres sectores nucleares de esta disciplina: el de la competencia judicial internacional, el de la ley aplicable y el del reconocimiento y ejecución de decisiones.

No son despistes o lapsus más o menos justificables, sino que se trata de errores de consideración, graves equivocaciones como, por ej. aplicar una norma estatal cuando existe una norma supraestatal de aplicación preferente, o aplicar normas que regulan cuestiones de ley aplicable para determinar a través de ellas competencia judicial internacional (o viceversa), confundiendo criterios de conexión con foros de competencia, o aplicar normas (estatales o supraestatales) que llevan años derogadas o, aplicar cumulativamente normas estatales y supraestatales, sin realizar una debida priorización de fuentes, ello mediante la regulación a través de un inaceptable sistema de *totum revolutum*.

No son pocos los casos que han llegado a los tribunales españoles en los que se les insta a que se pronuncien sobre los aspectos relacionados con los derechos de custodia y de visita, también de alimentos, solicitados por progenitores que tienen su residencia en nuestro país, pero cuyos hijos han quedado al cuidado de algún familiar en sus países de origen¹¹², mayoritariamente latinoamericanos.¹¹³ En estos casos, urge concretar, primero, qué texto normativo proporciona la respuesta, en segundo lugar, si conforme a este texto dispondrán los órganos jurisdiccionales españoles de competencia judicial internacional para pronunciarse al respecto.

¹¹² SAP Valencia 2 marzo 2020 [ECLI:ES: APV: 2020:833]; AAP Barcelona 16 de abril 2018 [ECLI:ES: APB: 2018:1367A]; AAP Barcelona 17 mayo 2017 [ECLI:ES: APB: 2017:3796A]; SAP Barcelona 10 abril 2015 [ECLI:ES: APB: 2015:3667] y SAP Madrid 18 junio 2013 [ECLI:ES:APM:2013:11880].

¹¹³ C. SOLÉ (dra.), “Los vínculos económicos y familiares transnacionales: Los inmigrantes ecuatorianos y peruanos en España”, accesible en https://www.fbbva.es/wp-content/uploads/2017/05/dat/DE_2007_vinculos_economicos_y_familiares.pdf, consultado el 9 de noviembre de 2020; Consejo Económico y Social de España, “Informe 02|2019 La inmigración en España; efectos y oportunidades”, accesible en <http://www.ces.es/documents/10180/5209150/Inf0219.pdf>, consultado el 9 de noviembre de 2020; C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La nulidad, separación y divorcio en el Derecho internacional privado español: cuestiones de competencia judicial internacional y ley aplicable”, Cursos de Derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz, nº 1, 2011, Pág. 135-194, esp. Pág. 159.

En la actualidad, son cuatro los textos normativos que pueden concurrir a la hora de determinar el régimen normativo de los derechos de custodia y de visita sobre los hijos comunes de una pareja en crisis. Junto con el RB II ter¹¹⁴, se encuentran el CH 1996¹¹⁵, la Ley 54/2007 de 28 de diciembre de adopción internacional (en adelante, LAI)¹¹⁶, también la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ).

Con carácter general, si el hijo es menor de edad conforme a su ley personal (art. 9.1 Cc.) y reside en un Estado miembro del RB II ter, se aplicará dicho Reglamento. Si reside en un tercer Estado no parte del CH 1996, si se cumplen condiciones del art. 12 RB II ter (*forum divortii*), el Reglamento podría aplicarse. Si el hijo no reside en un Estado miembro del Reglamento, se aplica el CH 1996, siempre que el hijo sea menor de 18 años y resida en un Estado miembro del Convenio. Para el resto de casos, se aplicaría la LOPJ. La LAI, en los supuestos de responsabilidad parental, únicamente se aplica en lo relativo al reconocimiento de decisiones¹¹⁷.

3.2- Errores de la jurisprudencia española en la aplicación del Dipr.

3.2.1 - El indebido uso de las normas sobre ley aplicable para determinar competencia.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 1ª) de 28 de junio de 2018¹¹⁸. En dicha resolución, en relación al divorcio en España de un matrimonio de nacionales de Marruecos, respecto a la determinación de la competencia judicial internacional, se indica que “compete a la jurisdicción española el conocimiento de la presente litis por ministerio de lo normado por los art. 9.2º in fine y 107.2º Cc y el apartado 1º del art. 3.1º.a) del Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se derogó el Reglamento (CE) 1347/2000” (F.D. 2º, punto 2)”. Se comete la herejía jurídica de fundamentar la competencia, entre otros -mediante la técnica del *totum revolutum*-, en dos disposiciones, los artículos 9.2 y 107.2 del Cc, que lo que contienen son normas de conflicto para determinar, respectivamente, la ley aplicable a los efectos del matrimonio y la ley aplicable al divorcio. Se produce por lo tanto de nuevo una lamentable confusión de los tradicionales sectores de los conflictos de leyes y de jurisdicciones (*ius-forum*).

¹¹⁴ DOUE L 178 de 2 julio 2019

¹¹⁵ En vigor para España desde el 1 de enero de 2011. BOE núm. 291, de 2 de diciembre de 2010.

¹¹⁶ BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2007

¹¹⁷ A. DURÁN AYAGO, “Ejercicio de los derechos de custodia y de visita en un mundo globalizado: riesgos y disfunciones. Especial referencia al *forum divortii* en el contexto europeo”, en A. CEBRIÁN SALVAT / I. LORENTE MARTÍNEZ, *Protección de menores en Derecho Internacional Privado*, Comares, 2019, Pág. 91-102.

¹¹⁸ ECLI:ES: APT: 2018:1014.

3.3.- Errores en el sector de ley aplicable.

Divorcios internacionales.

Sentencia de la Audiencia Provincial de León (Sección 1ª) de 4 de marzo de 2020¹¹⁹. En este caso se abordó el divorcio de un matrimonio formado por dos nacionales rumanos, otorgándose por el Juzgado de Primera Instancia la guarda y custodia de los menores al padre, residente en España, estableciéndose un régimen de visitas a favor de la madre, residente en Rumanía. Con respecto a la cuestión de determinación de la ley aplicable al divorcio, la Audiencia aplica en el caso el art. 107.2 del Cc., pero en su versión anterior a la redacción actual dada por la disposición final 1.28 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, siendo esta última la vigente y la que era aplicable en este caso¹²⁰. Conforme a la redacción del art. 107.2 del Cc. aplicable¹²¹, la determinación de la ley aplicable al divorcio debería haberse realizado acudiendo a las normas del Reglamento 1259/2010. Y sorprende aún más que esto suceda con el silencio de las partes y del Ministerio Fiscal, cuando se estaba aplicando una disposición, el art. 107.2 del Cc., con una versión que llevaba ya casi cinco años derogada.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 1ª) de 28 de julio de 2021 trató sobre la procedencia de determinadas pensiones derivadas de un divorcio tramitado en España de un matrimonio de nacionales marroquíes¹²². Para determinar la ley aplicable a dicha cuestión el tribunal aplica el Reglamento 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial. La Audiencia fundamentó en el caso la aplicación de la ley española en virtud de su art. 8, dado que ambas partes residían en España en el momento de la interposición de la demanda y no habían elegido otra ley como aplicable ex art. 5. Sin embargo, el Reglamento 1259/2010 se utiliza exclusivamente para determinar la ley aplicable al divorcio (art. 1), pero no a otros aspectos que normalmente aparecen vinculados al divorcio (pensiones de alimentos o compensatorias, régimen de visitas, guarda y

¹¹⁹ECLI: ES: APTO: 2020:545.

¹²⁰Establecía el art. 107.2 en su versión anterior a la vigentes desde 2015: “La separación y el divorcio se regirán por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda; a falta de nacionalidad común, por la ley de la residencia habitual común del matrimonio en dicho momento y, en defecto de ésta, por la ley de la última residencia habitual común del matrimonio si uno de los cónyuges aún reside habitualmente en dicho Estado. En todo caso, se aplicará la ley española cuando uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España: a) Si no resultara aplicable ninguna de las leyes anteriormente mencionadas. b) Si en la demanda presentada ante tribunal español la separación o el divorcio se pide por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro. c) Si las leyes indicadas en el párrafo primero de este apartado no reconocieran la separación o el divorcio o lo hicieran de forma discriminatoria o contraria al orden público”.

¹²¹Que establece que “La separación y el divorcio legal se regirán por las normas de la Unión Europea o españolas de Derecho internacional privado”.

¹²²ECLI:ES: APT: 2021:1282.

custodia, régimen económico del matrimonio, etc.), para los cuales existen otros instrumentos *ad hoc*¹²³.

3.4- La interpretación del Tribunal Constitucional ante el interés superior del menor.

El Tribunal Constitucional se pronuncia en la sentencia 2/2024, de 15 de enero, ECLI:ES:TC:2024:2 sobre la necesidad de que las sentencias en las que entra en juego el interés superior del menor deben contener una motivación reforzada, acerca de las razones que llevan a la adopción de determinadas medidas.

Por cuanto se refiere a la necesidad de atender al interés superior del menor, para la resolución judicial de controversias que afecten a su personalidad y bienestar, el Tribunal Constitucional se remite a la doctrina ya fijada por el mismo. Así reitera la necesidad de atender los mandatos del art. 39 de la CE. sobre los poderes públicos, y en especial sobre los órganos judiciales, pesa el deber de velar por que el ejercicio de la patria potestad se haga en interés del menor y no al servicio de otros intereses.

Para valorar lo que resulta más beneficioso para el menor ha de atenderse a las circunstancias concretas del caso. La decisión qué resulta de mayor interés para el menor le corresponde a los jueces y tribunales. Todo ello sin perjuicio de no llegar a prescindir del interés del progenitor, de tal forma que ambos intereses deben ponderarse.

Esta necesidad se hace palpable en materia de prestación de alimentos, conforme ordena el art. 146 del Cc. al establecer el principio de proporcionalidad *«"[l]a cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe"; principio al que se refiere la STC 19/2012, FJ 5, pero cuya aplicación presupone justamente que se disponga de datos en las actuaciones judiciales acerca de la capacidad económica del alimentante»*.

Una de las exigencias que se deriva directamente de la exigibilidad de atender al interés superior del menor, es la imposición por parte de la doctrina del Tribunal Constitucional de un deber de motivación reforzada. En este sentido ya declaró la STC 138/2014, de 8 de septiembre, ECLI:ES:TC:2014:138 *«el canon de razonabilidad constitucional deviene más exigente por cuanto que se encuentran implicados valores y principios de indudable relevancia constitucional, al invocarse por el demandante de amparo el principio del interés superior del menor que tiene su proyección constitucional en el art. 39 CE y que se define como rector e inspirador de todas las actuaciones de los poderes públicos, tanto administrativas como judiciales»*.

¹²³ El propio art. 1.2 del Reglamento 1259/2010 recoge una lista de materias a las que el mismo no se aplica, ni siquiera en el caso de que se planteen como mera cuestión prejudicial en el contexto de un procedimiento de divorcio, y entre dichas materias a las que no se aplica al Reglamento se encuentran precisamente las obligaciones alimentarias (letra g).

Se trata de un canon reforzado por la conexión con el principio de interés del menor, de tal forma que la fundamentación judicial debe entenderse lesiva desde la perspectiva constitucional desde el momento en que hay una absoluta falta de ponderación del citado principio a la hora de decidir.

3.5 – La interpretación del Tribunal Supremo ante el interés superior del menor

Nuestro Código Civil cita en varios preceptos el principio de interés del menor en los siguientes arts. 20.2 a; 90.a.b; 92.4; 92.8; 94.2; 149; 154; 156; 172.4; 172.ter.2; 173.3, 2.º; 173.4; 173.bis. 2.º; 174.2; además del art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, modificado por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio. Esta última en su Preámbulo II, hace constar: «Los cambios introducidos en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor desarrollan y refuerzan el derecho del menor a que su interés superior sea prioritario, principio fundamental en esta materia, pero concepto jurídico indeterminado que ha sido objeto, a lo largo de estos años, de diversas interpretaciones».

Todos los preceptos indicados aluden al interés del menor o *favor minoris*, cuyo objetivo en opinión de RIVERO HERNÁNDEZ, no consiste en buscar lo mejor para el menor, sino en ayudarle a adquirir progresivamente su autonomía e identidad, lo que ha dificultado su conceptualización y nos ha llevado a distintas interpretaciones. Lo que caracteriza el concepto jurídico indeterminado es que la ley no da una solución directa, sino debe concretarse en cada caso.

La STS de 11 de marzo de 2010 (TOL 1.798.264), afirmó en su FD 2.º que «es cierto que al introducir la ley de forma expresa el interés del menor como concepto jurídico indeterminado dificulta notablemente la aplicación de la norma correspondiendo al juez en su aplicación, llenar de contenido efectivo tal concepto al juzgar y valorar el supuesto de hecho, sus datos y circunstancias, pues como señala la doctrina sería necesario encontrar criterios, medios o procedimientos para averiguar, racionalmente, en qué consiste el interés del menor en los términos indicados y paralelamente determinarlo en concreto los casos correspondientes».

La STS de 13 de febrero de 2015 (RJ 2015, 3763), destacó que «al apelar al interés superior del menor, no nos estamos refiriendo a algo abstracto e indeterminado, sino que hablamos de un menor perfectamente individualizado, con nombre y apellidos, que ha crecido y se ha desarrollado en un determinado entorno familiar, social y económico que debe mantenerse en lo posible, si ello le es beneficioso».

Hay una jurisprudencia en donde el concepto jurídico indeterminado consiste en una valoración que puede ser objeto de revisión conceptual, como es el caso de la STS de 13 de junio de 2011 (STS 4911/2011), que en su FD 5.º destacó «por tanto, y teniendo en cuenta que como dice la STS 384/2005, de 23 de mayo (STS 3272/2005), la determinación del mayor beneficio del menor (*favor filii*)

independiente de que los hechos que lleven a este extremo deban mantenerse, al tratarse de una valoración (como «*concepto jurídico indeterminado*» que es) de una calificación, puede ser objeto, partiendo de ellos, de una revisión conceptual en casación». Siguiendo con esta línea la STS de 31 de enero de 2013 (STS 373/2013), en su FD 3.º señaló que «la sentencia justifica la medida entre otras cosas porque considera que el artículo 776 de la LEC es una concreción del concepto jurídico indeterminado del interés superior del menor, y así puede ser, ciertamente, pero no siempre [...]».

Otra línea jurisprudencial se basa en que el interés superior del menor no aparece definido en nuestro ordenamiento, por lo que se configura como un concepto jurídico indeterminado que la doctrina ha venido relacionando como desarrollo de la personalidad del menor, junto con otros aspectos de protección como derechos fundamentales. Así la STS de 27 de octubre de 2014 (TOL 4.538.488), en su FD 8.º señala: «En toda la normativa internacional, estatal y autonómica mencionada late el superior interés del menor como criterio determinante para la adopción de cualquier medida que les afecte, si bien dicho interés superior no aparece definido, precisándose su configuración y concreción en cada caso. Se configura, como un verdadero concepto jurídico indeterminado, que la doctrina ha venido relacionando bien con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficia, más allá de las preferencias personales de sus padres». En iguales términos las SSTS de 17 de febrero de 2015 (RJ 2015, 8478); 2 de diciembre de 2015 (STS 5220/2015); 20 de julio de 2015 (STS 3216/2015); 17 de marzo de 2015 (STS 1281/2016); 1 de febrero de 2016 (STS 338/2016); 20 de noviembre de 2016 (TOL 5.883.317).

Y una resolución que entiende el concepto jurídico indeterminado como aquel que ha sido dejado por el legislador en manos del poder jurisdiccional de difícil y responsable tarea de llenarlo de contenido, STS 21 de diciembre de 2016 (STS 5532/2016)¹²⁴.

3.6 – Balance Parcial

El interés superior del menor, en el marco del Reglamento tiene por objeto garantizar el respeto de los derechos fundamentales del menor. La exigencia de que la remisión responda al interés superior del menor implica que el órgano jurisdiccional competente se cerciore, a la vista de las circunstancias concretas del asunto, de que la remisión que valora efectuar al órgano jurisdiccional de otro Estado miembro no pueda incidir negativamente sobre la situación del menor afectado.

¹²⁴ Los presupuestos fácticos son los siguientes: El actor interpuso demanda en solicitud de divorcio, acordando el Juzgado de Primera Instancia por sentencia de 9 de junio de 2014, la disolución del matrimonio. Resolución que fue apelada ante la Audiencia Provincial que dictó sentencia el 11 de diciembre de 2015, estimando en parte la sentencia de instancia. Contra la anterior resolución se interpuso recurso de casación por interés casacional por el actor-apelante invocando, entre otros, infracción del artículo 92 de Código Civil, e inaplicable la jurisprudencia que consagra el interés del menor como un principio básico para la adopción de la custodia compartida.

La Jurisprudencia también lo considera fundamental, prueba de ello es la SAP de Valladolid (Sección N°1) n°311/2019 de 17 de julio de 2019, en la que se dice que “El interés superior del menor es el factor más importante y condiciona todos los demás para relativizarlos y determinar en qué sentido ha de producirse el pronunciamiento judicial. Servirá tanto para conceder la relación como para impedirla pues la justa causa más relevante de concesión o de denegación de la relación será que sea favorable o perjudicial para el menor. Se protegerá el interés superior del menor cuando se adopten medidas que le sean beneficiosas o cuando con las medidas adoptadas se le eviten perjuicios”.



CAPITULO IV. REGUALACION DE LA PATRIA POTESTAD Y GUARDIA Y CUSTODIA EN DERECHO COMPARADO: España, Italia, Inglaterra, Alemania, Chile y EE. UU.

Para finalizar este trabajo se incluye un capítulo dedicado al derecho comparado entre España y países de la UE, por su cercanía y otros terceros países, por sus peculiaridades, para intentar establecer paralelismos entre sus distintos sistemas jurídicos, ya que los procesos de familia con hijos menores, ya sea en procesos de medidas paternofiliales, divorcio o separación, una de las cuestiones más importantes a determinar es la regulación de la patria potestad y guarda custodia de los hijos menores, medidas que luego determinarán otras en relación con los hijos como son la pensión de alimentos.

Se pretende comparar las distintas figuras y reglas para la determinación del modo en el que se va a organizar el cuidado de los hijos menores tras la ruptura de una pareja, normas previstas por los ordenamientos jurídicos de España, Italia, Inglaterra, Alemania, Chile y EE. UU.; así como el régimen legal previsto en cada una de ellas para los supuestos de falta de acuerdo entre los progenitores.

4.1. - La patria potestad y la guarda y custodia en España

Hasta el año 2013, donde se produjo el cambio de jurisprudencia, la custodia compartida se otorgaba en el 17,9% de los divorcios de parejas de diferente sexo con hijos menores de edad. Nueve años más tarde, esta cifra subió hasta suponer el 45,5% de los casos en 2022¹²⁵.

La *patria potestad* se encuentra regulada en el artículo 154 del Cc., que establece que los hijos no emancipados están bajo la potestad de los padres, debiendo ejercerse siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad y con respeto a su integridad física y psicológica.

Este artículo establece también los deberes y facultades que comprende la patria potestad, conforme a transcripción literal: «1º *Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos y educarlos y procurarles una formación integral.* 2º *Representarlos y administrar sus bienes.*»

Se configura como los derechos y obligaciones inherentes al nacimiento de un hijo, la obligación de prestar alimentos, así como adoptar todas las decisiones de carácter trascendental en la vida de un hijo, tales como la elección del colegio o formación religiosa, etc.

El artículo 156 del Cc. establece que la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo de ellos con el consentimiento expreso o tácito del otro. No puede

¹²⁵ <https://www.newtral.es/divorcios-custodia-compartida/20231004/>

renunciarse, si bien puede ser suspendida o privada conforme a las circunstancias que puedan existir, y siempre debe acordarse por resolución judicial.

La *guarda y custodia* de los hijos menores, como facultad inherente o derivada de la patria potestad, encuentra su regulación en el artículo 92 del Cc. y es quien se encarga de los cuidados cotidianos de los menores, los aspectos ordinarios de la vida.

En nuestro ordenamiento jurídico común, la patria potestad y la guarda y custodia son compartidas desde el nacimiento de un hijo, debiendo dictarse las medidas que correspondan en el proceso de familia que corresponda, en los cuales el ejercicio de la patria potestad lo será por regla general de forma compartida (salvo graves excepciones) y el ejercicio de la custodia, lo será de forma compartida o exclusiva, conforme a las circunstancias que concurren.

Estas dos medidas o conceptos jurídicos son también objeto de regulación internacional:

- ✓ Marco comunitario, la normativa que resuelve asuntos transfronterizos entre los niños y sus padres se contiene en el RB II ter.

El Reglamento de Bruselas II ter utiliza el término «*responsabilidad parental*», que englobaría el término de patria potestad de nuestro derecho, refiriéndose a todos los derechos y obligaciones respecto de un menor y sus bienes, y, comprendería también el término de custodia y los derechos de visita (aunque al igual que ocurre en España, otros países miembros no lo regulan así en su legislación interna).

De forma análoga al derecho contenido en nuestro Cc., la patria potestad y la guarda y custodia, se encontrarían definidas e integradas por el término de «*responsabilidad parental*» conforme a la definición del RB II ter, si bien, una diferencia sustancial con nuestro derecho (como ocurre en otras legislaciones de otros Estados miembros) se encuentra en que el custodio no puede adoptar el derecho a decidir el lugar de residencia del menor (como establece el RB II ter), sino que dicha cuestión correspondería a la patria potestad, dado que en nuestro derecho sí difieren los conceptos de patria potestad y custodia (la primera es compartida, la segunda puede ser compartida o exclusiva)

- ✓ Marco no comunitario, y otros Convenios bilaterales, el concepto de responsabilidad parental se encuentra definido en el Convenio de la Haya de 1996 relativo a la competencia, ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños.

Aun a pesar de la regulación internacional y del esfuerzo en la unificación de conceptos, en muchas ocasiones los mismos no gozan de los mismos derechos u obligaciones en las legislaciones

internas de cada país, lo que tiene una gran incidencia en los procesos de familia en los que concurre elemento extranjero.

Las diferencias culturales existentes entre ambos progenitores, se pone de manifiesto al momento de abordar el divorcio o las medidas sobre los hijos, e incluso en las decisiones que cada progenitor adopta, conforme a su conocimiento de la ley de su país, entendiéndose que lo está haciendo correctamente, pero que choca frontalmente con la legislación del país del otro progenitor, o bien con la legislación internacional.

Sobre este tema la doctrina es amplia, de las que destacan:

Auto de la AP de Castellón de 24 de julio de 2003; AP de Valencia el 17 de enero de 2006 “asunto Carrascosa”; Auto de la AP de Madrid de 19 de julio de 2005.¹²⁶ Sentencia del TS de 8 de octubre de 2009; Sentencia del TS de 29 de abril de 2013. Sentencia 2246/2013 del Tribunal Supremo.¹²⁷

4.2. - La patria potestad y la guarda y custodia en Inglaterra: En Inglaterra y Gales (al ser diferente la regulación en Irlanda y Escocia).

La responsabilidad parental (en concepto de patria potestad asimilándola a nuestro derecho) se define como todos los derechos y deberes, poderes, responsabilidades y autoridad que, por ley, los progenitores tienen en relación con los hijos (como el derecho a relacionarse con el niño y el deber de mantenerlo) y cualquier derecho que, en caso de muerte del niño, pueda tener en relación con la propiedad del niño.

La *guarda y custodia*, considera que la responsabilidad parental incluye decisiones sobre con quién debe vivir un niño y con quién debe pasar el tiempo. Si los padres de un niño están casados o en una sociedad civil, tanto el padre como la madre tienen la responsabilidad parental. Las madres siempre tienen la responsabilidad parental y los padres solteros o una segunda madre que no está casada o en una sociedad civil con la madre del niño pueden adquirirla por acuerdo con la madre, por orden judicial o registrando el nacimiento juntamente con la madre del niño. Un padrastro o madrastra puede tener responsabilidad parental mediante un acuerdo con el padre del niño o padres que tienen la responsabilidad parental o por orden judicial ¹²⁸.

¹²⁶ ISABEL E. LÁZARO GONZÁLEZ Y JOSÉ JAVIER EZQUERRA UBERO Profesores de Derecho internacional privado Universidad Pontificia Comillas. El “derecho de custodia” en la jurisprudencia sobre sustracción internacional de menores. *icade*. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, nº 83-84. Especial 50 Aniversario ICADE, 2011, ISSN: 1889-7045. Pág. 323 – 327.

¹²⁷ Fuente: Sentencia del Tribunal Supremo 2246/2013. Centro de Documentación Judicial (Cendoj)

¹²⁸ Información obtenida del Portal Europeo en cuanto a Inglaterra y Gales, Italia, y Alemania; https://e-justice.europa.eu/content_parental_responsibility-302-ew-es.do?clang=en#toc_3

4.3. - La patria potestad y la guarda y custodia en Italia.

Como apunta SILVIA GÓMEZ ¹²⁹, abogada experta en derecho internacional de familia, que con el decreto ley de 28 de diciembre de 2013, n°154, fue introducido el concepto de responsabilidad parental, muy parecido al nuestro de patria potestad, sustituyendo el antiguo término, potestad de los progenitores (potestà genitoriale).

La responsabilidad parental es el deber de mantener, educar, y brindar apoyo moral a los niños, teniendo en cuenta sus capacidades, inclinaciones y aspiraciones.

Con la ley 54/2006 fue introducido el concepto de custodia compartida (affidamento condiviso), estableciendo el mismo como regla ante la custodia exclusiva, con el fin de garantizar el ejercicio de la responsabilidad parental por parte de ambos progenitores, así como el derecho a mantener una relación equilibrada con ambos padres.

Con el término custodia compartida en Italia se disciplina la manera en la que el menor se relacionará con sus progenitores tras la separación de estos y, no quién se ocupará del cuidado cotidiano.

En derecho italiano, existe un tercer término denominado colocación del menor, es decir a quién se otorga la residencia del menor y por ende su cuidado cotidiano, lo que en nuestro derecho conocemos como la guarda y custodia. En la mayor parte de las ocasiones, el cuidado cotidiano de los menores se otorga a la madre a quién en general, también se otorga el uso de la casa familiar.

4.4. - La patria potestad y la guarda y custodia en Alemania.

ANA PIERNAS ¹³⁰, abogada y especialista en derecho de familia en España y Alemania, indica que los términos patria potestad y guarda y custodia se recogen en un mismo término, que describe la totalidad de los derechos y obligaciones de los padres en relación con el niño.

La patria potestad y guarda y custodia pueden ser ejercidas por un solo progenitor o por ambos, pero la tendencia actual en Alemania lo es hacia el ejercicio conjunto de la patria potestad y guarda y custodia. La decisión de traslado de un menor o residencia habitual pueden ser adoptadas por aquel

¹²⁹ SILVIA GÓMEZ JIMÉNEZ, abogada experta en Derecho internacional de familia, ejerciente en España e Italia. Diario La Ley, N.º 9443, Sección Tribuna, 25 de junio de 2019, Wolters Kluwer. <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2019/06/25/la-regulacion-de-la-patria-potestad-y-guarda-y-custodia-en-derecho-comparado-espana-italia-inglaterra-alemania-chile-y-eeuu>.

¹³⁰ ANA PIERNAS LÓPEZ, Abogada Internacional en Madrid, Rechtsanwältin im deutsch-spanischen Rechtsbereich, Cross-Border Mediator. Diario La Ley, N.º 9443, Sección Tribuna, 25 de junio de 2019, Wolters Kluwer. <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2019/06/25/la-regulacion-de-la-patria-potestad-y-guarda-y-custodia-en-derecho-comparado-espana-italia-inglaterra-alemania-chile-y-eeuu>

progenitor que ostente en exclusiva la patria potestad y guarda y custodia, así como la elección del colegio etc.

4.5. - La patria potestad y la guarda y custodia en Chile.

Como indica DANIELA HORVITZ LENNON ¹³¹, abogada experta en derecho de familia internacional en Chile, las diferencias conceptuales son muy importantes.

La *patria potestad* se configura exclusivamente como la facultad de administrar los bienes, siendo una facultad netamente patrimonial o económica.

Y la *custodia*, es el denominado «*cuidado personal*» de los hijos y supone la adopción de todas las decisiones sobre vida de un hijo (lo que en España es la patria potestad).

Por ley les corresponden a ambos padres. Si los padres viven separados pueden decidir quién lo ejerce (exclusiva o compartida). Si no hay acuerdo, los cuidados cotidianos los detendrá el progenitor que comparta residencia. La reforma legal operada en el año 2015 en dicho país se atribuía los cuidados cotidianos siempre a la madre (si concurría negligencia se podía retirar esa guarda). A partir de la reforma los cuidados cotidianos pueden ser atribuidos tanto al padre como a la madre, dando prioridad a quien esté mejor habilitado conforme al Cc. Chileno y los requisitos establecidos, que son entre otros: quien tiene un mayor respeto por el ejercicio conjunto de las funciones de parentalidad, el abono de la manutención o los alimentos de los hijos, los apoyos o familia extensa.

La custodia solo puede ser establecida de forma compartida si los padres lo acuerdan, y si es discutida, el juez solo puede atribuirla a uno de los padres.

En la actualidad, la tendencia jurisprudencial es una patria potestad compartida, aunque el menor resida con uno de los progenitores, y ejerza su cuidado, pero las decisiones importantes deberán ser adoptadas por ambos progenitores.

4.6. - La patria potestad y la guarda y custodia en EE. UU.

La abogada experta en derecho internacional de familia, MARITZA RODRIGUEZ ¹³², nos indica que el término de la guarda y custodia englobaría (al igual que en Alemania) las decisiones de

¹³¹ DANIELA HORVITZ LENNON, miembro del Colegio de Abogados de Chile, de la comisión de familia del Colegio de Abogados de Chile, socia fundadora y vicepresidenta de la Asociación Internacional de Juristas de Derecho de Familia (AIJUDEF), entre otros. Diario La Ley, N.º 9443, Sección Tribuna, 25 de junio de 2019, Wolters Kluwer. <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2019/06/25/la-regulacion-de-la-patria-potestad-y-guarda-y-custodia-en-derecho-comparado-espana-italia-inglaterra-alemania-chile-y-eeuu>.

¹³² MARITZA RODRÍGUEZ, abogada especialista en derecho de familia en el Estado de New Jersey (EE. UU), President at Rutgers Newark Law School Alumni Association & Solo Practitioner. Diario La Ley, N.º 9443, Sección Tribuna, 25 de Junio de 2019, Wolters Kluwer. <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2019/06/25/la-regulacion-de-la-patria-potestad-y-guarda-y-custodia-en-derecho-comparado-espana-italia-inglaterra-alemania-chile-y-eeuu>

la patria potestad, y la misma puede ser compartida o exclusiva. Así, el que ostenta la custodia en exclusiva puede decidir el traslado del menor, pero si la custodia se establece de forma compartida, tendría que pedir autorización al progenitor o al Juzgado correspondiente.

Existe también el término denominado «custodia residencial» que puede conllevar que aquel progenitor que ostente la custodia residencial pueda tener facultades de patria potestad como la elección del colegio o incluso la educación religiosa.

En este sentido, MARITZA indica que la existencia de cincuenta estados diferentes con legislaciones diferentes origina situaciones de conflicto, dado que y, por ejemplo, conforme al Estado de New Jersey la decisión de traslado de domicilio corresponde a ambos progenitores, si bien, en New York, esa decisión dependerá de la legislación de aplicación y puede ser diferente a la del otro Estado.

También, las diferencias culturales pueden llevar a los progenitores a la adopción de decisiones equivocadas o contrarias a las legislaciones de los países donde residen y que es diferente al país de origen. Por ejemplo, una nacional chilena que resida junto con su hijo, y se haya separado de su pareja, puede atribuirse funciones inherentes a la patria potestad como la elección de colegio de su hijo, que en su creencia le corresponden, y si residiera en Chile, ejercería dicha elección, pero si su lugar de residencia lo fuera España, tendría que adoptar dicho acuerdo de mutuo acuerdo con el padre.

Otras decisiones pueden traer consecuencias mucho más graves como la adopción de la decisión de traslado del menor a otro país, en la creencia de ser legítima la misma por ser el progenitor que ostenta la custodia, y derivar en un supuesto de sustracción internacional de menores, cuya consecuencia puede ser hasta la retirada de la custodia del menor al progenitor sustractor.

Por lo que la falta de unificación de los conceptos de responsabilidad parental (patria potestad y guarda y custodia) es causa de graves conflictos en la aplicación del Convenio de la Haya de 1980 sobre sustracción de menores, conforme al art. tercero de dicho Convenio el traslado o la retención de un menor se consideran ilícitos cuando, se haya producido con infracción de un derecho de custodia atribuido conforme al derecho vigente en el que el menor tenía su residencia habitual, y cuando ese derecho se ejercía de forma efectiva en el momento del traslado, o se habría ejercido si no se hubiera producido la retención ¹³³ .

¹³³ Convenio de la Haya de 1980, Artículo 3:» *El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos: a) Cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y b) Cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención. El derecho de custodia mencionado en a) puede resultar, en particular, bien de una atribución de pleno derecho, bien de una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado.*

El Convenio de la Haya define el traslado ilícito según el término «derecho de custodia», cuyo concepto puede no coincidir con los existentes en cada legislación interna, autorizando algunas legislaciones dicho traslado por el ejercicio del cuidado de los menores, mientras que en otros países no es una facultad o potestad que corresponda a quien ejerce dicho cuidado (que sería la guarda y custodia) sino que corresponde a ambos padres (en el ejercicio de la patria potestad).

Es importante a efectos de legitimación para interponer una demanda de sustracción internacional determinar qué es el derecho de custodia el cual habrá de ser interpretado a la luz de las previsiones del Convenio cuya aplicación se solicite. La custodia se define de forma autónoma a nivel internacional como el conjunto de derechos y obligaciones relativos al cuidado de la persona de un menor y, en especial, el derecho a decidir sobre su lugar de residencia.

4.7. - Balance parcial

Tras lo analizado en este capítulo, puede apreciarse que los conceptos de patria potestad y guarda y custodia en derecho español, quedarían asimilados al concepto de «responsabilidad parental», definido en la regulación internacional, así como en las legislaciones internas de otros países, fundamentalmente los europeos. También existen determinadas cuestiones como las relativas a la decisión de residencia o traslado de los menores, que nuestra legislación otorga a ambos progenitores en el ejercicio de la patria potestad, pero que en otras legislaciones, lo atribuyen al progenitor a quien ostente el cuidado del menor (como se define igualmente en el Convenio de la Haya de 1980), y que originan graves conflictos en los procesos de familia e incluso en los procesos de sustracción de menores, ante la falta de unificación de los términos señalados.

CONCLUSIONES

Una vez realizado este estudio, y de acuerdo con los objetivos inicialmente establecidos, podemos concluir lo siguiente:

Primero: Debido a las características del derecho de familia es muy difícil su armonización, ya que, está intrínsecamente relacionado con los aspectos más personales del ser humano, y hay muchos problemas transfronterizos relacionados con menores, (pensiones alimenticias, custodia de los hijos menores, etc.), lo que lleva a que en Europa sea necesario avanzar en esa armonización, al menos, en el aspecto procesal, de competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de derecho de familia.

Segundo: Dada la multiplicidad de instrumentos normativos europeos existentes en esta materia, el punto en común entre ellos es la protección integral de los hijos en todos los procedimientos relacionados con la responsabilidad parental, alimentos, custodia....; Cuando haya de aplicarse una determinada norma jurídica en un procedimiento judicial de carácter internacional, se realizará siempre en beneficio del menor respetando el interés superior del mismo, al ser el gran protagonista de estos procedimientos. Son los reglamentos europeos los que señalarán en cada caso, cuál es, la ley aplicable, el tribunal competente para juzgar esos asuntos, y proclamarán el reconocimiento y la ejecución de las sentencias en estas materias, de cualquier Estado miembro de la Unión en otro.

Tercero: El RB II ter supone una mejora con respecto a su antecesor el RB II bis, pero solo resuelve los conflictos derivados de la competencia judicial internacional a nivel europeo, no así en terceros países, para lo que tendremos que seguir acudiendo al CH 1996. En cuanto al foro, lo que va a predominar para determinar la competencia judicial internacional, es el de la residencia habitual del menor en uno de los países miembros de la UE.

De este reglamento podemos subrayar la supresión del exequátur para las resoluciones en materia de responsabilidad parental, tal y como dispone el art.34 del RB II ter, por lo que no hay que seguir un procedimiento especial para que se produzcan efectos ejecutivos en otro Estado miembro a diferencia de lo que sucedía anteriormente.

Cuarto: Como poníamos de relieve anteriormente, el Dopr. es complejo en cuanto a su aplicación, por lo que los tribunales, cometen errores a la hora de aplicar las distintas normas existentes, lo que podría hacer sospechar que no se conocen bien el funcionamiento de dicho sistema, ya que se ha observado que se han aplicado normas estatales cuando para ese caso concreto existían normas supraestatales, que son de aplicación preferente; o incluso aplicar normas que llevaban años derogadas.

Quinto: De los distintos sistemas jurídica que se analizan en el trabajo, se observa que en España la custodia compartida es una opción preferente y que incluso el juez la puede imponer, aunque no haya acuerdo entre los progenitores, tal y como sucede en países de nuestro entorno (pe. Italia, o chile en Iberoamérica).

Mientras que, en otros, como Inglaterra, que la custodia compartida no es una opción preferente, aunque se está tendiendo a fomentarla para defender el interés de los menores, frente al régimen flexible de países como EE. UU., donde la mayoría de los estados permiten a los padres llegar a un acuerdo de custodia por su cuenta, en otros apenas regulan este tema y lo dejan en manos del juez.



BIBLIOGRAFIA

Almeida, S. (2015), Familia a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos, Juruá Editorial, Lisboa.

Bernardo San José, A. (2020). Las normas de competencia internacional en materia de responsabilidad parental en el Reglamento (UE) 2019/1111 del consejo de 25 de junio de 2019. *CUADERNOS DE DERECHO TRANSNACIONAL*, 12(2), 1243-1289. <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5671>

Caamiña Domínguez, C. M. (2016). El interés superior del menor: la integración en el nuevo medio = The best interests of the child: settlement in a new environment. *CUADERNOS DE DERECHO TRANSNACIONAL*, 8(2), 77-91. Recuperado a partir de <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/3254>

Calzado Llamas, A. J. (2021). Las medidas provisionales y cautelares en los procedimientos de restitución de menores: análisis del Reglamento (UE) 2019/1111 en conexión con el ordenamiento jurídico español. *CUADERNOS DE DERECHO TRANSNACIONAL*, 13(1), 87-109. <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.5953>

Campuzano Díaz, B. (2020). EL nuevo Reglamento (UE) 2019/1111: análisis de las mejoras en las relaciones con el Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 sobre responsabilidad parental. *CUADERNOS DE DERECHO TRANSNACIONAL*, 12(1), 97-117. <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5182>

Carbonell, J.; González Martín, N.; Carbonell Sánchez, M. (2016). Las familias en el siglo XXI: una mirada desde el derecho. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. Recuperado de <https://repositorio.unam.mx/contenidos/5022444>

Cebrián Salvat, A.; Lorente Martínez, I. (2019) Protección de menores en Derecho Internacional Privado, Comares, Pág. 91-102.

Cuartero Rubio, M.^a V. (2019). El derecho al respeto a la vida familiar (art. 8.1 CEDH): una aproximación iusprivatista desde el recurso de amparo. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 115, 363-389. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.115.12>

Díaz, B. C. (2013). La política legislativa de la UE en DIPr de familia. Una valoración de conjunto. *CUADERNOS DE DERECHO TRANSNACIONAL*, 5(2), 234-264. <https://doi.org/10.20318/cdt.2016.1816>

Durán Ayago, A. (2021). ¿Pueden los tribunales españoles pronunciarse sobre los derechos de custodia de una menor residente en Ecuador? Comentario de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 468/2020, de 23 de julio de 2020. *CUADERNOS DE DERECHO TRANSNACIONAL*, 13(1), 825-831. <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.5993>

Draghici, C. (2017). *The legitimacy of family rights in Strasbourg Case Law*. Oxford. Bloomsbury.

Garau Sobrino, F. F. (1). Notas sobre la colisión de fuentes de Derecho internacional privado español sobre responsabilidad parental y protección del niño. *CUADERNOS DE DERECHO TRANSNACIONAL*, 3(1), 282-289. Recuperado a partir de <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/1080>

García Roca, J. y Santolaya, P. (2014). *La Europa de los Derechos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

González Marimón, M.^a (2020). Un paso más en el proceso de armonización del Derecho Privado Europeo: la concreción por el TJUE del concepto de residencia habitual del menor recogido en el Reglamento Bruselas II bis. *Revista Boliviana de Derecho* Núm. 30 Pág. 470-495

Guzmán Zapater, M. y Herranz Ballesteros, M. (dirs.), (2018). *Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos: derecho español y de la Unión Europea: estudio normativo y jurisprudencial*, Valencia, Tirant lo Blanch, , Pág. 927-964.

Herranz Ballesteros, M. (2021). El Reglamento (UE) 2019/1111 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida): principales novedades. *Revista Española De Derecho Internacional*, 73(2), 229–260. Recuperado a partir de <https://www.revista-redi.es/redi/article/view/413>

Limanté, A. (2021). Derecho internacional privado de derecho de familia: un análisis de los instrumentos interrelacionados en la UE. *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, 25, 1-20. <https://doi.org/10.25115/ridj.vi25.7160>

López Muelas, L. y Zabalgo, P. (2019). La regulación de la patria potestad y guarda y custodia en derecho comparado: España, Italia, Inglaterra, Alemania, Chile y EE. UU., *Diario La Ley*, 9443

López-Tarruella Martínez, A. (2022). Análisis crítico e implicaciones prácticas de la competencia residual del Reglamento 2019/1111 en materia de responsabilidad

parental. *CUADERNOS DE DERECHO TRANSNACIONAL*, 14(1), 370-386.
<https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6689>

Meulders-Klein, M. (1992). “Vie privée, vie familiale et droits de l’homme”. *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 44, N°4.

Mieres Mieres, L. J. (2002). *Intimidación Personal y Familiar*. Prontuario de Jurisprudencia Constitucional. Pamplona. Aranzadi (Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional).

Ortega Giménez, A. El elemento extranjero en los procesos de menores.
https://www.cvca.es/wp-content/uploads/2021/06/DOCUMENTO-DE-TRABAJO-El-elemento-extranjero-en-los-procesos-de-menores_Alfonso-Ortega-Gimenez.-D.-Alfonso-Ortega-Gime%CC%81nez.pdf

Peiteado Mariscal, P. (2020). Procesos transfronterizos de modificación de medidas, residencia habitual del menor y competencia interna de los tribunales españoles. *CUADERNOS DE DERECHO TRANSNACIONAL*, 12(2), 1358-1385. <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5675>

Putaturo Donati, M.G. (2015).” Il diritto al rispetto della «vita privata e familiare» di cui all’art. 8 della CEDU, nell’interpretazione della corte Edu: il rilievo del detto principio sul piano del diritto internazionale e su quello del diritto interno”.
<http://www.europeanrights.eu/index.php?funzione=S&op=5&id=1059>

Reyes, J. F. D. (2018). El interés superior del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 94(768), 2212-2233. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6600641>

Roagna, I., (2012). *Protecting the right to respect for private and family life under the European Convention on Human Rights, European Commission against Racism and Intolerance*. France. Retrieved from <https://policycommons.net/artifacts/2071941/protecting-the-right-to-respect-for-private-and-family-life-under-the-european-convention-on-human-rights/2827239/> on 31 May 2024. CID: 20.500.12592/r5n36h.

Rodríguez Vázquez, M. Ángeles. (2022). Supresión del exequátur y ejecución de resoluciones en materia de responsabilidad parental: la convivencia de dos soluciones en el Reglamento (UE) 2019/1111. *Revista Española De Derecho Internacional*, 74(2), 349–383. Recuperado a partir de <https://www.revista-redi.es/redi/article/view/193>

Rodríguez Vázquez, M.Á. (2010). La regulación del Reglamento 4/2009 en materia de obligaciones de alimentos: competencia judicial internacional, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de sentencias. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)*, 19, 1-30.

Rodríguez Vázquez, M. Ángeles. (2020). La remisión y la transferencia de competencia en materia de responsabilidad parental en el Reglamento (UE) 2019/1111. *CUADERNOS DE DERECHO TRANSNACIONAL*, 12(2), 706-723. <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5626>

Roig Mateo, B. (2017). Las obligaciones de alimentos transfronterizas y su reclamación. Estudio del Reglamento (CE) n.º 4/2009, de 18 de diciembre de 2008. *CEFlegal. Revista práctica De Derecho*, (202), 79–98. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2017.10589>

Sales i Jardí, M. (2015). La vida familiar en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una interpretación constructiva . J.M. BOSCH EDITOR.

Ybarra Bores, A. (2022). Los tribunales españoles y el Derecho internacional privado: Una relación compleja. *CUADERNOS DE DERECHO TRANSNACIONAL*, 14(2), 871-899. <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.7209>

OTROS DOCUMENTOS CONSULTADOS

CENDOJ. Centro de documentación judicial.

<https://www.poderjudicial.es/search/sentencias/Patria%20potestad%20compartida/11/PUB>

Comisión Europea, Dirección General de Justicia y Consumidores, Musseva, B. (2023). *Guía práctica para la aplicación del Reglamento Bruselas II ter*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea. <https://data.europa.eu/doi/10.2838/346097>