

El mantenimiento del mecanismo de prevalencia en el Reglamento Bruselas II Ter: ¿Una oportunidad perdida?

MARÍA GONZÁLEZ MARIMÓN

*Profesora Ayudante Doctora de Derecho Internacional privado
Universidad de Valencia*

SUMARIO. 1. INTRODUCCIÓN. 2. LOS PROBLEMAS DEL MECANISMO DE PREVALENCIA O DE ÚLTIMA PALABRA EN EL REGLAMENTO BRUSELAS II BIS. 2.1. *Las claves de funcionamiento del mecanismo de prevalencia o de última palabra en el Reglamento Bruselas II bis.* 2.2. *Una visión crítica del mecanismo de prevalencia o de última palabra.* 3. LAS MODIFICACIONES DEL MECANISMO DE PREVALENCIA O DE ÚLTIMA PALABRA EN EL REGLAMENTO BRUSELAS II TER. 3.1. *La limitación y la aclaración de los supuestos en los que se aplica el mecanismo de prevalencia en el Reglamento Bruselas II ter.* 3.2. *La eficacia extraterritorial de la resolución derivada del mecanismo de prevalencia: especial referencia al tratamiento del cambio de circunstancias.* 4. ¿UNA OPORTUNIDAD PERDIDA?

1. INTRODUCCIÓN

La presente comunicación tiene por objeto evaluar la decisión del legislador de la Unión Europea (en adelante UE) de mantener el denominado “mecanismo de prevalencia” o “de última palabra” en el 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 Reglamento Bruselas II ter).

¹ DOUE L 178, de 2 de julio de 2019. Sobre las novedades del Reglamento Bruselas II ter vid., BORRÁS RODRÍGUEZ, A., “Bruselas II, Bruselas II bis, Bruselas II ter...”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, núm. 38, 2019, pp. 1-5; GONZÁLEZ BEILFUSS, C., “What’s New in Regulation (EU) no 2019/1111?”, *Yearbook of Private International Law*, vol. XXII, 2020-2021, 2021, pp. 95-116.; GONZÁLEZ BEILFUSS, C., “La sustracción de menores en el nuevo Reglamento 2019/1111”, en AA.VV., *Relaciones transfronterizas, globalización y Derecho. Homenaje al Prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2020, pp. 383-

Este procedimiento, pensado para ciertos supuestos especiales de sustracción internacional de menores, fue introducido en el Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (en adelante Reglamento Bruselas II bis)². Como se expondrá a lo largo de esta comunicación, a pesar de su complejidad y problematismo, destacados tanto por la doctrina como por la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE), e incluso el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), el legislador de la UE ha optado por el mantenimiento de este mecanismo. Aunque lo cierto es que se han introducido ciertas modificaciones para depurar su funcionamiento en la práctica.

2. LOS PROBLEMAS DEL MECANISMO DE PREVALENCIA O DE ÚLTIMA PALABRA EN EL REGLAMENTO BRUSELAS II BIS

La respuesta jurídica frente a la sustracción internacional de menores en la UE muestra un paisaje de pluralidad de fuentes legales que buscan

398; HERRANZ BALLESTEROS, M., “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*, núm. 2, 2021, pp. 229-260; CARPANETO, L., “Impact of the Best Interests of the Child on the Brussels II ter Regulation”, en BERGAMINI, E. y RAGNI, C. (eds.), *Fundamental Rights and Best Interests of the Child in Transnational Families, Intersentia, Cambridge – Antwerp – Chicago, 2019*, pp. 265-286; ESPLUGUES MOTA, C., “El Reglamento Bruselas II ter y el recurso a los MASC en materia de responsabilidad parental y sustracción internacional de menores”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, núm. 2, 2021, pp. 132-173; GONZÁLEZ MARIMÓN, M., *Menor y responsabilidad parental en la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021; CHELIZ INGLÉS, M.C., “Novedades introducidas por la refundición del Reglamento Bruselas II Bis en relación con la sustracción internacional de menores”, en GARCÍA ÁLVAREZ, L. Y MARTÍN RODRÍGUEZ, J.M. (Coords.), *El mercado único en la Unión Europea. Balance y perspectivas jurídico-políticas*, Dykinson, Madrid, 2019, pp. 37-50; CALZADO LLAMAS, A., “Secuestro internacional de menores: el procedimiento de restitución”, en CAMPUZANO DÍAZ, B (Dir.), *Estudio del Reglamento (UE) 2019/1111 sobre crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 169-195.

² DOUE L 338, de 23 de diciembre de 2003, cde DOUE L 82, de 22 de marzo de 2013.

desincentivar este fenómeno³. Principalmente, se trata de un marco jurídico tripartito conformado por el juego entre el Reglamento Bruselas 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)⁴, que queda complementado por la interacción puntual del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños⁵.

El legislador de la UE optó por una peculiar regulación de la sustracción internacional de menores, consistente en la remisión por parte del Reglamento Bruselas II bis -ahora ter- al Convenio de la Haya de 1980, pero realizando ciertas modificaciones. Principalmente, los cambios afectan a la articulación procesal del sistema de retorno del Convenio de La Haya de 1980⁶.

³ Para una visión genérica del sistema de protección del menor en el DIPr 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. AND RAPP, T. (Eds.), *Facilitating Cross-Border Family Life – Towards a Common European Understanding: EUFams II and Beyond*, Heidelberg University Publishing, Heidelberg, 2021, pp. 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, pp. 65 y ss.

⁴ BOE núm. 202, de 24 de agosto de 1987.

⁵ BOE de 2 de octubre de 2010. Para un análisis del sistema de fuentes en la materia vid., BORRÁS RODRÍGUEZ, A., “La sustracción internacional de menores: del Convenio de La Haya de 1980 al Reglamento Bruselas II ter”, en AA.VV., *El Derecho Internacional privado entre la tradición y la innovación. Libro homenaje al Profesor Doctor José María Espinar Vicente*, Iprolex, Madrid, 2020, pp. 159-174; ARENAS GARCÍA, R., “Medidas frente al incumplimiento de los instrumentos internacionales en materia de sustracción internacional de menores”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, núm. 2, 2021, pp. 96; REIG FABADO, I., “El traslado ilícito de menores en la Unión Europea: retorno vs. violencia familiar o doméstica”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, núm. 1, 2018, p. 613; GONZÁLEZ MARIMÓN, M., *La sustracción internacional de menores en el espacio jurídico europeo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 29 y ss; 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*, vol. 12, núm. 2, 2020, pp. 2673 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.

⁶ Al respecto vid. REIG FABADO, I., “Incidencia del Reglamento 2201/2003 en materia de sustracción internacional de menores: interacción con el Convenio de

El elemento más problemático, tanto del Convenio de La Haya de 1980 como del Reglamento Bruselas II bis – y ahora ter-, es el mecanismo de retorno del menor. En el Convenio de La Haya de 1980, se otorga prioridad al retorno del menor, pero a su vez, se busca el equilibrio con el interés del menor en el caso concreto a través de un sistema de excepciones al retorno. Frente a este sistema, el Reglamento Bruselas II bis restringió al máximo el sistema de excepciones al retorno mediante la introducción del llamado “mecanismo de prevalencia”, por el cual, la última palabra en relación con el retorno del menor la posee el órgano jurisdiccional competente en virtud del Reglamento, que normalmente será el del lugar de residencia habitual del menor inmediatamente anterior al traslado o retención ilícita – Estado miembro de origen –⁷. Esta prioridad es reforzada, precisamente, mediante la eliminación del *exequátur* en términos absolutos de dicha resolución de retorno.

2.1. Las claves de funcionamiento del mecanismo de prevalencia o de última palabra en el Reglamento Bruselas II bis

En efecto, en el caso de que el órgano jurisdiccional de Estado miembro de destino – en el que se encuentra ilícitamente el menor – deniegue su retorno en base a una de las excepciones del art. 13 del Convenio de La Haya de 1980, el asunto no termina, sino que se abre la posibilidad de iniciar un procedimiento especial, esta vez en el Estado miembro competente para conocer de las cuestiones de responsabilidad parental en virtud del Reglamento Bruselas II bis– que normalmente será el Estado de residencia habitual del menor inmediatamente anterior al traslado o retención ilícita–.

En este segundo procedimiento, al decidir sobre el fondo de la cuestión, es decir, sobre la problemática de la responsabilidad parental del menor, el órgano jurisdiccional competente sobre el fondo en virtud del Reglamento está facultado para emitir una resolución de retorno del menor ligada, precisamente, a esta resolución final en materia de la responsabilidad parental.

En otras palabras, el mecanismo de prevalencia o de última palabra permite el retorno del menor al Estado miembro de previa residencia ha-

La Haya de 1980”, en LLORIA GARCÍA, P. (dir.), *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar*, Iustel, Madrid, 2008, p. 220; CHÉLIZ INGLÉS, M.C., *La sustracción internacional de menores y la mediación. Retos y vías prácticas de solución*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 45 y ss.

⁷ Vid. aps. 6 a 8 del art. 11 del Reglamento Bruselas II bis.

bitual, a pesar de una resolución de no restitución emitida, previamente, por otro Estado miembro en base a una de las excepciones del art. 13 del Convenio de La Haya de 1980. Este retorno se asegura mediante la instauración de un régimen privilegiado de reconocimiento y ejecución para la resolución del art. 11.8 del Reglamento Bruselas II bis, y certificada según el art. 42 del mismo, conformándose con ello la polémica eliminación del *exequátur* en términos absolutos, esto es, sin posibilidad de alegar ningún motivo de oposición a la ejecución.

2.2. Una visión crítica del mecanismo de prevalencia o de última palabra

Este complejo mecanismo de prevalencia o de última palabra no ha estado exento de controversias. Desde un inicio, un sector de la doctrina ya anticipó que este mecanismo era susceptible de provocar tensiones y resentimiento entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE implicados en la resolución de un caso de sustracción internacional de menores⁸. Profundizando en esta idea, algunos autores resaltan lo confuso, por no decir directamente ininteligible, que resulta asumir que dos jueces de Estados miembros diversos ordenen decisiones diversas basándose ambos en el Reglamento Bruselas II bis; un texto que, a su vez, remite al Convenio de La Haya de 1980⁹. Por este motivo, un importante sector de la doctrina está de acuerdo en afirmar que el mecanismo de prevalencia o de última palabra es susceptible de menoscabar el principio de confianza mutua entre las administraciones de justicia de los Estados miembros¹⁰.

⁸ MCELEAVY, P., “Brussels II bis: Matrimonial matters, Parental Responsibility, Child Abduction and Mutual Recognition”, *The International and Comparative Law Quarterly*, núm. 53, 2004, p. 510.

⁹ Como apunta Espinosa Calabuig, porque se entiende que “entra en colisión, como vemos, aquello que constituye el interés del menor, desde el momento en que unos Tribunales han decidido su no retorno en atención a una serie de causas basadas precisamente en la puesta en peligro de dicho interés y, en cambio, otros Tribunales deciden, en nombre de ese mismo interés, hacer ejecutiva una decisión que ordena justo lo contrario, esto es, el retorno del menor al país donde originariamente tenía su residencia habitual”. *Vid.* ESPINOSA CALABUIG, R., *Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 223.

¹⁰ Están de acuerdo en afirmar que el mecanismo de prevalencia menoscaba el principio de confianza mutua, entre otros: MCELEAVY, P., “Brussels II bis...”, *op. cit.*, p. 510; ANCEL, B. y MUIR WATT, H., “L’intérêt supérieur de l’enfant dans le concert des juridictions: le Règlement Bruxelles II bis”, *Revue critique de Droit International privé*, núm. 4, 2005, p. 602.; KRUGER, T. y SAMYN, L., “Brussels II bis:

De forma muy particular, las críticas se han centrado en la aplicación del régimen privilegiado de reconocimiento y ejecución de la resolución resultante del mecanismo de prevalencia. Y que conduce a la eliminación del *exequátur*, sin posibilidad de alegación de ningún motivo de oposición a la ejecución, de la resolución de retorno dictada de conformidad con los arts. 11.8 y 42 del Reglamento Bruselas II bis¹¹. Fundamentalmente, se señala la ausencia de una armonización mínima de normas procesales y materiales de los Estados miembros que acompañe esta avanzada apuesta de integración. Y, en consecuencia, las fricciones que existen en la práctica debido a la profunda divergencia de las normas procesales y materiales entre las legislaciones de los Estados miembros¹². Un segundo punto crítico constituye la imposibilidad de alegar motivo alguno de oposición en sede de ejecución, y la derivada ausencia de cualquier margen de actuación por parte del Estado miembro requerido. El mecanismo de prevalencia del Reglamento Bruselas II bis puede operar de forma excesivamente rígida¹³.

Las dudas y los eventuales problemas apuntados no solo se han planteado doctrinalmente, sino que han sido evidenciados por la propia juris-

successes and suggested improvements”, *Journal of Private International Law*, vol. 12, 2016, p. 158; ESPINOSA CALABUIG, R., *Custodia y visita de menores ...*, *op.cit.*, p. 223; RODRÍGUEZ PINEAU, E., “La oposición al retorno del menor secuestrado: movimientos en Bruselas y La Haya”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, núm. 35, 2018, p. 17. Sin embargo, no toda la doctrina es tan crítica con el mecanismo de prevalencia o de última palabra. Para una visión diferente *vid.* CARPANETO, L., “In-Depth Consideration of Family Life v. Immediate Return of the Child in Abduction Proceedings within the EU”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, núm. 4, 2014, pp. 931-958.

¹¹ Muy críticos con la eliminación del *exequátur* son LÓPEZ DE TEJADA RUIZ, M., “La supresión del *exequátur* en el espacio judicial europeo”. *Diario La Ley*, núm. 776, 30 de diciembre 2011; CARO GÁNDARA, R., “De la desconfianza recíproca al reconocimiento mutuo: una laboriosa transición (El Reglamento Bruselas II bis como banco de pruebas”. *Diario La Ley*, núm. 8395, 31 de mayo de 2011; ESPINOSA CALABUIG, R., *Custodia y visita de menores...*, *op. cit.*, p. 223.

¹² Como prototipo de estos potenciales problemas se cita, reiteradamente, el derecho fundamental del menor a expresar sus opiniones en todos los asuntos que le afectan.

¹³ VAN LOON, H., “The Brussels IIa Regulation: towards a review?”, en PARLAMENTO EUROPEO: “Cross-border activities in the EU- Making life easier for citizens, Workshop for the JURI Committee”, *Directorate General for internal policies. Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs*, 2015, pp. 178-207. Versión *on line* disponible en <[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/510003/IPOL_STU\(2015\)510003_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/510003/IPOL_STU(2015)510003_EN.pdf)>, [último acceso el 23.12.2022]

prudencia del TJUE¹⁴ y del TEDH¹⁵. El TJUE parte de una interpretación formalista y respetuosa con el sistema de competencias recogido en el Reglamento Bruselas II bis, llevando a sus últimas consecuencias, de forma tajante la eliminación del *exequátur* de las órdenes de retorno emitidas de conformidad con el art. 11.8 del Reglamento y certificadas conforme al art. 42 del mismo¹⁶. Sin perjuicio de que se reconozca que, realmente, el TJUE tenía escaso margen de interpretación, dada la rigidez del mecanismo de prevalencia del Reglamento Bruselas II bis, lo cierto es que, a raíz de la jurisprudencia del TEDH en materia de sustracción internacional de menores, se abrió un debate en torno a la idoneidad de ponderar de forma más estrecha cuestiones de fondo presentes en este tipo de procesos. En estos casos, el Tribunal de Estrasburgo adopta una interpretación más garantista y sustantiva, centrada en la efectiva consideración del interés superior del menor en el caso concreto, más allá del retorno automático del menor¹⁷.

¹⁴ Principalmente *vid.* STJUE de 22.12.2010, en el asunto C-491/10 PPU, *Aguirre Zárraga*, ECLI:EU:C:2010:828; STJUE de 5.10.2010, en el asunto C-400/10 PPU, *McB*, ECLI:EU:C:2010:582; STJUE de 1.7.2010, en el asunto C-211/10 PPU, *Povse*, ECLI:EU:C:2010:400; STJUE de 11.7.2008, en el asunto C-195/08 PPU, *Ignat Rin-au*, ECLI:EU:C:2008:406.

¹⁵ Principalmente *vid.* *Vid.* STEDH de 6.7.2010, demanda n.º 41615/07, *Neu-linger y Shuruk c./ Suiza*, TOL2.640.774, <<http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-3192833-3555735>>; STEDH 9.9.2010, demanda n.º 25437/08, *Raban c./ Rumania*, TOL2.644.403, <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-101471>>; STEDH de 12.7.2011, demanda n.º 14737/09, *Sneerson y Kampanella c./ Italia*, TOL2.646.980, <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-147380>>; STEDH de 15.5.2012, demanda no. 13420/12, *M.R y M.L c./ Estonia*, <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-111198>>; STEDH de 26.11.2013, demanda n.º 27853/09, *X c./ Letonia*, <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-138939>>; STEDH de 21.9.2017, demanda n.º 53661/15, *Severe c./ Austria*, TOL6.409.054, <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-177079>>.

¹⁶ En esta línea ESPINOSA CALABUIG, R., “Traslado o retención ilícitos de menores tras la reforma de 2015: rapidez, especialización y... algunas ausencias”. *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 2, 2016, p. 352; FORCADA MIRANDA, J., “El nuevo proceso español de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional: La decidida apuesta por la celeridad y la novedosa Circular de la Fiscalía 6/2015 (Parte I)”. *Bitácora Millennium DIPr.*, n.º 3, 2016, p.32. Versión *on line* disponible en <www.millenniumdipr.com>, [último acceso el 8.11.2022].

¹⁷ En relación con esta problemática *vid.* *asuntos Neulinger y Shuruk c./ Suiza, M.R y M.L c./ Estonia, X c./ Letonia, Severe c./ Austria.*

Frente a esta problemática, el legislador de la UE ha adoptado una postura continuista, pero abordando los aspectos más problemáticos detectados en la práctica.

3. LAS MODIFICACIONES DEL MECANISMO DE PREVALENCIA O DE ÚLTIMA PALABRA EN EL REGLAMENTO BRUSELAS II TER

El legislador de la UE, consciente de la complejidad y el problematismo en la aplicación del Reglamento Bruselas II bis en materia de sustracción internacional de menores, ha intentando mejorar y depurar la respuesta aportada. Dentro del nuevo Capítulo III, dedicado íntegramente a esta materia, regula con mayor claridad el mecanismo de prevalencia en su art. 29. Como bienvenidas modificaciones, cabe citar la limitación de los supuestos en los que se aplica el mecanismo a las excepciones del art. 13.1 b) del Convenio de La Haya de 1980, la clarificación de las situaciones que se pueden producir en aplicación del mecanismo de prevalencia; y de manera especialmente relevante, la vinculación entre las decisiones de custodia y las órdenes de retorno.

Todo ello iría acompañado de la corrección de la eliminación del *exequatur* “en términos absolutos” y la revisión del régimen privilegiado de reconocimiento y ejecución. A pesar de que en el nuevo texto de Bruselas II ter se ha eliminado el *exequatur* para todas las resoluciones en materia de responsabilidad parental¹⁸, el legislador de la UE ha decidido mantener el régimen privilegiado, principalmente, en lo referente a las causas de denegación y en los certificados. No obstante, se han introducido medidas tendentes a aportar un cierto margen de actuación en sede de ejecución para la adecuada valoración del interés superior del menor ante la concurrencia de circunstancias excepcionales.

3.1. La limitación y la aclaración de los supuestos en los que se aplica el mecanismo de prevalencia en el Reglamento Bruselas II ter

En el primer apartado del art. 29 del Reglamento Bruselas II ter radica una de las principales modificaciones introducidas en el nuevo Reglamento, como es la limitación, en un doble sentido, del ámbito de aplicación del mecanismo de prevalencia. Por un lado, este mecanismo solo se podrá

¹⁸ Vid. art. 34 del Reglamento Bruselas II ter.

activar cuando se aleguen las causas relativas al grave riesgo del menor o a la firme oposición del menor al retorno. Y, por otro, se acota a los supuestos en los que los motivos para el no retorno se justifiquen solo en base a una de estas causas. Con ello, se depura y aclara el ámbito de aplicación del mecanismo de prevalencia, siguiendo las recomendaciones realizadas por la doctrina en esta línea¹⁹.

Adicionalmente, el art. 29 del Reglamento Bruselas II ter clarifica las dos situaciones que pueden suscitarse una vez se ha emitido la resolución de no retorno del menor a la que alude el apartado primero de dicho artículo. 1) En primer lugar, el art. 29.3 del texto reglamentario hace referencia a la previa existencia, en el Estado miembro de residencia habitual del menor inmediatamente anterior al traslado o retención ilícita, de un procedimiento “*para examinar el fondo del derecho de custodia*”. 2) Por su parte, art. 29.5 del Reglamento Bruselas II ter cubre el caso en que no exista un procedimiento pendiente sobre el fondo de los derechos de custodia del menor. En esta ocasión concurriría una segunda situación en la que se abre la posibilidad de que cualquiera de las partes inicie tal procedimiento sobre el fondo en el Estado miembro de residencia habitual del menor inmediatamente anterior al traslado o retención ilícita²⁰.

Aunque en términos generales el nuevo precepto –el mencionado art. 29 del Reglamento Bruselas II ter– mantiene las dos situaciones que podían darse con la regulación anterior, se realiza una importante labor clarificadora, siendo la lectura mucho más sencilla que la enrevesada redacción del previo art. 11 del Reglamento Bruselas II bis, en el que la comprensión de las situaciones era, ciertamente, compleja.

¹⁹ Vid. BEAUMONT, P., WALKER, L. y HOLLIDAY, J., “Conflicts of EU Courts on Child Abduction: The reality of Article 11(6)- (8) proceedings across the EU”, *University of Aberdeen, Working Paper 1*, 2016. Versión on line disponible en <https://www.abdn.ac.uk/law/documents/CPIL_Working_Paper_No_2016_1.pdf>, [último acceso el 10.12.2022], p. 50.

²⁰ En profundidad sobre estas situaciones *vid.* CALZADO LLAMAS, A., “El procedimiento siguiente a la denegación de la restitución”, en CAMPUZANO DÍAZ, B (Dir)., *Estudio del Reglamento ...*, *op. cit.*, pp. 203 y ss.

3.2. *La eficacia extraterritorial de la resolución derivada del mecanismo de prevalencia: especial referencia al tratamiento del cambio de circunstancias*

En cualquiera de las dos situaciones anteriormente descritas, en caso de que el procedimiento sobre el fondo de los derechos de custodia del menor ilícitamente trasladado o retenido implique la restitución del menor, será ejecutable en virtud del Reglamento, y ello sin perjuicio de la previa resolución de no retorno dictada por el órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que se encuentra ilícitamente el menor²¹. En concreto, el artículo 29.6 del Reglamento Bruselas II ter remite a la globalidad del Capítulo IV del mismo instrumento, dedicado al reconocimiento y ejecución. Por tanto, las resoluciones derivadas del mecanismo de prevalencia son susceptibles de ser ejecutadas tanto por el régimen privilegiado de reconocimiento y ejecución – Sección segunda²² como por el régimen general de reconocimiento y ejecución²³.

²¹ Así lo dispone expresamente el apartado 6 del art. 29 del Reglamento Bruselas II ter: “[n]o obstante una resolución sobre la no restitución a que se refiere el apartado 1, cualquier resolución sobre el fondo del derecho de custodia resultante del procedimiento a que se refieren los apartados 3 y 5 que suponga la restitución del menor será ejecutable en otro Estado miembro de conformidad con el capítulo IV. Sobre este precepto *vid.* comentario GONZÁLEZ MARIMÓN, M. “Artículo 29. Procedimiento siguiente a la denegación de restitución del menor con arreglo al artículo 13, párrafo primero, letra b), y el artículo 13, párrafo segundo, del Convenio de La Haya de 1980”, PALAO MORENO, G.: *El nuevo marco europeo en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción de menores Comentarios al Reglamento (UE) n° 2019/1111*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 328-342.

²² Vid. Sección 2 del Capítulo IV del Reglamento Bruselas II ter, relativa al “reconocimiento y ejecución de determinadas resoluciones privilegiadas”. Precisamente el régimen privilegiado de reconocimiento y ejecución está previsto para el mecanismo de prevalencia, esto es, las resoluciones de retorno emitidas de conformidad con el artículo 29.6 del Reglamento Bruselas II ter, junto con las resoluciones en materia de derechos de visita. Sobre el mismo *vid.* RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M^a.A.: “El régimen de las resoluciones privilegiadas”, en CAMPUZANO DÍAZ, B (Dir), *Estudio del Reglamento ...*, *op. cit.*, pp. 237-250.

²³ Así lo prevé, además, el art. 42.2 del Reglamento Bruselas II ter: “La presente sección no impedirá que una parte demande el reconocimiento y la ejecución de una resolución contemplada en el apartado 1 de conformidad con las disposiciones sobre reconocimiento y ejecución previstas en la sección 1 del presente capítulo”. *Vid.* comentario GONZÁLEZ MARIMÓN, M.: “Artículo 42. Ámbito de Aplicación”, en PALAO MORENO, G.: *El nuevo marco europeo ...*, *op. cit.*, pp. 413-422.

Sin ánimo de exhaustividad, cabe destacar una modificación cuya vocación clara es dotar de cierta flexibilidad al sistema: el tratamiento del cambio excepcional de circunstancias tras haber dictado una resolución, aplicable también a las resoluciones derivadas del art. 29.6 del Reglamento Bruselas II ter. Y que se ha articulado en la posibilidad de suspender, e incluso denegar, el procedimiento de ejecución cuando la misma “*exponga al menor aun riesgo grave de daño físico o psíquico debido a impedimentos temporales que hayan surgido después de que la resolución haya sido dictada, o en virtud de cualquier otro cambio significativo de circunstancias*”, tal y como prevé el art. 56.4 del nuevo Reglamento²⁴. Precisamente esta última es una de las cuestiones que parece haber generado mayores debates en el proceso de refundición del Reglamento Bruselas II bis –reflejando así la tormentosa práctica derivada de la aplicación del Reglamento–.

Se ha demostrado que un sistema de ejecución automática sin posibilidad alguna de oposición a la ejecución no garantiza suficientemente la protección de los derechos fundamentales del menor, y menos en un sin una mínima armonización sustantiva y procesal entre Estados miembros. Por ello, se ha introducido la posibilidad de suspender la ejecución como un segundo control del interés superior del menor, reconociendo la influencia del factor tiempo en la conformación de este interés. Gracias a esta nueva previsión se podrán evitar, previsiblemente, sentencias como las dictadas por el Tribunal de Luxemburgo en asuntos como *Ignia Rinau, Pouse* o *Aguirre Zárraga*²⁵. También se puede constatar que esta postura es más acorde con la interpretación más garantista del TEDH, y su exigencia de valorar el interés superior del menor en cada caso concreto.

Todo ello merece una reflexión final. Y es que la nueva regulación está añadiendo una “tercera etapa” en el ya de por sí complicado sistema del Reglamento Bruselas II bis para resolver un casos de sustracción internacional de menores en la UE: el Estado miembro en el que se encuentra ilícitamente el menor ordena o no el retorno del menor en aplicación del Convenio de La Haya de 1980; el Estado miembro competente sobre el fondo decide sobre el derecho de custodia del menor y ordena el retorno del menor en aplicación del mecanismo de prevalencia; y como tercera etapa, aún cabe la posibilidad de suspender – e incluso denegar– la ejecución en el Estado miembro requerido en base al art. 56.4 del Reglamento

²⁴ Art. 56.4 del Reglamento Bruselas II ter.

²⁵ En el mismo sentido *vid.* RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M^a.A., “El procedimiento de ejecución”, en CAMPUZANO DÍAZ, B (Dir)., *Estudio del Reglamento ...*, *op. cit.*, p. 262.

Bruselas II ter. A simple vista se intuye la complejidad y la incertidumbre que en la práctica tendrá este procedimiento. Y más si se tienen en cuenta los factores que ya estaban ocurriendo en la práctica, como la dilación de los procedimientos y la no ejecución efectiva de las resoluciones judiciales en la materia. El progenitor sustractor podrá alargar al máximo dichos procedimientos, el progenitor cuyos derechos se han vulnerado correrá alto riesgo de perder la relación con el menor, y, finalmente, ¿dónde quedará el interés superior del menor?

No hay duda de que este nuevo motivo de excepción planteará problemas de interpretación, y es que, en el fondo de todos los planteamientos se sitúa el principio del interés superior del menor, que, en última instancia, es susceptible de justificar tanto el retorno como el no retorno²⁶. Al ser un concepto jurídico indeterminado que debe concretarse atendiendo a las circunstancias del caso concreto.

Esta cuestión de gran sensibilidad desafía principios esenciales para la integración de la UE como el reconocimiento mutuo, basado en la confianza entre las administraciones de justicia de los Estados miembros.

4. ¿UNA OPORTUNIDAD PERDIDA?

Por todo ello, se concluye que, la solución idónea hubiera sido directamente la supresión total del mecanismo de prevalencia. O bien, quizás, aprovechando la supresión del *exequátur* para todas las resoluciones en materia de responsabilidad parental, una opción más acorde con los principios de la UE hubiera sido otorgar directamente la decisión sobre el retorno del menor al Tribunal del Estado miembro competente sobre el fondo en virtud del Reglamento y mantener el motivo de oposición a la ejecución en el Estado miembro requerido en base al interés superior del menor. Con ello, se hubiera evitado generar tres “etapas” innecesarias.

²⁶ Ahora bien, numerosos autores advierten del riesgo de abuso del margen de discrecionalidad otorgado al Estado miembro requerido, por ejemplo, empleando dicho precepto de forma excesiva para justificar el no retorno del menor. En este sentido, *vid.* LAZI, V. y PRETELLI, I., “Revised Recognition and Enforcement Procedures in Regulation Brussels II ter”, *Yearbook of Private International Law*, vol. XXII, 2020-2021, 2021, p. 180; NÍ SHÚILLEABHÁIN, M., “An Overview of the Principal Reforms in Regulation (EU) 2019/1111”, *Yearbook of Private International Law*, vol. XXII, 2020-2021, 2021, p. 134; GONZÁLEZ BEILFUSS, C., “What’s New ...”, *op. cit.*, p. 113.

No obstante, lo cierto es que las reformas introducidas en el Reglamento Bruselas II ter mejoran los principales escollos detectados en la práctica de su antecesor²⁷. De hecho, esta opción parece alcanzar un equilibrio adecuado entre la libre circulación de resoluciones judiciales, salvaguardando, a su vez, los derechos fundamentales del menor y su interés superior. Y ello se ha conseguido fundamentalmente clarificando dos extremos: por un lado, el papel tanto del Estado miembro de origen – que emite la resolución del mecanismo de prevalencia- como del Estado miembro requerido – que debe ejecutarla-. Por otro, la interpretación del interés superior del menor. Distinguiendo dos extremos: i) la valoración global de este principio en los procedimientos sobre el fondo de la responsabilidad parental vs. la valoración exclusiva sobre el retorno del menor; ii) la importancia de que los instrumentos legales dejen un margen de actuación para la valoración del interés superior del menor en el caso concreto.

Estas modificaciones vienen a justificar, en mayor medida que el modelo anterior, la prevalencia de la competencia del Estado miembro de origen. Falta por comprobar si serán suficientes para fomentar la confianza judicial entre las administraciones de justicia implicadas en la resolución de este tipo de casos²⁸.

²⁷ GONZÁLEZ MARIMÓN, M., “La regulación de la sustracción internacional de menores en el Reglamento Bruselas II ter y sus principales novedades: hacia una mejor protección del interés superior del menor”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, núm. 1, 2022, pp. 304 y ss.

²⁸ Recalcan la importancia de reforzar la cooperación entre autoridades para la confianza mutua, ARENAS GARCÍA, R., “Construyendo la confianza mutua”, en AA.VV., *El Derecho Internacional privado entre la tradición y la innovación. Libro homenaje al Profesor Doctor Jose María Espinar Vicente*, Iprolex, Madrid, 2020, p. 155; MARTINY, D., “New efforts in judicial cooperation in European child abduction cases”, *Polski Proces Cywilny (Polish Civil Procedure)*, núm. 4, 2021, p. 520.