

ESTUDIOS

DERECHO DE FAMILIA INTERNACIONAL EN UN CONTEXTO DE CRECIENTE MIGRACIÓN: CUESTIONES VINCULADAS CON EL REGLAMENTO 2019/1111

BEATRIZ CAMPUZANO DÍAZ
DIRECTORA

M.^a DOLORES ADAM MUÑOZ
ALINE BELTRAME DE MOURA
ANTONIO J. CALZADO LLAMAS
BEATRIZ CAMPUZANO DÍAZ
ELENA CANO BAZAGA
MIGUEL CHECA MARTÍNEZ
ANTONIA DURÁN AYAGO
SALMA EL OUAZZANI CHAHDI
FELLIPE LEAL

ELENA LÓPEZ BARBA
PILAR MARTÍN RÍOS
LUCÍA IONE PADILLA ESPINOSA
M.^a ÁNGELES RODRÍGUEZ VÁZQUEZ
CASILDA RUEDA FERNÁNDEZ
M. ÁNGELES SÁNCHEZ JIMÉNEZ
JUANA DE LOS ÁNGELES TOLEDO LARREA
MONIKA WAŁACHOWSKA
CRISTINA M. ZAMORA GÓMEZ

DERECHO DE FAMILIA INTERNACIONAL EN UN
CONTEXTO DE CRECIENTE MIGRACIÓN:
CUESTIONES VINCULADAS CON EL REGLAMENTO
2019/1111

BEATRIZ CAMPUZANO DÍAZ
Directora

DERECHO DE FAMILIA INTERNACIONAL EN UN CONTEXTO DE CRECIENTE MIGRACIÓN: CUESTIONES VINCULADAS CON EL REGLAMENTO 2019/1111

Autores

M. ^a Dolores Adam Muñoz	Elena López Barba
Aline Beltrame de Moura	Pilar Martín Ríos
Antonio J. Calzado Llamas	Lucía Ione Padilla Espinosa
Beatriz Campuzano Díaz	M. ^a Ángeles Rodríguez Vázquez
Elena Cano Bazaga	Casilda Rueda Fernández
Miguel Checa Martínez	M. Ángeles Sánchez Jiménez
Antonia Durán Ayago	Juana de los Ángeles Toledo Larrea
Salma El Ouazzani Chahdi	Monika Wałachowska
Fellipe Leal	Cristina M. Zamora Gómez

III ARANZADI

© Campuzano Díaz, Beatriz (Dir.) y otros, 2024
© Editorial Aranzadi, S.A.U.

Editorial Aranzadi, S.A.U.
C/ Collado Mediano, 9
28231 Las Rozas (Madrid)
Tel: 91 602 01 82
e-mail: clienteslaley@aranzadilaley.es
https://www.aranzadilaley.es

Primera edición: 2024

Depósito Legal:M-14853-2024
ISBN versión impresa: 978-84-10295-44-5

Diseño, Preimpresión e Impresión: Editorial Aranzadi, S.A.U.
Printed in Spain

Esta publicación se enmarca en los trabajos del Proyecto I+D+i «Matrimonio y otros modelos familiares: crisis y protección de menores en un contexto de creciente migración», Ref. PID2020-113444RB-I00, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033.

© **Editorial Aranzadi, S.A.U.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Editorial Aranzadi, S.A.U., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no asumirán ningún tipo de responsabilidad que pueda derivarse frente a terceros como consecuencia de la utilización total o parcial de cualquier modo y en cualquier medio o formato de esta publicación (reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación pública, transformación, publicación, reutilización, etc.) que no haya sido expresa y previamente autorizada.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

EDITORIAL ARANZADI no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, u cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, EDITORIAL ARANZADI se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

EDITORIAL ARANZADI queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

EDITORIAL ARANZADI se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Editorial Aranzadi, S.A.U.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

Índice General

	<i>Página</i>
PRESENTACIÓN.....	19
ABREVIATURAS.....	23

I PARTE CUESTIONES VINCULADAS CON EL ÁMBITO DE APLICACIÓN

CAPÍTULO 1

TRATAMIENTO DE LA DIVERSIDAD DE ESTRUCTURAS FAMILIARES EN LOS REGLAMENTOS EUROPEOS Y CONTINUIDAD DEL ESTATUTO PERSONAL

M. ÁNGELES SÁNCHEZ JIMÉNEZ.....	29
I. Introducción	29
II. Reglamentos europeos. Resultados de la protección de las legislaciones estatales	34
III. La propuesta de reglamento sobre filiación: ¿Cauce para la evolución?	39
IV. Conclusiones	45

CAPÍTULO 2

LA FILIACIÓN EN EL DIPR DE LA UE: ENTRE LA SITUACIÓN ACTUAL Y LAS PERSPECTIVAS DE CAMBIO

BEATRIZ CAMPUZANO DÍAZ.....	51
I. Introducción	51

	<i>Página</i>
II. El método de reconocimiento de situaciones jurídicas y su incidencia en la UE. La filiación	52
1. <i>Concepto y límites</i>	52
2. <i>Los fundamentos del método de reconocimiento de situaciones jurídicas</i>	54
3. <i>El método de reconocimiento de situaciones jurídicas en la jurisprudencia del TJUE</i>	55
4. <i>El reconocimiento de la filiación homoparental por el TJUE</i> ..	59
III. La propuesta de Reglamento sobre filiación.	62
IV. El estado actual de la filiación en la Unión Europea. Disparidad de soluciones en dos ámbitos de interés para el DIPr	66
1. <i>La filiación y la libertad de circulación y residencia</i>	66
2. <i>La filiación en los Reglamentos sobre cooperación judicial civil</i>	69
V. Conclusiones	75

II PARTE CUESTIONES VINCULADAS CON LAS NORMAS DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

CAPÍTULO 3

LOS MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE LA LITISPENDENCIA INTERNACIONAL EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PARENTAL Y LA COMPROBACIÓN DE LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL. PERSPECTIVA ESPAÑOLA

ELENA CANO BAZAGA	79
I. Consideraciones introductorias	79
II. El régimen institucional: el Reglamento 2019/1111	85
1. <i>Contexto normativo</i>	85
2. <i>La comprobación de la competencia</i>	86
3. <i>Los mecanismos de solución</i>	89

	<i>Página</i>
III. El Convenio de La Haya de 1996	93
IV. El Régimen Autónomo: la LCJIMC	98
1. <i>Contexto normativo</i>	98
2. <i>El mecanismo de solución: suspensión condicionada y archivo</i>	102

III PARTE
CUESTIONES VINCULADAS CON LA SUSTRACCIÓN
INTERNACIONAL DE MENORES

CAPÍTULO 4

EL DERECHO DEL MENOR A SER OÍDO Y SU
ARTICULACIÓN EN EL DERECHO PROCESAL ESPAÑOL.
ESPECIAL REFERENCIA AL PROCEDIMIENTO DE
RESTITUCIÓN O RETORNO

PILAR MARTÍN RÍOS	109
I. Consideraciones previas	109
II. La audiencia al menor que es objeto de sustracción inter- nacional	110
1. <i>La configuración del derecho del menor a ser oído en los ámbi-</i> <i>tos universal, europeo y español</i>	110
1.1. El derecho del menor a ser oído. Examen del mar- co jurídico internacional: ámbitos universal y eu- ropeo	110
1.2. El derecho del menor a ser oído en la justicia es- pañola	113
2. <i>Examen de un caso concreto: la audiencia al menor que es ob-</i> <i>jecto de sustracción internacional</i>	118
2.1. Evolución de la audiencia al menor que es objeto de sustracción internacional: perspectiva univer- sal y europea	118
2.2. La audiencia del menor en el procedimiento de restitución o retorno de la LEC	120
A) Marco normativo español	120

	<i>Página</i>
B) Obligatoriedad y consecuencias de la audiencia	121
C) Momento y modo de su práctica	124
D) Documentación del acto	128
E) Un caso específico: la audiencia al menor cuando se recurre a la mediación.....	130
CAPÍTULO 5	
ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE EL PROCEDIMIENTO DE RESTITUCIÓN DE MENORES Y SU REGULACIÓN EN LA LEC	
ANTONIO JESÚS CALZADO LLAMAS	137
I. Introducción	137
II. Ámbito de aplicación	142
III. Competencia judicial interna para conocer del proceso de restitución	146
1. <i>Concentración territorial</i>	146
2. <i>Concentración objetiva</i>	148
IV. Legitimación y postulación	149
1. <i>La legitimación activa y postulación del particular</i>	149
2. <i>La legitimación y postulación institucional</i>	152
V. El procedimiento urgente y preferente de restitución	153
1. <i>El plazo de seis semanas regulado en la LEC y el tratamiento jurisprudencial de su incumplimiento</i>	153
2. <i>Especialidades del juicio verbal de restitución en primera instancia</i>	154
3. <i>Especialidades en el recurso de apelación contra las órdenes sobre la restitución del menor</i>	157
4. <i>Especialidades en materia de ejecución</i>	160
5. <i>Excepción a la prejudicialidad penal</i>	163
6. <i>Mediación</i>	164
VI. Audiencia al menor	165

	<i>Página</i>
VII. Medidas cautelares	168
VIII. Epílogo: comparación entre la LEC y el R. 2019/1111. Propuestas de lege ferenda	171
1. <i>Anticipación de la LEC al R. 2019/1111</i>	171
2. <i>Coordinación entre la LEC y el R. 2019/1111</i>	173
3. <i>Necesidades de mejora de la LEC con motivo del R. 2019/1111</i>	175

CAPÍTULO 6

PROBLEMS RELATED TO THE PROCEDURE OF MINORS' RETURNING DECISIONS, WITH REFERENCE TO POLISH LAW

MONIKA WAŁACHOWSKA.....	177
I. Introduction	177
II. Polish regulation and case law	183
III. Conclusions	194

IV PARTE

CUESTIONES VINCULADAS CON LA EFICACIA EXTRATERRITORIAL DE RESOLUCIONES, DOCUMENTOS PÚBLICOS Y ACUERDOS

CAPÍTULO 7

MEDIDAS PARA FACILITAR LA APLICACIÓN EN ESPAÑA DE LAS NORMAS SOBRE RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DEL REGLAMENTO 2019/1111: PROPUESTAS DE LEGE FERENDA

M. ^a ÁNGELES RODRÍGUEZ VÁZQUEZ.....	197
I. Introducción	197
II. Reglas sobre el reconocimiento	198
1. <i>Reglas sobre el reconocimiento de las resoluciones dictadas en materia matrimonial y de responsabilidad parental</i>	198

	<i>Página</i>
2. <i>Reglas sobre el reconocimiento de las resoluciones privilegiadas</i>	205
III. Reglas sobre la ejecución de las resoluciones en materia de responsabilidad parental	207
1. <i>Reglas sobre la ejecución</i>	208
2. <i>Reglas sobre la denegación de la ejecución</i>	211
IV. Reglas sobre la eficacia de los documentos públicos y acuerdos	214

CAPÍTULO 8

MEDIACIÓN EN PROCESOS DE RESPONSABILIDAD PARENTAL

ANTONIA DURÁN AYAGO	219
I. Contexto: la relevancia de la mediación en conflictos sobre responsabilidad parental	219
II. La presencia de la mediación familiar en instrumentos internacionales	222
1. <i>Naciones Unidas</i>	222
2. <i>Consejo de Europa</i>	223
3. <i>Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado</i> ..	224
4. <i>Unión Europea</i>	226
III. Novedades introducidas en el Reglamento 2019/1111	228
1. <i>Invitación a las partes a recurrir a la mediación o a otra vía alternativa de resolución de conflictos</i>	228
2. <i>Reconocimiento y ejecución de los acuerdos alcanzados en materia de responsabilidad parental y sustracción internacional de menores</i>	233

V PARTE
LAS RELACIONES CON TERCEROS PAÍSES

CAPÍTULO 9

COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL EN MATERIA MATRIMONIAL Y DE RESPONSABILIDAD PARENTAL CON EL REINO UNIDO Y GIBRALTAR DESPUÉS DEL *BREXIT*

MIGUEL CHECA MARTÍNEZ	243
I. El acuerdo de retirada del Reino Unido de la UE: disposiciones transitorias en materia de cooperación judicial civil	244
II. Inexistencia de un nuevo modelo bilateral de cooperación judicial civil internacional entre la UE y el Reino Unido. . .	245
III. Las soluciones unilaterales del Reino Unido: la derogación de los Reglamentos de DIPr de la UE y la aprobación de nueva legislación derivada de la European Union (<i>WITHDRAWAL ACT</i>) 2018	248
1. <i>Las derogaciones de instrumentos de la UE en el ámbito de familia.</i>	248
2. <i>Las nuevas reglas sobre competencia judicial internacional en materia de divorcio</i>	249
IV. Las soluciones multilaterales en el ámbito del Derecho de familia: los instrumentos de cooperación a través de la Conferencia de La Haya de DIPr.	253
1. <i>Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de menores y Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores</i>	253
2. <i>Convenio de La Haya de 2007 sobre cobro de alimentos</i>	254
V. La situación de Gibraltar.	255
1. <i>El protocolo sobre Gibraltar</i>	255
2. <i>Hacia un nuevo modelo de relación de la UE con Gibraltar . .</i>	256
3. <i>Los Convenios de la Conferencia de la Haya de DIPr en materia de familia aplicables en Gibraltar</i>	257
4. <i>La pervivencia provisional de los instrumentos europeos de DIPr como Retained Legislation.</i>	259

	<i>Página</i>
5. <i>Las reformas del sistema de cooperación judicial internacional de Gibraltar en materia civil</i>	261
VI. Conclusiones	263

CAPÍTULO 10

EL RECONOCIMIENTO DEL DIVORCIO MARROQUÍ EN ESPAÑA. EL MÉTODO COMPARADO COMO ALTERNATIVA

SALMA EL OUAZZANI CHAHDI.	267
I. Consideraciones introductorias	267
II. El método funcional y la equivalencia funcional para reconocer la decisión marroquí de disolución del matrimonio en España	270
III. Aproximación comparada a las formas de disolución del matrimonio en España y Marruecos	276
1. <i>Disolución unilateral abierta a ambos cónyuges en iguales condiciones</i>	276
2. <i>Disolución de mutuo acuerdo</i>	279
3. <i>Otras formas de disolución del matrimonio propias de la regulación marroquí</i>	281
3.1. <i>Disolución unilateral abierta al marido</i>	281
3.2. <i>Disolución unilateral abierta a la mujer</i>	282
4. <i>Síntesis valorativa</i>	283

CAPÍTULO 11

LAS RESOLUCIONES SOBRE FILIACIÓN Y LAS RELACIONES PATERNOFILIALES DICTADAS POR LAS AUTORIDADES ESPAÑOLAS Y SU INCIDENCIA EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICO ESPAÑOL Y MARROQUÍ: UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO

M. ^a DOLORES ADAM MUÑOZ.	285
I. Planteamiento de la cuestión	286
II. Relaciones entre los progenitores, españoles o marroquíes a efectos de la atribución de la filiación.	288
1. <i>El matrimonio</i>	288

	<i>Página</i>
1.1. Matrimonio entre un español y una marroquí celebrado en España.	289
1.2. Matrimonio entre un hombre marroquí y una mujer española celebrado en España.	292
1.3. Matrimonio en España cuando los dos contrayentes son marroquíes.	292
2. <i>Uniones de hecho registradas o sin registro</i>	298
2.1. Unión de hecho entre un español y una marroquí	299
2.2. Unión de hecho entre un marroquí y una española o entre dos marroquíes	299
III. Fluctuaciones a las que la filiación puede quedar sometida como consecuencia de la regulación en los ordenamientos español y marroquí	300
IV. Aspectos de las relaciones paternofiliales como consecuencia del divorcio de una pareja formada por dos marroquíes o por un marroquí y una española no musulmana	308
V. Reflexiones finales	314

CAPÍTULO 12

EL PAPEL DE LAS AUTORIDADES BRASILEÑAS EN LA LUCHA CONTRA LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS

ALINE BELTRAME DE MOURA, FELLIPE LEAL	317
I. Introducción	317
II. La aplicación de la Convención sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores en Brasil sometida a un control de constitucionalidad	319
III. Autoridades brasileñas involucradas en los procedimientos de restitución del Convenio de La Haya de 1980	324
IV. La aplicación de las normas convencionales por los tribunales brasileños.	328
V. Consideraciones finales	333

VI PARTE
MENORES, FAMILIA, DERECHO DE EXTRANJERÍA Y
PROTECCIÓN INTERNACIONAL

CAPÍTULO 13

**¿NOVEDADES EN EL DERECHO DE FAMILIA DE LOS
EXTRANJEROS EN ESPAÑA? UN NUEVO DERECHO «DE
FAMILIAS» TAMBIÉN PARA LOS EXTRANJEROS EN
ESPAÑA**

ELENA LÓPEZ BARBA	337
I. Introducción	337
II. Principales novedades acontecidas en la materia	339
1. <i>Los cambios más recientes en la LOEx y en su Reglamento de desarrollo</i>	<i>340</i>
2. <i>Cambios en los regímenes particulares</i>	<i>341</i>
III. Especial mención a los cambios producidos por la Ley 8/2021. Una reflexión sobre las personas con discapacidad extranjeras y su reagrupación familiar	351
IV. Especial mención, también, a los cambios acontecidos en orden a la regulación del derecho de familia	359

CAPÍTULO 14

**MENORES REFUGIADOS, UNA APROXIMACIÓN A LAS
MEDIDAS DE PROTECCIÓN: DEL REGLAMENTO DUBLÍN
AL REGLAMENTO BRUSELAS, PASANDO POR UCRANIA**

CASILDA RUEDA FERNÁNDEZ.	361
I. Introducción	361
II. Menores refugiados en la Unión Europea...puede ser peor. Necesitan medidas de protección	362
1. <i>Menores refugiados, sistema europeo común de asilo: Reglamento Dublín III</i>	<i>366</i>

	<i>Página</i>
2. <i>Menores refugiados y desplazados internacionalmente: R. 2019/1111</i>	370
III. Menores ucranianos recibidos en territorio de la Unión Europea: Directiva de protección temporal...no sólo	373
1. <i>Protegidos temporalmente: las mismas medidas de protección</i>	373
2. <i>Más cuestiones por decidir</i>	378
IV. Reflexión final	379

CAPÍTULO 15

EL DERECHO DE LA INFANCIA MIGRANTE NO ACOMPAÑADA A REUNIRSE CON SUS FAMILIARES EN SITUACIONES TRANSFRONTERIZAS LUCÍA PADILLA ESPINOSA.....	381
I. Introducción	381
II. Derechos de los y las menores a no ser separados de sus progenitores	383
III. El Derecho a vivir en familia de la infancia migrante no acompañada	387
1. <i>El retorno al país de origen</i>	389
2. <i>La reagrupación familiar</i>	395
IV. Consideraciones finales	399

CAPÍTULO 16

PROTECCIÓN DE MENORES VÍCTIMAS DE MATRIMONIOS FORZADOS EN EL DERECHO MIGRATORIO DE LA UNIÓN EUROPEA. ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO DE REAGRUPACIÓN FAMILIAR CRISTINA MARÍA ZAMORA-GÓMEZ.....	401
I. Introducción	401
II. Los matrimonios forzados infantiles: una cuestión de Derechos Humanos	402

	<i>Página</i>
III. Niñas refugiadas víctimas de matrimonio forzado bajo el Derecho de Unión Europea. Caso de estudio C-230/21	408
1. <i>El modelo de la niña individual: cómo llenar de contenido el interés superior de las niñas víctimas de matrimonio forzado.</i>	411
2. <i>Matrimonio forzado: forma de persecución específica de género e infancia en la Directiva de Reconocimiento</i>	413
3. <i>La reagrupación familiar de las refugiadas no acompañadas víctimas de matrimonio forzado: Directiva 2003/86 sobre reagrupación familiar y Reglamento Dublín III.</i>	416
IV. Idea final	419

CAPÍTULO 17

EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y SU INCIDENCIA EN LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LAS MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO. ESPECIAL REFERENCIA AL REGLAMENTO 2019/1111

JUANA DE LOS ÁNGELES TOLEDO LARREA	421
I. Introducción	421
II. La violencia de género, perspectivas de regulación en la UE	426
III. Mujer extranjera, víctima de violencia de género en España. Reconocimiento de su condición de víctima	431
IV. Regulación de sus relaciones familiares en relación con el R. 2019/1111	433
V. Conclusiones	436

Presentación

La presente obra ha sido realizada por el equipo de investigación y el equipo de trabajo del Proyecto I+D+i «*Matrimonio y otros modelos familiares: crisis y protección de menores de menores en un contexto de creciente migración*», que está financiado por la Agencia Estatal de Investigación del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades. Se trata de un equipo internacional, pues, aunque cuenta con una representación mayoritaria de investigadores españoles, también han estado vinculados a los trabajos de este Proyecto investigadores de Polonia, Brasil, Marruecos, Italia y Suiza. Y es, por otra parte, un equipo multidisciplinar, en el que predominan los especialistas en Derecho Internacional Privado, junto a especialistas de Derecho Civil, Derecho Procesal y Derecho Internacional Público.

Este grupo tan variado, en cuanto a origen y ámbito de especialización, asumió el reto de realizar una obra colectiva que tuviera como eje el derecho de familia internacional en un contexto de creciente migración, con el análisis de cuestiones vinculadas 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*. Se trataba de un reto importante, pues no se pretendía aglutinar un conjunto de trabajos diversos, sino de lograr un libro con coherencia de contenidos, que contribuyera a un mejor conocimiento del R. 2019/1111. Tenía que ser, por otra parte, una obra que fuera más allá del análisis del contenido de esta norma, que este grupo de investigación ya ha realizado, con un trabajo publicado en esta misma editorial (*Estudio del Reglamento 2019/1111 sobre crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*, Aranzadi, 2022). Como se ha dicho, el objetivo era contribuir a un mejor conocimiento del R. 2019/1111, con el análisis de cuestiones vinculadas a su aplicación, pero que fueran más allá de su contenido.

El resultado final, que consideramos satisfactorio, pero que al lector corresponderá valorar, es un libro estructurado en seis partes, que pasamos a presentar. La I Parte «*Cuestiones vinculadas con el ámbito de aplicación*», se compone de dos trabajos, realizados por M. Ángeles Sánchez Jiménez y por

quien suscribe estas líneas, en los que se reflexiona sobre el concepto de familia, matrimonio y filiación, que son presupuestos para la aplicación de diversos Reglamentos UE, entre los que se encuentra el R. 2019/1111. En la II Parte «*Cuestiones vinculadas con las normas de competencia judicial internacional*», Elena Cano Bazaga se centra en el problema de la litispendencia, pero yendo más allá de la norma europea, para ofrecer un análisis comparado con la solución que se ofrece en el CH 96 y en la LCJIMC. La III Parte «*Cuestiones vinculadas con la sustracción internacional de menores*» contiene tres aportaciones, en las que, por una parte, Pilar Martín Ríos y Antonio J. Calzado Llamas reflexionan sobre la articulación del procedimiento de restitución con la LEC, analizando lo que ha sido la práctica jurisprudencial española hasta el momento, con especial atención al derecho del menor a ser oído; y por otra, Monika Wałachowska ofrece una visión de derecho comparado, con un estudio de los problemas que se plantean en torno a esta cuestión en Polonia. En la IV Parte «*Cuestiones vinculadas con la eficacia extraterritorial de resoluciones, documentos públicos y acuerdos*» se recogen dos estudios: el primero, de M.^a Ángeles Rodríguez Vázquez, sigue la tónica de la sección anterior, analizando la articulación de las normas del R. 2019/1111 con la LEC en esta materia, haciendo propuestas *de lege ferenda*; y en el segundo, de Antonia Durán Ayago, se pone de manifiesto la importancia de la mediación y el impulso que puede dar a este sistema de resolución de conflictos el nuevo Reglamento. La V Parte, dedicada a la «*Relaciones con terceros países*», recoge cuatro trabajos, dedicados, por una parte, a las relaciones con los países vecinos —Reino Unido y Marruecos—, con aportaciones de Miguel Checa Martínez sobre las relaciones con el Reino Unido y Gibraltar tras el Brexit, así como de Salma El Ouazzani Chahdi y M.^a Dolores Adam Muñoz sobre las diferencias de regulación en torno a la disolución del matrimonio y la filiación en Marruecos y los problemas que ello genera en las relaciones con España; también en esta V Parte se recoge un trabajo de Aline Beltrame de Moura y Felipe Leal sobre la aplicación que las autoridades brasileñas hacen del CH 80 en materia de sustracción internacional de menores. Por último, la VI Parte del libro se adentra en las cuestiones de «*Familia, menores, derecho de extranjería y protección internacional*», con reflexiones sobre las novedades en torno el derecho a la vida en familia de los extranjeros, que realiza Elena López Barba, junto a trabajos dedicados a los menores refugiados, no acompañados o que han protagonizado matrimonios forzados, de los que son autoras Casilda Rueda Fernández, Lucía Padilla Espinosa y Cristina María Zamora Gómez. Además, esta VI Parte también incluye un trabajo dedicado a las mujeres extranjeras víctimas de violencia de género, analizando la protección que se les ofrece en el ámbito de sus relaciones familiares, realizado por Juana de los Ángeles Toledo Larrea.

PRESENTACIÓN

En definitiva, como el lector podrá observar, estamos ante un libro rico en contenidos, que tiene al R. 2019/1111 como norma de referencia, bien para analizar cuestiones que van más allá de su ámbito de aplicación, que están relacionadas con su articulación con nuestro derecho interno, que se refieren a las cuestiones abordadas por este Reglamento pero en las relaciones con terceros Estados, o que se adentran en ámbito muy conectados del derecho de extranjería. Como Investigadora Principal que he sido de este Proyecto me gustaría concluir con unas palabras de agradecimiento al equipo de personas que ha realizado este libro, además de otras muchas publicaciones, por su elevado nivel de compromiso y por haber contribuido a que la gestión del Proyecto resultara fácil y a que todos los trabajos se desarrollaran en un ambiente de compañerismo y amistad.

Beatriz Campuzano Díaz

Abreviaturas

AEDIPr	Anuario Español de Derecho Internacional Privado
AAP	Auto de la Audiencia Provincial
AP	Audiencia Provincial
BOE	Boletín Oficial del Estado
BOJA	Boletín Oficial Junta de Andalucía
CC	Código Civil
CDFUE	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CDT	Cuadernos de Derecho Transnacional
CE	Constitución Española
CEDAW	Convenio sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer
CEDH	Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales
CFM	Código de familia marroquí
CH 80	Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980
CH 96	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
Circular FGE 6/2015	Circular de la Fiscalía General del Estado n.º. 6/2015, de 17 de noviembre, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores
CLUX 80	Convenio europeo relativo al reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980

CNUDN	Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989
DF/DDFF	Disposición final/Disposiciones finales
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
DGSJFP	Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública
DIPr	Derecho Internacional Privado
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos
EM/EEMM	Estado Miembro/Estados Miembros
IPRax	Praxis des internationales privat und Verfahrensrecht
JDI	Journal du droit international
JPI	Juzgado de Primera Instancia
JPIL	Journal of Private International Law
LCJIMC	Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LEC-1881	Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881
LJV	Ley de Jurisdicción Voluntaria
LOEx	Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOPJM	Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil
LRC	Ley del Registro Civil
PRF	Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, al derecho aplicable, al reconocimiento de las resoluciones y a la aceptación de los documentos públicos en materia de filiación y a la creación de un certificado de filiación europeo
R. 2201/2003	Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000

ABREVIATURAS

- R. 4/2009 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
- R. 1259/2010 Reglamento (UE) 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial
- R. 650/2012 Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo
- R. 1215/2012 Reglamento (UE) 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición)
- R. 2016/1103 Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales
- R. 2016/1104 Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas
- R. 2019/1111 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 (versión refundida)
- RC Registro Civil
- RCADI Recueil des Cours de l'Académie de droit international
- RCDIP Revue critique de droit international privé
- RDCE Revista de Derecho Comunitario Europeo
- RDIPP Rivista di diritto internazionale privato e processuale

REDI	Revista Española de Derecho Internacional
REEI	Revista Electrónica de Estudios Internacionales
REDUR	Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja
RGDE	Revista General de Derecho Europeo
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RLOEx	Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por la Ley Orgánica 2/2009
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SECA	Sistema Europeo Común de Asilo
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
SYIL	Spanish Yearbook of International Law
TC	Tribunal Constitucional
TCFDIP	Travaux du Comité Français de Droit International Privé
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TUE	Tratado de la Unión Europea
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea
YPIL	Yearbook of Private International Law

I Parte
Cuestiones vinculadas con el ámbito de
aplicación

Tratamiento de la diversidad de estructuras familiares en los reglamentos europeos y continuidad del estatuto personal

M. ÁNGELES SÁNCHEZ JIMÉNEZ
Prof.^a. Titular de Derecho Internacional Privado. Universidad de Murcia

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. REGLAMENTOS EUROPEOS. RESULTADOS DE LA PROTECCIÓN DE LAS LEGISLACIONES ESTATALES. III. LA PROPUESTA DE REGLAMENTO SOBRE FILIACIÓN: ¿CAUCE PARA LA EVOLUCIÓN?. IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La configuración del matrimonio y la filiación, núcleo del Derecho de familia, responde en la actualidad a una diversidad de estructuras que sin embargo no tiene cobertura legal en todos los Estados miembros. La puerta de entrada para los desajustes entre los sistemas familiares se encuentra en la competencia estatal sobre el Derecho civil y la paralela ausencia de competencia del legislador europeo para intervenir en el Derecho de familia material de los Estados miembros¹. La causa de esta disparidad normativa obedece a las concepciones y valores que sustentan las respuestas de las legislaciones estatales de las que resultan los diversos modelos sobre los

1. En materia de Derecho de familia no existe base competencial que atribuya competencia a las instituciones de la Unión Europea, no pudiendo intervenir en el Derecho de familia material de los Estados miembros. Se trata de un Derecho de competencia estatal como deriva de lo previsto en el art. 4.2 del TUE donde recoge el respeto a la identidad nacional de los Estados miembros inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales.

que se articulan. El impacto de esta diversidad se constata especialmente en la admisión de los matrimonios entre personas del mismo sexo y la determinación del vínculo de filiación respecto a sus descendientes. Su repercusión presenta singular relevancia cuando estos cónyuges pretendan trasladarse a un Estado miembro que no admita el matrimonio homosexual. Este panorama muestra la tensión entre la heterogeneidad normativa y la continuidad de los vínculos familiares en el ámbito europeo.

Las soluciones para resolver esta tensión han sido abordadas en los supuestos en los que el resultado obstaculiza el ejercicio efectivo del derecho de libre circulación y residencia que corresponde al ciudadano europeo². En este contexto adquiere singular relevancia la conciliación de este derecho con el del respecto a su vida privada y familiar³. Su resultado determina la protección de su derecho a trasladarse y residir en otro Estado miembro con los miembros de su familia a los que se refiere el art. 2.2 de la Directiva 2004/38/CE⁴. Si se atiende a las diversas concepciones de las legislaciones de los Estados miembros en materia de Derecho de familia y su directa incidencia en la dispar interpretación del alcance de los «miembros de la familia» delimitados en esta Directiva, se comprende la relevancia de la interpretación autónoma que realiza el TJUE en sus conocidas Sentencias

2. El art. 21.1 del TFUE reconoce el derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros que corresponde a «todo ciudadano de la Unión». En su apartado segundo faculta al Parlamento Europeo y al Consejo a adoptar disposiciones destinadas a facilitar el ejercicio de los derechos libre circulación y residencia «cuando una acción de la Unión resulte necesaria para alcanzar este objetivo».
3. Reconocido en el art. 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) de acuerdo con lo establecido en el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).
4. Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, por la que se modifica el Reglamento (CEE) 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE (DOUE núm. L 158, de 30 de abril de 2004). Esta Directiva reconoce la libre circulación y residencia de los miembros de la familia del ciudadano de la Unión. Derechos que pueden ejercer cuando acompañen a este último en su traslado a otro Estado miembro o cuando regrese al propio (STJUE de 12 de julio de 2005, *Schempp*, As. C-403/03). Como señala P. JIMÉNEZ BLANCO, el régimen de la ciudadanía de la UE no se extiende a los miembros de la familia sobre la base del derecho a la vida familiar, sino que se fundamenta en la accesoriidad respecto al ejercicio de la libertad de circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión. Se refiere en este sentido al «derecho derivado de los familiares de europeos» que se justifica si su permanencia en el Estado de acogida es necesaria para garantizar el propio derecho de residencia del ciudadano europeo en el territorio de la UE, esto es, «para garantizar el efecto útil del estatuto de la ciudadanía UE», «Movilidad transfronteriza de personas, vida familiar y Derecho internacional privado», *REEL*, n.º. 35, 2018, pp. 3-4.

de 5 de junio de 2018, *Coman* y otros y de 14 de diciembre de 2021 *Pancharevo*, y en el Auto de 24 de junio de 2022 *Rzecznik Praw Obywatelskich*⁵.

Esta jurisprudencia representa la apertura de la Unión Europea a la diversidad de estructuras familiares al interpretar que el concepto de cónyuge del art. 2.2.a) de la Directiva 2004/38, también comprende a las parejas del mismo sexo (Sentencia *Coman*), y al imponer, a los efectos de la interpretación del art. 2.2.c), el reconocimiento de una doble maternidad que consta en un certificado de nacimiento emitido en otro Estado miembro (Sentencia *Pancharevo* y posterior Auto *Rzecznik Praw Obywatelskich*). No cabe duda de la relevancia de esta jurisprudencia al eliminar el obstáculo que hubiera podido representar para el ejercicio de la libre circulación y residencia del ciudadano europeo el traslado con su cónyuge del mismo sexo y sus hijos a otro Estado miembro cuyo Derecho de familia, configurado de acuerdo con un modelo restrictivo, no reconozca validez a la situación jurídica (matrimonio y/o filiación).

Sobre la base de la primacía del Derecho de la Unión, del que deriva el respeto de los Estados miembros de las disposiciones del TFUE relativas a la libertad de circulación y residencia, estas Sentencias despejan cualquier obstáculo al ejercicio de estos derechos. La interpretación que introducen implica la exigencia a los Estados miembros de aceptar la situación válidamente constituida en otro Estado miembro. Esta «aceptación» de la situación se identifica con el reconocimiento mutuo desde la perspectiva de la integración, ajena al Derecho internacional privado, que prescinde del método conflictual⁶.

5. STJUE de 5 de junio de 2018, C-673/16, *Coman* y otros (ECLI:EU:C:2018:385); STJUE de 14 de diciembre de 2021, C-490/20, V.M.A. — *Pancharevo* (ECLI:EU:C:2021:1008) y Auto del TJUE de 24 de junio de 2022, C-2/21, *Rzecznik Praw Obywatelskich* (ECLI:EU:C:2022:502).
6. Sobre el análisis del método de reconocimiento que introducen estas Sentencias *vid.* los estudios (y doctrina citada) de M. GUZMÁN ZAPATER, «Matrimonio entre personas del mismo sexo y derecho a la libertad de circulación (sobre la STJ, gran sala, 5 de junio de 2018, en el As. c-673/16, *Coman*)», *REEL*, n.º. 36, 2018, pp. 12-14; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «¿Matrimonio entre personas del mismo sexo para toda la UE?: A propósito de las conclusiones del Abogado General en el Asunto *Coman*», *La Ley Unión Europea*, 2018, n.º. 56, pp. 1 y ss.; P. JIMÉNEZ BLANCO, «La movilidad transfronteriza de matrimonios entre personas del mismo sexo: la UE da un paso. Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de junio de 2018, asunto C-673/16: *Coman*», *La Ley Unión Europea*, n.º. 61, 2018, pp. 1 y ss.; R. ARENAS GARCÍA, «El reconocimiento de las situaciones familiares en la UE», en M. V. CUARTERO RUBIO y J. M. VELASCO RETAMOSA (dirs.), *La vida familiar internacional en una Europa compleja. Cuestiones abiertas y problemas de la práctica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 47 y ss.; C. GONZÁLEZ BEILFUSS «Libre circulación de personas y homoparentalidad: Comentario

La trascendencia de estas Sentencias deriva del alcance de la interpretación que introducen, pero también por lo que muestra la limitación de este alcance. El reconocimiento de la situación jurídica válidamente constituida conforme al Derecho de un Estado miembro tiene un carácter funcional, en cuanto se exige a los (solos) efectos del ejercicio de los derechos de circulación y residencia derivados de la ciudadanía de la Unión⁷. La consecuencia de esta limitación es que no ofrecen solución para la validez extraterritorial del matrimonio y parentalidad. Cuando se trata de la continuidad del estatuto personal en el espacio europeo este método del reconocimiento no puede sustituir al conflictual⁸. El resultado tiene un relevante alcance al afectar a las familias que no se ajustan al modelo tradicional y a cada uno de sus miembros, incluso aunque todos ellos sean ciudadanos europeos. El desincentivo a la movilidad que deriva de la ausencia de validez en el Estado miembro de acogida del matrimonio homosexual y/o del vínculo de parentalidad, presenta directa repercusión en el derecho de residencia que les corresponde. La ausencia de continuidad de estos vínculos jurídicos implica la paralela ausencia de la continuidad del estatuto personal de cada uno de los implicados en la situación jurídica (matrimonio o

a la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 14 de diciembre de 2021, asunto C-490/20 *Pancharevo*», *REEL*, n.º. 43, 2022, pp. 8 y ss. Desde la perspectiva más general del alcance del método de reconocimiento *vid.* P. LAGARDÉ (dir.), *La reconnaissance des situations en Droit international privé*, Ed. Pedone, París, 2013; M. LEHMANN, «El reconocimiento, ¿una alternativa al Derecho internacional privado?», *CDT*, vol. 8, n.º. 2, 2016, pp. 240 y ss.; M. GARDEÑES SANTIAGO, «El método del reconocimiento desde la perspectiva del Derecho internacional privado europeo y español», *AEDIPr*, t. XVII, 2017, pp. 379 y ss.

7. J. MEEUSEN, «Functional recognition of same-sex parenthood for the benefit of mobile Union citizens-Brief comments on the CJEU's *Pancharevo* judgment», en [www. https://gedip-egpil.eu/](https://gedip-egpil.eu/).
8. Si fuera así, señala C— GONZÁLEZ BEILFUSS, se estaría dando cabida a la autonomía de la voluntad de manera indirecta, *Party Autonomy in International Family Law*, *RCADI*, vol. 408, 2020, pp. 331-338. Este método funciona para el reconocimiento del estatuto a los fines de la libre circulación, pero no de sus efectos (S. PFEIFF, *La portabilité du statut personnel dans l'Espace européen*, Bruylant, Bruselas, 2017, p. 352). Solo permite el reconocimiento del estatuto personal de forma parcial (S. CORNELOUP, «Du couple à l'enfant, les libertés de circulation poursuivent leur chemin — CJUE, 14 déc. 2021, aff. C-490/20», *RCDIP*, núm. 3, 2022, (jurisprudence), pp. 568-569. P. JIMÉNEZ BLANCO («Movilidad transfronteriza de personas, vida familiar y Derecho internacional privado», *op. cit.*, pp. 33-41) se refiere a las «perspectivas administrativa y civil del estatuto personal» para abordar las diferencias del alcance del método de reconocimiento a efectos administrativos y a los efectos civiles (que conllevan un estatuto personal idéntico en todos los Estados miembros). R. ARENAS GARCÍA precisa que el reconocimiento de la institución matrimonial tiene en este caso efectos limitados a la «determinación de los beneficios derivados de la normativa europea sobre derecho de residencia», «Concepto y tratamiento del matrimonio en el Derecho internacional privado europeo», *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, n.º. 26, 2020, p. 20.

filiación) aunque sean ciudadanos europeos. El reconocimiento del derecho de circulación y residencia que individualmente les corresponde no impide los problemas que se pueden plantear como consecuencia de la situación claudicante que ahora se genera⁹.

La continuidad del estatuto personal en el ámbito europeo quedaría garantizada de poder impedir los desajustes entre los modelos familiares de los Estados miembros. Sin embargo, siendo el Derecho de familia de competencia estatal, el legislador europeo no puede intervenir proponiendo normas europeas materiales comunes. Cerrada la posibilidad de la unificación del Derecho de familia, la diversidad entre las legislaciones de los Estados miembros deviene elemento inevitable. Sobre esta base se articula el presente estudio con el objeto de abordar la respuesta que a los efectos de la continuidad del estatuto personal en el ámbito europeo se puede ofrecer desde la perspectiva del DIPr a través de los Reglamentos en materia de relaciones familiares internacionales.

Teniendo en cuenta las razones expuestas a las que obedece la ausencia de esta continuidad, la respuesta que ahora se busca ha de abordarse desde el análisis del tratamiento de la diversidad de las estructuras familiares de los Reglamentos europeos que, como se va a constatar, está en directa dependencia de la solución que introduzcan a la heterogeneidad de las legislaciones de los Estados miembros. Con esta finalidad se articula la sistemática mediante la que se analiza en primer lugar el tratamiento que de esta diversidad realizan los actuales Reglamentos relativos a las relaciones familiares internacionales (aptdo. II), para después abordar el derivado de la Propuesta de Reglamento en materia de filiación (aptdo. III). La absoluta disparidad del resultado de los primeros respecto al generado por la segunda aporta el marco sobre el que se articulan las conclusiones con las que finaliza el análisis (aptdo. IV).

9. Motivo de las importantes dificultades con las que puede enfrentarse el matrimonio homosexual que se traslada a un Estado miembro donde no se reconoce su validez. Dificultades que, siguiendo a P. JIMÉNEZ BLANCO, se constatan si en el futuro desearan poner fin a su matrimonio, si pretendieran modificar o liquidar en dicho Estado miembro su régimen económico matrimonial o reclamar alimentos si uno de ellos impugnara la validez del matrimonio, «La movilidad transfronteriza de matrimonios entre personas del mismo sexo: la UE da un paso. Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de junio de 2018, asunto C-673/16: Coman», *op. cit.*, pp. 1 y ss. C. GONZÁLEZ BEILFUSS pone de manifiesto la necesidad de buscar nuevos cauces para la continuidad en el espacio del estatuto personal y señala, en referencia a las perspectivas de futuro, que en este ámbito queda mucho por hacer y quien tiene que actuar es el legislador europeo, «Libre circulación de personas y homoparentalidad: Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 14 de diciembre de 2021, asunto C-490/20 *Pancharevo*», *op. cit.*, p. 13.

II. REGLAMENTOS EUROPEOS. RESULTADOS DE LA PROTECCIÓN DE LAS LEGISLACIONES ESTATALES

El tratamiento de la diversidad de estructuras familiares de los Reglamentos europeos se articula sobre la base de la protección de las legislaciones de los Estados miembros. Su resultado es determinante del modelo de familia que prevalece. Esta protección es el punto de confluencia en los textos relativos a la materia matrimonial (Reglamentos 2019/1111¹⁰ y 1259/2010¹¹) y los referidos a las cuestiones patrimoniales del matrimonio y uniones registradas (Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104¹²).

En materia matrimonial la disparidad de las legislaciones estatales incide especialmente en la admisión de los matrimonios entre personas del mismo sexo¹³. En un contexto en el que los Estados miembros divergen en los conceptos básicos del Derecho de familia, adquiere especial relevancia la definición de la «validez de matrimonio» como cuestión previa a los efectos de la aplicación de los textos europeos que tienen por objeto la reglamentación de la disolución o relajación del vínculo matrimonial. De forma paralela, es especialmente significativa su ausencia. El art. 2 del Reglamento 2019/1111 no lo recoge entre las definiciones que comprende y el art. 1 del Reglamento 1259/2010 excluye expresamente de su ámbito de aplicación «la existencia, validez o reconocimiento de un matrimonio». Esta ausencia lleva a un resultado paradójico en atención a su objeto, en cuanto implica que el órgano jurisdiccional ante el que se presenta el divorcio ha de pronunciarse en primer lugar sobre dicha validez, lo que deberá hacer a partir de las normas de su derecho de origen interno. Este resultado favorece a las legislaciones que optan por un modelo de familia más restrictivo en el que no tiene cobertura legal la diversidad de estructuras familiares. Que el motivo sea la cautela ante el rechazo que una solución diferente

10. Reglamento (UE) 2019/1111 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 (versión refundida), DOUE núm. L 178, de 2 de julio de 2019.

11. Reglamento 1259/2010, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, DOUE núm. L 343, de 29 de diciembre de 2010.

12. Reglamento (UE) 2016/1103, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales y Reglamento (UE) 2016/1104, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas (ambos en DOUE núm. L 183, de 8 de julio de 2016).

13. En España admitidos por la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio (BOE núm. 157, de 2 julio 2005).

hubiera generado en los Estados miembros cuyas legislaciones estatales optan por este modelo, no altera la consecuencia. Lo cierto es que esta cautela ha impedido un concepto en el que se diera entrada a la diversidad de estructuras familiares acogiendo a los matrimonios homosexuales. El resultado de esta cautela implica, en definitiva, la priorización la concepción más restrictiva.

En esta línea se enmarca la salvaguarda de la concepción del foro como objeto al que obedece el art. 13 del Reglamento 1259/2010¹⁴. La protección de las legislaciones estatales que ampara este precepto equivale realmente a la protección de las que optan por el modelo más restrictivo. Es cierto que la inexistencia de este precepto no alteraría el resultado al que lleva su aplicación, en cuanto que los tribunales del Estado miembro que no reconozca validez al matrimonio entre personas del mismo sexo podrían no conocer de una demanda relativa a su divorcio (dada la exclusión en el art. 1 del mismo texto de la cuestión sobre la validez del matrimonio). Sin embargo, no por ello carece de relevancia. Su existencia, por la protección que implica la salvaguarda que expresamente introduce, es incompatible con la posibilidad de articular un concepto sobre «validez del matrimonio». Este precepto supone el reconocimiento expreso de la ruptura en la aplicación del propio texto reglamentario por los Estados miembros participantes.

El panorama descrito muestra el posicionamiento del legislador europeo favorable a la perspectiva conservadora que ampara al modelo de familia tradicional. Las consecuencias de la protección de las legislaciones más restrictivas son especialmente graves si se atiende al problema que se puede generar en la posibilidad misma de acceso al divorcio cuando, en virtud del Reglamento 2019/1111, la competencia quede atribuida a los tribunales de alguno de los Estados miembros participantes que no reconozca la validez de los matrimonios entre personas del mismo sexo. Puesto que la definición del concepto de validez del matrimonio se deja en manos de las legislaciones estatales (art. 1) y, por si quedaba alguna duda, el art. 13 les indica que «no

14. Este precepto permite que no se dicte una sentencia de divorcio respecto de un matrimonio cuya validez no sea reconocida por el Estado miembro participante al que pertenecen los órganos jurisdiccionales competentes, en el sentido, como aclara el *Considerando 26* que lo interpreta, de que ese matrimonio no exista según la ley de dicho Estado. Al respecto, L. ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA aclara que la posibilidad de «no pronunciar una sentencia de divorcio» recogida en este precepto puede entenderse que acoge a los casos en que el órgano jurisdiccional del Estado miembro competente pueda, según lo que establezca su propio derecho procesal, entrar en el fondo y desestimar la demanda, como acordar su inadmisión, absteniéndose de conocer, «La cuestión previa de la «existencia de matrimonio» en el proceso de divorcio con elemento extranjero», *CDT*, vol. 5, n.º 2, 2013, p. 167.

quedan obligados a pronunciar una sentencia de divorcio», el resultado es la denegación de justicia y, con ella, la vulneración del derecho a la tutela judicial es el resultado¹⁵. La gravedad de esta consecuencia, que presenta directa incidencia en el ejercicio del derecho de libre circulación y residencia, se acrecienta en cuanto únicamente puede constatarse en el caso de matrimonio entre personas del mismo sexo, lo que presenta un evidente carácter discriminatorio¹⁶.

En lo que respecta a los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104 el resultado es similar. La inexistencia de un precepto como el art. 13 del Reglamento 1259/2010 no afecta al resultado del tratamiento de la diversidad de estructuras familiares. La heterogeneidad de las legislaciones de los Estados miembros también se aborda sobre la base de su protección, como se deriva implícitamente de la ausencia de un concepto común relativo a la «validez del matrimonio» en el primero de estos textos y a la «unión registrada» en el segundo, y explícitamente de los considerandos de ambos Reglamentos¹⁷. Este resultado conlleva el paralelismo de la causa generadora del problema de la denegación de justicia respecto de la que está en la base del divorcio entre cónyuges del mismo sexo. Ahora bien, un aspecto relevante

-
15. Problema ampliamente abordado con anterioridad por mi parte. M. A. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, «Divorcio entre cónyuges del mismo sexo como paradigma de la ineludible incorporación del *forum necessitatis* al Reglamento Bruselas II bis», *RDCE*, n.º. 63, 2019, pp. 407 y ss.
 16. Discriminación por motivos de orientación sexual que muestra su contrariedad con el respecto de los derechos fundamentales reconocidos en el Derecho europeo, plasmado en el art. 21.1 de la CDFUE. Siguiendo a M. GUZMÁN ZAPATER, cabe indicar que la singularidad de este art. 13 del Reglamento 1259/2010 se compadece mal con los objetivos típicos de un área de integración jurídica, aportando una solución inédita en correspondencia con la explosión de la diversidad de las estructuras familiares, «Divorcio, matrimonio y ciertas diferencias nacionales: a propósito de su tratamiento en el artículo 13 del Reglamento Roma III», en C. ESPLÚGUES MOTA y G. PALAO MORENO (eds.). *Nuevas Fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber Amicorum José Luis Iglesias Buhigues*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 528 y p. 533.
 17. La exclusión de estos conceptos se comprende en el respectivo art. 1.2 b) de estos Reglamentos, cuyos considerandos son especialmente clarificadores respecto a la protección de las legislaciones de los Estados miembros. En particular, el Reglamento 2016/1103, tras señalar en su *Considerando 17* que no introduce un concepto de «matrimonio» al entender que ha de ser definido por el derecho nacional de los Estados miembros, establece en el *Considerando 38* que «los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro podrán sostener, con arreglo a su Derecho internacional privado, que el matrimonio en cuestión no puede reconocerse a efectos de los procedimientos relativos al régimen económico matrimonial (...)». Por su parte el Reglamento 2016/1104, tras señalar que «ninguna de las disposiciones del presente Reglamento deberá obligar a los Estados miembros cuyo ordenamiento jurídico no contemple la institución

de estos textos es que aportan una solución para evitar los resultados negativos que aquella protección puede generar. La clave de esta respuesta se encuentra en la articulación de sus normas de competencia. En su respectivo art. 9, bajo la rúbrica de la «competencia alternativa», aborda el primer paso de la solución que finaliza con el *forum necessitatis* recogido en su respectivo art. 11. El primero de estos preceptos, ubicado inmediatamente después de los foros de competencia, se articula en torno a dos apartados de diferente alcance. El primero de ellos configura el eje sobre el que gravita cualquier solución que se pretenda al problema de la denegación de justicia derivado de las diferencias de las legislaciones de los Estados miembros. Con esta finalidad introduce la posibilidad de la inhibición del órgano jurisdiccional competente cuando el ordenamiento del Estado miembro al que pertenece no reconozca la validez del matrimonio a efectos del procedimiento sobre el régimen económico matrimonial (Reglamento 2016/1103), o la institución de la unión registrada (Reglamento 2016/1104). La posibilidad de inhibición es la clave sobre la que se puede articular una salida coherente, en cuanto despeja la vía de solución que finalmente articula al introducir la «competencia alternativa» de los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro que recoge el apartado segundo del mismo precepto de ambos Reglamentos¹⁸. A ella se añade la que le sigue después en el art. 11, mediante el *forum necessitatis*, con la que cierra el sistema¹⁹.

de la unión registrada a establecer dicha institución en su Derecho nacional» (*Considerando 17*), indica en el *Considerando 36* que «dado que la institución de la unión registrada no está prevista en todos los Estados miembros, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro cuyo Derecho no prevea la institución de la unión registrada se podrán ver, excepcionalmente, en la necesidad de declinar su competencia en virtud del presente Reglamento». A todo ello se añade el respectivo *Considerando 21* de ambos Reglamentos al establecer que «el presente Reglamento no debe aplicarse a otras cuestiones preliminares, tales como la existencia, validez o reconocimiento del matrimonio (o de la unión registrada), que están reguladas por los Derechos nacionales de los Estados miembros, incluidas sus normas de Derecho internacional privado». Especial interés reviste el análisis de R. ARENAS GARCÍA en cuanto advierte de la incompatibilidad de la renuncia a que el Derecho de la UE defina el concepto «matrimonio» con las exigencias derivadas de una interpretación autónoma de los conceptos que utilizan los instrumentos de Derecho europeo, que es la permite garantizar una interpretación uniforme de los mismos, con la repercusión que presenta en la validez extraterritorial de las decisiones, «Concepto y tratamiento del matrimonio en el Derecho internacional privado europeo», *op. cit.*, pp. 28-30.

18. Mediante la «competencia alternativa» se permite su atribución a los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro distinto, sobre la base de otro foro diferente, concretamente al que viene delimitado de acuerdo con el aptdo. segundo del art. 9 de cada uno de estos Reglamentos.
19. Un foro que igualmente está presente en el art. 7 del Reglamento 4/2009 de 18 de diciembre de 2008 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la

Esta vía de solución contrasta con el resultado generado por la aplicación de los Reglamentos 2019/1111 y 1259/2010 que únicamente recogen la consecuencia negativa de la protección de la diversidad de las legislaciones respecto a la «validez del matrimonio» («no quedan obligados a pronunciar una sentencia de divorcio»). Sin negar la relevancia a esta solución²⁰, lo cierto es que queda empañada si se atiende a la razón a la que obedece. No se pierda de vista que se trata de aportar la salida a un problema, el relativo a la denegación de justicia, que ha sido generado por estos textos al introducir la protección de las legislaciones de los Estados miembros. Esta solución no altera por ello la negativa valoración que merece el tratamiento de la diversidad de estructuras familiares de estos Reglamentos, al coincidir con el que se constata en los relativos a la materia matrimonial, con el resultado de la prevalencia del modelo de familia más restrictivo.

La relevancia de este resultado, por el problema que genera cuando se trata de la operatividad de estos Reglamentos en el caso del matrimonio homosexual, se constata también si se considera el impacto que presenta desde la perspectiva de la posible continuidad del estatuto personal. Aunque estos textos no tengan por objeto la reglamentación del traspaso de fronteras de las relaciones jurídicas válidas en un Estado miembro, la prevalencia del modelo de familia restrictivo, común a todos ellos, muestra una posición desfavorable a la continuidad del estatuto personal. La opción del legislador europeo por este modelo restrictivo, con independencia de los motivos que la sustenten, o quizá, precisamente, por esos mismos motivos,

ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos (DOUE núm. L 7, de 10 enero 2009). A efectos de la operatividad del *forum necessitatis* en los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104, es esencial la articulación previa de la posible inhibición ya que, de otro modo, no sería posible que se pudiera constatar uno de sus presupuestos sobre los que se basa (ausencia de órgano jurisdiccional de un Estado miembro que pueda asumir la competencia).

20. De hecho, esta transcendencia hubiera exigido, como tuve la ocasión de exponer (M. A. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, «Divorcio entre cónyuges del mismo sexo como paradigma de la ineludible incorporación del *forum necessitatis* al Reglamento Bruselas II bis», *op. cit.*, pp. 407 y ss.), su traslado a los Reglamentos en materia matrimonial. Teniendo en cuenta que aquella solución se aborda en las normas de competencia de los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104, se podía esperar que el mismo legislador europeo que la introduce, hubiera considerado la vía empleada en estos textos como modelo para la articulación de la solución en las normas de competencia del nuevo Reglamento 2019/1111. No encontraron respuesta estas expectativas generadas en el momento de la elaboración del nuevo texto, que mantiene las mismas normas de competencia de su antecesor. Es difícil entender que el mismo legislador europeo que introdujo la solución en aquellos Reglamentos, no considerase la necesidad de emplear la vía que en ellos aportaba, en el contexto del nuevo Reglamento 2019/1111 a pesar de la repercusión del problema que plantea para el ciudadano europeo, en este sentido cabe entender que el Reglamento 2019/1111 representa una oportunidad perdida.

constituye un potente cortocircuito para una reglamentación en la que pudiera abordarse el reconocimiento en los Estados miembros del matrimonio válidamente constituido en uno de ellos. Sobre esta base se puede apreciar la trascendencia que presenta el resultado del tratamiento de la diversidad de estructuras familiares de la Propuesta de Reglamento relativa a la filiación, objeto de la especial consideración que de inmediato se le dedica.

III. LA PROPUESTA DE REGLAMENTO SOBRE FILIACIÓN: ¿CAUCE PARA LA EVOLUCIÓN?

Se aborda ahora la relevancia que presenta en la evolución, entendida como recorrido hacia la continuidad del estatuto personal en el ámbito europeo, la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, al Derecho aplicable, al reconocimiento de las resoluciones y a la aceptación de los documentos públicos en materia de filiación y a la creación de un certificado de filiación europeo²¹ (a partir de ahora PRF). Este texto, a diferencia de los actuales Reglamentos, tiene por objeto la continuidad de los vínculos familiares, en este caso de filiación, entre los Estados miembros.

Con este objetivo, la intervención del legislador europeo en la PRF muestra la apertura de la Unión a la diversidad de estructuras familiares, lo que supone un giro radical respecto a la prevalencia de las legislaciones más restrictivas que se deriva de los actuales Reglamentos europeos. Este resultado exige plantear cuál la base sobre la que articula el tratamiento de esta diversidad la PRF. La respuesta tiene esencial relevancia a los efectos del objeto que ahora nos ocupa. Siendo la continuidad del estatuto personal en el espacio europeo el objeto que ha de marcar evolución, meta que consigue alcanzar la PRF en lo que respecta a los vínculos de filiación, la delimitación de la base que sustenta este resultado permite, en primer lugar, valorar su solidez técnica, de la que depende la viabilidad de la Propuesta y, por lo tanto, la relevancia que realmente presenta en el objetivo de la evolución. Además, de llegar a una respuesta afirmativa su delimitación permitiría, en segundo lugar, su consideración a los efectos de la evolución de los actuales Reglamentos. La misma PRF abre las expectativas para esta evolución por el paralelo desarrollo, tanto de las estrategias políticas relativas a la igualdad de las personas LGTBIQ respecto a las referidas a los derechos de los menores²², como de la interpretación de la jurisprudencia

21. Bruselas, 7 de diciembre de 2022, COM (2022) 695 final.

22. «Unión de la Igualdad: Estrategia para la Igualdad de las Personas LGTBIQ 2020-2025», adoptada por la Comisión el 12 de noviembre de 2020 [COM (2020) 698 final] y «Estrategia de la UE sobre los Derechos del Niño de 2021», como acción clave para apoyar la igualdad y los derechos de los menores [COM (2021) 142 final].

del TJUE derivada de los asuntos *Coman y Pancharevo* (al que se añade *Rzecznik Praw Obywatelskich*). La Sentencia *Coman* puede actuar como motor de impulso hacia la evolución, del mismo modo que la PRF sigue la estela de la Sentencia *Pancharevo*²³, ya que en ambos casos su impacto, aun siendo solo a los efectos del derecho de circulación, repercute en los Estados miembros que articulan un derecho de familia restrictivo por cuanto tienen la obligación de aceptar la situación jurídica (matrimonio del mismo sexo en la primera y patentabilidad en la segunda) válidamente constituida en otro Estado miembro.

Retomando el hilo conductor, cabe señalar que la articulación del tratamiento de la diversidad de estructuras familiares se configura en la PRF sobre un marco valorativo cuyo planteamiento comienza a partir del problema que presenta la heterogeneidad de las legislaciones de los Estados miembros en materia de Derecho de familia. Su impacto en el establecimiento del vínculo de filiación, especialmente cuando viene referido a progenitores del mismo sexo, opera en contra de la continuidad jurídica de los vínculos familiares en el ámbito europeo²⁴. Sobre esta base, y en atención a las consecuencias que la ausencia de continuidad de los vínculos de filiación puede tener en los derechos fundamentales de los hijos, especialmente en su derecho a la identidad, a la no discriminación y a la vida privada y familiar, la Comisión entiende necesaria una actuación a escala de la UE de acuerdo con el principio del interés superior del menor que exige la pro-

-
23. Sobre la interpretación del TJUE en esta Sentencia *vid.* entre otros, N. GOÑI URRIZA, «El reconocimiento de las relaciones de filiación en la Unión Europea: la libre circulación de certificados de nacimiento expedidos en un Estado miembro. En torno a la STJUE *Pancharevo* y al ATJUE *K.S.—S.V.D.*», *CDT*, vol. 15, n.º. 1, 2023, pp. 970 y ss. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «La justicia europea no reconoce el derecho de los hijos de parejas LGTBI en toda la UE (o la Justicia europea no obliga a los Estados miembros a reconocer la homoparentalidad)», *Ley Unión Europea*, n.º. 102, 2022; C. GONZÁLEZ BEILFUSS, «Libre circulación de personas y homoparentalidad: Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 14 de diciembre de 2021, asunto C-490/20 *Pancharevo*», *op. cit.*, pp. 8 y ss.; M. GRASSI, «Riconoscimento del rapporto di filiazione omogenitoriale e libertà di circolazione all'interno dell'Unione Europea», *RDIPP*, vol. 3, 2022, pp. 591 y ss.; E. DI NAPOLI, G. BIAGIONI, O. FERACI, R. CALVIGIONI y P. PASQUALIS, «La circolazione dello status dei minori attraverso le «frontiere» dell'Europa: intersezione tra diritto dell'Unione e diritto internazionale privato alla luce della sentenza *Pancharevo*», *Papers di diritto europeo* pp. 67 y ss. (<https://iris.unica.it/retrieve/>); S. CORNELOUP, «Du couple à l'enfant, les libertés de circulation poursuivent leur chemin — CJUE, 14 déc. 2021, aff. C-490/20», *RCDIP*, 2022, pp. 554 y ss.
24. Las competencias estatales sobre el Derecho civil de los Estados Miembros junto al orden público suponen, como indica Jiménez Blanco, «obstáculos legítimos» a la movilidad también dentro de Europa. P. JIMÉNEZ BLANCO «Movilidad transfronteriza de personas, vida familiar y Derecho internacional privado», *op. cit.*, p. 22.

tección de los derechos de los hijos en situaciones transfronterizas²⁵. El resultado motiva el objetivo último al que atiende la PRF, con el que introduce el necesario reconocimiento del vínculo de filiación establecido en un Estado miembro en los demás Estados miembros²⁶. Este reconocimiento opera a los efectos de los derechos derivados de la filiación en virtud de la legislación nacional y, por lo tanto, más allá de los que afectan a la libre circulación y residencia y de los que, por su directa conexión, derivan del Derecho de la Unión²⁷.

25. A estos derechos se refiere el *Considerando 2* de la PRF recogiendo su conexión con los preceptos de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (CNUDN) donde son objeto de protección. Señala aquel considerando que el reconocimiento en un Estado miembro de la filiación determinada en otro Estado miembro responde al objetivo de proteger los derechos fundamentales y otros derechos de los hijos relativos a la filiación en situaciones transfronterizas, especialmente su derecho a la identidad (art. 8 CNUDN), a la no discriminación (art. 2 CNUDN y art. 21 de la CDFUE) y a la vida privada y familiar (art. 9 CNUDN, y arts. 7 y 24 de la CDFUE) teniendo el interés superior del menor como consideración primordial (art. 3 CNUDN y art. 24 CDFUE).
26. El sistema de reconocimiento de la PRF se articula de acuerdo con el esquema tradicional de los Reglamentos europeos, que exige la adopción de normas de competencia judicial internacional y de ley aplicable comunes. Como antes se ha señalado, el sistema de reconocimiento funcional, válido para el reconocimiento de la situación a los efectos de la libertad de circulación y residencia, no está llamado a sustituir al conflictual cuando lo que se pretende es la continuidad del estatuto personal en el ámbito europeo (*vid. supra* nota 8). S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ considera que esta opción permite evitar los problemas metodológicos que hayan sido planteados o identificados con anterioridad en reglamentos anteriores, lo que facilita su elaboración para acortar los tiempos de su elaboración, «La propuesta de Reglamento europeo sobre filiación. Una presentación crítica», *RDC*, vol. X, n.º. 3, 2023, p. 190. No obstante, también es cierto que el sistema de reconocimiento que introduce la PRF se adecúa al objetivo que pretende. En su *Considerando 5* justifica la competencia para la unificación de las normas de DIPr que introduce de acuerdo con lo previsto en el art. 81.3 del TFUE. Deja además clara la relevancia de esta unificación al señalar en el *Considerando 10* que, como consecuencia de la falta de estas normas, «las familias pueden tener dificultades para obtener el reconocimiento a todos los efectos de la filiación de sus hijos dentro de la Unión, en particular cuando se trasladan a otro Estado miembro o regresan a su Estado miembro de origen».
27. El art. 2 de la PRF establece que no afecta a los derechos que el Derecho de la Unión confiere al hijo o a la hija, en particular a los derechos de los que disfrutaban en materia de libre circulación, incluida la Directiva 2004/38/CE. La interpretación del TJUE de estos Derechos (especialmente, en los asuntos *Pancharevo* y *Rzecznik Praw Obywatelskich*) ya exige a los Estados miembros que reconozcan la relación de filiación establecida en otro Estado miembro a los efectos del derecho de circulación y residencia. A estos derechos derivados del Derecho de la Unión se refiere la Exposición de Motivos de la PRF (p. 12, nota núm. 28): Sentencias del TJUE de 3 de julio de 1974, *Casagrande/Landeshauptstadt München* (C-9/74, ECLI:EU:C:1974:74); de 27 de septiembre de 1988, *Matteuci* (C-235/87, ECLI:EU:C:1988:460); de 30 de septiembre de 1975, *Cristini/S.N.C.F.* (C-32/75, ECLI:EU:C:1975:120); y de 4 de octubre de 2012, *Comisión/Austria* (C-75/11, ECLI:EU:C:2012:605).

Este escenario muestra el giro del resultado respecto a los actuales Reglamentos. Frente a la opción por el modelo de familia más restrictivo, consecuencia de la protección las legislaciones de los Estados miembros, el reconocimiento de la filiación que impone la PRF implica la prevalencia del modelo que introduce cobertura legal al tratamiento de la diversidad de estructuras familiares. Esta prevalencia es la que puede permitir que el reconocimiento abarque los casos (entre otros) en los que tales progenitores sean del mismo o distinto sexo²⁸. Si el resultado es radicalmente distinto, la base sobre la que se articula arranca de una raíz común. El tratamiento de la diversidad de estructuras familiares se aborda sobre la base de la opción por uno de los modelos de entre los que sustentan el Derecho de familia de los Estados miembros. En los actuales Reglamentos es el más restrictivo y el contrario en la PRF²⁹.

Es cierto que el resultado de la PRF permite la continuidad del estatuto personal, y es el que mejor se adapta a la apertura de la Unión Europea a la diversidad de estructuras familiares, el problema es la viabilidad de la base sobre la que se articula. La dificultad de justificar la opción a la que responde deriva de la tensión entre la prevalencia del modelo de familia sobre el que se sustenta y el orden público que se puede activar por los Estados miembros que no lo comparten como mecanismo para la salvaguarda de su concepto de familia y preservación de la coherencia interna de su sistema jurídico. Resolver sin más esta tensión mediante la subordinación del contenido de la cláusula de orden público a los fines de la protección del interés del

28. La Exposición de Motivos señala, en referencia al término «filiación» del art. 4 (p. 14) que «a efectos de la propuesta, la filiación puede ser biológica, genética, por adopción o por ministerio de la ley (...) abarca la filiación determinada en un Estado miembro tanto de menores como de adultos, incluidos los hijos fallecidos y los que aún no han nacido, ya sea en relación a un solo progenitor o una sola progenitora, a una pareja de hecho, a una pareja casada o a una pareja que forma parte de una unión registrada. Abarca el reconocimiento de la filiación del hijo o de la hija, independientemente de cómo se concibió o nació, incluidos aquellos concebidos con técnicas de reproducción asistida, y con independencia del tipo de familia, por lo que incluye los hijos con dos progenitores del mismo sexo, hijos con un único progenitor o una única progenitora, e hijos adoptados nacionalmente en un Estado miembro por uno o dos progenitores».

29. La prevalencia de la opción por uno de los modelos de familia como base sobre la que se articula la solución adolece de un sólido sustento técnico. Puede indicarse de acuerdo con E. RODRÍGUEZ PINEAU que «tan reprochable puede ser que algunos Estados miembros no quieran admitir determinados tipos de filiación (dobles maternidades, adopciones individuales) como que la Comisión Europea pretenda imponer un modelo dentro del territorio de la Unión», «La Propuesta de Reglamento europeo sobre filiación en situaciones transfronterizas», *Cuadernos de Derecho Privado*, n.º. 6, 2023, p. 173. Como indica después (p. 177), si una reglamentación orientada no plantearía problema tratándose de una situación de carácter patrimonial, es preocupante que se solvete de igual modo el reconocimiento de situaciones relativas a la filiación, donde existen más variables que las estrictamente jurídicas.

menor como principio en que basa su reglamentación, no es una respuesta a la altura de la complejidad que se encuentra tras la disparidad normativa de una materia especialmente sensible a los valores que subyacen en las respuestas³⁰. Los modelos que sustentan la reglamentación de los Estados miembros responden a una concepción de la familia y de la organización social muy diferente y en ocasiones contradictoria. Esta es la razón de la dificultad de articular una solución que pueda garantizar la continuidad en el ámbito europeo de los vínculos de filiación o, en general, del estatuto personal. La prevalencia del modelo de familia por el que opta la PRF para abordar la respuesta parece responder a la urgencia de atender a las estrategias políticas que subyacen en el fondo, cuyo origen es sobradamente conocido, relegando la solidez técnica a un segundo plano³¹. Paradójicamente, la relevancia del resultado que estas estrategias pretenden³² hubiera requerido que la articulación de la base sobre la que articula la solución se

-
30. Esta subordinación no se desprende de la jurisprudencia del TEDH sobre el derecho a la vida privada y familiar del art. 8 de la CEDH sobre el que se ha planteado la continuidad del estatuto personal a través de las fronteras. Esta jurisprudencia impone a los Estados contratantes la obligación de asegurar que este derecho pueda ser efectivo en el Estado contratante donde se solicita (STEDH de 28 de junio de 2007, *Wagner c. Luxemburgo*), lo que les deja un margen de maniobra que no permite sustentar la defensa de un modelo de familia ante la ausencia de consenso. En lo que respecta al matrimonio homosexual, la relación que mantienen los cónyuges forma parte del derecho a la «vida familiar» (STEDH de 24 de junio 2010, *Schalk y Kopflic c. Austria*, ap. 94), si bien, como señala M. GUZMÁN ZAPATER («Matrimonio entre personas del mismo sexo y derecho a la libertad de circulación (sobre la STJ, gran sala, 5 de junio de 2018, en el As. c-673/16)», Coman, *op. cit.*, p. 15) ese derecho fundamental a la continuidad del estado civil, que se apuntala en la jurisprudencia del TEDH «no lleva el camino de cristalizar, al menos en los sectores en los que las diferencias normativas son radicales, porque la contradicción con los valores subyacentes también lo es. Y el matrimonio entre personas del mismo sexo es exponente paradigmático».
31. Se considera como punto de inflexión el discurso sobre el estado de la Unión de la presidenta U. Von der Leyen en la sesión plenaria del Parlamento Europeo, 20 de septiembre de 2020 (donde pronuncia la más que conocida frase de que el progenitor en un Estado miembro, lo es en todos los Estados miembros). Siguiendo a S. ALVAREZ GONZÁLEZ («La propuesta de Reglamento europeo sobre filiación. Una presentación crítica», *op. cit.*, p. 181), cabe señalar que la PRF no se asienta sobre una base técnica desprovista de marcos valorativos que justifican este movimiento de la Comisión. El problema es la apropiación de estos marcos por los defensores y detractores con el que se alimenta «un debate de ideas más que uno sobre las soluciones técnicas de la Propuesta (...). Centrar el objeto de la propuesta en la garantía de los derechos de los colectivos LGTBI sirve para agitar las pasiones y las posiciones políticas de los Estados miembros y hace que se pierda la perspectiva estrictamente regulativa de la Propuesta».
32. La consideración de la relevancia de este resultado obedece a una perspectiva valorativa con la que nos alineamos, de hecho, a ella responde el mismo título del presente trabajo. No obstante, ello no significa que haya de prevalecer frente a la visión técnica.

hubiera abordado con las cautelas necesarias por la complejidad de la respuesta³³.

Todo lo anterior permite responder a la cuestión que motiva este apartado, al mostrar la dificultad de sustentar la base sobre la que la PRF sustenta el tratamiento de la diversidad de estructuras familiares. Su articulación sobre la prevalencia de un modelo de familia afecta a su viabilidad ante el rechazo por los Estados miembros que no lo comparten. La heterogeneidad que subyace como problema que pretende superar, dibuja una situación en la que es difícil un consenso en una materia como la filiación. La consecuencia repercute en su apuesta por la vía del art. 81.3 TFUE y, por lo tanto, en la unanimidad que requiere. Es cierto que esta unanimidad obedece al objetivo mismo para el que ha sido articulada la PRF, de ahí que la desvinculación de determinados Estados miembros tenga su correspondiente repercusión en este objetivo. Todo ello hace pensar en su tramitación de acuerdo con el mecanismo de la cooperación reforzada, quedando sin resolver el problema al que atiende³⁴. Su vinculación quedaría limitada a los Estados miembros participantes, que habrían de ser, al menos, nueve, en los que ya tiene cobertura legal la diversidad de las estructuras familiares. En todo caso, y aun planteándose esta posibilidad, sería necesaria con carácter previo la modificación de la PRF para eliminar otros problemas que derivan de sus soluciones³⁵.

Al contrario. Precisamente la elaboración de esta Propuesta sobre la prevalencia de la visión valorativa es la razón de su premura y falta de cautela. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ señala por ello que, sin poner en duda la importancia de elaborar un Reglamento sobre el tema, opción plausible, «hay que abordarlo con la inteligencia, la oportunidad y la solvencia técnica que requiere. Esta Propuesta no debería ser aprobada con su actual contenido. Su tramitación debería asumir la pausa que no ha existido hasta ahora», «La propuesta de Reglamento europeo sobre filiación. Una presentación crítica», *op. cit.*, p. 199.

33. Contrasta con las aproximaciones cautelosas que se constatan en los trabajos elaborados en el seno de la Conferencia de La Haya como muestra el Informe final del grupo expertos (pueden consultarse los trabajos desarrollados en la web de la Academia de La Haya (hcch.net. Rúbrica: «The Parentage / Surrogacy Project»). Del mismo modo, este contraste se aprecia si se considera la perspectiva técnica que basa el informe elaborado por el denominado Grupo de Marburgo: «The Marburg Group Comments on the European Commission's Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law, recognition of decisions and acceptance of authentic instruments in matters of parenthood and on the creation of a European Certificate of Parenthood. 10 May 2023» (<https://www.marburg-group.de>).
34. C. GONZÁLEZ BEILFUSS, «Libre circulación de personas y homoparentalidad: Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 14 de diciembre de 2021, asunto C-490/20 *Pancharevo*», *op. cit.*, p. 13.
35. Su precisión excedería los límites del presente trabajo, sin embargo, por su trascendencia es preciso siquiera apuntar el problema que se plantea como consecuencia de

IV. CONCLUSIONES

La competencia que corresponde a los Estados miembros para la configuración del Derecho de familia motiva la heterogeneidad normativa que resulta de los diversos modelos sobre los que se articula la reglamentación estatal, basados en distintas concepciones y valores. La apertura a la diversidad de estructuras familiares es muy dispar entre estas legislaciones estatales. El impacto se constata especialmente en la admisión de los matrimonios entre personas del mismo sexo y la determinación del vínculo de filiación respecto a sus descendientes. Su repercusión presenta singular relevancia cuando estos cónyuges pretendan trasladarse a un Estado miembro que no admita el matrimonio homosexual y/o el vínculo de parentalidad.

Este escenario muestra la tensión entre la disparidad normativa y la continuidad de los vínculos familiares en el ámbito europeo. La primera consecuencia afecta al derecho de circulación y residencia que corresponde al ciudadano europeo. En este contexto la solución la ofrece la jurisprudencia del TJUE a través de las Sentencias de 5 de junio de 2018, *Coman* y otros y de 14 de diciembre de 2021 *Pancharevo* (y posterior Auto de 24 de junio de 2022 *Rzecznik Praw Obywatelskich*).

Estas Sentencias representan la apertura de la UE a la diversidad de estructuras familiares si bien su alcance queda limitado a los efectos del ejercicio de los derechos de circulación y residencia derivados de la ciudadanía de la Unión. Este carácter funcional muestra que el reconocimiento

que la Propuesta aborda la continuidad de los vínculos de filiación como respuesta para garantizar los derechos de las familias LGTIBQ. El resultado es que la configuración de las soluciones dirigidas a esta respuesta es lo que definitiva delimita el contenido de las normas de la Propuesta. Sobre la relevancia de este problema destaca E. RODRÍGUEZ PINEAU («La Propuesta de Reglamento europeo sobre filiación en situaciones transfronterizas», *op. cit.*, p. 175) que es preocupante que la regulación de (toda) la filiación comprendida en la Propuesta se articule con la finalidad de proteger a las familias «arcoíris». Sobre esta base «cabe preguntarse si el objetivo de una propuesta que regula la filiación (toda la filiación) debe venir impulsado por un problema (*v.gr.* la falta de reconocimiento de determinadas formas de establecer la filiación) y si es razonable que sus soluciones se configuren en buena medida en atención a la resolución de este problema». En el mismo sentido afirma S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ que la filiación presenta muchos más problemas a los que hacer frente que los que dicta el estrecho confinamiento axiológico de la Propuesta (p. 198) dirigido a un limitado grupo de problemas y de colectivos. Trata de dar respuesta a los que suelen presentarse mayoritariamente respecto de menores. Y un grupo significativo de ellos, con niños respecto de sus progenitores que no son una familia tradicional basada en el matrimonio, «La propuesta de Reglamento europeo sobre filiación. Una presentación crítica La propuesta de Reglamento europeo sobre filiación. Una presentación crítica», *op. cit.*, p. 182.

que introducen, como método basado en la aceptación de la situación válidamente constituida en un Estado miembro, no está llamado a sustituir al conflictual cuando lo que se pretende es la continuidad del estatuto personal en el espacio europeo. Tampoco este objetivo puede plantearse mediante la unificación del Derecho de familia a través de la intervención del legislador europeo por tratarse de una materia de competencia estatal. Sobre la base de estas premisas, el análisis realizado en el presente estudio se ha centrado en la respuesta que a estos efectos se puede ofrecer por la vía de los Reglamentos europeos relativos a las relaciones familiares internacionales.

El panorama que en este sentido muestran los actuales Reglamentos es muy negativo. La continuidad del estatuto personal es incompatible con el tratamiento que introducen respecto a la diversidad de las estructuras familiares. Sobre la base de la protección de las legislaciones, favorecen la prevalencia del modelo de familia más restrictivo en el que no tiene cobertura legal el matrimonio homosexual ni sus vínculos de parentalidad.

En materia matrimonial esta protección lleva a introducir un precepto como es el art. 13 del Reglamento 1259/2010, cuya operatividad puede generar el problema de la denegación de tutela judicial efectiva cuando se trate del divorcio de un matrimonio entre personas del mismo sexo. Ante estas graves y negativas consecuencias, el Reglamento 2019/1111 no introduce solución alguna. El resultado opera como un obstáculo para el derecho de residencia cuando estos cónyuges pretendieran trasladarse a un Estado miembro que no admita la validez de los matrimonios homosexuales.

Por su parte, los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104, aunque también articulados sobre la base de la protección de las legislaciones de los Estados miembros, al menos aportan en sus normas de competencia la vía de solución para evitar los resultados negativos de la ausencia de tutela judicial efectiva que puede generar. No obstante, el intento de cualquier solución a los resultados generados por la protección de las normativas de los Estados miembros puede entenderse como un simple «lavado de cara» que enmascara el verdadero problema que es, precisamente, la protección de estas legislaciones como base sobre la que articulan el tratamiento de la diversidad de las estructuras familiares. La prevalencia de las legislaciones más restrictivas como resultado derivado de esta protección, contrasta radicalmente con el que ofrece la PRF. Su análisis ha sido esencial para valorar si sus soluciones configuran la respuesta para conseguir la continuidad del estatuto personal en el ámbito europeo.

La valoración que, a estos efectos, ofrece este análisis, tiene más matices que la que resulta de los actuales Reglamentos. Frente a la contundente respuesta negativa de estos últimos, ahora es preciso considerar una balanza de resultados que, aunque no se inclina hacia el lado positivo también lo presenta.

Presenta esta positiva valoración la PRF en cuanto supone la apertura a la diversidad de estructuras familiares de la que deriva la continuidad del estatuto personal en el ámbito europeo. Ahora bien, el problema que descompensa la balanza hacia el lado negativo se refiere a la base sobre la que se articula este resultado. El cauce no está a la altura de la meta. Si el fundamento jurídico ha de ser el determinante del resultado (uno u otro), la PRF muestra que se ha construido en sentido inverso (o la casa por el tejado). Se ha optado por un resultado, sin duda relevante, y con la premura que parece atender a motivos de estrategias políticas, se ha pretendido articular una base a su medida que difícilmente se sustenta desde una perspectiva técnica. La complejidad de las soluciones hubiera exigido una cautela que no es precisamente la que puede constatarse al sacrificar la técnica para llegar de la manera más rápida al resultado de antemano pretendido. La repercusión en su viabilidad es la consecuencia.

Ahora bien, hecha esta valoración general, también es preciso descender a lo concreto. Esta Propuesta configura un impulso, en cuanto muestra la necesidad de una evolución con el objetivo de la continuidad del estatuto personal que requiere de la intervención del legislador europeo. Refleja también que la vía del Reglamento es la que puede permitir alcanzar este objetivo. Deja claro asimismo que esta evolución ha de articularse mediante la vía del reconocimiento de acuerdo con el método tradicional del DIPr., que requiere la previa unificación de las normas de competencia judicial internacional y de la ley aplicable. Realmente ello responde a lo que ya se puso de manifiesto con las Sentencias *Coman* y *Pancharevo*, pero no por ello deja de ser trascendente la constatación que en este sentido deriva de la PRF. Es más, si se considera que esta Propuesta sigue la estela de la Sentencia *Pancharevo*, y que la Sentencia *Coman* tiene una fuerza de empuje paralela, también esa Propuesta refleja que esta última puede actuar como motor para la evolución respecto a los matrimonios homosexuales. Tampoco carece de trascendencia esta lectura que deriva de la Propuesta. Por último, y con carácter más concreto, también refleja la necesidad de la inmediata eliminación del art. 13 del Reglamento 1259/2010. A la razón que ya venía siendo expuesta en atención a los graves problemas que genera, se añade ahora su incompatibilidad con la evolución que ha puesto en marcha la PRF. Su eliminación, aunque en la práctica no modifique el resultado, es necesaria. Primero, porque estos tribunales no podrían ampararse en pre-

cepto alguno que sustente la entrada de su restrictiva legislación. Segundo, porque implica el reconocimiento implícito de una discriminación de los matrimonios homosexuales al ser los que pueden quedar afectados por su operatividad. En tercer lugar, como mecanismo que permite allanar el camino para abordar la continuidad de la validez de los matrimonios entre personas del mismo sexo en el ámbito europeo.

Por lo que respecta a los aspectos que motivan la negativa valoración de la PRF, afectan al conjunto de sus soluciones al no poder configurar la respuesta para conseguir la continuidad del estatuto personal en el ámbito europeo. Constituye en este sentido la muestra del camino a no seguir para abordar la evolución pretendida. El giro radical que resulta del tratamiento de la diversidad de estructuras familiares de la PRF respecto al derivado de los actuales Reglamentos europeos viene motivado por la base sobre la que se articula. No obstante, tienen una raíz común como es la opción por uno de los modelos que sustentan el derecho de familia de los Estados miembros. Si la protección de las legislaciones en los Reglamentos europeos lleva a la prevalencia del modelo más restrictivo, la PRF opta por la prevalencia del modelo en el que tiene cobertura legal la diversidad de las estructuras familiares. Estos modelos, de los que deriva la heterogeneidad normativa, responden a una dispar concepción de la familia y su organización social, determinantes de que la materia de derecho de familia sea especialmente sensible a los valores que subyacen en sus soluciones. Si la opción por el modelo restrictivo no es compatible con la continuidad del estatuto personal en el espacio europeo, la prevalencia del modelo contrario introduce una tensión respecto al mecanismo del orden público que se puede activar por los Estados miembros que no comparten el modelo de familia sobre el que se asienta la Propuesta. La subordinación del contenido de la cláusula de orden público a los fines de la protección del interés del menor como principio en el que basa su reglamentación es discutible desde una perspectiva técnica. El problema de la PRF es la solidez técnica de sus soluciones. El resultado afecta a la apuesta por la unanimidad que exige la vía art. 81.3 TFUE sobre la que se sustenta. Si bien esta unanimidad obedece al objetivo mismo para el que ha sido elaborada, también es cierto que esta vía invita a la desvinculación de aquellos Estados miembros que no comparten el modelo de familia sobre el que se articula. Todo ello debería incidir en la modificación de las soluciones que ofrece la PRF, pero no en la paralización de los trabajos que permitieran conseguir a través de la vía del Reglamento la continuidad del estatuto personal en la Unión. Ahora bien, la posibilidad de llegar a su elaboración no puede vislumbrarse en un horizonte cercano. Las dificultades de las soluciones que se han podido constatar en este análisis y en particular la grieta entre los modelos de familia que subyacen en

la articulación de las legislaciones estatales, hacen de ella una hipótesis de cara al futuro. Es por ello necesario plantear, desde una perspectiva menos ambiciosa, pero no menos relevante, la posibilidad de continuar con la evolución mediante un Reglamento tramitado por el mecanismo de la cooperación reforzada.

El planteamiento, aun con relevantes dudas, es tentador. La cuestión es si el esfuerzo merece la pena teniendo en cuenta, por una parte, que no podría conseguir la meta, al quedar sólo vinculados como participantes los Estados miembros que ya dan cobertura legal esta diversidad, frente a los que tienen un Derecho de familia restrictivo. Por otra parte, por el importante grado de complejidad que para los operadores jurídicos introduciría esta reglamentación, si bien este elemento al que nos tiene sobradamente acostumbrados el legislador europeo, no parece que pueda ser un freno, o no el principal, para que entendiera necesaria su elaboración. Entre los aspectos positivos que contrarrestan los anteriores se encuentran la posibilidad que ofrecería este Reglamento para visualizar la posición de la UE a favor de la cobertura legal de la diversidad de estructuras familiares, así como la relevancia que podría tener como posible impulso para una evolución más amplia en ese horizonte más lejano. Ante este doble conjunto de elementos no puedo dejar de señalar que me inclino por el segundo. La directa repercusión en el ciudadano europeo del resultado de la continuidad de los vínculos familiares no permite escatimar esfuerzos para la construcción de una Europa inclusiva.

Capítulo 2

La filiación en el DIPr de la UE: entre la situación actual y las perspectivas de cambio

BEATRIZ CAMPUZANO DÍAZ*

Prof.^a Titular de Derecho Internacional Privado. Universidad de Sevilla

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL MÉTODO DE RECONOCIMIENTO DE SITUACIONES JURÍDICAS Y SU INCIDENCIA EN LA UE. LA FILIACIÓN. 1. *Concepto y límites*. 2. *Los fundamentos del método de reconocimiento de situaciones jurídicas*. 3. *El método de reconocimiento de situaciones jurídicas en la jurisprudencia del TJUE*. 4. *El reconocimiento de la filiación homoparental por el TJUE*. III. LA PROPOSTA DE REGLAMENTO SOBRE FILIACIÓN. IV. EL ESTADO ACTUAL DE LA FILIACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA. DISPARIDAD DE SOLUCIONES EN DOS ÁMBITOS DE INTERÉS PARA EL DIPR. 1. *La filiación y la libertad de circulación y residencia*. 2. *La filiación en los Reglamentos sobre cooperación judicial civil*. V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La filiación se ha convertido en un tema de moda para los estudiosos del Derecho internacional privado de la UE. Hace tiempo que venía manifestándose en este espacio de integración el malestar de las parejas del mismo sexo por los problemas que encuentran para el reconocimiento de sus hijos. Y ello ha dado lugar a dos acontecimientos, que se han ido gestando prácticamente en paralelo, y que explican el referido interés de la doctrina: por una parte, el TJUE dictó la Sentencia de 14 de diciembre de 2021, C-490/20, *V.M.A. y Stolichna obshtina, rayon «Pancharevo»*, que reconoce

* ORCID: 0000-0001-9737-5316

la filiación homoparental a efectos de la libertad de circulación y residencia; y por otra, se ha presentado una *Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, al derecho aplicable, al reconocimiento de las resoluciones y a la aceptación de los documentos públicos en materia de filiación y a la creación de un certificado de filiación europeo*, el 7 de diciembre de 2022.

Frente al vacío normativo anterior, nos encontramos ahora por tanto con una importante Sentencia del TJUE, que viene a incidir en el reconocimiento de la filiación a efectos de la libertad de circulación y residencia, y con una Propuesta de Reglamento, que pretende extender el reconocimiento de la filiación a todos los efectos civiles.

En este contexto, nuestro estudio va a consistir en lo siguiente: en primer lugar, vamos a enmarcar la Sentencia del TJUE en el método del reconocimiento de situaciones jurídicas, que ha tenido efectos también, como veremos, en otros ámbitos vinculados al estatuto personal; en segundo término, presentaremos la Propuesta de Reglamento sobre filiación, destacando los principales hitos de su proceso de elaboración y sus características fundamentales; y en tercer lugar, concluiremos con una referencia a la situación actual de la filiación en la UE en relación con dos aspectos de interés para el DIPr, como son la libertad de circulación y residencia y los Reglamentos sobre cooperación judicial civil.

II. EL MÉTODO DE RECONOCIMIENTO DE SITUACIONES JURÍDICAS Y SU INCIDENCIA EN LA UE. LA FILIACIÓN

1. CONCEPTO Y LÍMITES

En Derecho internacional privado, el término «reconocimiento» se ha vinculado tradicionalmente con el sector de la eficacia extraterritorial de resoluciones judiciales; pero nos encontramos que también se está recurriendo a este término, bajo la expresión de «*método de reconocimiento de situaciones*», fundamentalmente por parte de la doctrina francesa, para referirse a la aceptación de situaciones o relaciones jurídicas vinculadas, aunque no sólo, al estatuto personal. En palabras de P. LAGARDE, se trataría, por ejemplo, del reconocimiento de un matrimonio celebrado en el extranjero sin controlar su validez a través de las normas de conflicto del foro, sino a través de la ley designada en el Estado de celebración¹. Conforme a este

1. P. LAGARDE, «La méthode de la reconnaissance est-elle l'avenir du droit international privé?», *RCADI*, 2014, t. 371, p. 19. Son numerosos los trabajos que este autor ha dedicado a la explicación y defensa de este método, puede consultarse también: P.

método se distinguiría entre la creación de la relación o situación jurídica, sometida a las normas de conflicto del país de constitución, y sus efectos en otros Estados, sometidos al reconocimiento.

Sobre este método, que suscita mucho debate, se han puesto de manifiesto sus ventajas e inconvenientes. Como principal ventaja se subraya que contribuye a evitar situaciones jurídicas claudicantes, generando con ello una mayor seguridad y previsibilidad jurídica. Pero se alude, entre sus inconvenientes, a que puede llevar a tener que aceptar situaciones jurídicas desconocidas e incluso contrarias a las políticas y valores fundamentales de un determinado país y a que se cometan abusos².

Este contexto, de cierta polémica, ha llevado a que se traten de perfilar los requisitos o límites en los que podría operar este método de reconocimiento. Así, se requeriría, en primer lugar, que estemos ante una situación jurídica válidamente constituida en el país de origen, esto es, que haya *crystalizado*, generando en las partes legítimas expectativas de que será reconocida³. Sería necesario, en segundo término, que la situación no resultase contraria al orden público del Estado donde se insta el reconocimiento⁴. Y se precisaría, en tercer lugar, que tuviera cierta vinculación con el Estado de origen, pues así sería más fácil para la parte interesada justificar su confianza en que la situación jurídica sea reconocida⁵. Aunque debemos señalar que estos requisitos pierden fuerza cuando están en juego los derechos fundamentales de las partes implicadas, tal como se ha puesto de manifiesto en la jurisprudencia del TEDH y TJUE.

LAGARDE, «La reconnaissance. Mode d'emploi», *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet Tallon*, Dalloz, París, 2008, pp. 481 y ss.; P. LAGARDE, «Introduction au theme de la reconnaissance des situations: rappel des points les plus discutés», P. Lagarde (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Ed. A. Pedone, París, 2013, pp. 19 y ss.

2. Para un análisis pormenorizado de las ventajas e inconvenientes del método de reconocimiento, *vid.* M. LEHMANN, «Recognition as a Substitute for Conflict of Laws?», S. LEIBLE (ed.), *General Principles of European Private International Law*, Wolters Kluwer, The Netherlands, 2016, pp. 23 y ss.
3. A. PANET, «Une méthode de reconnaissance européenne?», H. FULCHIRON y C. BIDAUD-GARON (dirs.), *Vers un statut européenne de la famille*, Dalloz, París, 2014, p. 251.
4. P. LAGARDE, «La méthode de la reconnaissance est-elle l'avenir du droit international privé?», *op. cit.*, pp. 32 y ss.
5. S. PFEIFF, «Is there a fundamental right to cross-border permanence of elements of personal and family status?», P. WAUTELET & C. CORSO (dir.), *Access to personal and family rights in Europe*, Bruylant, Bruxelles, 2022, p. 39.

2. LOS FUNDAMENTOS DEL MÉTODO DE RECONOCIMIENTO DE SITUACIONES JURÍDICAS

P. LAGARDE señala que son tres los fundamentos del método de reconocimiento de situaciones jurídicas: por una parte, diversos convenios internacionales, que procuran la permanencia del estado de las personas; por otra, el respeto a los derechos humanos, con un marcado protagonismo del TEDH; y por otra, la ciudadanía europea y la libertad de circulación y residencia que lleva aparejada, que ha sido frecuentemente invocada por el TJUE para justificar sus decisiones⁶. Vamos a referirnos brevemente en este epígrafe a los dos primeros fundamentos mencionados, para centrarnos después en el papel del TJUE.

Entre los convenios internacionales que acogen el método del reconocimiento de situaciones jurídicas representa una cita obligada el *Convenio de La Haya de 14 de mayo de 1978 relativo a la celebración y al reconocimiento del matrimonio*, además de varios convenios elaborados por la Comisión Internacional del Estado Civil (CIEC), como son el *Convenio (n.º 29) relativo al reconocimiento de decisiones constatando un cambio de sexo, firmado en Viena el 12 de septiembre de 2000*, el *Convenio (n.º 31) sobre reconocimiento de nombres, firmado en Antalya el 16 de septiembre de 2005* o el *Convenio (n.º 32) sobre el reconocimiento de parejas registradas, firmado en Múnich el 5 de septiembre de 2007*. Se trata de convenios que están diseñados para el reconocimiento de la relación o situación jurídica a que se refieren, si bien hay que reconocer que han tenido un impacto limitadísimo. Se refieren a materias específicas y sólo han sido aceptados por un reducido número de Estados, en algunos casos tan reducido que ni siquiera han llegado a entrar en vigor.

Por otra parte, el TEDH ha tenido ocasión de poner de manifiesto en numerosas sentencias y con respecto a distintas relaciones jurídicas (adopción, maternidad subrogada, matrimonio), que las normas nacionales de DIPr que impedían su reconocimiento eran contrarias al CEDH, particularmente al art. 8 relativo al respeto a la vida privada y a la vida en familia, que ha tenido en relación con el tema que analizamos una gran relevancia.

En un primer momento se dictaron dos sentencias referentes a adopciones constituidas en el extranjero (Sentencia del TEDH de 28 de junio de 2007, *Wagner y J.M.W.L. c. Luxemburgo*, n.º 76240/01 y Sentencia del TEDH de 3 de mayo de 2011 *Negrepontis-Giannisis c. Grecia*, n.º 56759/08), cuyos problemas de reconocimiento encontraron solución al amparo de la normativa sobre derechos humanos. Pero posteriormente se ha desarrollado

6. P. LAGARDE, «La méthode de la reconnaissance est-elle l'avenir du droit international privé?», *op. cit.*, pp. 26 y ss.

una abundante línea jurisprudencial a propósito del reconocimiento de la filiación establecida en el extranjero mediante gestación por sustitución, en la que el derecho a la vida privada del menor ha obligado a reconocer el vínculo con respecto al progenitor biológico, así como a que se tuviera que establecer un cauce para la determinación de la filiación con respecto el otro progenitor. Como hitos fundamentales y bien conocidos de esta jurisprudencia hay que referirse a las Sentencias del TEDH de 26 de junio de 2014, *Mennesson c. France* (n.º 65192/11) y *Labassee c. France* (n.º 65941/11), así como a la Opinión Consultiva del TEDH de 10 de abril de 2019 (Request n.º P16-2018-001), emitida en virtud del Protocolo N.º 16 del Convenio, a instancia de la Corte de Casación francesa⁷.

En relación con el matrimonio, la Sentencia del TEDH de 21 de julio de 2015, *Oliari y otros c. Italia* (n.º 18766/11 y 36030/11), puso de manifiesto que en este país se había vulnerado el art. 8 CEDH, pues no se ofrecía a las parejas del mismo sexo un marco jurídico que les permitiera formalizar su relación. Y ello tendría posteriormente reflejo en la Sentencia del TEDH de 14 de diciembre de 2017, *Orlandi y otros c. Italia* (n.º. 26431/12, 26742/12, 44057/12 y 60088/12), relativa al reconocimiento del matrimonio contraído en el extranjero por varias parejas del mismo sexo, en la que se señaló que este tipo de unión debía reconocerse en Italia, aunque no fuera necesariamente bajo la forma de matrimonio.

3. EL MÉTODO DE RECONOCIMIENTO DE SITUACIONES JURÍDICAS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE

En la UE, cuando se negoció el *Reglamento (UE) 2016/1191 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 2016, por el que se facilita la libre circulación de los ciudadanos simplificando los requisitos de presentación de determinados documentos públicos en la Unión Europea y por el que se modifica el Reglamento*

7. La jurisprudencia del TEDH en relación con la gestación por sustitución es bastante más amplia que la arriba reflejada. Sin ánimo de exhaustividad, *vid.* Sentencia del TEDH de 21 de julio de 2016, *Foulon y Bouvet c. Francia* (n.º 9063/14 y 10410/14); Sentencia del TEDH de 19 de enero de 2017, *Laborie c. France* (n.º 44024/13); Sentencia del TEDH de 24 de enero de 2017, *Paradiso y Campanelli c. Italia* (n.º 25358/12); Decisión de 19 de noviembre de 2019, *C y E. c. Francia* (n.º 1462/18 y 17348/18); Sentencia del TEDH de 16 de julio de 2020, *D c. Francia* (n.º 11288/18); Sentencia del TEDH de 18 de mayo de 2021, *Valdís Fjölnisdóttir y otros c. Islandia* (n.º 71552/17); Decisión del TEDH de 16 de noviembre de 2021, *S. — H. c. Polonia* (n.º 56846/15 y 56849/15); Sentencia del TEDH de 22 de noviembre de 2022, *D. B. y otros c. Suiza* (n.º 58252/15 y 58817/15); Sentencia del TEDH de 6 de diciembre de 2022, *K. K. y otros c. Dinamarca* (n.º 25212/21); Sentencia del TEDH de 31 de agosto de 2023, *C c. Italia* (n.º 47196/21); y Decisión del TEDH de 30 de mayo de 2023, *Modanese c. Italia* (n.º 59054/19), *Bini y otros c. Italia* (n.º 12109/20), *B. K. y otros c. Italia* (n.º 45426/21).

(UE) n.º 1024/2012⁸, se planteó la posibilidad de que incorporara una referencia al método de reconocimiento de situaciones. Concretamente, en el *Libro Verde* «Menos trámites administrativos para los ciudadanos: promover la libre circulación de los documentos públicos y el reconocimiento de los efectos de los certificados de estado civil»⁹, que representó el primer hito importante de la negociación del referido Reglamento, se aludió a los problemas que se estaban planteando con los efectos de los certificados de estado civil expedidos por las autoridades de los distintos EEMM, que no siempre eran reconocidos en los demás EEMM debido a las diferencias normativas existentes. Por ello, entre las posibles opciones de mejora, se sugería en este Libro Verde el establecimiento de un reconocimiento de pleno derecho de las situaciones de estado civil, que sin embargo no sería finalmente recogido en la norma debido a la falta de acuerdo¹⁰.

El Reglamento 2016/1191, cuando precisa su objeto en el art. 1.1, se refiere únicamente al establecimiento, respecto de determinados documentos públicos expedidos por las autoridades de un EM y que deban presentarse a las autoridades de otro EM, de un sistema de exención de la legalización o trámite similar (la fijación de la apostilla), así como a la simplificación de otros trámites (el requisito de presentar copias certificadas y traducciones de documentos públicos). Se precisa además en el art. 2.4, para evitar cualquier posible duda al respecto, que *no se aplica al reconocimiento en un Estado miembro de los efectos jurídicos relativos al contenido de los documentos públicos expedidos por las autoridades de otro Estado miembro*. En definitiva, tal como muy gráficamente ha señalado la doctrina francesa, en el Reglamento 2016/1191, si *l'instrumentum est concerné, le negotium est exclu*¹¹.

8. DOUE núm. L 200, de 26 de julio de 2016. Para un análisis de este Reglamento *vid.* M. GUZMÁN ZAPATER, «La libre circulación de los documentos públicos en materia de estado civil en la UE: el Reglamento UE 2016/1191 del PE y del Consejo», *RGDE*, n.º 41, 2017, pp. 161 y ss.

9. Bruselas, 14.12.2010 COM (2010) 747 final

10. A. PANET se refiere a la hostilidad que planteó el sistema de reconocimiento de pleno derecho por temor a que favoreciera el *law shopping* o fraude de ley, «Une méthode de reconnaissance européenne?», H. FULCHIRON y C. BIDAIUD-GARON (dirs.), *Vers un statut européen de la famille*, Dalloz, París, 2014, pp. 248-249. En esta línea crítica se puede consultar el trabajo de M. BUSCHBAUM, «La reconnaissance de situations juridiques fondées sur les actes d'état civil? Réflexions critiques sur l'abandon de la méthode résultant des règles de conflits de lois», *Recueil Dalloz*, 2011, pp. 1094 y ss.

11. N. NORD, «La circulation des actes de l'état civil au sein de l'Union Européenne», M. V. CUARTERO RUBIO y J. M. VELASCO RETAMOSO (dirs.), *La vida familiar internacional en una Europa compleja: cuestiones abiertas y problemas de la práctica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 89.

Descartada por tanto la vía normativa, ha sido la jurisprudencia del TJUE, en relación con la ciudadanía europea y la libertad de circulación y residencia consagrada en el art. 21 TFUE, la que ha jugado un papel decisivo en relación con el reconocimiento de situaciones de estado civil, tal como veremos a continuación¹².

Son numerosas las sentencias del TJUE en la que se han planteado cuestiones a propósito del nombre de las personas físicas. En una primera etapa, el Tribunal siguió vinculado a las consideraciones económicas tradicionales, señalando, en la Sentencia de 30 de marzo de 1993, C-168/91, *Konstantidinis*¹³, que la transliteración que se había hecho del nombre de un nacional griego afectaba a su libertad de establecimiento¹⁴. Pero posteriormente se produce una evolución, y a partir de la Sentencia del TJCE de 2 de octubre de 2003, C-148/02, *García Avelló*¹⁵, se recogió una consideración que después ha ido repitiéndose en la jurisprudencia posterior, en el sentido de que aunque las normas que regulan el nombre y apellidos de una persona física sean competencia de los EEMM, éstos deben respetar el Derecho de la UE al ejercer dicha competencia y, en particular, las disposiciones relativas a la libertad de circulación y residencia (pár. 25).

La Sentencia del TJCE de 14 de octubre de 2008, *Grunkin-Paul*¹⁶, constituye una buena muestra de la incidencia del método de reconocimiento de situaciones jurídicas, pues se refirió a que las autoridades alemanas no podían, en base a sus propias normas de conflictos, denegar el reconocimiento del apellido de un niño, tal como ya había sido inscrito en Dinamarca (pár. 39). A partir de este caso, la jurisprudencia del TJUE fue perfilando los límites en los que debía producirse el reconocimiento. Así, en la Sentencia del TJUE de 22 de diciembre de 2010, C-208/09, *Sayn-Wittgenstein*¹⁷, se reconoció que la negativa de las autoridades austriacas a reconocer en todos sus elementos el apellido de un nacional de dicho Estado, tal como había sido determinado en otro EM, porque incluía una partícula nobiliaria, resultaba aceptable siempre que estuviera justificado por razones de orden público y

12. En paralelo, la libertad de establecimiento y de prestación de servicios ha sido igualmente relevante con las personas jurídicas y el derecho societario, aunque no vamos a referirnos a esta cuestión. Vid. J. BASEDOW, «La reconnaissance des situations juridiques en droit des affaires (sociétés et sûretés)», P. LAGARDE (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Ed. A. Pedone, París, 2013, pp. 221 y ss.

13. ECLI:EU:C:1993:115.

14. En este sentido, E. BONIFAY, *Le principe de reconnaissance mutuelle et le droit international privé. Contribution à l'édification d'un espace de liberté, sécurité et justice*, Institut Universitaire Varenne, Collection des thèses, 2017 pp. 191 y ss.

15. ECLI:EU:C:2003:539.

16. ECLI:EU:C:2008:559.

17. ECLI:EU:C:2010:806.

fuese necesaria para la protección de los intereses que se pretendían garantizar y proporcional al objetivo legítimamente perseguido (pár. 95). Y con posterioridad, en las Sentencias de 12 de mayo de 2011, C-391/09, *Runevič-Vardyn y Wardyn*¹⁸, de 2 de junio de 2016, C-438/14, *Bogendorff von Wolfersdorff*¹⁹ y de 8 de junio de 2017, C-541/15, *Freitag*²⁰, se mantuvo esta misma línea jurisprudencial, al tiempo que daba respuesta a los problemas particulares que se planteaban en cada una de ellas.

En la Sentencia del TJUE (Gran Sala) de 5 de junio de 2018, C 673/16, *Coman y otros*²¹, se abordó el problema del reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo, a raíz de la pretensión del Sr. Coman de volver a residir en su país de origen (Rumanía), acompañado de su cónyuge, nacional estadounidense, con el que había contraído matrimonio en Bélgica. En este caso, el debate se suscitó en relación con el concepto de cónyuge que se emplea en el art. 2.2.a) de la Directiva 2004/38/CE relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los EEMM²², señalando el TJUE que, al ser un concepto neutro desde el punto de vista del género, podía incluir al cónyuge del mismo sexo del ciudadano de la Unión (pár. 35).

Tras ello, el TJUE se planteó si podía establecerse en este caso una restricción a la libre circulación de personas. Se señaló que, aunque el estado civil de las personas, en el que se incluyen las normas sobre matrimonio, es una materia competencia de los EEMM, éstos deben respetar el derecho de la UE al ejercitar su competencia y, en particular, las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de personas (pár. 38). Una restricción sólo estaría justificada si atiende a consideraciones objetivas de interés general y siempre que sea proporcional al objetivo legítimamente perseguido por el Derecho nacional (pár. 41). En este caso, ni la defensa del orden público, ni de la identidad nacional a la que se refiere el art. 4.2 TUE (pár. 42), justificaba tal restricción en opinión del TJUE, dado que la obligación

18. ECLI:EU:C:2011:291.

19. ECLI:EU:C:2016:401.

20. ECLI:EU:C:2017:432.

21. ECLI:EU:C:2018:385. Para un análisis de esta Sentencia, *vid.* M.D. ORTIZ VIDAL, «El derecho de residencia en la Unión Europea de matrimonios entre personas del mismo sexo», *Cuadernos Europeos de Deusto*, n.º. 62, 2020, pp. 127 y ss.

22. *Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) N.º 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE*, DOUE núm. L 158, de 30 de abril de 2004.

de reconocer un matrimonio entre personas del mismo sexo al objeto únicamente de conceder un derecho de residencia derivado a un nacional de un tercer Estado no afectaba negativamente a la institución del matrimonio. Se añadió que una medida nacional que pudiera obstaculizar la libertad de circulación y residencia sólo estaría justificada si fuera conforme con los derechos fundamentales garantizados por la CDFUE, cuyo respeto garantiza el TJUE (pár. 47). Y para descartar tal posibilidad se aludió al art. 7 de la CDFUE, conectándolo con el art. 8 del CEDH y la jurisprudencia del TEDH sobre este precepto, que ya ha señalado que una pareja homosexual está comprendida en el concepto de *vida privada* y *vida familiar*, de igual modo que una pareja heterosexual que se encuentre en la misma situación (par. 50).

En definitiva, el caso *Coman* impuso el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo entre los EEMM, lo cual era una cuestión muy controvertida, pero a los solos efectos de la libertad de circulación y residencia y derechos derivados. Tal como se ha señalado, nada impide que el matrimonio pueda ser excluido de la inscripción registral o que se le denieguen otros efectos vinculados al derecho privado o público, pues la sentencia del TJUE tiene una incidencia limitada²³.

4. EL RECONOCIMIENTO DE LA FILIACIÓN HOMOPARENTAL POR EL TJUE

La Sentencia del TJUE de 14 de diciembre de 2021, C-490/20, *V.M.A. y Stolichna obshtina, rayon «Pancharevo»*²⁴, se refiere a un litigio a propósito de la negativa del Municipio de Sofía, Distrito de Pancharevo (Bulgaria), a expedir un certificado de nacimiento. El caso afectaba a dos mujeres que residían en España —V. M. A., nacional búlgara y K. D. K., nacional del Reino Unido—, donde habían tenido una hija, S. D. K. A., en cuyo certificado de nacimiento, expedido por las autoridades españolas, constaban ambas como madres. Cuando se solicitó al municipio de Sofía que expidiera un certificado de nacimiento, por ser necesario para que la menor obtuviera un documento de identidad búlgaro, se rechazó su expedición porque faltaba información sobre la identidad de la madre biológica y porque la mención

23. R. ARENAS GARCÍA, «El reconocimiento de las situaciones familiares en la Unión Europea», M. V. CUARTERO RUBIO y J. M. VELASCO RETAMOSAS (dirs.), *La vida familiar internacional en una Europa compleja: cuestiones abiertas y problemas de la práctica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 73.

24. ECLI:EU:C:2021:1008.

en un certificado de nacimiento de dos progenitoras de sexo femenino era contraria al orden público de Bulgaria²⁵.

La Sentencia del TJUE partió de que S.D.K.A. tenía por nacimiento la nacionalidad búlgara, conforme a las apreciaciones realizadas por el órgano jurisdiccional remitente (pár. 25), y que, por tanto, como ciudadana europea podía invocar su derecho a la libertad de circulación y residencia en relación con su EM de origen²⁶. Como el art. 4.3 de la Directiva 2004/38/CE obliga a los EEMM a expedir a sus ciudadanos, de acuerdo con su legislación, un documento de identidad o pasaporte en el que conste su nacionalidad para poder ejercer este derecho (pár. 43), las autoridades búlgaras estaban obligadas a hacerlo. Pero la obligación se quedaba ahí, esto es, que las autoridades búlgaras debían expedir un documento de identidad o pasaporte a la menor sin supeditarla a la expedición de un nuevo certificado de nacimiento, pero sin tener tampoco la obligación de expedir este certificado. Según se desprende de las Conclusiones de la Abogada General Sra. J. KOKOTT a propósito de este caso, se trató con ello de establecer un equilibrio entre el derecho a la libertad de circulación y residencia de todo ciudadano europeo y el respeto a la identidad nacional de Bulgaria, teniendo

25. Para un análisis de esta Sentencia *vid.* S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «La justicia europea no reconoce el derecho de los hijos de parejas LGTBI en toda la UE (o la Justicia europea no obliga a los Estados miembros a reconocer la homoparentalidad)», *La Ley Unión Europea*, n.º. 102, 1 de abril de 2022, pp. 1 y ss; C. GONZÁLEZ BEILFUSS, «Libre circulación de personas y homoparentalidad: comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 14 de diciembre de 2021, asunto C— 490/20, Pancharevo», *Crónica de Derecho Internacional Privado*, REEI, n.º. 43, 2022, pp. 8 y ss; M. J. SÁNCHEZ CANO, «La libertad de circulación de personas a la luz de los nuevos modelos de familia. Una visión desde la sentencia Pancharevo», *CDT*, vol. 14, n.º. 2, 2022, pp. 1223 y ss.

26. En un párrafo posterior la Sentencia también se planteó la posibilidad de que S.D.K.A. no tuviese la nacionalidad búlgara. Para esta hipótesis, el TJUE subrayó que una menor cuya condición de ciudadana de la Unión no estuviese acreditada y cuyo certificado de nacimiento expedido por las autoridades competentes de un EM designase como progenitoras a dos personas del mismo sexo, una de las cuales fuese ciudadana de la Unión, debía ser considerado por el conjunto de los EEMM descendiente directo de ese ciudadana en el sentido de la Directiva 2004/38 a efectos del ejercicio de los derechos conferidos en el artículo 21.1 TFUE y los actos de derecho derivado correspondientes (pár. 68).

Debemos señalar que, en la solución final del caso por parte de los tribunales de Bulgaria, tras la Sentencia del TJUE, se acabó descartando que la menor tuviera la nacionalidad de este país. Una traducción al inglés de la decisión del tribunal búlgaro (Decisión n.º 2185, de 1 de marzo de 2023), puede encontrarse en H. LUKU, «The Supreme Administrative Court of Bulgaria's final decision in the Pancharevo case: Bulgaria is not obliged to issue identity documents for baby S.D.K.A. as she is not Bulgarian (but presumably Spanish)», Post May 22, 2023, <https://conflictoflaws.net>

en cuenta que la expedición de un certificado de nacimiento supondría una intromisión en su derecho de familia²⁷.

La Sentencia del TJUE de 14 de diciembre de 2021, C-490/20, *V.M.A. y Stoliczna obshtina, rayon «Pancharevo»*, realizó después una serie de consideraciones adicionales, tomando de modelo el caso *Coman*. Se recordó que, en la situación actual del Derecho de la UE, el estado civil de las personas, en el que se incluyen las normas relativas al matrimonio y la filiación, es competencia de los EEMM, que tienen libertad para contemplar o no el matrimonio entre personas del mismo sexo y la parentalidad de estas personas, pero que debe respetarse el derecho de la Unión al ejercitar dicha competencia y, en particular, las disposiciones relativas a la libertad de circulación y residencia (pár. 52). Se analizó también si una restricción a esta libertad podía estar justificada por razones de orden público y de respeto a la identidad nacional conforme al art. 4.2 TUE, teniendo en cuenta que ni en la Constitución búlgara ni en su Derecho de familia se prevé la parentalidad de dos personas del mismo sexo (pár. 53). Pero la conclusión del TJUE fue que la obligación de expedir un documento de identidad o pasaporte a la menor, cuyo certificado de nacimiento designa como progenitoras a dos personas del mismo sexo, así como la obligación de reconocer el vínculo de filiación entre la menor y cada una de esas dos personas para que pudiera ejercer los derechos derivados del artículo 21 TFUE, no suponía una vulneración de la identidad nacional, ni una amenaza para el orden público búlgaro (pár. 56).

En definitiva, que al igual que en el caso *Coman*, se impuso el reconocimiento de la filiación, aunque de forma limitada. En palabras de J. MEEUSEN, se trató de una respuesta funcional, pues el TJUE trató de asegurar que los ciudadanos de la Unión pudieran ejercer su derecho a la libertad de circulación y residencia, sin obligar a los EEMM, en este caso a Bulgaria, a reconocer la filiación más allá de lo necesario²⁸. El TJUE admitió que no se requería que el EM del que supuestamente era nacional la menor, contemplase en su Derecho nacional la parentalidad de personas del mismo sexo, ni que reconociese el vínculo de filiación entre la menor y las personas mencionadas como progenitoras en el certificado de nacimiento, con fines distintos del ejercicio de los derechos que la Unión confiere a la menor (pár. 57).

27. Conclusiones de la Abogada General Sra. J. KOKOTT, presentadas el 15 de abril de 2021, C-490/20, *V.M.A. y Stoliczna obshtina, rayon «Pancharevo»* (ECLI:EU:C:2021:296) (pár. 104).

28. J. MEEUSEN, «Functional recognition of same-sex parenthood for the benefit of mobile Union citizens — Brief comments», *GEDIP / EGPIL*, <https://gedip-egpil.eu/>.

Además, como una medida nacional que pueda obstaculizar la libertad de circulación y residencia sólo puede justificarse si es conforme con los derechos fundamentales garantizados por la CDFUE, cuyo respeto garantiza el TJUE, esta Sentencia también concluyó con la referencia a una serie de preceptos que impedirían una medida restrictiva. Se aludió al art. 7 de la CDFUE, en su relación con el art. 8 CEDH, recordando que una pareja homosexual puede estar comprendida en el concepto de vida privada y vida familiar (pár. 61); y además, al tratarse de una menor, también se mencionó el art. 24 CDFUE, que garantiza que ha de actuarse conforme al interés superior del menor, y que integra en el Derecho de la UE los principales derechos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño (párs. 63-64).

El TJUE tuvo que enfrentarse a un caso muy similar en el Auto de 24 de junio de 2022, C-2/21, *Rzecznik Praw Obywatelskich*²⁹, relativo a dos mujeres de nacionalidad polaca e irlandesa, que también habían tenido una hija en España, y que habían tratado de inscribir, en este caso en Polonia, sin éxito. La respuesta del TJUE fue la misma que en el caso *Pancharevo*.

III. LA PROPUESTA DE REGLAMENTO SOBRE FILIACIÓN

La *Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, al derecho aplicable, al reconocimiento de las resoluciones y a la aceptación de los documentos públicos en materia de filiación y a la creación de un certificado de filiación europeo* —en adelante PRF—, presentada por la Comisión Europea a 7 de diciembre de 2022³⁰, tuvo su origen en el *Discurso sobre el estado de la Unión de 2020*³¹, pronunciado por la presidenta de la Comisión, Ursula von der Leyden, en el que afirmó que se fomentaría el reconocimiento mutuo de las relaciones familiares en la UE, de modo que quien fuese madre o padre en un EM también lo fuese en los demás EEMM.

Esa afirmación había que ponerla en el contexto de las dificultades a las que se estaban enfrentando las denominadas «rainbow families». En un estudio del Parlamento Europeo, «*Obstacles to the Free Movement of Rainbow Families in the EU*»³², realizado por A. TRYFONIDOU y R. WINTEMUTE, se habían analizado, pormenorizadamente, los problemas que tienen estas familias cuando cruzan una frontera, tanto en lo que se refiere a su matrimonio o pareja de hecho registrada, como a las relaciones con sus hijos. Se

29. ECLI:EU:C:2022:502

30. Bruselas, 7.12.2022, COM (2022) 695 final.

31. El texto completo del discurso se puede consultar en la siguiente dirección de internet: https://state-of-the-union.ec.europa.eu/state-union-2020_en

32. Study requested by the PETI Committee, PE 671.505— March 2021

trató de un estudio realizado a instancia de la Comisión de Peticiones del Parlamento Europeo, a raíz de las numerosas peticiones que se estaban recibiendo de ciudadanos de la UE para que estos problemas se solucionasen. En definitiva, que el discurso de la Presidenta de la Comisión Europea partía de una necesidad sentida y de las quejas de un colectivo, lo cual explica que la actuación de las instituciones europeas en relación con la filiación se incorporara, como medida clave, en la Estrategia de la UE sobre los Derechos del Niño³³ y en la Estrategia de la UE para la igualdad de las personas LGBTIQ³⁴.

La presentación de la Propuesta de la Comisión estuvo precedida de numerosos trabajos preparatorios. El 14 de abril de 2021 la Comisión publicó el documento «*Inception Impact Assessment*»³⁵, que podría traducirse como evaluación de impacto preliminar, bajo el título «*Regulation on the recognition of parenthood between Member States*», con objeto de informar a los ciudadanos y personas interesadas sobre los planes de la Comisión, conocer su opinión y fomentar la participación. Un aspecto interesante de este documento es que contiene una síntesis muy pormenorizada de cómo se ven afectadas las relaciones entre padres e hijos cuando no se reconoce la filiación. Así, por una parte, se pone en entredicho la relación de patria potestad, y con ello, que los padres y madres tengan dificultades para actuar como representantes legales de sus hijos en numerosas gestiones de la vida diaria, como puede ser la matrícula en un colegio, abrir a su nombre una cuenta bancaria, poder dar el consentimiento para un tratamiento médico, solicitar la documentación necesaria para viajar con el menor u obtener un pasaporte que demuestre su nacionalidad. Además, hay otros derechos asociados a la filiación que también se ven afectados en ausencia de reconocimiento, como el derecho a la prestación de alimentos, los derechos sucesorios, la custodia y derechos de visita, posibles prestaciones sociales e incluso los derechos de los progenitores a la baja por paternidad o maternidad. En definitiva, que cuando no se reconoce la relación de filiación, la vida de las personas implicadas se ve seriamente afectada.

En esta fase previa a la presentación de la PRF también se abrió un proceso de consulta pública, que sirvió para confirmar las dificultades ya seña-

33. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Estrategia de la UE sobre los Derechos del Niño», Bruselas 24.3.2021, COM (2021) 142 final.

34. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Unión de la Igualdad: Estrategia para la Igualdad de las Personas LGBTIQ 2020-2025», Bruselas 12.11.2020, COM (2020) 698 final.

35. European Commission, Ref. Ares (2021) 2519673 — 14/04/2021.

ladas, además de para evidenciar que los problemas de reconocimiento aparecen fundamentalmente cuando se trata de niños nacidos por gestación por sustitución, o a través de técnicas de reproducción asistida o cuando se ha adoptado a los hijos de la pareja³⁶. En esta fase previa a la presentación de la PRF, otro hito relevante fue la creación de un Grupo de Expertos «*Recognition of parenthood between Member States*», con el fin de asistir a la Comisión en la preparación de una propuesta legislativa, en el que estuvo representada la doctrina española a través de C. GONZÁLEZ BEILFUSS³⁷.

Cuando se presentó la PRF, la evaluación de impacto que la acompaña³⁸ se refiere a que se barajaron distintas opciones de actuación, de menor a mayor grado de intervención: Opción 0, no intervención; Opción 1, recomendaciones para los Estados miembros en relación con las normas de competencia judicial, ley aplicable y reconocimiento en materia de filiación, a modo de *soft law*; Opción 2, propuesta de reglamento, con dos modalidades posibles: incluyendo el reconocimiento de resoluciones judiciales en materia de filiación e incluyendo también el reconocimiento de documentos públicos; y Opción 3, propuesta de Reglamento, que además de los aspectos señalados, previese un certificado de filiación europeo. Ésta última sería la opción preferida, considerando que el certificado puede contribuir a aliviar las trabas administrativas en relación con todo tipo de familias que solicitan el reconocimiento de la filiación en otro EM, aunque beneficie especialmente a las que se enfrentan a los mayores problemas.

En cuanto a las características fundamentales de la PRF, hemos de señalar que se aplica a los hijos de cualquier edad, cuya filiación deba determinarse, reconocerse o acreditarse (art. 4.2). En la Exposición de Motivos se precisa que se aplica al reconocimiento de la filiación, independientemente de cómo el hijo se concibió o nació, incluidos los concebidos con técnicas de reproducción asistida. También se aplica con independencia del tipo de

36. Este período de consulta pública se desarrolló entre el 19 de mayo y el 25 de agosto de 2021, *vid.* Initiative on the recognition of parenthood between Member States. Factual summary of the open public consultation Brussels, October 2021, Ref. Ares(2021)6847413 — 08/11/2021.

37. Los trabajos de este Grupo de Expertos «*Recognition of parenthood between Member States (E03765)*» se pueden consultar a través de Internet: Register of Commission expert groups and other similar entities (europa.eu).

38. *Commission staff working document, Impact assessment report accompanying the document Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law, recognition of decisions and acceptance of authentic instruments in matters of parenthood and on the creation of a European Certificate of Parenthood*, Brussels, 7.12.2022 SWD (2022) 391 final.

familia, por lo que incluye a hijos de progenitores del mismo sexo, de un único progenitor o a los hijos adoptados nacionalmente en un EM³⁹.

Como la filiación suele determinarse por ministerio de la ley o por un acto de una autoridad competente, se establecen normas uniformes de competencia judicial internacional y ley aplicable para facilitar el reconocimiento. La PRF se ocupa en su Capítulo II (arts. 6 a 15) de la competencia judicial internacional, ofreciendo una serie de foros alternativos, además de reglas para situaciones particulares, sin inmiscuirse en qué tipo de autoridad será competente en cada EM en materia de filiación. Las normas uniformes sobre ley aplicable se recogen el Capítulo III (arts. 16 a 23) y tienen por objeto evitar resoluciones contradictorias en función del Estado miembro cuyos órganos jurisdiccionales u otras autoridades competentes establezcan la filiación, así como facilitar la aceptación de documentos públicos sin efecto jurídico vinculante en el Estado miembro de origen, pero que tengan valor probatorio en este (*Considerando 50*). Al igual que en otros Reglamentos, se atiende para determinar la ley aplicable al criterio de la residencia habitual, referido en este caso a la persona que dé a luz en el momento del nacimiento (art. 17.1). Se prevé, como excepción, que cuando el derecho aplicable determine la filiación con respecto a un solo progenitor (por ejemplo, sólo el progenitor genético de una pareja del mismo sexo), pueda acudir también, para determinar la filiación en relación con el otro miembro de la pareja, a la ley de la nacionalidad de cualquiera de los progenitores o a la ley del Estado de nacimiento de los hijos (art. 17.2).

En el Capítulo IV (arts. 24-43) se regula el reconocimiento de las resoluciones judiciales y de los documentos públicos que determinan la filiación con efecto jurídico vinculante, cuando han sido emitidos en un EM. La PRF se ocupa también de los documentos públicos sin efecto jurídico vinculante en el Capítulo V (arts. 44-45), regulando su aceptación entre los EEMM para que puedan desplegar efectos probatorios. Además, se prevé la creación de un certificado de filiación europeo, Capítulo VI (arts. 46-57), cuya finalidad es que pueda ser utilizado por el hijo/a o representante legal a efectos de poder invocar fácilmente la filiación en otro EM.

En definitiva, que estamos ante una PRF con un importante valor jurídico, pues vendría a completar la jurisprudencia del TJUE en relación con la filiación, contribuyendo a su reconocimiento y acreditación más allá de la libre circulación de personas. De momento es sólo una Propuesta, que sigue su proceso de negociación, y cuyo resultado final es incierto. Sí pode-

39. Exposición de motivos de la *Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, al derecho aplicable, al reconocimiento de las resoluciones y a la aceptación de los documentos públicos en materia de filiación y a la creación de un certificado de filiación europeo*, p. 14.

mos apuntar que contamos ya con una Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de diciembre de 2023⁴⁰, en la que se ha aprobado la PRF, introduciendo algunas enmiendas.

IV. EL ESTADO ACTUAL DE LA FILIACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA. DISPARIDAD DE SOLUCIONES EN DOS ÁMBITOS DE INTERÉS PARA EL DIPR

1. LA FILIACIÓN Y LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA

Como ya se ha apuntado, en la Sentencia del TJUE de 14 de diciembre de 2021, C-490/20, *V.M.A. y Stolichna obshtina, rayon «Pancharevo»*, se barajaron dos posibilidades con respecto a la menor: la primera y preferente, pues estaba basada en las apreciaciones realizadas por el órgano jurisdiccional remitente de la cuestión prejudicial, que tuviera por nacimiento la nacionalidad búlgara, aunque los tribunales búlgaros acabaron finalmente descartando esta posibilidad, como ya se ha dicho; y la segunda, ante las dudas que se suscitaron, que no tuviera esta nacionalidad. En ambos casos, el TJUE se refirió a la obligación de reconocer la relación de filiación, tal como había sido determinada en España, para que la menor pudiera ejercer sin obstáculos su derecho a circular y residir libremente en el territorio de la UE con cada una de sus progenitoras (párs. 48-49), o para que pudiera ejercer ese derecho como descendiente de una ciudadana de la UE (párs. 67-68).

Pues bien, en las líneas que siguen vamos a referirnos a los aspectos fundamentales de la Directiva 2004/38/CE que regula el ejercicio de la libertad de circulación y residencia, viendo cómo se reflejan en la Sentencia *Pancharevo*, así como en la Propuesta de Reglamento sobre filiación.

La Directiva 2004/38/CE se refiere en su art. 2.1 al ciudadano de la Unión como toda persona que ostenta la nacionalidad de un EM, detallando, seguidamente, quiénes son los miembros de su familia que disfrutarán también de este derecho. Como se señala en el Preámbulo de esta Directiva, para que el derecho de todo ciudadano de la Unión a circular y residir libremente en el territorio de los EEMM pueda ejercerse en condiciones objetivas de libertad y dignidad, debe serle reconocido también ese derecho

40. Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 14 de diciembre de 2023, sobre la propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, al Derecho aplicable, al reconocimiento de las resoluciones y a la aceptación de los documentos públicos en materia de filiación y a la creación de un certificado de filiación europeo (COM(2022)0695 — C9-0002/2023 — 2022/0402(CNS)).

a los «miembros de la familia», cualquiera que sea su nacionalidad (*Considerando* 5).

Así, en relación con el derecho de los «*ascendientes*» resulta muy significativa la Sentencia del TJCE de 19 de octubre de 2004, C-200/02, *Zhu y Chen*⁴¹, pues realizó una importante aclaración en el sentido de que los menores son titulares del derecho a la libertad de circulación y residencia (pár. 20), que extienden a las personas que ejercen efectivamente su custodia y que no sean ciudadanos de la UE (pár. 47). En el caso *Pancharevo* se refleja esta interpretación, cuando se alude al derecho que tienen las progenitoras de una ciudadana de la Unión menor de edad bajo su guarda y custodia efectiva a acompañarla en el ejercicio de su derecho a la libertad de circulación y residencia (pár. 48). Recuérdese que en este caso una de las progenitoras era inglesa y no disfrutaba por sí misma de este derecho.

Por otra parte, en relación con los «*descendientes*», en la Sentencia del TJUE de 26 de marzo de 2019, C-129/18, *SM* (Menor sometido a kafala argentina)⁴², se ha señalado que el concepto de «descendiente directo» supone generalmente que existe un vínculo de filiación en línea directa que une al interesado con otra persona (pár. 52), que debe entenderse en sentido amplio, de modo que encaje cualquier vínculo de filiación, sea biológico o jurídico, como sería el caso de los hijos adoptivos (pár. 54). En la Sentencia *Pancharevo* (pár. 68) se aclara que el vínculo de filiación derivado de una relación homoparental también está incluido a efectos de la aplicación de esta Directiva.

El art. 3.1 de la Directiva 2004/38/CE dispone que se aplicará a cualquier ciudadano de la Unión que se traslade a, o resida en, un EM distinto del Estado del que tenga la nacionalidad, así como a los miembros de su familia, tal como se definen en el art. 2.2, que le acompañen o se reúnan con él. En la Sentencia *Coman* se señaló que el efecto útil de los derechos derivados del art. 21.1 TFUE exige que la convivencia familiar que desarrolla el ciudadano de la UE en un EM pueda continuar a su regreso al Estado de su nacionalidad mediante la concesión de un derecho de residencia derivado a los miembros de su familia, añadiéndose que los requisitos para la concesión de este derecho no debían ser más estrictos que los establecidos por la Directiva 2004/38/CE, aplicable por analogía (pár. 25). En línea con ello, la Sentencia *Pancharevo* señala que puede invocar el art. 21 TFUE en relación con su EM de origen, así como las disposiciones aprobadas para su aplicación, los ciudadanos de la UE nacidos en el EM de acogida de sus progeni-

41. ECLI:EU:C:2004:639.

42. ECLI:EU:C:2019:248.

tores y que nunca han ejercitado su derecho a la libertad de circulación y residencia (pár. 42)⁴³.

Los aspectos documentales y de prueba del vínculo de filiación resultan interesantes. La PRF declara en su art. 2.1 su intención de no interferir con la aplicación de la Directiva 2004/38/CE, de modo que cuando una persona solicite el reconocimiento de la filiación a efectos de la libertad de circulación y residencia, la prueba de la misma pueda realizarse por cualquier medio, sin que los EEMM puedan exigir que presente los documentos a que se refiere esta propuesta (certificación que acompaña a la resolución judicial, documento público o certificado de filiación europeo), sin perjuicio de que pueda hacerlo (*Considerando 14*)⁴⁴. En este contexto puede ser de utilidad el *Reglamento (UE) 2016/1191 del Parlamento Europeo y del Consejo*, al que ya hemos tenido oportunidad de referirnos, que se aplicará a los documentos públicos expedidos por las autoridades de un EM de conformidad con su Derecho nacional, que hayan de ser presentados a las autoridades de otro EM, simplificando los trámites documentales.

El art. 27 de la Directiva 2004/38/CE dispone que los EEMM pueden limitar la libertad de circulación y residencia de un ciudadano de la Unión o un miembro de su familia, independientemente de su nacionalidad, por razones de orden público, seguridad pública o salud pública. En la Sentencia del caso Pancharevo se señala que el concepto de orden público, como justificación de una excepción a una libertad fundamental, debe interpretarse en sentido estricto, de modo que cada EM no puede determinar unilateralmente su alcance, sin control por parte de las instituciones de la Unión (pár. 55). Además, en esta Sentencia se ha puesto de manifiesto una cir-

43. En la Sentencia del TJUE (Gran Sala), de 8 de marzo de 2011, C-34/09, *Ruiz Zambrano* (ECLI:EU:C:2011:124) se reconoció incluso, en relación con un menor que no cumplía las condiciones para la aplicación de la Directiva 2004/38/CE por tratarse de un ciudadano «estático», en el sentido de que residía en el país de su nacionalidad, que sobre la base del artículo 20 del TFUE podía generarse un derecho de residencia derivado en favor de sus familiares. En concreto, el TJUE consideró que un EM debía conceder un derecho de residencia a un ciudadano de un tercer país con hijos menores de edad a su cargo que eran ciudadanos de la Unión y que nunca habían ejercido su derecho de libre circulación y residencia, cuando la denegación de tal derecho obligaría a dichos menores a abandonar el territorio de la Unión para acompañar a sus progenitores.

44. En la Comunicación de la Comisión «Orientaciones sobre el derecho a la libre circulación de los ciudadanos de la UE y sus familias» (C/2023/1392), p. 10, se refleja como el Tribunal de Justicia ha aclarado que «las autoridades administrativas y judiciales de un Estado Miembro están obligadas a respetar las certificaciones y documentos análogos relativos al estado civil de las personas que emanen de las autoridades competentes de los demás Estados miembros, a menos que existan indicios concretos, referidos al caso de que se trate, que hagan dudar seriamente de su exactitud».

cunstancia concreta en la que no puede invocarse, como es la relativa a que las dos progenitoras sean del mismo sexo.

Por último, la Directiva 2004/38/CE se refiere en su art. 24.1 al derecho a la igualdad de trato, estableciendo que todos los ciudadanos de la Unión que residan en el EM de acogida gozarán de este derecho, que también será extensible a los miembros de la familia que no tengan la nacionalidad de un EM, en los términos y con los límites que marca este mismo precepto (apdo. 2º). La PRF se hace eco de esa igualdad, refiriéndose a las ventajas sociales y fiscales que pueden facilitar la movilidad, como becas, admisión a la educación, descuento sobre los costes del transporte público para las familias numerosas, tarifas reducidas de estudiantes para el transporte público o tarifas reducidas de entrada a museos (*Considerando 3*)⁴⁵. El reconocimiento de la relación de filiación a efectos de la libertad de circulación y residencia también lleva aparejado por tanto el poder disfrutar de estas ventajas sociales. Se refiere también la PRF a que la protección que dispensan las disposiciones del Tratado relativas a la libertad de circulación se extiende al reconocimiento del apellido legalmente atribuido en un EM (*Considerando 3*).

2. LA FILIACIÓN EN LOS REGLAMENTOS SOBRE COOPERACIÓN JUDICIAL CIVIL

La filiación es una institución clave para un buen número de materias reguladas en el ámbito de la cooperación judicial civil, como la responsabilidad parental, con cuestiones vinculadas al ejercicio de la patria potestad y la custodia y visita, los derechos de alimentos y sucesorios (Reglamento 2019/1111, Reglamento 4/2009 y Reglamento 650/2012). Comparte esta característica con la institución del matrimonio, que también es clave para la aplicación de los mencionados Reglamentos, además del Reglamento 2016/1103 referente al régimen económico matrimonial. Sin embargo, ni la filiación ni el matrimonio se encuentran regulados en la UE, con la salvedad de la PRF que está actualmente tramitándose.

En las líneas que siguen vamos a reflejar cómo se enfrentan los Reglamentos mencionados a esa carencia y qué puede aportar la PRF, una vez sea aprobada:

El Reglamento 4/2009 dispone en su art. 1 que se aplicará a las obligaciones de alimentos derivadas de una relación familiar, de parentesco,

45. Para un análisis de la jurisprudencia del TJUE en relación con las ventajas sociales vinculadas a la igualdad de trato *vid.* C. BARNARD, *The substantive law of the EU. The four freedoms*, 6ª ed., Oxford University Press, 2019, pp. 349 y ss.

matrimonio o afinidad. Se trata de una norma que regula la competencia judicial internacional y el reconocimiento y ejecución de resoluciones, sobre la base de que el derecho de cada EM determinará la existencia de tales relaciones. El Reglamento se encarga además de precisar en su art. 22 que el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones en materia de obligaciones de alimentos no implicará, en modo alguno, el reconocimiento de la relación que dio origen a la resolución. En definitiva, que el objetivo de este Reglamento es contribuir al cobro del crédito alimenticio, pero no al reconocimiento de la relación que sirve de base a la obligación (*Considerando 25*).

En el Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias se adopta la misma solución. Su art. 1 señala que esta norma tiene por objeto determinar la ley aplicable a las obligaciones alimenticias que derivan de una relación de familia, filiación, matrimonio o afinidad, incluyendo las obligaciones alimenticias a favor de un niño con independencia de la situación conyugal de sus padres, sin que las decisiones dictadas en aplicación de este Protocolo prejuzguen la existencia de tales relaciones.

El Reglamento 650/2012 en materia sucesoria dispone en su art. 1.1 que se aplica a las sucesiones por causa de muerte, y a continuación, en su art. 1.2, excluye de su ámbito de aplicación el estado civil de las personas físicas, así como las relaciones familiares y las relaciones que, con arreglo a la ley aplicable a las mismas, tengan efectos comparables. También excluye los regímenes económico-matrimoniales, los regímenes patrimoniales resultantes de las relaciones que la ley aplicable a las mismas considere que tienen efectos comparables al matrimonio y las obligaciones de alimentos distintas de las que tengan su causa en la muerte. En definitiva, que el Reglamento se ocupa de la sucesión estrictamente, sin abordar las relaciones de familia que pueden generar derechos sucesorios, ni de otros aspectos del derecho de familia estrechamente vinculados a la sucesión.

El Reglamento 2016/1103 sobre regímenes económico-matrimoniales declara expresamente, en su art. 1, que no se aplica a la existencia, validez y reconocimiento del matrimonio. Al igual que el Reglamento sobre sucesiones, obvia el tratamiento de la relación de familia que sirve de base a su aplicación. Como no podía ser de otra manera, el matrimonio y los cónyuges están presentes a lo largo de todo su articulado, pero quiénes pueden ser y con qué requisitos, queda fuera de su ámbito de aplicación. En el Preámbulo se señala que el Reglamento no define el concepto de matrimonio, que es definido por el derecho nacional de los EEMM (*Considerando 17*), y que las cuestiones preliminares que puedan suscitarse en relación con el matrimonio estarán reguladas por el derecho nacional de los EEMM, incluyendo sus

normas de Derecho internacional privado (*Considerando 21*). Siguiendo el modelo del Reglamento 4/2009, también establece que el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones en materia de régimen económico matrimonial no debe implicar en modo alguno el reconocimiento del matrimonio que dio lugar a la resolución (*Considerando 64*).

El Reglamento 2019/1111 se ocupa de las crisis matrimoniales y de la responsabilidad parental. Su art. 1.1 dispone que se aplica a las materias civiles relativas al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial, pero sin referirse al matrimonio. En el Reglamento 1259/2010 relativo a la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, que le sirve de complemento, sí se establece que no se aplicará, aun cuando se plantee como mera cuestión prejudicial, a la existencia, validez o reconocimiento de un matrimonio (art. 1.2.a). Se aclara además en el Preámbulo de este Reglamento que las cuestiones prejudiciales, como la capacidad jurídica y la validez del matrimonio, deberán ser determinadas por las normas de conflicto de leyes aplicables en el EM participante de que se trate (*Considerando 10*). Por otra parte, cuando precisa el concepto de responsabilidad parental, el Reglamento 2019/1111 señala expresamente que no se aplica a la determinación e impugnación de la filiación, ni a las resoluciones sobre adopción y medidas que la preparan, ni a la anulación o revocación de la adopción (arts. 1.4.a y b). En el Preámbulo se justifica esta exclusión aludiendo a que el establecimiento de la filiación es una cuestión distinta de la atribución de la responsabilidad parental (*Considerando 12*).

En este contexto, vamos a reflexionar sobre lo que podría aportar la PRF; en caso de ser aprobada. Haremos una serie de reflexiones, sin ánimo de exhaustividad, relacionadas con las normas de competencia judicial internacional, ley aplicable y eficacia extraterritorial de resoluciones y documentos públicos.

En el ámbito de la competencia judicial internacional, el Reglamento 2019/1111 incorpora, como novedad, un foro para *cuestiones incidentales* en el art. 16, que se refiere a cuestiones vinculadas a la responsabilidad parental y que requieren de una decisión específica y distinta de la que se resuelve en el objeto principal del proceso. Se trata de un precepto diseñado para responder a los problemas que se ocasionan por la fragmentación de soluciones en los Reglamentos europeos, que pueden llevar a que, en relación por ejemplo con una sucesión, sean competentes los órganos jurisdiccionales de un determinado EM, pero no lo sean para conocer de las cuestiones incidentales que se susciten sobre responsabilidad parental. En virtud del art. 16 del Reglamento 2019/1111, el órgano jurisdiccional competente para

conocer de la cuestión sucesoria podrá conocer también de la cuestión incidental de responsabilidad parental⁴⁶.

Esta disposición tan novedosa se ha incorporado también a la PRF. Su art. 10, que lleva por rúbrica «*cuestiones incidentales*», dispone que si el resultado de un proceso en una materia no perteneciente al ámbito de aplicación del presente Reglamento ante un órgano jurisdiccional de un EM, depende de la determinación de una cuestión incidental relacionada con la filiación, los órganos jurisdiccionales de dicho EM podrán resolver dicha cuestión aun cuando no tengan competencia en virtud de este Reglamento. En el Preámbulo se ejemplifica su utilidad, refiriéndose a la posibilidad de que en un litigio en materia sucesoria deba establecerse el vínculo de filiación entre el difunto y el hijo o la hija a los efectos de este proceso, señalando que los órganos jurisdiccionales del EM que resulten competentes para conocer de la sucesión deben poder determinar la existencia de ese vínculo de filiación (*Considerando 45*). La PRF también contribuirá por tanto a resolver los problemas derivados de la fragmentación de instrumentos a los que anteriormente nos referíamos.

En relación con la determinación de la ley aplicable es donde tradicionalmente se ha prestado mayor atención a la cuestión previa⁴⁷. Como pusimos de manifiesto en el epígrafe anterior, el Reglamento 2016/1103 sobre regímenes económico-matrimoniales declara que las cuestiones preliminares que puedan suscitarse en relación con el matrimonio estarán reguladas por el derecho nacional de los EEMM, incluyendo sus normas de Derecho internacional privado. También tuvimos ocasión de referirnos al Reglamento 1259/2010, en el que se establece que las cuestiones prejudiciales deberán ser determinadas por las normas de conflicto de leyes aplicables en el EM participante de que se trate⁴⁸. Añadimos ahora dos normas más. Por una parte, el Protocolo de La Haya de 2007 relativo a la ley aplicable a la obligación de alimentos, que afecta a la filiación, y que deja la cuestión previa más abierta, señalando que puede acudir para resolverla a la ley

46. Para un análisis de profundidad de este precepto vid. P. MANKOWSKI, «Article 16 Incidental questions», U. MAGNUS y P. MANKOWSKI (dir.), *ECPIL. European Commentaries on Private International Law. Commentary Brussels IIter Regulation*, Otto Schmidt, Köln, 2023, pp. 226 y ss.

47. De hecho, en sentido estricto, la cuestión previa se ha analizado en el sector de los conflictos de leyes, aunque también suscite dificultades en el ámbito de los conflictos de jurisdicciones, S. CORNELOUP, «Les questions préalables de statut personnel dans le fonctionnement des règlements européens de droit international privé», *TCFDIP*, 2010-2012, p. 191.

48. Para un análisis de la cuestión previa referida al matrimonio, vid. L. ALVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, «La cuestión previa de la existencia del matrimonio en el proceso de divorcio con elemento extranjero», *CDT*, 2013, vol. 5, nº 2, pp. 140 y ss; M.

aplicable a la obligación de alimentos o a las normas de conflicto del foro. En el Informe que acompaña al Protocolo se pone como ejemplo, precisamente, que en el marco de un proceso que tiene por objeto principal el abono de una pensión alimenticia, el presunto deudor puede rechazar la existencia de un vínculo de filiación⁴⁹. Por otra parte, el Informe que acompaña al Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, que también se vincula a la filiación, por cuanto determina la ley aplicable a las medidas de protección de menores y responsabilidad parental, se pronuncia en sentido similar⁵⁰.

Esas diferencias de enfoque deben conectarse con la diversidad de soluciones que se han barajado a nivel doctrinal para resolver la cuestión previa, que han sido fundamentalmente dos⁵¹: el recurso a la norma de conflicto del foro para determinar la ley aplicable a la cuestión previa o el recurso a la norma de conflicto de la ley rectora de la cuestión principal, la *lex causae*. De las normas de conflicto del foro se ha dicho que favorecen la armonía nacional de soluciones, pues siempre se aplicarían las mismas normas de conflicto nacionales, independientemente de que la cuestión se hubiese planteado como cuestión previa o como cuestión principal. Además, se trata de una regla clara, previsible y fácil de aplicar, pues evita la complejidad de tener que acudir a las normas de conflicto de un derecho extranjero. En relación con las normas de conflicto de la *lex causae* se señala que favorecen la armonía internacional de soluciones, en el sentido de que la cuestión previa se resolvería de la misma forma independientemente del órgano jurisdiccional que resultase competente para conocer de la cuestión principal. En cuanto a los inconvenientes de una u otra opción, se dice que la norma de conflicto de *lex fori* podría fomentar el *forum shopping*, mientras que el recurso a la norma de conflicto de *lex causae* no sería coherente con

GUZMÁN ZAPATER, «La falta de una noción común de matrimonio: ¿una anomalía del Derecho internacional privado europeo?», M. V. CUARTERO RUBIO y J. M. VELASCO RETAMOS (dirs.), *La vida familiar internacional en una Europa compleja: cuestiones abiertas y problemas de la práctica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 129 y ss.

49. A. BONOMI, *Informe explicativo del Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias*, Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, p. 10.

50. P. LAGARDE, *Informe explicativo del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños*, Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, p. 48.

51. S. CORNELOUP se refiere también a la posibilidad de acudir directamente al derecho que regula la cuestión principal o a una aproximación funcional donde la solución dependa de la materia regulada, «Les questions préalables de statut personnel dans le fonctionnement des règlements européens de droit international privé», *op. cit.*, p. 197.

la exclusión que se hace del reenvío en los Reglamentos UE⁵². En la práctica, este debate doctrinal se decanta, en prácticamente todos los EEMM, por el recurso a la norma de conflicto del foro, con la salvedad de Alemania donde sí ha tenido mayor eco la doctrina de *lex causae*⁵³.

En cualquier caso, si la cuestión previa está cubierta por normas de conflicto uniformes en la UE, el debate resultará intrascendente siempre que la cuestión principal se regule por el derecho de un EM. La PRF incorpora normas de conflicto uniformes, que permitiría, en las relaciones entre EEMM, superar el debate en torno a la opción por la armonía nacional o internacional de soluciones, vinculadas a la *lex fori* o a la *lex causae*.

La cuestión previa en relación con las normas de competencia judicial internacional y ley aplicable también puede plantearse bajo la forma de reconocimiento de una resolución judicial u otro documento público. A modo de ejemplo, una demanda de alimentos en la que hay que determinar la competencia y la ley aplicable, puede depender del reconocimiento de una resolución judicial extranjera sobre adopción⁵⁴. Para estos casos, la PRF ofrece ventajas significativas desde diversos puntos de vista. Por una parte, se establecen normas para el reconocimiento de las resoluciones judiciales y los documentos públicos que determinan la filiación con efecto jurídico vinculante. Como se aclara en el Preámbulo, en función del Derecho nacional, un documento público que determine la filiación con efecto jurídico vinculante en el EM de origen puede ser, por ejemplo, una escritura notarial de adopción o una resolución administrativa por la que se establezca la filiación tras un reconocimiento de paternidad (*Considerando 59*). Por otra parte, también se regula la aceptación de documentos públicos sin efecto jurídico vinculante en el EM de origen, pero que tengan valor probatorio, como puede ser un certificado de nacimiento, un certificado de filiación o un extracto del registro civil relativo al nacimiento (*Considerando 68*). Se añade que para que el reconocimiento de la filiación se produzca de forma rápida, fluida y eficiente, la PRF también crea un certificado de filiación europeo, que permitirá a los hijos o a sus progenitores demostrar fácilmente su condición en otros EEMM (*Considerando 76*).

52. Vid. S.L. GOESSL, «Preliminary questions in EU Private International Law», *JPIL*, Vol. 8, nº 1, 2012, pp. 63 y ss; T. PFEIFFER y J. WITTMANN, «Preliminary questions», I. VIARENGO y F.C. VILLATA, *Planning the future of cross border families. A path through coordination*, Hart Publishing, Oxford, 2020, pp. 47 y ss.

53. G. MÄSCH, «Preliminary Question», S. Leible (ed.), *General Principles of European Private International Law*, Wolters Kluwer, The Netherlands, 2016, p. 103.

54. S. CORNELOUP, «Les questions préalables de statut personnel dans le fonctionnement des règlements européens de droit international privé», *op. cit.*, pp. 196.

Por último, en el sector de la eficacia extraterritorial podemos encontrarnos con situaciones en las que se solicita el reconocimiento y ejecución de una resolución judicial o documento público relativo a una materia comprendida en el ámbito de aplicación de alguno de los Reglamentos UE, en los que también hay un pronunciamiento sobre una cuestión previa vinculada a una cuestión de estatuto personal, que no lo está⁵⁵. Como hemos tenido oportunidad de reflejar con anterioridad, en algunos Reglamentos se desvinculan expresamente ambas cuestiones, de modo que no se influyan. Recuérdese el art. 22 del Reglamento 4/2009, donde se establece que el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones en materia de obligaciones de alimentos no implicará, en modo alguno, el reconocimiento de la relación que dio origen a la resolución. Los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104 también desvinculan sus normas sobre reconocimiento y ejecución del reconocimiento del matrimonio y de la unión registrada respectivamente, a través de una declaración en su Preámbulo. Pues bien, en este contexto, la PRF, con sus normas sobre reconocimiento, sólo puede contribuir positivamente a simplificar el panorama jurídico.

V. CONCLUSIONES

En este trabajo hemos partido del método de reconocimiento de situaciones jurídicas para enmarcar su origen y comprender la incidencia que ha tenido en la jurisprudencia del TJUE. En relación con el matrimonio entre personas del mismo sexo, el caso *Coman* impuso su reconocimiento a efectos de la libertad de circulación y residencia, pero no a otros efectos civiles. Y el mismo modelo se ha seguido poco después con el caso *Pancharevo* y la filiación homoparental. Se trata de una respuesta satisfactoria, en el sentido de que impone el reconocimiento, pero claramente incompleta.

En paralelo prácticamente al procedimiento que dio lugar a esta decisión, la UE decidió elaborar una PRF. En este trabajo hemos tenido oportunidad de referirnos a los antecedentes de la Propuesta presentada por la Comisión y a los hitos fundamentales de su proceso de elaboración hasta el momento presente. También hemos tenido oportunidad de reflejar sus características fundamentales en relación con la regulación de la competencia judicial internacional, la ley aplicable y el reconocimiento. Pero debemos reconocer que el resultado de esta Propuesta es incierto, teniendo en cuenta que afecta a una materia altamente sensible para los EEMM, en la que se ponen de manifiesto las profundas divergencias que mantienen en su forma de entender el derecho de familia.

55. S. CORNELOUP, «Les questions préalables de statut personnel dans le fonctionnement des règlements européens de droit international privé», *op. cit.*, p. 201.

En una tercera parte de este trabajo nos hemos referido a la situación actual de la filiación en la UE, distinguiendo, por una parte, su incidencia en relación con la libertad de circulación y residencia, y por otra, en la aplicación de los Reglamentos sobre cooperación judicial civil. En el primer ámbito nos encontramos con una regulación bien definida en la Directiva 2004/38/CE, sobre la que ya existe jurisprudencia del TJUE que facilita su aplicación. Pero en relación con los Reglamentos sobre cooperación judicial civil emerge con claridad la existencia de una laguna en torno a la filiación, que podría ser colmada con la PRF, contribuyendo a una mejor aplicación del sistema europeo de Derecho internacional privado en su conjunto.

II Parte

Cuestiones vinculadas con las normas de competencia judicial internacional

Capítulo 3

Los mecanismos de solución de la litispendencia internacional en materia de responsabilidad parental y la comprobación de la competencia judicial internacional. Perspectiva española

ELENA CANO BAZAGA
Prof.^a Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de Sevilla

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS. II. EL RÉGIMEN INSTITUCIONAL: EL REGLAMENTO 2019/1111. 1. *Contexto normativo*. 2. *La comprobación de la competencia*. 3. *Los mecanismos de solución*. III. EL CONVENIO DE LA HAYA DE 1996. IV. EL RÉGIMEN AUTÓNOMO: LA LCJIMC. 1. *Contexto normativo*. 2. *El mecanismo de solución: suspensión condicionada y archivo*.

I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

Como es sabido, la movilidad transfronteriza caracterizadora del derecho de familia conlleva, vinculado a una crisis matrimonial o no, que los titulares de la responsabilidad parental puedan dirigirse a órganos jurisdiccionales de distintos Estados para solicitar medidas de protección, o para litigar, en particular, sobre los derechos de custodia y visita, referidos al mismo menor. Esta realidad provoca situaciones de litispendencia internacional, con el consiguiente riesgo de que lleguen a dictarse decisiones contradictorias, si los tribunales no actúan coordinadamente o si dichas situaciones son ignoradas. Algunos sistemas, además de incluir como causa de denegación del reconocimiento y, en su caso, ejecución, de las decisiones judiciales extranjeras, la contradicción entre resoluciones, o la contradicción

entre la decisión extranjera y el proceso pendiente sobre lo mismo en el foro, actúan preventivamente, regulando reglas o mecanismos de solución aplicables cuando los procedimientos están aún pendientes¹. Estas páginas se dedican, desde la perspectiva española, al análisis de dichas reglas y mecanismos, prestando especial atención a la comprobación de la competencia judicial internacional de los tribunales implicados.

Los tribunales españoles, para resolver las situaciones de litispendencia internacional en materia de responsabilidad parental, cuentan con tres regímenes: el institucional, contenido 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 menores (versión refundida)*² — en adelante, *Reglamento 2019/1111* —; el convencional, del que, dadas sus interacciones con el *Reglamento 2019/1111*, analizaremos el *Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños*³ — en adelante, *CH 96* —, ambos instrumentos con soluciones específicas para esta materia; y el régimen autónomo, previsto en la *Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil* — en adelante, *LCJIMC* —, regulación general, además de subsidiaria, en virtud del principio de primacía del Derecho de la UE y de los tratados y acuerdos internacionales en los que España es parte (art. 96.1 CE, art. 288 TFUE, y art. 2.a LCJIMC).

1. E. CANO BAZAGA, *La litispendencia comunitaria*, Eurolex, Madrid, 1997, p. 24. F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, M. VIRGÓS SORIANO, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ª ed., 2007, Thomson, pp. 362-364; J. MASEDA RODRÍGUEZ, «Régimen de la litispendencia con terceros Estados: algunas reflexiones en materia de crisis matrimoniales», *RGLJ*, 2021, nº 4, p. 761.
2. DOUE núm. L 178, de 2 de julio de 2019. Vid. U. MAGNUS, P. MANKOWSKI, *ECPIL, Brussels II bis Regulation*, Otto Schmidt, Colonia, 2017; *id.* *Brussels II ter Regulation*, Otto Schmidt, Colonia, 2023. En la doctrina española, B. CAMPUZANO DÍAZ (Dir.), *Estudio del Reglamento (UE) 2019/1111 sobre crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*, Cizur Menor, Thomson Reuters, 2022; G. PALAO MORENO (Dir.), *El nuevo marco europeo en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción de menores. Comentarios al Reglamento (UE) nº 2019/1111*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022; E. CASTELLANOS RUIZ (Dir.) *Comentario al nuevo Reglamento (UE) Bruselas II ter relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre sustracción internacional de menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023; C. GONZÁLEZ BEILFUSS (et. al.), *Jurisdiction, recognition and enforcement in matrimonial and parental responsibility matters a commentary on regulation 2019/1111 (Brussels IIb)*, Cheltenham, UK, Edward Elgar Publishing, 2023.
3. BOE núm. 291, de 2 de diciembre de 2010.

Conforme a dicho principio, debemos partir de lo previsto en el Reglamento 2019/1111, piedra angular del sistema español de competencia judicial internacional en derecho de familia⁴ que regula, en su art. 20, dos mecanismos de solución aplicables, únicamente, en las relaciones intracomunitarias: uno fundamentado en la prioridad temporal y otro, novedoso, en la prioridad de la competencia exclusiva. De otra parte, para las relaciones de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros del Reglamento 2019/1111 con los órganos jurisdiccionales de Estados no miembros, pero contratantes del CH 96 — en adelante, Estados terceros parte del CH 96 — remite, en su art. 97.2 c), a la aplicación del art. 13 de dicho Convenio. Por lo que respecta a las relaciones con terceros Estados, guarda silencio⁵.

De todo ello se deriva que el tribunal español implicado en una situación de litispendencia internacional acudirá, para resolverla, a los mecanismos de solución del art. 20 del Reglamento cuando el otro tribunal implicado pertenezca a un Estado miembro; a las reglas del art. 13 del CH 96 cuando el otro tribunal pertenezca a un Estado tercero parte del CH 96 y, subsidiariamente, en defecto de convenio internacional que regule la cuestión, para las relaciones con órganos jurisdiccionales de terceros Estados, ajustará su actuación a las previsiones de la LCJIMC⁶.

De los tres regímenes se deduce que la situación de litispendencia internacional presupone la competencia judicial internacional de los tribunales implicados⁷. Precisamente porque se produce una situación de concurren-

4. Sobre el ámbito de aplicación del Reglamento en materia de responsabilidad parental, *vid.* M. A. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, «Capítulo 1: Origen, objetivos y ámbito de aplicación», en B. CAMPUZANO DÍAZ (Dir.), *Estudio del Reglamento 2019/1111...*, *op. cit.*, pp. 43-47.
5. Aunque la Comisión se planteó la posibilidad de abordar las relaciones de litispendencia con terceros Estados mencionando el art. 33 del Reglamento Bruselas I, *vid.* P. MANKOWSKI, «Art. 20», en U. MAGNUS, P. MANKOWSKI, *ECPIL*, 2023, *op.cit.*, p. 285. Como señala A. BONOMI, «La compétence internationale en matière de divorce. Quelques suggestions pour une (improbable) révision du règlement Bruxelles II bis», *RCDIP*, octubre-diciembre 2017, pp. 530, hubiera sido deseable una solución, ante la diversidad de respuestas en los derechos autónomos de los Estados. *Vid.*, también, L. F. CARRILLO POZO, *Responsabilidad parental: un estudio de derecho procesal civil internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 59.
6. A. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, volumen II, 18 ed., Comares, Granada, 2018, p. 246
7. *La competencia de los tribunales y la creación de una situación de riesgo de resoluciones contradictorias son los presupuestos de la litispendencia, lo que ha determinado que en el ámbito internacional su admisión se haya conectado, de una parte, con los problemas derivados de la competencia directa y, de otra, con los que hacen referencia al reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras, vid.*, E. CANO BAZAGA, *La litispendencia internacional*, *op. cit.*, pp. 27-28 y la bibliografía citada.

cia de competencias sobre lo mismo, es necesario determinar qué tribunal va a conocer del asunto. Como es sabido, en materia de responsabilidad parental, el foro de la residencia habitual del menor es el foro generalmente aceptado, pero, además de que el concepto de «residencia habitual» no siempre se interpreta de la misma forma⁸, no es el único foro posible. Los distintos sistemas, junto a otras posibilidades, suelen contemplar el juego de la autonomía de la voluntad de los progenitores, que pueden otorgar competencia, de forma expresa o tácita, para pronunciarse sobre la responsabilidad parental y medidas de protección del menor, al tribunal competente para pronunciarse sobre la crisis matrimonial, o bien dirigirse a un tribunal distinto al de la residencia habitual del menor, si el menor mantiene un vínculo con ese otro Estado.

Por lo que respecta al sistema de competencia judicial internacional de los tribunales españoles en esta materia, el texto de referencia, el Reglamento 2019/1111, al igual que el precedente, el Reglamento 2201/2003⁹, incorpora, junto al criterio general de la residencia habitual del menor en el momento de presentación de la demanda, la prórroga de competencia basada en el interés superior del menor, permitiendo, además, que los tribunales de los Estados miembros puedan acudir, residualmente, a los foros de competencia judicial internacional de los respectivos regímenes autónomos cuando, con arreglo al Reglamento, los tribunales de los demás Estados miembros no tienen competencia¹⁰. Ello conduce a que los tribunales españoles, en determinados casos, puedan resultar competentes también «... cuando el demandante sea español o resida habitualmente en España o, en todo caso, al menos desde seis meses antes de la presentación de la demanda» (art. 22 *quáter* LOPJ)¹¹.

8. Ni siquiera por los tribunales de los EM de la UE, *vid. ad. ex.*, B. CAMPUZANO DÍAZ, «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, *CDT*, vol. 12, n° 1, 2020, pp. 109-111.

9. DOUE núm. L 338, de 23 de diciembre de 2003.

10. Sobre los foros de competencia del Reglamento 2019/1111 en materia de responsabilidad parental, *vid.* A. DURÁN AYAGO, «Capítulo 3. La competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental. La regla general (art. 7)» y B. CAMPUZANO DÍAZ, «Capítulo 4. La competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental: las reglas especiales (arts. 8, 9 y 10)», en B. CAMPUZANO DÍAZ (Dir.), *Estudio del Reglamento 2019/1111... op. cit.*, pp. 71 y ss. y pp. 79 y ss.

11. Los tribunales españoles se han pronunciado en diversas ocasiones sobre medidas de protección respecto a hijos con residencia habitual fuera de España, resultando competentes por acuerdo de los progenitores, *vid.* M. HERRANZ BALLESTEROS, «Aplicación práctica de la LCJIMC», *CDT*, vol. 12, n° 1, 2020, pp. 596 y ss.

En los tres regímenes la regulación de la litispendencia actúa como contrapeso a la pluralidad de foros posibles¹², señalando cuál de ellos debe prevalecer. En el régimen institucional (art. 20 del Reglamento 2019/1111) y en el autónomo (art. 39 LCJIMC), se articulan, expresamente, mecanismos en dos fases, una primera, detectada la concurrencia de procedimientos abiertos sobre los mismo, de suspensión, dada la incertidumbre que rodea al proceso extranjero, en concreto, por lo que respecta a la competencia judicial internacional del otro órgano jurisdiccional implicado, y otra segunda, despejadas las dudas, de inhibición o archivo. La regulación, más escueta, del art. 13 del CH 96 se sustenta en una regla general, abstención del tribunal que conoce en segundo lugar, y su correspondiente excepción, si el primero renuncia a conocer. Los tres modelos, con la finalidad última de evitar futuras decisiones contradictorias, dan adecuada respuesta al principio de economía procesal y al de protección jurídica de las partes¹³ y, en los tres, la aplicación de las soluciones se condiciona a premisas, *identidad* entre procedimientos *pendientes*, muy similares.

Las diferencias esenciales se encuentran precisamente en las soluciones diseñadas, producto del contexto en el que están llamadas a operar. En el contexto intracomunitario rige el principio de confianza mutua, correspondiendo a cada órgano jurisdiccional verificar su propia competencia, estableciéndose reglas procedimentales comunes para su comprobación (art. 18) y para la admisibilidad de la demanda (art. 19), además de determinarse la fecha de inicio de los respectivos procedimientos a través de un concepto autónomo respecto a lo previsto en los sistemas procedimentales nacionales (art. 17), y de reforzarse la colaboración y la cooperación entre las autoridades implicadas¹⁴. Todo ello permite regular, en el art. 20, dos mecanismos de solución rígidos, — prioridad temporal o prioridad de la competencia exclusiva —, caracterizados por su automatismo. No existe ningún margen

12. Lo subraya, por lo que respecta al Reglamento 2019/1111, *ad. ex.* J. RODRÍGUEZ RODRIGO, «Sección 3. Disposiciones comunes.», en E. CASTELLANOS RUIZ (Dir.) *Comentario al nuevo Reglamento (UE) Bruselas II ter, op. cit.*, p. 368.

13. F. GARCIMARTIN ALFÉREZ, M. VIRGÓS SORIANO, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional, op. cit.*, pp. 362-364.

14. Estos artículos han sido analizados en otro trabajo, *Vid.* E. CANOBAZAGA, «Capítulo 7: Las reglas procedimentales para el correcto funcionamiento del sistema de competencia judicial internacional (arts. 17 a 20)», en B. CAMPUZANO DÍAZ, (Dir.), *Estudio del Reglamento 2019/1111, op. cit.*, pp. 143 y ss. Dado el objeto de este estudio, nos centraremos en los arts. 18 y 20, haciendo las oportunas referencias a los arts. 17 y 19, a cuyo comentario nos remitimos.

de valoración de las circunstancias concretas. Se trata de mecanismos imperativos y aplicables de oficio¹⁵.

El art. 13 del CH 96, concebido para su aplicación en un sistema de competencias alternativas cerrado¹⁶, en la que cada tribunal es responsable de su competencia, responde a un enfoque distinto. La abstención del segundo tribunal es obligatoria, a no ser que el primero decline su competencia, atendiendo al interés superior del menor, por entender que el segundo es el mejor situado. Se trata de una solución dotada de cierta flexibilidad, en la que es el primer tribunal el que cuenta con un margen de valoración, con la que se persigue un doble objetivo: que conozca una de las autoridades implicadas (como ocurre con el art. 20 del Reglamento 2019/1111) pero también que esa autoridad sea la más adecuada teniendo presente el interés superior del menor.

En el contexto de las relaciones con órganos jurisdiccionales de terceros Estados, en el que el art. 39 de la LCJIMC opera, evidentemente, no existen reglas procedimentales comunes que ayuden al correcto funcionamiento de unos foros que pueden ser muy distintos. La incertidumbre sobre las vicisitudes del proceso extranjero es potencialmente total, por lo que se incorpora, con carácter potestativo, un mecanismo de solución flexible, suspensión, con posibilidad de levantamiento, y archivo, que sólo puede ponerse en marcha a instancia de parte y previo Informe del Ministerio Fiscal. El mecanismo dota al tribunal español, segundo en conocer, de un amplio margen de valoración de las circunstancias concretas, pues su actuación acogiendo la excepción de litispendencia internacional, depende de que la futura decisión extranjera pueda desplegar efectos jurisdiccionales en nuestro país, para lo que deberá verificar la competencia del tribunal extranjero y que en el procedimiento concurrente se respeta el derecho a la tutela judicial efectiva.

15. Vid. M. L. NIBOYET, «Office du juge: la verification et l'exercice de la compétence», en H. FULCHIRON, C. NOURISSAT, *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Dalloz, Paris, 2005, pp. 192-196.

16. P. LAGARDE, *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>, pp. 42-43.

II. EL RÉGIMEN INSTITUCIONAL: EL REGLAMENTO 2019/1111

1. CONTEXTO NORMATIVO

Bajo el título *Litispendencia y acciones dependientes*, el art. 20 del Reglamento 2019/1111 distingue entre la concurrencia de procedimientos, pendientes ante distintos órganos jurisdiccionales de Estados Miembros, relativos al divorcio, la separación legal o la nulidad del matrimonio, entre las mismas partes (art. 20.1), y los relativos a la *responsabilidad parental sobre el mismo menor*, para los que se requiere *identidad de objeto y causa* (art. 20.2). Para ambas situaciones, cuando los tribunales implicados tienen a su favor foros de competencia alternativos entre sí, con fundamento en el principio *prior tempore potior iure*, mantiene el mecanismo general de la inhibición diferida: el tribunal que conoce el segundo en el tiempo está obligado a suspender de oficio el procedimiento y, una vez que el primero establezca su competencia, a inhibirse (apartados 1 y 3 o apartados 2 y 3, según el caso).

La diferencia con el Reglamento anterior¹⁷ se produce a consecuencia de la incorporación de una nueva regulación de los acuerdos de elección de foro, únicamente previstos para la materia de responsabilidad parental, que incluye la posibilidad de que dichos acuerdos otorguen al tribunal elegido una competencia exclusiva (aceptación de competencia prevista en el art. 10.1 b) ii). De manera que si alguno de los órganos jurisdiccionales implicados en la situación de litispendencia tiene competencia exclusiva, se abandona la regla *prior tempore*, y se opta por un mecanismo específico basado en la prioridad de la competencia exclusiva frente a las demás, nueva regla inspirada en el art. 31.2 del Reglamento 1215/2012¹⁸. En este caso, será cualquier otro órgano jurisdiccional el que suspenderá de oficio el procedimiento (art. 20.4). Una vez establecida la competencia exclusiva conforme al art. 10, los órganos jurisdiccionales de los demás Estados miembros se inhibirán (art. 20.5).

La aplicación de los mecanismos de solución de las situaciones de litispendencia exige que los procedimientos estén en curso, pendientes. El

17. *Vid.*, un análisis de las diferencias con el Reglamento 2201/2003, en M. HERRANZ BALLESTEROS, «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», *REDI*, vol. 73, n° 2, 2021, pp. 246-247.

18. *Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición)*. *Vid., ad., ex*, G. BIAGIONI, «Il nuovo regolamento (UE) 2019/1111 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale, e alla sottrazione internazionale», *RDI*, n° 4, 2019, p. 1170.

general, basado en el principio *prior tempore*, requiere, además, fijar el orden de conocimiento entre los tribunales implicados. El art. 17 del Reglamento 2019/1111, distinguiendo entre los casos en los que el procedimiento empieza a instancia de parte y la iniciación de oficio, incorpora las cuatro formalidades procesales que pueden determinar la iniciación del procedimiento a efectos del Reglamento, dando cabida a los distintos modelos nacionales existentes, de manera que se moderen los agravios comparativos entre ordenamientos rápidos y lentos y se minimicen las tácticas dilatorias u otros comportamientos procesales poco deseables. El *Considerando 35*, por su parte, se refiere a la incidencia de la mediación y la conciliación en la fecha de inicio del procedimiento¹⁹.

Con el inicio del procedimiento, conforme a los distintos momentos preceptuados en el art. 17, surge la *perpetuatio fori*²⁰, poniéndose en marcha la actividad jurisdiccional del tribunal en cuestión, que estará obligado a seguir los mandatos, entre otros, de los arts. 18, 19 y 20.

2. LA COMPROBACIÓN DE LA COMPETENCIA

Una vez iniciado el procedimiento, para garantizar la aplicación efectiva del Reglamento y de conformidad con el principio de confianza mutua, corresponde a cada tribunal examinar si realmente tiene competencia, aun-

-
19. *Vid.*, ad ex. P. MANKOWSKI, «Art. 16», en U. MAGNUS y P. MANKOWSKI, *ECPIL*, *op. cit.*, 2017, pp. 212; J. MASEDA RODRÍGUEZ, «Régimen de la litispendencia respecto a terceros Estados: Algunas reflexiones en materia de crisis matrimoniales», *op. cit.*, pp. 800-801; F. GASCÓN INCHAUSTI, «Litispendencia internacional y actuaciones previas al proceso (consideraciones a propósito de la STJUE de 4 de mayo de 2017, Hanseyachts, y de la STJUE de 20 de diciembre de 2017, Schlömp)», *CDT*, vol. 10, nº 1, 2018, pp. 590-591; M. GUZMÁN PECES, «Cuestiones problemáticas en torno a la litispendencia en el Reglamento (UE) 2201/2003 en el ámbito de las crisis familiares», *La Ley Unión Europea*, nº 67, 2019, pp. 1 y ss.; L. F. CARRILLO POZO, *Responsabilidad parental...*, *op. cit.*, pp. 214-215; E. CANO BAZAGA, «Capítulo 7: Las reglas procedimentales para el correcto funcionamiento del sistema...» *op. cit.*, pp. 135-139.
20. *Considerando 21*. A diferencia del Reglamento (UE) 2019/1111, en el régimen del CH 96, iniciado el procedimiento, el cambio de residencia habitual del menor a otro Estado contratante conlleva la competencia de los tribunales de la nueva residencia. *Vid.*, A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 2064; M. HERRANZ BALLESTEROS, «El Reglamento (UE) 2019/1111...», *op. cit.*, p. 234.; B. CAMPUZANO DÍAZ «El nuevo Reglamento (UE) 2019/111...», *op. cit.*, pp. 110-111; La interacción entre ambos instrumentos puede provocar conflictos de competencia que en este punto no han sido resueltas por el art. 97 del Reglamento, *vid.*, A. DURÁN AYAGO, «*Perpetuatio fori* y coexistencia del Reglamento (CE) 2201/2003 y el Convenio de La Haya de 1996. A propósito de la STJUE de 14 de julio de 2022, asunto C-572/21, CC», *CDT*, vol. 15, nº 2, 2023, pp. 1213 y ss.; A. L. CALVO CARAVACA y M. J. CEBRIÁN SALVAT, «Art. 97», en U. MAGNUS y P. MANKOWSKI, *ECPIL*, 2023, *op. cit.*, p. 643.

que no sea impugnada a instancia de parte, así se deduce del art. 18 y de la naturaleza imperativa de los foros que incorpora²¹. El principio de confianza mutua impide a los demás tribunales de los EM revisar el resultado de esa evaluación de la competencia, tanto en la fase de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, como en la fase de litispendencia, evitándose el riesgo de declaraciones contradictorias o irreconciliables sobre cuestiones de competencia²².

El art. 18 obliga a los tribunales de los EM a declararse de oficio incompetentes si no tienen competencia conforme al Reglamento (arts. 7 a 11 para la materia de responsabilidad parental) y la autoridad jurisdiccional de otro EM sí. El art. 18 exige que los tribunales de los EEMM no infrinjan la competencia imperativa de otro tribunal si no tienen una competencia de igual rango, asegurando la preferencia de los criterios de competencia del propio Reglamento frente a los previstos en el derecho autónomo²³.

En los procesos sobre responsabilidad parental, el tribunal del EM — en este análisis un tribunal español — incompetente conforme al Reglamento, siempre que el interés superior del menor lo exija, tiene la obligación suplementaria de informar al órgano jurisdiccional del otro Estado miembro que sí lo es, directamente o a través de la autoridad central designada, aunque no tiene la obligación de remitirle el asunto²⁴. Excepcionalmente, pudiera ocurrir que, a pesar de la incompetencia del tribunal, el menor en cuestión tenga una vinculación especial con nuestro país. En ese caso, el tribunal español tiene la facultad de solicitar el traslado de competencia regulado en el art. 13²⁵.

21. Vid. A. BORRÁS, «Informe explicativo del Convenio celebrado con arreglo al artículo K del Tratado de la Unión Europea, sobre competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial», DOCE núm. C 221, de 16 de julio de 1998, p. 45. H. GAUDEMET-TALLON, «Le Règlement n° 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000: Compétence, reconnaissance et exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs», *JDI*, n° 2, 2001, pp. 381-430, p. 398; E. CANO BAZAGA, «El derecho de familia comunitarizado: la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en materia de crisis matrimoniales y responsabilidad parental», *Anuario de Derecho Europeo, Universidad de Sevilla*, 2, 2002, p. 81; P. MANKOWSKI, «Art. 18», en *ECPIL*, 2023, *op.cit.*, p. 261.
22. Vid. STJUE de 19 de noviembre de 2015, asunto C-455/15 PPU, ECLI:EU:C:2015:763.
23. M. MANKOWSKI, «Art. 18», *ECPIL*, p. 261 y p. 263.
24. STJUE de 2 de abril de 2009, A, asunto C-523/07, ECLI:EU:C:2009:225, pár. 71. A juicio de R. CARRILLO POZO, *Responsabilidad parental...*, *op. cit.*, pp. 76-77, el deber de informar es escasamente útil cuando no se está en sede de litispendencia.
25. Considerando 37. Es en esta sede, en la que se incorpora la adaptación de la doctrina inglesa del *forum non conveniens*, más restrictiva que la propia de los países de *common*

Si de esa comprobación de la competencia resulta que ninguna autoridad perteneciente a un Estado miembro tiene competencia con arreglo al Reglamento, el tribunal español podrá acudir al derecho autónomo, fundamentando la competencia, en su caso, con arreglo a los foros previstos en la LOPJ, así lo indica el art. 14 del Reglamento 2019/1111, dedicado a las competencias residuales, decisión factible si el foro previsto en la LOPJ responde al interés superior del menor²⁶.

La verificación o comprobación de oficio de la propia competencia no impide que la competencia pueda impugnarse a instancia de parte. Al igual que sus antecesores, el Reglamento 2019/1111 no se pronuncia sobre dicha posibilidad, ni sobre las cuestiones procedimentales²⁷ que plantea la comprobación de la competencia, ya sea de oficio o a instancia de parte, como el momento procesal en el que se debe producir la declaración de incompetencia o la posibilidad de recursos contra la decisión del tribunal declarando que no es competente, cuestiones para las que, igualmente, se acudirá al derecho procesal autónomo, teniendo en cuenta que la normativa nacional no puede obstaculizar lo establecido en el art. 18 del Reglamento, norma de aplicación directa para el tribunal²⁸.

La comprobación de la competencia y la aplicación correcta del art. 18 son esenciales para que funcionen los mecanismos de solución de las situaciones de litispendencia, que presuponen la competencia de los tribunales

law, vid. M. HERRANZ BALLESTEROS, *El forum non conveniens y su adaptación al ámbito europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 196 y ss.; A. BERNARDO SAN JOSÉ, «Las normas de competencia internacional en materia de responsabilidad parental en el Reglamento 2019/1111, del Consejo de 25 de junio de 2019», *CDT*, vol. 12, n.º 2, 2020, p. 1287; M.ª A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, «La remisión y la transferencia de competencia en materia de responsabilidad parental en el Reglamento (UE) 2019/1111», *CDT*, vol. 12, n.º 2, 2020, pp. 706 y ss.; y A. DURÁN AYAGO, «Capítulo 5: La competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental: las reglas especiales (arts. 11, 12, 13 y 14)», en B. CAMPUZANO DÍAZ, *Estudio del Reglamento (UE) 2019/1111...*, *op. cit.*, pp. 111-113.

26. Como recalca M. HERRANZ BALLESTEROS, «Aplicación práctica...», *op. cit.*, p. 608. En estos casos, por hipótesis, la residencia habitual del menor se sitúa fuera del ámbito de aplicación territorial del Reglamento y no ha habido acuerdo entre los progenitores para otorgar competencia a un EM, si el tribunal español se declara competente con fundamento en la residencia del progenitor demandante art. 22 *quáter* LOPJ, hay que preguntarse por la efectividad de la decisión dictada por el tribunal español en el Estado donde el menor reside. Si la decisión no puede reconocerse no parece que se tutele el interés superior del menor.
27. Subraya L. F. CARRILLO POZO, *Responsabilidad parental...*, *op.cit.*, p. 16, refiriéndose a las normas de origen internacional, que éstas y en particular los Reglamentos (UE) no son autosuficientes, es importante abordar las normas de fuente internacional con las internas, lo que no es sencillo.
28. P. MANKOWSKI, «Art. 18», en *ECPIL*, *op. cit.*, pp. 265-266.

implicados²⁹, de manera que a la suspensión le siga, en cuanto sea posible, la inhibición o, en su caso, que se levante la suspensión. El mecanismo basado en la prioridad temporal requiere que *se establezca la competencia* del órgano jurisdiccional ante el que se interpuso la primera demanda (art. 20.3) para que el segundo, que también habrá comprobado su competencia, se inhiba. El fundamentado en la prioridad de la competencia exclusiva exige que el tribunal ante el que se haya iniciado el procedimiento en virtud del acuerdo «declare que no tiene competencia con arreglo al acuerdo» (art. 20.4), o bien, «que haya establecido su competencia exclusiva» (art. 20.5), para que, en el primer caso, deducimos, se reactive el mecanismo de la prioridad cronológica o, en el segundo, los demás tribunales se inhiban.

Esta responsabilidad de comprobar la competencia incluye la necesidad de exteriorizar claramente el resultado de esa comprobación, motivando la decisión finalmente alcanzada, de forma tal que no se generen dudas en los demás tribunales implicados en la situación de litispendencia. La confianza mutua que sustenta un sistema en el que la estructura del proceso y los actos procesales del tribunal y las partes siguen siendo diferentes, se resquebraja si los órganos jurisdiccionales no cumplen de forma nítida las obligaciones directas que el Reglamento incorpora, más aún si no atienden con la diligencia debida los requerimientos de información al respecto por parte de los tribunales de los demás Estados miembros³⁰.

En circunstancias excepcionales, resuelta la situación de litispendencia a favor del tribunal español de acuerdo con la regla de la prioridad temporal, pudiera ocurrir que éste considere que el tribunal de otro Estado miembro (incluso el que se inhibió a su favor), con el que el menor tenga un vínculo estrecho (es ahora el de la residencia habitual del menor, por ejemplo), está mejor situado para valorar su interés superior y, en consecuencia, le remita la competencia como establece el art. 12. Si el tribunal español tuviera competencia exclusiva, dadas las condiciones requeridas por el art. 10, no cabe la remisión de la competencia al órgano jurisdiccional de otro Estado miembro (art. 12.5).

3. LOS MECANISMOS DE SOLUCIÓN

Una vez iniciado el procedimiento, tomando como fecha de referencia la indicada en el art. 17, y comprobada la competencia, a instancia de parte

29. P. MANKOWSKI, «Art. 18», en *ECPIL*, *op. cit.*, pp. 265-266.

30. *Vid.* STJUE de 9 de noviembre de 2010, *Purrucker II*, asunto C-296/10, ECLI:EU: C: 2010:665 y R. CARO GÁNDARA, «De la desconfianza recíproca al reconocimiento mutuo: una laboriosa transición (El Reglamento Bruselas II bis como banco de pruebas)», *Diario La Ley*, n.º. 7641, 2011, p. 4.

o de oficio (y la admisibilidad de la demanda, en su caso) el tribunal español, ante la interposición de una demanda de la misma naturaleza³¹ en materia de responsabilidad parental sobre *el mismo menor, con el mismo objeto y la misma causa*³², ante otro Estado miembro, identidades que a él le corresponde valorar³³, debe ajustar su actuación a los preceptuado en el art. 20.

Si ante el tribunal español se interpuso la segunda demanda y los foros de competencia de los respectivos tribunales son alternativos entre sí, pondrá en marcha el mecanismo general basado en la prioridad temporal: *debe suspender de oficio el procedimiento en tanto no se establezca la competencia del órgano jurisdiccional ante el que se interpuso la primera (art. 20.2). Cuando se establezca la competencia, se inhibirá a su favor (art. 20.3).*

Si el órgano jurisdiccional del otro Estado Miembro tiene competencia exclusiva, como consecuencia de la aceptación de competencia a que se hace referencia en el art. 10.1.b) ii) del Reglamento 2019/1111, independientemente de la fecha de inicio de los respectivos procedimientos, *puesto que la regla de la prioridad temporal no puede ser un obstáculo cuando los progenitores confieran competencia exclusiva a los órganos jurisdiccionales de un EM*³⁴, dicho tribunal es el único competente, por lo que el tribunal español pondrá en marcha el mecanismo específico basado en la prioridad de la competencia exclusiva, esto es, *suspenderá el procedimiento hasta tanto el órgano jurisdiccional ante el que se haya interpuesto el procedimiento en virtud del acuerdo o aceptación declare que no tiene competencia con arreglo al acuerdo o aceptación (art. 20.4).* El principio de confianza mutua impone que sea el tribunal elegido por las partes el que decida si la competencia otorgada es exclusiva o no, sin que corresponda a los demás tribunales cuestionar el resultado al que llegue. El art. 10.1 b) ii) exige que las partes y cualquier otro titular de la responsabilidad parental hayan aceptado expresamente la competencia del

31. A raíz de la Jurisprudencia *Purrucker II*, la letra del art. 20 excluye los casos en los que la concurrencia se produce entre un proceso sobre el fondo y otro, únicamente, para la adopción de medidas provisionales (art. 15). *Vid., ad. ex.*, S. CARNELOUP y T. KRUGUER, «Le Règlement 2019/1111, Bruxelles II: la protection des enfants gagne du ter(rain)», *RCDIP*, 2020, n° 2, p. 230, y las consideraciones críticas de F. J. FORCADA MIRANDA, *Comentarios prácticos al Reglamento (UE) 2019/1111, Competencia, Reconocimiento y Ejecución de resoluciones en materia matrimonial, responsabilidad parental y sus-tracción internacional de menores*, Sepín, Madrid, 2020, pp. 181-182.

32. El concepto autónomo de identidad es más estricto que el previsto para las crisis matrimoniales, excluyendo las acciones dependientes, pero no requiere identidad de partes, teniendo presente que la titularidad de la responsabilidad parental no sólo puede corresponder a los padres, de manera individual o conjunta, sino también a los abuelos o a una institución, *vid. ad ex.* P. MANKOWSKI, «Art. 20», en *ECPIL*, 2023, *op. cit.*, pp. 293-294.

33. P. MANKOWSKI, «Art. 20», *ECPIL*, 2023, *op. cit.*, p. 295

34. *Considerando 38.*

tribunal durante el procedimiento y éste se haya asegurado de que han sido informadas de su derecho a no aceptar la competencia. Sólo en este caso la competencia es exclusiva (art. 10). Si se incumple alguno de estos extremos, la elección no otorga carácter exclusivo a la competencia del tribunal, jugando entonces el mecanismo general de la prioridad temporal. Si se establece *la competencia exclusiva*, el tribunal español *deberá inhibirse a su favor* (art. 20.5).

La fase previa de suspensión es imprescindible para evitar conflictos negativos de competencia y para proteger adecuadamente los acuerdos de elección de tribunal con competencia exclusiva. Esta fase se prolongará hasta que se establezca la competencia del tribunal que conoció en primer lugar o hasta que se confirme el carácter exclusivo de la competencia. Su duración dependerá de la configuración de los procedimientos nacionales, que señalarán el momento y la manera en la que el tribunal debe pronunciarse sobre su competencia y los recursos que pueden plantear las partes sobre esa decisión.

Tanto la suspensión hasta que se confirme la competencia del otro tribunal, como la inhibición, en ambos mecanismos, son obligatorias para el tribunal español cuyo procedimiento se inició posteriormente o cuya competencia no es exclusiva. Debe suspender el procedimiento y, cuando llegue el momento³⁵, inhibirse de oficio³⁶. Debe hacerlo automáticamente, sin margen alguno para valorar la conveniencia de estas soluciones en el caso concreto, manteniéndose la exclusión de la doctrina del *forum non conveniens* en sede de litispendencia. Se impone la seguridad jurídica³⁷. Tampoco puede condicionar su actuación al avance del procedimiento ante el otro tribunal.

El legislador europeo ha elaborado unos mecanismos rígidos y claros que buscan eliminar a toda costa la existencia de más de un procedimiento abierto sobre lo mismo para que, posteriormente, en la fase de reconocimiento y ejecución de resoluciones, no sea preciso denegar el reconoci-

35. La fase de suspensión puede prolongarse si la declaración de competencia o incompetencia del primer tribunal es recurrida, o si, conforme al derecho nacional en cuestión, ésta no se confirma hasta la sentencia definitiva. Sobre las distintas vicisitudes que pueden plantearse con la competencia del primer tribunal, a resolver por dicho tribunal conforme a su el derecho nacional, *vid.*, P. MANKOWSKI, «Art. 20», *ECPIL*, 2023, *op. cit.* pp. 295–299..

36. Lo subraya J. RODRÍGUEZ RODRIGO, «Sección 3. Disposiciones Comunes», *op. cit.*, p. 371.

37. *El legislador europeo ha querido evitar discusiones complejas y prolongadas sobre el foro más apropiado o conveniente*, *vid.* P. MANKOWSKI, «Art. 20», *ECPIL*, *op. cit.*, p. 281.

miento por la existencia de decisiones irreconciliables, propiciándose así la libre circulación de las mismas en el espacio judicial europeo.

El Reglamento subraya la obligación de actuación de oficio, sin que sea necesario el impulso procesal de las partes. No obstante, el correcto y ágil funcionamiento de los mecanismos de solución depende en gran medida de que el tribunal, en nuestro caso español, conozca cuanto antes la existencia del otro procedimiento sobre lo mismo pendiente ante un tribunal de un Estado miembro, conocimiento que habitualmente se produce cuando alguna de las partes plantea la excepción de litispendencia, cuya articulación depende de lo previsto en los derechos procesales autónomos y sobre la que no se pronuncia el Reglamento. Planteada la excepción, conforme a la jurisprudencia del TJUE, el tribunal español *podrá interrogar a la parte que la propone sobre la existencia del litigio alegado y el contenido de la demanda, y podrá invitar al órgano jurisdiccional a que le informe acerca de la demanda pendiente ante él y a que se pronuncie acerca de su competencia, o a que le comunique toda resolución ya adoptada al respecto*³⁸.

El legislador europeo, ante las dificultades que la aplicación de los mecanismos de solución plantean³⁹, ha reforzado en el Reglamento 2019/1111 la cooperación de autoridades en casos de litispendencia: los órganos jurisdiccionales pueden comunicarse o solicitarse mutuamente información sobre los procedimientos pendientes directamente, respetando los derechos procesales de las partes y el carácter confidencial de la información, por cualquier medio que consideren adecuado⁴⁰, y las autoridades centrales respectivas tienen, entre sus tareas específicas, la cooperación en la *recogida e intercambio de información pertinente sobre procedimientos pendientes relacionados con la responsabilidad parental sobre el menor (art. 80.1.ii)*.

Como es sabido, la vulneración de los mecanismos de solución de las situaciones de litispendencia no es un motivo de denegación del reconocimiento en el Reglamento 2019/1111, *la lista de motivos de denegación es exhaustiva y no es posible alegar como motivo de denegación los motivos que no se encuentran enumerados como, por ejemplo, la vulneración de la norma de litispendencia. En particular, la violación de las normas de litispendencia no puede justificar, por sí sola, la denegación del reconocimiento de la decisión por ser manifiestamente contraria al orden público de este Estado miembro*⁴¹.

38. STJCE de 9 de noviembre de 2010, *Purrucker II*, pár. 81.

39. *Vid.* M. GUZMÁN PECES, «Cuestiones problemáticas en torno a la litispendencia...» *op. cit.*, p. 2.

40. Art. 86 y *Considerando 80*.

41. STJUE de 16 de enero de 2019, asunto C-386/17, *Liberato*, ECLI:EU:C:2019:24. Así se subraya en el *Considerando 56*.

III. EL CONVENIO DE LA HAYA DE 1996

Todos los EM de la UE se han ido incorporando al CH 96⁴², asumiendo sus órganos jurisdiccionales una doble regulación supraestatal sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de responsabilidad parental y medidas de protección del menor, lo que ha ido planteando la necesidad de coordinar las relaciones de los sucesivos instrumentos institucionales con el CH 96.

Por lo que respecta a la determinación de la competencia judicial internacional, la regla general consiste en aplicar las normas del Reglamento cuando el menor tenga su residencia habitual en un EM y las normas del CH 96 cuando su residencia habitual se encuentre en un Estado parte en el que no se aplica el Reglamento (art. 61 Reglamento 2201/2003 y ahora art. 97.1 del Reglamento 2019/1111). Pero esta regla general no aclara a qué texto acudir para solucionar las interacciones entre Reglamento y Convenio cuando, teniendo el menor su residencia habitual en un EM, los progenitores acuerdan la competencia del tribunal de un tercer Estado parte en el CH 96 o si se plantea la transferencia de competencia entre un EM y un tercer Estado parte del CH 96. La regla general tampoco soluciona, por lo que ahora interesa, los casos en los que estando pendiente un procedimiento de responsabilidad parental ante un tribunal de un tercer Estado parte del CH 96, se plantea la misma cuestión en un EM.

A estos tres tipos de conflictos de competencias entre EM y Estados terceros parte del CH 96, se refiere el nuevo apartado 2 del art. 97 del Reglamento 2019/1111, que se decanta por la aplicación del texto común para los órganos jurisdiccionales implicados: art. 10, arts. 8 y 9, y art. 13, respectivamente, del CH 96. Es una solución razonable teniendo en cuenta que las tres situaciones exigen coordinación, y reforzar la cooperación, aún más cuando proteger el interés del menor es el objetivo prioritario. En definitiva, la preferencia por el régimen convencional para resolver las interacciones entre ambos textos es la pauta que siguen las tres reglas especiales para la *derogatio fori*, la transferencia de competencia y la litispendencia⁴³.

42. L. F. CARRILLO POZO, *Responsabilidad parental...*, *op. cit.*, p. 31. Sobre la participación de la UE en el CH 96 *vid.* B. CAMPUZANO DÍAZ, «El nuevo Reglamento (UE) 2019/1111: análisis de las mejoras...», *op. cit.*, pp. 100-101

43. A. L. CALVO CARAVACA y M. J. CEBRIAN SALVAT, «Art. 97», en *ECPIL*, 2023, *op. cit.*, p. 643. Sobre el art. 97.2, F. J. FORCADA MIRANDA, *Comentarios prácticos...*, *op. cit.*, pp. 554-557; L. F. CARRILLO POZO, *Responsabilidad parental...*, *op. cit.*, pp. 213-214; G. BIAGIONI, «Il nuovo regolamento (UE) 2019/1111...», *op. cit.*, p. 1175; B. CAMPUZANO DÍAZ, «El nuevo Reglamento (UE) 2019/1111: análisis de las mejoras...», *op. cit.*, p. 116.

En concreto, la regla especial para la litispendencia, letra c) del art. 97.2 indica que si *el procedimiento de responsabilidad parental está pendiente ante un órgano jurisdiccional de un Estado parte del Convenio de La Haya de 1996, en el que no se aplica el Reglamento 2019, en el momento en el que un Estado miembro esté conociendo de un litigio relativo al mismo menor y con el mismo objeto, se aplicará el artículo 13 de dicho Convenio*. Al margen de esta aclaración, el Reglamento 2019/1111, al igual que sus antecesores en la materia, guarda silencio sobre las situaciones de litispendencia con terceros Estados⁴⁴, supuestos en los que el tribunal español deberá acudir a las soluciones previstas en el régimen convencional y en su defecto al régimen autónomo.

Por su parte, el art. 13 del CH 96 resuelve los *conflictos de competencias concurrentes*⁴⁵ en los siguientes términos: «1. Las autoridades de un Estado contratante que sean competentes para adoptar medidas de protección de la persona o de los bienes del niño según los artículos 5 a 10, deben abstenerse de ejercer su competencia si, en el momento de iniciarse el procedimiento, se hubieran solicitado las medidas correspondientes a las autoridades de otro Estado contratante que fueran competentes en virtud de los arts. 5 a 10 en el momento de la petición y estuvieran todavía en proceso de examen. 2. La disposición del apartado precedente no se aplica si las autoridades ante las que se presentó inicialmente la petición han declinado su competencia».

El art. 13 CH 96 establece, por la tanto, una obligación de abstención⁴⁶ para la autoridad⁴⁷ del Estado contratante que conoce en segundo lugar de

44. Referido al Reglamento 2201/2003, *vid. ad. ex.*, A. BORRÁS RODRÍGUEZ, «Lights and shadows of comunitarisation of Private International Law: jurisdiction and enforcement in family matters with regard to relations with third States», en A. MALATESTA, S. BARIATTI, F. POCAR (eds.), *The external dimension of EC Private International Law in Family and Succession Matters*, Cedam, Padova, 2008, pp. 99 y ss.; P. MANKOWSKI, «Art. 19», en U. MAGNUS, P. MANKOWSKI, *Brussels II bis Regulation, ECPIL*, Sellier, Munich, 2012, p. 225. Referido a ambos Reglamentos, J. MASEDA RODRÍGUEZ, «Procesos paralelos en materia de crisis matrimoniales...», *op. cit.*, pp. 767-769. También, C. AZCÁRRAGA MONZONÍS, «Art. 97. Relación con el Convenio de La Haya de 1996», en G. PALAO MORENO (Dir.), *El nuevo marco europeo en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción de menores*, *op. cit.*, p. 769. I. LLORENTE MARTÍNEZ, «Art. 97. Relación con el Convenio de la Haya de 1996, La mejora de los problemas interpretativos en relación con la competencia judicial internacional», en E. CASTELLANOS RUIZ (Dir.), *Comentario al nuevo Reglamento (UE) Bruselas II ter... op. cit.*, p. 673.

45. Denominación utilizada por el *Informe Lagarde*, *op. cit.* p. 40.

46. El tribunal español, segundo en conocer, *debe* abstenerse de conocer en favor de la autoridad que conoció en primer término. lo subraya M. GUZMÁN PECES, «El Reglamento (CE) 2019/1111: Principales novedades e interacción con el Convenio de La Haya de 1980 y de 1996», *CDT*, vol. 14, nº 2, 2022, p. 1307.

las medidas de protección que ya se han planteado ante otro Estado contratante, obligación que decae si el primero declina su competencia, siempre y cuando ambas autoridades sean competentes para adoptar dichas medidas de acuerdo con los foros de competencia recogidos en los arts. 5 a 10 del propio Convenio⁴⁸. La disposición condiciona la solución al origen de la competencia judicial internacional de las autoridades implicadas. Deben ser competentes con arreglo al Convenio. No existe en este instrumento la opción de recurrir a las competencias residuales⁴⁹ y la literalidad del art. 13 lo recalca. Se rebaja así la incertidumbre acerca de la competencia del tribunal que primero conoce para el tribunal que debe abstenerse, lo cual es razonable teniendo en cuenta el ámbito de aplicación territorial del Convenio, y su vocación universal. La solución es obligatoria porque los foros de competencia de ambos tribunales son los propios del CH 96.

El modelo del art. 13 CH 96 es, en este aspecto, distinto al del art. 20 del Reglamento 2019/1111, en el que, como hemos visto, no se hace alusión al origen de la competencia, competencia que puede derivarse de los arts. 7 a 11 o bien, en el caso de que ningún tribunal de un EM sea competente conforme a los mismos, de los foros previstos en el respectivo régimen autónomo conforme al art. 14. El modelo del CH 96 también es diferente al modelo del art. 39 de la LCJIMC en el que, partiendo de la total incertidumbre respecto al ordenamiento jurídico extranjero al que se ha acudido en primer lugar, incluidos sus foros de competencia judicial internacional, el tribunal español segundo en conocer valora distintos parámetros, entre los que destaca la competencia del tribunal extranjero, para decidir si acoge o no la excepción de litispendencia⁵⁰.

47. El término *autoridad* empleado por el Convenio es equivalente al término *órgano jurisdiccional* empleado por el Reglamento. *Vid.*, arts. 2.2.1 Reglamento 2019/1111 y art. 5 CH 96.

48. *Ad. ex.* F. J. FORCADA MIRANDA, *Comentarios prácticos...*, *op. cit.*, p. 556. Una comparación entre las normas de competencia del CH 96 y las propias del Reglamento en B. CAMPUZANO DÍAZ, «El nuevo Reglamento 2019/1111...» *op. cit.* pp. 106-107. En ambos instrumentos el foro general en materia de responsabilidad parental es el de la residencia habitual del menor, pero mientras que el Reglamento acoge el principio de la *perpetuatio fori*, en el CH 96 el cambio de residencia habitual del menor de un Estado contratante a otro Estado contratante conlleva el de la competencia, de manera que dejarían de ser competentes los tribunales de la anterior residencia y correspondería conocer del asunto a los tribunales de la nueva residencia, *vid.* Informe Lagarde, p. 24.

49. *Vid.* Informe Lagarde, pp. 42-43.

50. De la concepción de la litispendencia internacional como un supuesto de reconocimiento de efectos a un proceso extranjero aún no concluido, deriva la atracción de las

La solución prevista en el art. 13 del CH 96, abstención obligatoria, salvo que el primer tribunal decline, condicionada al origen de la competencias en juego, no se acomoda a las interacciones que pueden producirse con el régimen institucional pues cuando, por ejemplo, habiéndose acudido al tribunal de un tercer Estado parte del Convenio, el del foro del divorcio (art. 10 CH 96), el tribunal que conoce en segundo lugar, el de la residencia habitual del menor, pertenece a un EM del Reglamento 2019/1111, su competencia estará fundamentada en el art. 7 del mismo, y no en el art. 5 del Convenio⁵¹. Estas interacciones requerían una aclaración como la del art. 97.1.c) del Reglamento 2019/1111: el tribunal del EM debe aplicar la solución prevista en el art. 13 del CH 96, independientemente de que su competencia esté fundamentada en el Reglamento 2019/1111⁵².

La solución del art. 13 a la concurrencia de competencias alternativas⁵³ sobre lo mismo, contiene una regla general, abstención obligatoria, en su primer apartado, basada en el principio de la prioridad temporal, y una excepción a esa obligación, en el segundo, dirigida a propiciar que conozca el foro más adecuado⁵⁴. A diferencia del art. 20 del Reglamento 2019/1111, que para solucionar la concurrencia de competencias alternativas sobre lo

condiciones para el reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras por las condiciones de acogimiento de la litispendencia, claro está, sólo de aquellas trasladables a la fase originaria del proceso en la que la figura opera, como la competencia del tribunal extranjero, *vid.* E. CANO BAZAGA, *La litispendencia comunitaria, op. cit.*, pp. 46-47.

51. Podría decirse que el art. 13 CH 96 se decanta por un modelo intermedio entre la previsión del art. 20 del Reglamento 2019/1111 y la contenida en el art. 39 LCJIMC. Los foros establecidos en los respectivos regímenes autónomos de los EM del Reglamento 2019/1111 son similares, tienen un juego limitado y su uso está condicionado a su compatibilidad con el interés superior del menor. El principio de confianza mutua sustenta que cada tribunal compruebe su propia competencia. Las diferencias son de mayor calado entre los Estados terceros parte del CH 96. Ahora, se establece una obligación de abstención, pero con la prudencia de limitarla a los casos en los que las autoridades se han declarado competentes siguiendo los criterios previstos en los arts. a 10 del CH 96, muy similares, a su vez, a los previstos en el Reglamento 2019/1111.
52. L. F. CARRILLO POZO, *Responsabilidad parental...*, *op. cit.*, p. 100.
53. Las competencias establecidas en el Convenio son todas concurrentes. Numerosas delegaciones, especialmente de los Estados de *Common Law*, se opusieron a establecer el foro del divorcio (art. 10.1) como exclusivo, *lo que hubiera privado a las autoridades de la residencia habitual del niño de la competencia de protección, durante los largos años que podía durar el proceso de divorcio. Vid. Informe Lagarde*, pp. 33-34.
54. El art. 13 del CH 96 no obliga a las autoridades que se han declarado competentes en casos de urgencia (art. 11 CH 96) o en casos de competencia provisional-territorial (art. 12 CH 96), a declinar su competencia en favor de ningún otro tribunal que pudiera estar ya conociendo de un asunto relativo a una medida de protección del niño. *Vid.*, A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional Privado, op. cit.*, p. 2071.

mismo incorpora, como vimos, un mecanismo rígido, ahora la solución es flexible. Así, el segundo apartado del art. 13 del CH 96 contempla la posibilidad de que el tribunal al que se acude en primer lugar considere unilateralmente que no es el más apropiado para resolver sobre la medida. En ese caso, declinará su competencia para que sea el segundo, mejor situado para apreciar el interés superior del niño, el que resuelva. El Informe Lagarde, indica que *esta solución da mayor flexibilidad a la solución del conflicto de concurrencia de competencias que la que autoriza la técnica de la litispendencia. Esta última juega siempre en sentido único en favor de la autoridad a que se acudió en primer lugar, mientras que el párrafo 2 del art. 13 permite privilegiar al foro más adecuado, incluso si se ha acudido a él en segundo lugar*⁵⁵. Puede decirse entonces, que el art. 13 del CH 96 persigue un doble objetivo: que conozca una de las autoridades implicadas (al igual que el art. 20 del Reglamento,) pero también que esa autoridad sea la más adecuada teniendo presente el interés superior del menor.

Esta solución flexible podría ser oportuna para resolver las interacciones de ambos instrumentos cuando el segundo tribunal pertenece a un EM del Reglamento 2019/1111 y tiene a su favor una competencia exclusiva de acuerdo con el art. 10. En estos casos, el primero, perteneciente a un tercer Estado parte del CH 96, entendiendo que el segundo tribunal es el más apropiado, podría acudir al art. 13.2 del Convenio y declinar su competencia, haciendo abstracción del origen de la competencia del segundo tribunal.

La solución del art. 13 del CH 96 es muy escueta en comparación con el doble mecanismo de solución previsto en el art. 20 del Reglamento. Al margen de señalar la obligatoriedad de la abstención de la segunda autoridad, a no ser que la primera renuncie, obligatoriedad que contrasta con el mecanismo de solución potestativo previsto en la LCJIMC, el art. 13 no se pronuncia sobre una fase formal de suspensión previa a esa obligación. Cabe deducirla, puesto que el segundo tribunal debe esperar a que el primero se pronuncie sobre su competencia y sólo si declina puede continuar con el conocimiento del asunto. Tampoco contiene el Convenio una norma que expresamente exija la comprobación de la propia competencia, al estilo del

55. *Informe Lagarde*, p. 41. Aunque la transferencia de competencias prevista en los arts. 8 y 9 del CH 96 responde al mismo objetivo que el art. 13.2, el tribunal mejor situado para apreciar el interés superior del menor es el que debe resolver, se trata de situaciones distintas, puesto que la transferencia es de competencias, es decir, a autoridades que no son competentes en virtud del Convenio para adoptar medidas de protección del niño. Su base de competencia reside únicamente en esa transferencia. En cambio, en la situación abordada por el art. 13 ambas autoridades son competentes en virtud de los arts. 5 a 10.

art. 18 del Reglamento⁵⁶, o una regla común para determinar el momento en que se consideran iniciados los procedimientos similares a la del art. 17 del Reglamento. Todas estas carencias, que remiten a las legislaciones nacionales concernidas, pueden aumentar las situaciones conflictivas⁵⁷.

IV. EL RÉGIMEN AUTÓNOMO: LA LCJIMC

1. CONTEXTO NORMATIVO

En derecho autónomo español, partiendo del art. 22 *nonies* de la LOPJ, «Las excepciones de litispendencia y de conexidad internacionales se alegarán y tramitarán con arreglo a las normas generales que regulen las leyes procesales», es la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil, el texto de referencia⁵⁸. Se trata de una regulación general, aplicable a toda la materia civil y mercantil, independientemente de la materia concreta sobre la que versen los procedimientos pendientes, de carácter subsidiario respecto a los Reglamentos UE y los convenios internacionales suscritos por nuestro país, conforme al principio de primacía de la regulación supraestatal⁵⁹, y de aplicación supletoria respecto a las normas sectoriales específicas (art. 2.b LCJIMC), conforme al principio de especialidad, entre las que se encuentran (Disp. Ad. 1ª LCJIMC), por lo que ahora interesaría, las normas de Derecho internacional privado de la Ley de Juris-

56. *Vid.*, por todos, A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, *op. cit.* p. 2073, subrayando la «radical diferencia» entre el Reglamento (2201/2003) y el CH 96 en este punto, lo que «constituye un gravísimo error que dinamita y puede convertir en letra muerta todo el sistema de competencia del Convenio». En la fase de reconocimiento y ejecución el art. 23 CH 96 sí prevé como motivo de denegación que la medida haya sido adoptada por una autoridad cuya competencia no esté fundamentada en el Convenio. *Vid. Informe Lagarde*, p. 55; L. F. CARRILLO POZO, *Responsabilidad Parental...*, *op. cit.*, p. 78.

57. *Vid.* B. CAMPUZANO DÍAZ, «El nuevo Reglamento (UE) 2019/111...», *op. cit.*, p. 116.

58. Por primera vez el legislador español aborda la regulación de la figura en el ámbito internacional. *Vid.*, A. RODRIGUEZ BENOT, «La Ley de Cooperación jurídica internacional en materia civil», *CDT*, vol. 8, nº 1, 2016, p. 249; M. GARDENÉS SANTIAGO, «Procedimientos paralelos en España y en el extranjero: el Título IV de la Ley 29/2017 (arts. 37 a 40)», *REDI*, vol. 68, nº 1, 2016, pp. 109 y ss.; J. MASEDA RODRÍGUEZ «Régimen de la litispendencia con terceros Estados: algunas reflexiones en materia de crisis matrimoniales», *op. cit.*, pp. 769-775, y la bibliografía citada; C. AZCÁRRAGA MONZONÍS, «Art. 39», en F. P. MÉNDEZ GONZÁLEZ y G. PALAO MORENO, *Comentarios a la ley de cooperación jurídica internacional en materia civil*, Tirant lo Blanch, Valencia 2017, pp. 444-466; M. HERRANZ BALLESTEROS, «Aplicación práctica de la LCJIMC», *op. cit.*, p. 596.

59. A. RODRÍGUEZ BENOT, «La Ley de Cooperación jurídica internacional», *op. cit.*, pp. 249-250; A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 246.

dicción Voluntaria — en adelante LJV —.⁶⁰ Entre los expedientes de jurisdicción voluntaria, la LJV regula la intervención judicial en materia de derecho de familia, y entre ellos los referidos al ejercicio de la patria potestad y a medidas de protección sobre los menores o sus bienes, pero sus normas de Derecho internacional privado no incluyen referencia alguna a la litispendencia o a la conexidad en el ámbito internacional, lo que nos devuelve al marco general de la LCJIMC.

Por lo que respecta a la litispendencia internacional, el núcleo de la regulación, directamente inspirada en el art. 33 del Reglamento 1215/2012⁶¹, se concentra en el art. 39 LCJIMC, en el que se configura la situación y se establece el mecanismo de solución, suspensión potestativa⁶², con posible levantamiento si las circunstancias cambian, y archivo. Este artículo se complementa con el art. 37, referido al momento en que se inicia la pendencia, y con el art. 38, en el que se establece que la alegación y tramitación de la excepción de litispendencia y de conexidad internacionales se llevará a cabo como la de la excepción de litispendencia interna.

A diferencia de lo previsto en el régimen institucional y convencional analizado, la litispendencia internacional en el régimen autónomo se configura sólo como excepción⁶³, así se expresa tanto en el art. 39 como en el art. 38 LCJIMC. Dada la remisión tajante que este último realiza a lo previsto para la excepción de litispendencia interna, debe ser alegada, al igual que otras cuestiones procesales a resolver por el tribunal (art. 416.1.2 LEC), en la contestación a la demanda (art. 405.3 LEC) y resuelta en audiencia previa o en los cinco días siguientes a la audiencia *cuando la dificultad o la complejidad de las cuestiones suscitadas lo aconsejen* (art. 421.1 y 3. LEC)⁶⁴.

60. BOE núm. 158, de 3 de julio de 2015. Las normas de derecho internacional privado se refieren a la competencia internacional (art. 9), a la ley aplicable (art. 10) a la inscripción en Registros públicos (art. 11) y a los efectos en España de los expedientes y actos de jurisdicción voluntaria acordados por autoridades extranjeras. *Vid.*, por todos, P. A. DE MIGUEL ASENSIO «Coordinación de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil con la Legislación especial», *REDI*, vol. 68, nº 1, 2016, pp. 99 y ss., señalando las dificultades de coordinación de ambas normativas en lo que respecta al reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, pp. 103-108.

61. Apartado VIII del Preámbulo de la LCJIMC. Para comparación entre las similitudes y diferencias entre la regulación del Reglamento 1215/2012 y la prevista en el art. 39, *vid.* C. AZCÁRRAGA MONZONÍS, «Art. 39», *op. cit.*, pp. 450-454.

62. *Vid.* A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional privado*, *op. cit.*, pp. 414-415.

63. *Vid.* A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional privado*, *op. cit.*, p. 414.

64. *Vid. ad. ex.*, M. GARDENÉS SANTIAGO, «Procedimientos paralelos en España...», *op. cit.*, p. 118; P. QUINZÁ REDONDO, «Art. 38. Procedimiento», en F. P. MÉNDEZ GON-

La extrapolación de la tramitación de la litispendencia interna al ámbito internacional presenta algunos desajustes. Así, además de la brevedad de los plazos, en el ámbito interno el tribunal que *aprecia la pendencia de otro juicio, o la existencia de resolución firme sobre objeto idéntico, dictará auto de sobreseimiento* (art. 421.1 LEC), lo que no casa con el mecanismo de solución previsto en el art. 39 LCJIMC, que requiere, en consonancia con la incertidumbre que rodea al proceso extranjero, resolver el acogimiento de la litispendencia internacional mediante auto de suspensión⁶⁵.

Dada la correlación litispendencia — sistema de reconocimiento, el principio dispositivo que rige el procedimiento de exequátur en el sistema autónomo, debe igualmente regir para la articulación de la suspensión en supuestos de litispendencia, aunque, hubiera sido deseable incluir también la posibilidad de actuación de oficio⁶⁶, teniendo en cuenta, además, que se trata de una regulación general que no distingue la materia concreta sobre la que versan los procesos pendientes y en procesos sobre responsabilidad parental puede ser especialmente oportuno que el tribunal no se vea constreñido por la actuación de las partes, si ha llegado a su conocimiento la existencia de un proceso sobre lo mismo en un tercer Estado. Por otra parte, la posibilidad de actuación de oficio evitaría obligar al demandado a comparecer únicamente para plantear la excepción de litispendencia internacional y la consiguiente suspensión de las actuaciones, con los costes económicos que ello conlleva⁶⁷.

Se requiere Informe del Ministerio Fiscal antes de acordar o no la suspensión y también para levantarla y reanudar el proceso, exigencia oportuna.

ZÁLEZ Y G. PALAO MORENO, *Comentarios a la ley de cooperación*, op. cit., p. 442; J. MASEDA RODRÍGUEZ, «Régimen de la litispendencia con terceros Estados», op. cit., pp. 805-806.

65. M. GARDEÑÉS SANTIAGO, «Procedimientos paralelos en España...», op. cit., p. 118; M. VIRGOS SORIANO y F. GARCIMARTÍN ÁLFEREZ, *Derecho procesal civil internacional*, op. cit. p. 378; P. QUINZÁ REDONDO, «Art. 38. Procedimiento», op. cit., pp. 440-443, pp. 442-443; M. HERRANZ BALLESTEROS, «Aplicación práctica de la LCJIMC», op. cit., p. 603; J. MASEDA RODRÍGUEZ, «Régimen de la litispendencia con terceros Estados...», op. cit., p. 806.

66. Sobre la correlación litispendencia — sistema de reconocimiento y la alegación a instancia de parte de la litispendencia, vid. R. ARENAS GARCÍA, *El control de oficio de la competencia judicial internacional*, Eurolex, Madrid, 1996, p. 275; E. CANO BAZAGA, *La litispendencia comunitaria*, op. cit., p. 54; Sobre la apreciación de oficio, M. GARDEÑÉS SANTIAGO, «Procedimientos paralelos en España y en el extranjero...», op. cit., pp. 113; A. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA, *Derecho Internacional Privado*, op., cit., p. 376; C. AZCÁRRAGA MONZÓNIS, «Art. 39», op. cit., p. 450; P. QUINZÁ REDONDO, «Art. 38», op., cit., p. 441; J. MASEDA RODRÍGUEZ, «Régimen de la litispendencia con terceros Estados...», op. cit., p. 803.

67. M. GARDEÑÉS SANTIAGO, «Procedimientos paralelos... », op., cit., p. 113.

tuna tratándose de procesos sobre responsabilidad parental, en los que la protección del interés del menor obliga a dicha intervención, aunque pueda ser cuestionable en otros, en los que esta exigencia puede generar dilaciones⁶⁸ prescindibles si el tribunal ha llegado al convencimiento de que la suspensión o su levantamiento responden a una buena administración de justicia con los datos aportados por el demandado que alega la excepción. Se trata de un informe preceptivo, aunque no vincula al tribunal, y en el que el Ministerio Fiscal debe pronunciarse sobre la concurrencia o no de los presupuestos generales y de las condiciones adicionales del art. 39 LCJIMC⁶⁹.

La apreciación de la excepción es potestativa para el tribunal, al igual que ocurre en el art. 33 del Reglamento 1215/2012, lo cual es razonable, teniendo en cuenta que no existe marco jurídico común alguno con el Estado en cuestión, y el tribunal español puede encontrarse, por ejemplo, con un proceso recién iniciado ante un tribunal que ejerce una competencia exorbitante o, de manera sobrevenida, con un proceso concurrente en el que no se respeta el derecho de defensa de las partes. En definitiva, la incertidumbre que rodea al proceso iniciado en el extranjero, bastante mayor que la generada cuando contamos con un mismo sistema de foros y de reglas procedimentales comunes para su correcta aplicación o, al menos, con normas comunes de reconocimiento y ejecución de resoluciones, aconsejan dotar al tribunal español de un mecanismo flexible, adaptable a las vicisitudes que el desarrollo del proceso en el extranjero vaya planteando. Acertadamente, el art. 39 LCJIMC acoge un mecanismo fundamentado en la suspensión potestativa del proceso, suspensión que puede levantarse en cualquier momento, y que puede igualmente mantenerse hasta que el tribunal extranjero dicte una sentencia que pueda desplegar efectos jurisdiccionales en España⁷⁰. Para aplicar, y en su caso mantener la suspensión, el tribunal español posee un margen de valoración amplio, centrado en las probabilidades de reconocimiento y ejecución de la futura decisión en España, pro-

68. M. GARDENÉS SANTIAGO, «Procedimientos paralelos...», *op. cit.*, p. 114; M. HERRANZ BALLESTEROS, «Aplicación práctica...», *op. cit.*, p. 603; J. MASEDA RODRÍGUEZ, «Régimen de la litispendencia con terceros Estados...», *op. cit.* pp. 803-804.

69. M. HERRANZ BALLESTEROS, «Aplicación práctica ...», *op. cit.*, p. 603; J. MASEDA RODRÍGUEZ, «Régimen de la litispendencia con terceros Estados...», *op. cit.*, pp. 804-805.

70. *La incertidumbre sobre el cumplimiento de las condiciones del reconocimiento — el control que efectúa el tribunal es necesariamente incompleto y se basa en un pronóstico —, aconsejan la suspensión, no, desde luego, la inhibición directa, con posible levantamiento. Vid., E. CANO BAZAGA, La litispendencia comunitaria, op. cit., pp. 48-49. Vid. A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Tratado de Derecho internacional privado, op. cit., p. 416.*

babilidades en gran parte dependientes del respeto a la tutela judicial efectiva de las partes en el proceso concurrente⁷¹.

2. EL MECANISMO DE SOLUCIÓN: SUSPENSIÓN CONDICIONADA Y ARCHIVO

Conforme al art. 39 LCJIMC, el órgano jurisdiccional español, planteada la excepción de litispendencia, previo informe el Ministerio Fiscal, la apreciará, es decir, acudirá, si lo estima pertinente, al mecanismo de solución previsto, si *existe un proceso pendiente con idéntico objeto y causa de pedir, entre las mismas partes, ante los órganos jurisdiccionales de un Estado extranjero en el momento en que se interpone la demanda*. El mecanismo de solución, comprobada la clásica triple identidad y la pendencia⁷², se basa en el principio de la prioridad temporal. Sólo si el procedimiento en España empezó después, previo informe del Ministerio Fiscal, el tribunal español se planteará la posibilidad de suspender⁷³, suspensión que depende, además, de que se cumplan los requisitos cumulativos recogidos en esta disposición.

El principio *prior tempore* requiere que se establezcan los respectivos momentos de inicio de la pendencia de los procesos concurrentes, para lo que los ordenamientos procesales aportan distintas soluciones, y que se comparen. El legislador español ha resuelto, por primera vez, cuál es ese momento para un proceso iniciado en España en el art. 37 LCJIMC, «*A efectos de este título, un proceso se considerará pendiente, desde el momento de interposición de la demanda, si después es admitida*»⁷⁴. La disposición se refiere, como es lógico, a todo el Título IV, esto es, al momento de inicio de la pendencia para solucionar las situaciones tanto de litispendencia como de conexidad internacionales. Para conocer cuándo se inició la pendencia del proceso

71. Se trata de una «admisión matizada de la litispendencia internacional». Se admite la excepción dentro de unos límites específicos, tesis seguida en otros sistemas como el suizo, el italiano o el belga. *Vid.*, Á. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado, op. cit.*, pp. 415-416.

72. Las premisas, *vid., ad. ex.*, P. JUÁREZ PÉREZ, «Litispendencia internacional extracomunitaria: una alegación ignorada (SAP Barcelona de 30 de mayo de 2019)», *CDT*, vol. 12, nº 1, 2020, p. 614.

73. Como indica M. GARDEÑÉS SANTIAGO, «Procedimientos paralelos...» *op. cit.* p. 111, *prevalece el principio prior tempore tan propio de la concepción continental de la litispendencia, frente a la aproximación anglosajona del forum non conveniens, en la que el elemento temporal es uno más a tener en cuenta, entre otros posibles*.

74. Concepto análogo al previsto para la pendencia interna, *vid.* P. QUINZÁ REDONDO, «Art. 37. Concepto de pendencia», en F. P. MÉNDEZ GONZÁLEZ y G. PALAO MORENO, *Comentarios a la ley de cooperación jurídica internacional en materia civil, op. cit.*, pp. 433-439, pp. 433-34, y M. GARDEÑÉS SANTIAGO, «Procedimientos paralelos en España...», *op. cit.* p. 112, entendiendo que el art. 37 resuelve también el momento de inicio de la pendencia del proceso extranjero.

extranjero, el tribunal español cuenta con los datos aportados al plantearse la excepción de litispendencia internacional y con el Informe del Ministerio Fiscal. Para ambos procesos es necesario, como es lógico, que luego la demanda se haya admitido, pues si no fuera así, ya no habría concurrencia de procesos pendientes⁷⁵.

Una vez establecido que el proceso español se inició después que el proceso extranjero, el órgano jurisdiccional español debe cerciorarse de que el *órgano jurisdiccional extranjero está conociendo en virtud de foro razonable, es decir, de que ha basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los previstos en la legislación española para ese caso concreto* (art. 39.1.a LCJIMC); *de que la resolución eventualmente dictada por dicho órgano será susceptible de reconocimiento en España* (art. 39.1.b LCJIMC) y *de que la suspensión del procedimiento abierto ante él es necesaria en aras de la buena administración de justicia* (art. 39.1.c LCJIMC)⁷⁶.

En el régimen autónomo, a diferencia del régimen institucional en el que, con fundamento en el principio de confianza mutua, el tribunal de un EM suspende en espera de que el otro tribunal de un EM clarifique su competencia, asumiendo lo que este último decida, el enfoque es otro: el tribunal español, para plantearse la suspensión, debe verificar antes que el tribunal extranjero se considera competente, y, en consecuencia, va a continuar con el conocimiento del asunto, y que ejerce una competencia razonable, no excesiva, a través de un foro equivalente al previsto en nuestro sistema. No existe ahora una regla procedimental común, como la del art. 18 del Reglamento 2019/1111, que además prevenga situaciones de litispendencia⁷⁷.

En el momento en que se plantea la excepción de litispendencia ante el tribunal español, el procedimiento extranjero puede estar recién iniciado o, por el contrario, llegando a su fin, por lo que la información del tribunal español sobre su desarrollo puede ser muy desigual. Si acaba de comenzar, quizás pueda únicamente cerciorarse de la competencia del tribunal extran-

75. J. MASEDA RODRÍGUEZ, «Régimen de la litispendencia con terceros Estados...», *op. cit.* pp. 800-802.

76. El Preámbulo de la LCJIMC, aptdo. VIII, indica que estos requisitos están inspirados en el *Considerando 24* del Reglamento 1215/2012, en el que se establece que, para apreciar la buena administración de justicia, ha de hacerse una valoración de conjunto de las circunstancias del caso, en particular de las conexiones entre los hechos del asunto y las partes y el tercer Estado (cuestión que se recoge en la letra a del art. 39), de la fase en la que se halla el procedimiento en ese tercer Estado y de si cabe esperar que se dicte resolución en un plazo razonable, cuestiones, estas dos últimas, que cabe subsumir en la letra c) de la disposición comentada.

77. No hay garantías de que el ordenamiento extranjero contenga obligaciones similares a las establecidas en el art. 22 *octies* LOPJ.

jero y de que el foro en el que basa su competencia es razonable⁷⁸. El foro debe basarse en criterios equivalentes a los recogidos en nuestro sistema en materia de responsabilidad parental. Debe reflejar una proximidad razonable entre los hechos del asunto, las partes y el órgano jurisdiccional⁷⁹. En materia de responsabilidad parental pueden plantearse situaciones en las que el tribunal extranjero es competente por la residencia habitual del menor, mientras que el tribunal español lo es únicamente por la residencia habitual del demandante, por ejemplo. En estos casos, el precepto deja margen para que pueda inclinarse por admitir la excepción, haciendo un pronóstico favorable sobre el futuro reconocimiento de la decisión extranjera y si llega al convencimiento de que la suspensión es lo adecuado para una buena administración de justicia, daría así respuesta al principio de economía procesal, ahorrándose tiempo y gastos a las partes y a la justicia española.

En cambio, si en el momento de valorar la apreciación de la excepción, ya puede verificarse la incompetencia del tribunal extranjero, porque el tribunal español tenga a su favor la competencia exclusiva prevista en el art. 10 del Reglamento 2019/1111, por ejemplo, o el ejercicio de una competencia exorbitante, el tribunal español denegará la excepción, sabiendo que la decisión extranjera no va a ser reconocida (concurriría, en su momento, el motivo de denegación previsto en el art. 46.1.c LCJIMC). En estos casos la condición del art. 39.1.a LCJIMC queda subsumida en la condición, más general, del art. 39.1.b. Si no hay riesgo de decisiones contradictorias, porque se sabe ya que la decisión extranjera no se va a reconocer, no tiene sentido acoger la excepción y suspender el procedimiento en España, lo que supondría una dilación indebida, que conculcaría el derecho a la tutela judicial efectiva de las partes (art. 24.2 CE), obligándolas a reactivar el proceso español⁸⁰.

Verificada la competencia del tribunal extranjero en virtud de un foro razonable, debe el tribunal español hacer un pronóstico favorable sobre el reconocimiento futuro de la resolución extranjera. Comprobada la competencia, se trata ahora, fundamentalmente, de verificar que en el proceso extranjero se están respetando los derechos de defensa de las partes, pues si no fuera así, concurriría en su momento la causa de denegación del art. 46.1 b) LCJIMC, que junto con la verificación de la competencia del tribunal

78. M. VIRGOS SORIANO y F. J. GARCIMARTÍN ÁLFERREZ, *Derecho procesal civil internacional...*, op. cit., pp. 377-378.

79. *Considerando 24* del Reglamento 1215/2012.

80. E. CANO BAZAGA, *La litispendencia comunitaria*, op. cit., p. 53; S. GARDEÑES SANTIAGO, «Procedimientos paralelos...», op., cit. pp. 111-112.

extranjero son las que pueden proyectarse sobre un proceso pendiente⁸¹. Por lo que respecta al tercer requisito o condición, *adecuación de la suspensión a la buena administración de justicia*, el tribunal español debe tener en cuenta circunstancias tales como la fase en la que se encuentra el proceso extranjero, o si es probable que se dicte una resolución en un plazo razonable⁸².

Precisamente porque la fase en la que se encuentra el procedimiento extranjero, cuando se presenta la excepción de litispendencia, puede ser distinta, las previsiones favorables en principio del tribunal español sobre la competencia del tribunal extranjero, sobre el reconocimiento de la decisión futura o sobre la adecuación de la suspensión para propiciar la buena administración de justicia, pueden verse, avanzado el proceso en el extranjero, frustradas. El tribunal, para corregirlo, conforme a lo previsto en el art. 39.2 LCJIMC cuenta con la posibilidad de levantar la suspensión y reanudar el procedimiento, en cualquier momento, pero también a instancia de parte y previo Informe del Ministerio Fiscal, y siempre que se presente alguna de las circunstancias, ahora con carácter alternativo⁸³, recogidas en el propio texto: a) *Que el tribunal extranjero se hubiera declarado incompetente, o si, requerido por cualquier de las partes, no se hubiera pronunciado sobre su propia competencia.* b) *Que el proceso ante el órgano jurisdiccional del otro Estado sea suspendido o haya sido sobreseído.* c) *Que se estime poco probable que el proceso ante el órgano jurisdiccional del otro Estado concluya en un tiempo razonable.* d) *Que se considere necesaria la continuación del proceso para la buena administración de justicia.* e) *Que se entienda que la sentencia definitiva que eventualmente pueda llegar a dictarse no será susceptible de ser reconocida y, en su caso, ejecutada en España.*

El mecanismo diseñado no se caracteriza ahora por su automatismo, como el previsto en el art. 20 del Reglamento 2019/1111, sino, al contrario, por la flexibilidad, al disponer el órgano jurisdicción de un margen de valoración importante sobre lo que demanda la buena administración de la justicia, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, flexibilidad totalmente oportuna teniendo en cuenta la diversidad de sistemas procesales con los que puede concurrir el procedimiento iniciado posteriormente en nuestro país y su diferente respuesta a la tutela judicial efectiva⁸⁴.

81. E. CANO BAZAGA, *La Litispendencia comunitaria*, op. cit., p. 48; J. MASEDA RODRÍGUEZ, «Régimen de la litispendencia con terceros Estados...», op. cit., pp. 814-815 y la bibliografía citada.

82. C. AZCÁRRAGA MONZONÍS, «Art. 39», op. cit., p. 452...

83. C. AZCÁRRAGA MONZONÍS, «Art. 39», op. cit. p. 453; P. JUÁREZ LÓPEZ, «Litispendencia internacional: una alegación ignorada...», op. cit. p. 615-616.

84. M. GARDENÉS SANTIAGO, «Procedimientos paralelos en España y en el extranjero...», op. cit., p. 113; C. AZCÁRRAGA MONZONÍS, «Art. 39», op. cit., p. 449.

Finalmente, para los casos en los que no procede el levantamiento de la suspensión inicialmente acordada, el aptdo. 3 del art. 39 LCJIMC preceptúa que ésta se mantenga hasta que *el proceso ante el órgano jurisdiccional del otro Estado haya concluido con una resolución susceptible de reconocimiento y, en su caso, de ejecución en España, momento en el que el órgano jurisdiccional español pondrá fin al proceso y archivará las actuaciones*. Al igual que en el art. 33.3 del Reglamento 1215/2012, la actuación del tribunal español ya no es potestativa, sino que se le impone la obligación de poner fin al proceso en nuestro país. Una vez resuelto el primer litigio, terminada la pendencia, procede levantar la suspensión, si la decisión puede reconocerse se archivará el caso, si no es así, el tribunal retomará el proceso suspendido⁸⁵.

A diferencia de lo establecido en el régimen institucional, en el art. 46.1 LCJIMC la existencia de un litigio pendiente en España entre las mismas partes y con el mismo objeto, iniciado con anterioridad al proceso extranjero, es una causa de denegación del reconocimiento, y en su caso ejecución, de la resolución extranjera. Así, en el régimen autónomo, si el tribunal extranjero ignoró la situación de litispendencia internacional en España continuando con el proceso iniciado ante él, o se produce una discrepancia entre ambos tribunales sobre el orden de pendencia entre los respectivos procesos, queda la salvaguarda de esta disposición para evitar resoluciones contradictorias, disposición que, al requerir que el proceso pendiente en España se inicie antes que el proceso extranjero, también evita que se inicie el proceso en España sobre lo mismo con el único objetivo de bloquear el reconocimiento y ejecución de la futura decisión extranjera⁸⁶.

85. C. AZCÁRRAGA MONZONÍS, «Art. 39», *op. cit.* p. 454, J. MASEDA RODRÍGUEZ, «Régimen de la litispendencia con terceros Estados...», *op. cit.*, p. 785 y p. 807.

86. F. GASCÓN INCHAUSTI, «Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil», *CDT*, vol. 7, nº 2, 2015, p. 183; J. L. IGLESIAS BUHIGUES, «Art. 46. Causas de denegación del reconocimiento», en F. MÉNDEZ GONZÁLEZ y G. PALAO MORENO, *Comentarios a la ley de cooperación jurídica internacional en materia civil, op cit.*, p. 540.

III Parte

Cuestiones vinculadas con la sustracción internacional de menores

Capítulo 4

El derecho del menor a ser oído y su articulación en el Derecho procesal español. Especial referencia al procedimiento de restitución o retorno

PILAR MARTÍN RÍOS
*Prof^a Titular de Derecho procesal
Universidad de Sevilla*

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS. II. LA AUDIENCIA AL MENOR QUE ES OBJETO DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL. 1. *La configuración del derecho del menor a ser oído en los ámbitos universal, europeo y español.* 1.1. El derecho del menor a ser oído. Examen del marco jurídico internacional: ámbitos universal y europeo. 1.2. El derecho del menor a ser oído en la justicia española. 2. *Examen de un caso concreto: la audiencia al menor que es objeto de sustracción internacional.* 2.1. Evolución de la audiencia al menor que es objeto de sustracción internacional: perspectiva universal y europea. 2.2. La audiencia del menor en el procedimiento de restitución o retorno de la LEC. A) Marco normativo español. B) Obligatoriedad y consecuencias de la audiencia. C) Momento y modo de su práctica. D) Documentación del acto. E) Un caso específico: la audiencia al menor cuando se recurre a la mediación.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

En el marco del presente estudio, centraremos nuestra atención en el modo en que se desarrolla la audiencia al menor de edad en una hipótesis determinada: el procedimiento de restitución o retorno que se inicia con

motivo de su retención o traslado ilícito a otro Estado. En España, tanto en su previsión teórica como en su efectivo desarrollo práctico pueden detectarse ciertos aspectos que merecen ser reconsiderados.

Es importante subrayar, en primer término, que la realización de esa audiencia cuenta con una efectiva trascendencia, de ahí el detenimiento con que es abordada en el art. 21 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 menores, Reglamento en el que se consagra su práctica como un verdadero derecho del niño y no como una mera posibilidad del juez. Su indiscutible relevancia justifica un examen detenido del modo en que esta cuestión es regulada en nuestra legislación procesal.

II. LA AUDIENCIA AL MENOR QUE ES OBJETO DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL

1. LA CONFIGURACIÓN DEL DERECHO DEL MENOR A SER OÍDO EN LOS ÁMBITOS UNIVERSAL, EUROPEO Y ESPAÑOL

1.1. El derecho del menor a ser oído. Examen del marco jurídico internacional: ámbitos universal y europeo

Es sabido que el principio del interés superior del menor opera como una cláusula general y principal que vertebra toda intervención que les afecte. La Carta Europea de los Derechos del Niño, de 1992, establecía en su art. 24 que «en todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial». Aun tratándose de un concepto jurídico que no siempre resulta sencillo acotar¹, existe consenso acerca de que ha de comprender, entre otras manifestaciones, el derecho del menor a ser oído en los procesos en que este resulte afectado². En este sentido, son diversos los instrumentos jurídicos internacionales que aluden a él.

1. La primera referencia que encontramos sobre él aparece en la CNUDN de 1989, en cuyo artículo 3.1 se indica que «en todas las medidas concernientes a los niños que tomen instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño». Acerca de este concepto, *vid.*, por todos, J. MARTÍN OSTOS, «En torno al interés superior del menor», *Anuario de Justicia de Menores*, n.º. 12, 2012, pp. 39 y ss.

2. Entiende DE RUITER que, aunque pudiera parecer un concepto jurídico indeterminado, el «interés superior del menor» se puede y se debe objetivar, atendiendo a lo dispuesto en el Convenio de los Derechos del Niño: «El contenido que debe darse a

En 1989, la CNUDN contempló, en su art. 12, que habrá de garantizarse al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez. Con tal fin, se le dará audiencia en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

El Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, en su Observación General número 12³, sobre el derecho del niño a ser escuchado, insiste en una idea que creemos esencial: «los Estados parte no pueden partir de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias emociones». Muy por el contrario, subrayan que los Estados han de partir de la base de que los menores poseen la capacidad requerida, sin que pueda exigirse a estos que acrediten, en primer término, su concurrencia.

La misma Observación General recoge en sus párrafos 132 y siguientes las condiciones básicas en que debe procederse a la escucha del menor. Según establece, todos los procesos en los que haya menores implicados, y éstos deban ser escuchados, tendrán que ser: a) transparentes e informativos, b) voluntarios, c) respetuosos, d) pertinentes, e) adaptados a los niños, f) incluyentes, g) apoyados en la formación, h) seguros y atentos al riesgo, e i) responsables. Configura, además, lo que se ha dado en denominar el «itinerario de la escucha»⁴, conformado por cinco medidas que los diversos Estados han de adoptar para satisfacer las exigencias del art. 12 de la Con-

ese interés del menor se encuentra en los demás artículos del Convenio de los Derechos del Niño. El art. 3 no es un artículo independiente de los demás, como si el "interés del menor" fuese un hecho dado, sin necesidad de darle forma y contenido. El art. 3 es la introducción a esa protección especial a la que tiene derecho el menor, o, como se explica en las Observaciones Generales, es un principio para interpretar e implementar todos los derechos del niño. El interés del menor es un concepto flexible e interpretable a la luz de las circunstancias, pero dentro del marco de los demás derechos del Convenio de los Derechos del Niño» (A. DE RUITER, «La voz del menor en la sustracción internacional de menores», p. 6, accesible en <https://www.fiscal.es/documents/20142/100691/Comunicaci%C3%B3n+Adriana+de+Ruiter.pdf/c1133b7f-edcf-3aa4-f9eb-bf405f500339>).

3. De 20 de julio de 2009. Accesible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf>.

Esta misma Observación advierte de la importancia de abandonar el cronológico como único criterio para determinar qué menor ha de ser oído, al considerar que tal práctica puede dar lugar a indeseables restricciones.

4. *Vid.*, a este respecto, G., ORTEGA PUENTE, «La audiencia de los niños, niñas y adolescentes. Configuración jurídica y problemática procesal en los procedimientos judiciales de familia», *InDret*, nº. 3, 2022, p. 313.

vención: 1. la preparación, 2. la audiencia, 3. la evaluación de la capacidad del menor, 4. la comunicación de resultados a dicho menor, y 5. la posibilidad del menor de formular quejas y recursos.

La Carta Europea de los Derechos del Niño, ya referida, destacaba que toda decisión judicial, en lo que se refiere al niño, deberá tener por objeto prioritario la defensa y salvaguarda de sus intereses: «A tales efectos, y siempre que ello no implique riesgo o perjuicio alguno para el niño, éste deberá ser oído desde el momento en que su madurez y edad lo permitan en todas las decisiones que le afecten».

Del mismo modo, el Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Menores de 1996, en su art. 6, letra b, plasma de manera detallada el papel que habrá de desempeñar un menor en los procedimientos que le afecten. A este respecto, se dispone que la autoridad judicial, antes de tomar cualquier decisión, deberá: a. examinar si dispone de información suficiente con el fin de tomar una decisión en el interés superior de aquél y, en su caso, recabar información complementaria, en particular de los titulares de las responsabilidades parentales; b. cuando según el derecho interno se considere que el niño posee discernimiento suficiente: asegurarse de que el niño ha recibido toda la información pertinente; consultar personalmente al niño en los casos oportunos, si es necesario en privado, directamente o por mediación de otras personas u organismos, de una forma apropiada a su discernimiento, a menos que ello sea manifiestamente contrario a los intereses superiores del niño; permitir al niño expresar su opinión; tener debidamente en cuenta la opinión expresada por el niño.

Abundando en esta línea, años más tarde, el art. 24 de la CDFUE consagró, como derecho fundamental del menor, el poder expresar su opinión libremente, debiendo esta ser tenida en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez. Se aprobaron, además, las Directrices del Consejo de Europa sobre Justicia adaptada a los niños —adoptadas por el Comité de Ministros de 17 de noviembre de 2010—, que inciden en la relevancia de que la actuación judicial se desenvuelva en un contexto amigable y agradable para el menor⁵.

Por su parte, el Parlamento Europeo, con ocasión de la celebración del trigésimo aniversario de la CNUDN, dictó una Resolución en 2019⁶ en la

5. Para un examen pormenorizado de esas Directrices, *vid.* J. DELGADO MARTÍN, «Un proceso amigable y adaptado a las necesidades de las personas menores de edad», en J. DELGADO MARTÍN (coord.), *La participación del menor en el proceso judicial*, Wolters Kluwer, Madrid, 2021, pp. 32-34.

6. Con fecha de 26 de noviembre de 2019.

que, aparte de insistir en la importancia de que el interés superior del menor ha de ser una consideración primordial en las decisiones que se adopten, se reiteraba la necesidad de que se respete siempre su derecho a ser escuchado⁷.

1.2. El derecho del menor a ser oído en la justicia española

En España, el abordaje —desde cualquier óptica— de la figura del menor de edad involucrado en un proceso judicial debe partir de una premisa esencial: su interés superior ha de fundar e inspirar cualquier actuación que le concierna. Fue la Ley 21/1987 de 11 de noviembre, por la que se modificaron determinados artículos del CC y de la LEC en materia de adopción, la que supuso en España la generalización de tal interés como principio inspirador de todas las actuaciones relacionadas con aquél, tanto administrativas como judiciales.

7. Pese a quedar fuera de nuestro objeto prioritario de interés, la toma en consideración de la opinión del menor en procesos de naturaleza penal ha sido, tradicionalmente, objeto de especial atención. Así, la Resolución 2005/20 del Consejo Económico y Social (ECOSOC), en su punto n.º 14 sobre «Pautas de Justicia en causas relativas a los niños víctimas y testigos de delitos», exige que la intervención de los menores en los procedimientos se realice en un ambiente adecuado, que se acomode a las especiales necesidades del niño, conforme a sus habilidades, edad, madurez intelectual y capacidad, debiendo desarrollarse en un lenguaje que el niño utilice y comprenda. En general, desde diversas instancias internacionales se ha promovido este tratamiento singularizado y tuitivo. Podemos encontrar algunas muestras de ello en la Recomendación (85) 4, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 26 de marzo de 1985, sobre la violencia dentro de la familia; Recomendación (85) 11, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 28 de junio de 1985, sobre la posición de la víctima en el marco del derecho penal y del proceso penal, en su aptdo. 8.º; Recomendación (87) 21, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 17 de septiembre de 1987, sobre la asistencia a las víctimas y la prevención de la victimización; la Acción Común 97/154/JAI, de 24 de febrero de 1997, adoptada por el Consejo de la Unión Europea, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños; el art. 8 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000; los arts. 2 y 8.4 de la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001 relativa al Estatuto de la víctima. Asimismo, también la Directiva (UE) 2016/800 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales, afirma en su art. 13.2 que: «Los Estados miembros tomarán medidas adecuadas para velar por que los menores sean tratados siempre de manera que se proteja su dignidad y de un modo que sea adecuado a su edad, madurez y nivel de comprensión, y teniendo en cuenta cualesquiera necesidades especiales que puedan tener, incluidas las posibles dificultades de comunicación».

Posteriormente, el art. 2.5 de la LOPJM, dispuso que todas las medidas referentes al menor debían ser adoptadas respetando las garantías del proceso.

Nuestra atención se centra ahora en el análisis del art. 9 del mismo cuerpo legal⁸, que aborda el examen de una cuestión fundamental: el derecho del menor a ser oído y escuchado⁹. Resulta difícil no reparar, *prima facie*, en lo peculiar del enunciado del artículo. Aun a riesgo de resultar redundante, el empleo conjunto de los términos «oído» y «escuchado» sirve al propósito de enfatizar la importancia de que la audiencia al menor no se conciba en términos de estricto formalismo. Para dar cumplida satisfacción a tal derecho, habrá de ser oído con la debida atención y deberá huirse de la práctica de audiencias mecánicas, aceleradas y superficiales, que solo persiguen el mero cumplimiento de un trámite legalmente exigido.

El estudio de la audiencia al menor exige plantear, en primer término, cuál es su naturaleza jurídica. Así, cabría preguntarnos si nos encontramos ante un medio de prueba, con las implicaciones procesales que una respuesta afirmativa comportaría. Doctrina¹⁰ y jurisprudencia¹¹ convienen —atendiendo a su finalidad¹², especialmente— en considerar que se trata, más bien, de una diligencia judicial que persigue que el menor pueda ejercitar su derecho a ser oído. Desde luego, no puede considerarse como una declaración testifical, pues —al margen de que no existiría obligación alguna de decir verdad—, en la *praxis* se asemeja mucho más a una conversación informal con el menor que al sometimiento del mismo a un listado de pre-

-
8. Precepto que resultó modificado por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia.
 9. Aun no constituyendo el objeto prioritario de nuestro estudio, interesa destacar cómo, desde una perspectiva inversa, también el menor habrá de recibir —de manera comprensible— la información que le permita el ejercicio de su derecho a participar en el proceso. Será necesario, del mismo modo, que se preserve su intimidad y se logre que las actuaciones judiciales transcurran de una forma adecuada a la situación y grado de desarrollo de aquel.
 10. *Vid.*, al respecto, E. PILLADO GONZÁLEZ, B. OTERO OTERO, «Audiencia del menor en los procesos de ruptura de pareja: ¿es siempre preceptiva?», en P. GONZÁLEZ GRANDA, J. DAMIÁN MORENO y M.^a J. ARIZA COLMENAREJO (Dir.), *Variaciones sobre un tema: el ejercicio procesal de los derechos. Libro homenaje a Valentín Cortés Domínguez*, Colex, Madrid, 2022, pp. 776-779. Destaca M. O. MARTÍNEZ CIMADEVILLA, («La audiencia del menor y el traslado de su resultado a las partes», *Actualidad Civil*, n.º 11, 2023, p. 2) cómo, pese a no tratarse de un medio de prueba, es un claro elemento de convicción judicial.
 11. Entre otras muchas, sentencias del TS 548/2021, de 19 de julio (RJ 2021\3411), y 577/2021, de 27 de julio (RJ 2021\4023).
 12. Que no persigue, como lo hacen las pruebas, la demostración de hechos controvertidos.

guntas¹³. También se diferencia claramente de la prueba de reconocimiento judicial pues, como señala ABEL LLUCH¹⁴, en aquel reconocimiento es la persona el objeto de la percepción del juez, mientras que, en este caso, lo que se hace es permitir el ejercicio de un derecho por parte del menor. Hemos de tener presente que su no consideración como medio probatorio acarrea una consecuencia muy importante: la innecesariedad de preservar la contradicción de las partes, lo que se traduce, como veremos, en la imposibilidad de que los abogados presencien la declaración.

Un examen cumplido de esta materia obliga a dar respuesta a los siguientes interrogantes: ¿qué menor goza de ese derecho?, ¿en qué casos es exigible su cumplimiento?, ¿de qué modo ha de practicarse esa audiencia? y, finalmente, ¿de qué manera habrá de valorarse la declaración? Ha de concluirse, en primer término, que se trata de un derecho que se atribuye a todo menor, sin que quepa discriminación por razón de edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia. Pese a lo taxativo de la afirmación, lo cierto es que esas mismas circunstancias a las que expresamente se apunta son las que, en algunos casos, imposibilitan la práctica de la audiencia. Aunque es evidente que la decisión de no realizarla no podrá responder a ninguna motivación discriminatoria, también lo es que, en determinadas hipótesis, concurrirán características en el menor que, objetivamente, harían inviable darle audiencia.

Con frecuencia se ha discutido a partir de qué edad debe entenderse necesaria la audiencia al menor. La normativa sustantiva y procesal no siempre convergen, lo que acarrea recurrentes problemas interpretativos. Si bien en algunos casos se atiende a un criterio netamente cronológico (tener una edad cumplida), en otras ocasiones la referencia se hace al hecho de tener «suficiente madurez» para el ejercicio de este derecho¹⁵. El art. 9 LOPJM menciona ambos criterios, pero opta, finalmente, por establecer que se considerará, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos. Determina, igualmente, que la madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo

13. *Vid.*, en este sentido, B. MORERA VILLAR, «El interés del menor y su participación en los procesos de familia tras la LO 8/2021 de protección integral a la infancia y adolescencia frente a la violencia», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º. 17 bis, 2022, p. 1388.

14. X. ABEL LLUCH, *La prueba en los procesos de familia*, La Ley, Madrid, 2019, p. 159.

15. Tras la reforma realizada por la Ley 15/2005, el art. 92 del Código Civil dispone la obligación del juez (a la hora de atribuir la guarda y custodia) de oír a los menores «que tengan suficiente juicio», cuando se estime necesario (sea de oficio o a instancia de parte).

evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso.

El derecho en cuestión podrá ser ejercitado en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté involucrado el menor, siempre que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social. Resulta indudable que la regla general ha de ser, en todo caso, la audiencia al menor afectado. Por ello, se exige que cualquier restricción de este derecho sea debidamente motivada en el interés superior del menor, así como comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante, indicando explícitamente los recursos existentes contra ella.

En el plano procesal, la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, modifica la LEC. En su virtud, se prevé el derecho del menor a ser oído en los procesos de separación y divorcio, sean contenciosos o consensuados (arts. 770.4 y 777.5 LEC), eliminando la mención a que haya de gozar de suficiente juicio¹⁶. Con independencia de ello, solo surgirá el deber de hacerlo cuando el proceso fuera contencioso y el menor tuviera doce años cumplidos y, de tratarse de un proceso consensuado, se hará cuando la autoridad judicial lo estimare necesario, al margen de cuál fuera su edad.

Resulta importante determinar, asimismo, el modo en que ha de desarrollarse la audiencia al menor¹⁷. Según indica el art. 9 LOPJM, en cualquier

16. Aun cuando se siga entendiendo exigible tener la madurez necesaria, en virtud del art. 9 LOPJM y de todos los instrumentos jurídicos internacionales ya examinados.

17. Por lo que se refiere a la esfera penal — que también en España ha sido especial objeto de atención —, la Fiscalía General del Estado se ha preocupado de proporcionar pautas acerca del modo en el que los menores han de ser oídos en el proceso penal. Así, por ejemplo, la Circular 3/2009 sobre protección de los menores víctimas y testigos, identificaba los siguientes factores que pueden suponer un estrés añadido para ellos: 1) permanecer solo en el lugar destinado a los testigos; 2) la proximidad del abogado defensor y la posibilidad de llegar a ser acusado de mentir; 3) la posición en un lugar elevado de los actores del proceso; 4) el público asistente; 5) las togas de los intervinientes; 6) el que se le exija hablar en alto; 7) la utilización de un vocabulario legal ininteligible, especialmente cuando son examinados por el abogado de la defensa; 8) la presencia del acusado. Una vez aisladas esas circunstancias perturbadoras para el menor, proponía, para su atemperación, la adopción de las siguientes medidas: 1) procurar que el menor sea el primero en declarar, evitando esperas en la puerta de la sala de juicios; 2) celebrar el juicio a puerta cerrada; 3) separar al menor del acusado o tomarle declaración en otra sala, o evitando la visión directa con mamparas; 4) proporcionarle compañía durante la declaración (psicólogo o familiar), sobre todo para niños más pequeños; 5) utilizar un lenguaje comprensible; 6) suprimir el uso de togas durante la declaración del menor y 7) permitir que declaren sentados.

procedimiento judicial o administrativo las comparecencias o audiencias del menor habrían de tener carácter preferente y realizarse de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo —con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos—, cuidando de preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que le sea comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias e informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento. La propia Ley, en el precepto indicado, permite que el menor opte por exteriorizar su opinión a través de un representante por él designado (o a través de sus representantes legales o de terceras personas¹⁸, si no fuera posible o conveniente la declaración del menor). Se prevé, igualmente, la asistencia de intérpretes cuando sea preciso, así como la posibilidad de que se usen formas no verbales de comunicación para expresar su opinión.

Profundizando en el modo en que haya de practicarse la audiencia, los apartados 2 y 3 del art. 229 LOPJ recuerdan la posibilidad de recurrir al uso de videoconferencias o sistemas similares para la práctica de declaraciones, interrogatorios, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de los periciales y vistas¹⁹. Trasladándolo al ámbito que ahora nos ocupa, el empleo de sistemas de videoconferencia resulta de especial interés para facilitar la práctica de esta audiencia²⁰ y, sobre todo, para disipar posibles reticencias y temores del menor a participar. Sea como fuere, aunque su

En esta misma línea, la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, merece una atención singular. Entre sus objetivos prioritarios se incluye el refuerzo del derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser oídos, escuchados y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta debidamente en contextos de violencia contra ellos, asegurando su protección y evitando su victimización secundaria. Teniendo en cuenta cuáles son sus fines, llama la atención que en la Ley en cuestión se contengan numerosas disposiciones relativas al modo en que ha de adaptarse el proceso al menor. Ello supone, a nuestro juicio, una clara manifestación de que la manera en que este se desenvuelve puede causar una ulterior victimización o una suerte de «violencia institucional».

18. De acuerdo con la norma, se trataría de personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitir objetivamente su opinión.
19. Lo que, en el orden jurisdiccional penal —recoge la Instrucción 1/2002 de la Fiscalía General del Estado, de 7 de febrero, acerca de la posibilidad de celebrar juicios orales penales por videoconferencia—, se refiere a la conveniencia de usar este medio para evitar que los menores experimenten confrontaciones visuales.
20. Téngase en cuenta que, como destaca F. J. FORCADA MIRANDA («El nuevo proceso español de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional: La decidida apuesta por la celeridad y la novedosa Circular de la Fiscalía 6/2015 (Parte II)», *Bitácora Millenium DIPr*, n.º. 3, enero-junio 2016, p. 9), con arreglo a la jurisprudencia vinculante del Tribunal de Luxemburgo no puede ser obligatoria la declaración personal y directa ante el juez cuando nos movemos en el ámbito transfronterizo.

presencia física sea requerida, ha de tenerse presente que la Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia proclama que el menor de edad tiene derecho a que su comparecencia ante los órganos judiciales tenga lugar de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo (punto núm. 26), por lo que habrán de adoptarse las medidas pertinentes.

Por lo que se refiere al valor que haya de darse a las manifestaciones que pueda hacer el menor, en todo caso se insiste en que deberán ser tenidas en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez, por lo que no se trata, tampoco, de un mero trámite carente de relevancia. Además, se exige que en las resoluciones sobre el fondo se haga constar, en su caso, el resultado de la audiencia al menor, así como su valoración. Este aspecto será especialmente relevante por lo que se refiere a los casos de sustracción internacional de menores, que nos ocuparán de forma particular en las páginas siguientes.

2. EXAMEN DE UN CASO CONCRETO: LA AUDIENCIA AL MENOR QUE ES OBJETO DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL

2.1. Evolución de la audiencia al menor que es objeto de sustracción internacional: perspectiva universal y europea

Si bien el CH 80 no establecía el deber del juez de oír al menor, ni consagraba obligación alguna de proceder a la denegación de la restitución ante una eventual oposición del menor a regresar —su voluntad, en suma, no era decisiva para tomar una decisión acerca de la restitución—, en su art. 13 permitía al juez negarse a ordenarla si el propio menor se oponía. Fue posteriormente cuando el art. 12 CNUDN consagró el derecho del menor a que su opinión sea tenida en cuenta en todos los procedimientos que le afecten, en función de su edad y madurez. No puede negarse, en consecuencia, que el Convenio resultó bastante avanzado en su formulación.

Por su parte, 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 (Bruselas II *bis*) afirmaba, en su *Considerando 19*, que la audiencia del menor desempeña un papel importante en su aplicación. No en vano, su art. 11.2 reconoce el derecho a ser oído en los procedimientos de sustracción internacional de menores, «a menos que esto no se considere conveniente habida cuenta de su edad o grado de madurez».

En idéntico sentido, 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 menores, consagra, en su art. 21, el «derecho del menor a expresar sus opiniones», siempre que tenga capacidad para formarse sus propios juicios. En el Reglamento citado se aborda la cuestión en dos preceptos: el 21 y el 26²¹.

Es importante subrayar, en primer término, que la realización de esa audiencia cuenta con una efectiva trascendencia, de ahí el detenimiento con que es abordada. Se consagra como un verdadero derecho del niño y no como una mera facultad del juez.

En el art. 21 se recoge la obligación del tribunal interno de dar «a los menores que tengan capacidad para formarse sus propios juicios la posibilidad real y efectiva de expresar libremente sus opiniones, bien directamente bien a través de un representante o un organismo apropiado». Se dispone, asimismo, que el tribunal «prestará la debida importancia a las opiniones del menor de acuerdo con su edad y madurez».

Debe reseñarse que el Reglamento, consciente de las diferencias que puede haber entre cada Estado miembro²², establece un sustrato mínimo: deberá darse al menor la oportunidad de ser oído, aun cuando —cierto es— ello no constituya una obligación absoluta para el órgano jurisdiccional²³. En cualquier caso, esa audiencia no puede ser considerada como un mero trámite carente de efectos. Muy por el contrario, su importancia es innegable, pues la decisión judicial acerca de la restitución o retorno tendrá que tener en cuenta el interés superior del menor que, a su vez, será determinado atendiendo —«debidamente», dice el Reglamento— a la opinión del propio menor, que será valorada «en función de su edad y grado de madurez», como indica el propio art. 21 R. 2019/1111, el art. 12.II CH 80 o el art. 12 CNUDN²⁴.

21. Acerca de la remisión que el art. 26 del Reglamento hace al art. 21 del mismo, *vid.* A. J. 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, 2023.

22. Realidad a la que alude en su *Considerando* 39.

23. Ha de tenerse presente que el propio art. 21 del Reglamento permite que no se practique la audiencia cuando el menor carezca de capacidad para formarse sus propios juicios. Sería posible, además, que la audiencia no se practicara por la concurrencia de los motivos expresados en el art. 39.2 del citado Reglamento.

24. El art. 13.II CH 80 contempla la oposición al retorno del menor, de hecho, como posible excepción al mismo. De igual forma, el art. 39.2 R. 2019/1111 prevé, como posible causa de denegación de la ejecución de la resolución, que no se haya satisfecho la audiencia del menor. En la nota 29 de este trabajo se aborda esta cuestión con mayor detenimiento.

2.2. La audiencia del menor en el procedimiento de restitución o retorno de la LEC

A) Marco normativo español

Hemos tenido ocasión de exponer cómo, en general, en España se reconoce el derecho al menor a ser oído en el seno de un procedimiento judicial. Trataremos, a continuación, de trasladar esa idea al marco específico de **un procedimiento iniciado con motivo de una sustracción internacional de menores**. Habida cuenta de que es la legislación de cada país la que ha de regular el modo en que haya de hacerse la audiencia y ante quién deba practicarse²⁵, resulta imprescindible conocer de qué manera se articula esta cuestión en la normativa nacional.

En el análisis de esta materia, la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, merece una atención singular. Su preocupación por la sustracción internacional de menores se aprecia desde la propia Exposición de Motivos, siendo también evidente en las modificaciones que realiza a distintos artículos. Así, por ejemplo²⁶, reforma el art. 154 CC, con la intención de aclarar que la facultad de decidir el lugar de residencia de los hijos e hijas menores de edad forma parte del contenido de la patria potestad que, por regla general, corresponde a ambos progenitores. Como consecuencia de lo anterior —y a salvo la concurrencia de situaciones de suspensión, privación de la patria potestad o atribución exclusiva de dicha facultad a uno de los progenitores—, se requiere el consentimiento de ambos o, en su defecto, autorización judicial para el traslado de la persona menor de edad, con independencia de la medida que se haya adoptado en relación a su guarda o custodia. Pese a lo oportuno de esta previsión teórica, no puede ocultársenos que su traducción práctica no resulta tan sencilla, pues no es extraño que —sobre todo cuando no subsiste una situación de crisis matrimonial— sea un solo progenitor el que se desplace al extranjero con el hijo menor, sin que le sea requerido documento alguno suscrito por el otro.

En el análisis de cuál es la respuesta del ordenamiento jurídico español a la sustracción internacional de menores, debe indicarse que el cauce procesal oportuno es el que se establece en los arts. 778 *quáter* a 778 *sexies* LEC.

25. Como se reconoce, igualmente, en el *Considerando* 39 del Reglamento de 2019.

26. Aun cuando no sea la materia que nos ocupa principalmente, conviene reseñar que la aludida Ley Orgánica 8/2021 modifica, asimismo, el tipo penal de sustracción de personas menores de edad del art. 225 *bis* del Código Penal, permitiendo que puedan ser sujeto activo del mismo tanto el progenitor que conviva habitualmente con la persona menor de edad como el progenitor que únicamente lo tenga en su compañía en un régimen de estancias.

Estos, bajo la rúbrica «Medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional», fueron introducidos por la Disposición final tercera de la Ley de Jurisdicción Voluntaria del año 2015. La nueva regulación la configura como una vía autónoma y diferenciada respecto de los procesos especiales matrimoniales y de menores también previstos en la LEC.

Mientras que los arts. 778 *quáter* y *quinquies* diseñan el procedimiento destinado a obtener la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional, el art. 778 *sexies* regula la declaración de ilicitud de un traslado o retención internacional.

Debe llamarse la atención, en primer término, sobre el hecho de que este procedimiento solo va a ser aplicable cuando concurren tres circunstancias: que el Estado de origen sea Estado parte de la UE o firmante de algún Convenio internacional, que se pretenda la restitución de un menor o su retorno al lugar de procedencia por haber sido objeto de un traslado o retención ilícitos, y que ese menor se encuentre en España. En consecuencia, no se aplica esta vía cuando el menor proceda de un Estado que no forme parte de la UE ni sea parte de algún convenio internacional, hipótesis en que se aplicarán los mecanismos generales de cooperación judicial internacional y *exequatur* previstos en la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil.

Interesa subrayar, asimismo, que el cauce que examinamos solo sería aplicable cuando el menor objeto de retención o traslado tuviera menos de dieciséis años, como aclara la Fiscalía General del Estado en su Circular 6/2015 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores²⁷.

B) *Obligatoriedad y consecuencias de la audiencia*

El R. 2019/1111 atesora el mérito de recoger expresamente el derecho del menor que es objeto de sustracción internacional a expresar sus opiniones²⁸. Realmente, el Reglamento R. 2201/2003 no lo contemplaba de manera suficientemente clara. En su virtud, resulta ya indudable que no se trata de una mera posibilidad con la que cuente el Juez.

27. Más aún, si el menor alcanzara dicha edad durante la tramitación del procedimiento de devolución, este habría de archivar y, en consecuencia, no procederá adoptar resolución alguna sobre su retorno o restitución.

28. Ampliamente, acerca de esta cuestión, *vid.* A. DURÁN AYAGO, «El derecho del menor a expresar sus opiniones», en B. CAMPUZANO DÍAZ (Dir.), *Estudio del Reglamento (UE) 2019/1111 sobre crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 153 y ss.

Descendiendo al análisis de la legislación española, el apartado octavo del art. 778 *quinquies* LEC recoge, expresa y debidamente, el carácter preceptivo de la audiencia al menor. Lo hace, además, de la misma manera en que se hace en el R. 2019/1111, esto es, sin circunscribirla a los casos en que se hubiesen invocado causas de denegación de la restitución. Sin embargo, a diferencia del régimen que diseña el Reglamento, no contempla las consecuencias que habría de aparejar la falta indebida de su práctica²⁹. Con independencia de lo anterior, siempre cabrá que la parte afectada por una sentencia dictada sin haber dado al menor la ocasión de manifestarse pueda interponer contra ella los recursos legalmente previstos (solo apelación³⁰, pues no cabría ulterior casación³¹).

Tampoco especifica la LEC qué relevancia habrá de darse a la opinión manifestada por el menor, aspecto que habrá de inferirse de la constante jurisprudencia recaída sobre esta cuestión. De manera pacífica, se considera que la voluntad del menor no es, en ningún caso, vinculante para el órgano judicial, que habrá siempre de decidir sobre la base del interés superior de aquel³².

Por otro lado, en la línea de cuanto contempla el R. 2019/1111, el mismo apartado octavo del art. 778 permite al juez español que opte por no dar audiencia al menor cuando crea que, por su edad y grado de madurez, su práctica pudiera perjudicarle. De tal modo, se prevé expresamente que la

-
29. Según el art. 39 R. 2019/1111, podrá denegarse el reconocimiento de una resolución en materia de responsabilidad parental si esta se concedió sin que el menor, capaz de formarse su propio juicio, hubiera tenido la posibilidad de expresar su opinión de conformidad con el art. 21, excepto en los casos en que existieran motivos fundados (teniendo en cuenta, en particular, la urgencia del asunto). Pudiera surgir la duda de si tal precepto, al referirse a la responsabilidad parental, comprendería las hipótesis de sustracción que ahora analizamos. A este respecto, el *Considerando 16* del Reglamento aclara convenientemente su aplicabilidad «a otros aspectos en situaciones de traslado o retención ilícitos de un menor, por ejemplo, las disposiciones relativas a la competencia del órgano jurisdiccional del Estado miembro de residencia habitual y las disposiciones sobre el reconocimiento y la ejecución de cualquier orden que dicte dicho órgano jurisdiccional» (la cursiva es añadida).
30. Con las características que detalla el aptdo. undécimo del comentado art. 778 *quinquies*.
31. *Vid.*, en esta misma obra, Capítulo 5 (A. J. CALZADO LLAMAS, «Análisis de la jurisprudencia sobre el procedimiento de restitución de menores y su regulación en la LEC»).
32. El TS se ha manifestado sobre este particular en numerosas ocasiones. Por su interés, traemos ahora a colación la STS 519/2017, de 22 de septiembre, y la STS 206/2018, de 11 de abril, que expresamente manifiestan que el interés del menor no ha de coincidir necesariamente con su voluntad.

apreciación judicial de esa circunstancia justificaría la decisión de no brindarle tal oportunidad³³.

En la LEC, realmente, se plasma esta idea de una manera más clara que en el art. 21.2 R. 2019/1111, cuya redacción parece sugerir que la edad y madurez del menor habrían de valorarse *ex post*, esto es, una vez que la audiencia se hubiera practicado³⁴. A este respecto, entendemos que el artículo ha de interpretarse³⁵ en relación con los *Considerandos* 39 y 57 del Reglamento. El primero de ellos insiste en la importancia de primar, frente a cualquier circunstancia, el interés superior del niño. El segundo recoge, a título ejemplificativo, algunos «motivos fundados» para no dar al menor la ocasión de ser oído, entre los que incluye la existencia de un peligro inminente para su vida o su integridad física o psíquica que desaconseje la demora que implica la práctica de cualquier audiencia.

En conclusión, aun cuando el propio Reglamento destaque la necesidad de escuchar al menor³⁶, no debe concluirse que la audiencia constituya una obligación concebida en términos absolutos. Por supuesto, el menor no podrá ser obligado a declarar. Manifestar su opinión sería, en todo caso, un derecho renunciable por su parte, no un deber³⁷. Asimismo, y de acuerdo con el art. 778 *quinquies* que venimos examinando, edad y madurez operarían como criterios clave para decidir acerca de la conveniencia de la realización de la audiencia, no como factores a ponderar en la atribución de una mayor o menor relevancia a la opinión que se hubiera manifestado.

Lo que parece evidente es que, teniendo presente el peso que —tanto en el R. 2019/1111 como en nuestra propia realidad jurídica— se atribuye a la opinión del menor, al poder motivar una decisión judicial de no restitución en atención a su interés superior, la decisión de no requerirla tendrá que estar bien fundamentada. En la LEC se exige que la resolución que así lo

33. Aplicando ese criterio y prescindiendo, por tanto, de la audiencia al menor (que en ambos casos tenía siete años de edad), *vid.*, recientemente, las sentencias de la AP de Alicante 261/2023, de 26 de julio de 2023 (JUR 2023\339915) y 269/2023, de 13 de septiembre (JUR 2023\390681).

34. A pesar de que en su primer párrafo sí se indica, con una redacción más afortunada, que esa posibilidad se brindará «a los menores que tengan capacidad para formarse sus propios juicios».

35. Como con acierto señala A. J. CALZADO LLAMAS, *La sustracción internacional de menores...*, *op. cit.*, p. 241.

36. De «posibilidad real y efectiva de expresar su opinión», habla el Considerando referido.

37. De este modo se configura, igualmente, la intervención de los hijos menores en los procesos matrimoniales en nuestra LEC (arts. 770.4 y 777.5).

Acerca de su configuración como derecho en el R. 2019/1111, *vid.* A. DURÁN AYAGO, «El derecho del menor a expresar sus opiniones», *op. cit.*, p. 164.

decida esté suficientemente motivada, por lo que adoptaría la forma de auto que, al carecer de carácter definitivo y no contar con expresa previsión legal, no sería apelable³⁸. Seguramente, la decisión de no permitir la apelación contra este concreto auto obedece al carácter especialmente sumario y expeditivo de este procedimiento, que ha de finalizar en el plazo máximo de seis semanas³⁹.

C) *Momento y modo de su práctica*

Como el *Considerando 39* del R. 2019/1111 advierte, no podrá denegarse el reconocimiento de una resolución por el solo motivo de que se hubiera utilizado por el Estado de origen un método diferente de audiencia al menor del que se aplicaría en el Estado miembro del reconocimiento. En cualquier caso, el Estado de origen es el que el habrá de regular, en la normativa que le es propia, de qué modo habrá de darse al menor la posibilidad de expresarse. No afina demasiado el *Considerando 57* del R. 2019/1111 cuando afirma que ese método será decidido por «el órgano jurisdiccional de origen», porque este estará, como resulta obvio, limitado en su poder de decisión por los márgenes que se diseñen legalmente⁴⁰. Dentro de ellos, claro está, deberá decidir lo que resulte más conveniente al interés del menor, habida cuenta de las circunstancias que concurren en cada caso.

Partiendo de la base de que solo el apartado octavo del art. 778 *quinquies* LEC contempla la audiencia al menor objeto de retención o traslado ilícito, es lógico que se identifiquen aspectos que precisarían de una mayor atención y desarrollo. Por lo que se refiere, por ejemplo, al modo en que esta habrá de desenvolverse, únicamente se prevé la posibilidad de que esa actuación se realice a través de videoconferencia⁴¹, así como la necesidad

38. Sí cabría, en cambio, recurso de reposición frente a él, *ex art.* 451 LEC.

39. Señala el art. 778 *quáter*, aptdo. quinto, LEC, que los procedimientos de retorno deben resolverse en el plazo «inexcusable» de seis semanas desde la fecha de la presentación de la solicitud instando la restitución o el retorno del menor, incluyendo en ese plazo tanto la primera como la segunda instancia.

40. Esos márgenes, en el caso español, son ciertamente laxos, pues pocas indicaciones formales se contienen en la LEC acerca del desarrollo de la exploración del menor.

41. U otro sistema similar, se dice.

Corresponde esta previsión con la que se contiene en el *Considerando 53* del R. 2019/1111, que establece la posibilidad de oír al menor mediante videoconferencia o por cualquier otro medio de tecnología de la comunicación. Profundizando en esta idea, el *Considerando 21* del nuevo Reglamento 2020/1783 —sucesor del Reglamento 1206/2001 y aplicable desde el 1 de julio de 2022—, tras poner en valor las bondades y potencialidades de la videoconferencia («que constituye un medio importante para simplificar y acelerar la obtención de pruebas», afirma), contempla expresamente su empleo para los casos en que se deba oír a un menor con arreglo a lo dispuesto en el R. 2019/1111.

de que se oiga separadamente al menor, a presencia del Ministerio Fiscal, y garantizándose las condiciones idóneas para su exploración, sin interferencias de otras personas. Se permite, de forma excepcional, el auxilio de especialistas cuando ello fuera necesario.

En relación, precisamente, a esta última cuestión, surge la duda de cuál habría de ser el papel reservado a los expertos en nuestro sistema procesal, sobre todo porque el R. 2019/1111⁴² aclara que no le corresponde determinar si el menor debe ser oído por el juez en persona o por un experto con una formación específica que informe seguidamente al órgano jurisdiccional, siendo decisiones que han de adoptarse en la legislación nacional de cada Estado miembro.

Desde luego, aunque la LEC no se pronuncie al respecto⁴³, la labor de los especialistas será decisiva para valorar adecuadamente la madurez del menor que será, en su caso, objeto de exploración en este género de procedimientos. Así se exige, además, en el art. 9.2 LOPJM. El art. 2 de la misma Ley, por otra parte, requiere que en las decisiones «especialmente relevantes» que afecten al menor intervenga un equipo técnico y multidisciplinar especializado. No obstante lo anterior, no estaría de más que nuestra LEC contemplara expresamente cuál habría de ser la intervención de los especialistas en el procedimiento de restitución o retorno, cuyo papel queda reducido, en la letra del art. 778, a servir de «auxilio» —de manera excepcional, además—⁴⁴ cuando ello fuera necesario. Entendemos, de igual modo, que sería conveniente que nuestra norma procesal estableciera la intervención preceptiva de los expertos en los casos que examinamos, no quedando a expensas de la voluntad judicial. Pese a tratarse de una regulación que, a nuestro juicio, resulta mejorable, ha de reconocerse que va más allá de cuanto prevé el R. 2019/1111, que regula la intervención de asistentes sociales o psicólogos infantiles solo para cuando se trata de velar por la ejecución de la resolución que se hubiera dictado⁴⁵, pero no para la práctica de la audiencia al menor.

Aunque la mera aplicación de la legislación procesal vigente lo permitiría, en el art. 778 *quinquies* LEC se dispone expresamente que las partes acompañarán a la demanda la documentación en la que el demandante funde su petición. En estos casos, bien pudiera tratarse de un —preexistente— informe

42. *Considerando 39.*

43. Sí lo hace la Circular FGE 6/2015.

44. En el aptdo. octavo del art. 778 *quinquies* LEC.

45. *Considerando 69.*

psicológico del menor. Incluso, de no contarse aún con él⁴⁶, podría anunciarse su presentación para el momento en que estuviera culminado. Al margen de la posible presentación de la documental, pudiera igualmente solicitarse la práctica de una pericial psicológica sobre el menor. Esta hipótesis se correspondería con la posibilidad contemplada en el apartado séptimo del citado precepto, que permite tanto que se practiquen las pruebas propuestas por las partes⁴⁷ (entre las que podría incluirse dicha pericial sobre el menor) como que se recaben —de oficio o a instancia de parte— informes que se consideren pertinentes. La realización de esos informes (que, claramente, también podrían ser de naturaleza psicológica) se considerará «urgente y preferente a cualquier otro proceso».

Teniendo presente que, en España, lo habitual es que sean los equipos psicotécnicos los que tienen un trato directo con los menores que son explorados (especialmente, cuando tienen una edad inferior a diez años), es comprensible que se plantee si la entrevista personal con el juez puede ser sustituida por un informe de dichos equipos. En la práctica, de hecho, no es extraño que se actúe de ese modo⁴⁸. A pesar de ello, debe tenerse presente que no faltan resoluciones judiciales que anulan sentencias que afectan al interés de menores⁴⁹ cuando estos no han sido directamente oídos por el juez⁵⁰. Tal vez no fuera necesario plantearnos este tipo de cuestiones si contáramos, en estas hipótesis, con operadores jurídicos más especializados⁵¹. En cualquier caso, creemos que la literalidad del art. 778.8 *quinquies* LEC debe conducirnos a concluir que los jueces están obligados, en estos casos, a explorar personalmente a los menores⁵².

46. En los supuestos, por ejemplo, en que el menor estuviera o hubiera estado sometido a tratamiento médico o psicológico.

47. Cabe también la práctica de prueba de oficio en estos casos, como indica el precepto examinado.

48. Práctica avalada por el TC en la Sentencia 163/2009, de 29 de junio (RTC 2009\163).

49. Especialmente, en supuestos de decisión acerca de la guarda y custodia.

50. STS 413/2014, de 20 de octubre (RJ 2014\5613).

51. Como sugiere, por ejemplo, F.J. FORCADA MIRANDA, *Comentarios prácticos al Reglamento (UE) 2019/1111. Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*, Ed. Sepín, Madrid, 2020, p. 236.

52. En este mismo sentido, aun referido a un supuesto de divorcio, se pronunció el TEDH en el asunto *Iglesias Casarrubios y Cantalapiedra Iglesias* (Sentencia de 11 de octubre de 2016, dictada en el recurso 23298/12).

Con independencia de ello, y como hace notar la Circular *supra* examinada, en algunos supuestos será necesario acudir al dictamen de especialistas para poder llegar a conocer realmente la verdadera voluntad del menor, pudiendo solicitarlo directamente el Fiscal (también el resto de partes, a nuestro parecer) y acordarlo el Juez, incluso, de oficio.

En cuanto a cuándo deberá darse audiencia al menor, en la LEC se permite que esta tenga lugar «en cualquier momento del proceso»⁵³ antes de adoptar la decisión acerca de su retorno. La mencionada Circular FGE 6/2015 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores acota algo más esa amplia previsión. Así, mantiene que sería una buena práctica que los fiscales promovieran la audiencia del menor desde un momento temprano: el de su comparecencia conjunta con la persona a quien se imputa la sustracción o retención ilícita, contemplada en el apartado segundo del art. 778 *quinquies* LEC. De este modo, cierto es, se evitarían ulteriores comparecencias en el Juzgado.

Al margen de la práctica de la audiencia en la primera instancia, será perfectamente posible que sea en segunda instancia cuando deba oírse al menor. Si el menor lo pidiera, desde luego debería dársele esa oportunidad, especialmente en los casos en que se decide el retorno en contra de su voluntad.

Si bien en la Ley no se detallan los extremos acerca de los que habrá de ser oído el menor, su exploración⁵⁴ tendría que responder a una doble finalidad: determinar si, efectivamente, los hechos son susceptibles de ser calificados como sustracción de menores, y, por otro lado, conocer cuál es la opinión del menor en relación con un posible retorno. En cualquier caso — insiste en ello la Circular FGE 6/2015 — ha de cuidarse especialmente de que el menor no perciba que el peso de la decisión recae sobre él, en aras de evitar que surja en él el conocido como «conflicto de lealtades».

La norma examinada exige que el menor sea oído de forma separada⁵⁵, lo que implicaría que la entrevista con él debiera realizarse a puerta cerrada y sin la presencia de sus progenitores, abogados ni procuradores. Se trataría, en suma, de uno de los supuestos de exclusión de la publicidad que prevé el art. 754 LEC.

Puesto que en los preceptos dedicados a esta cuestión no se especifica de qué manera debe realizarse la audiencia⁵⁶, en la *praxis* se adoptan las mismas medidas que se implementan en las exploraciones de menores en los procesos matrimoniales. Transcurrirá, pues, a presencia del Juez y del Ministerio Fiscal, como exige la norma. Puesto que lo más habitual viene

53. Como especifica el aptdo. octavo del art. 778 *quinquies* LEC.

54. Así es expresamente denominada en el aptdo. octavo del art. 778 *quinquies* LEC.

55. Y no en la vista del juicio oral, advierte la Circular FGE 6/2015.

56. Aunque sí existan estándares que resultan igualmente aplicables, contenidos tanto en la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 12) como en las *ChildFriendly Justice Guidelines* del Consejo de Europa (<https://rm.coe.int/16804b2cf3>).

siendo que la exploración se grabe (como se dirá en el apartado siguiente), la presencia del Letrado de la Administración de Justicia no sería necesaria.

D) *Documentación del acto*

Abordamos en este apartado el estudio de un aspecto que, pese a su importancia, es merecedor de escasa atención doctrinal: el modo en que ha de documentarse la audiencia del menor.

No cabe duda de que la manera en que se documente/registre la práctica de la audiencia reviste una trascendencia innegable y posee unas implicaciones prácticas notables. Desde luego, el hecho de que se recoja la opinión del menor facilita, en caso de recurso, una mayor y mejor aproximación a su voluntad. Se trata, no en vano, de una materia examinada con detenimiento por nuestros tribunales en numerosas resoluciones. Entre todas, resulta imprescindible traer a colación la Sentencia del TC 64/2019, de 9 de mayo, que analiza de una forma exhaustiva el delicado equilibrio entre el derecho de defensa, por una parte, y de el de intimidad del menor, por otra. Dicho pronunciamiento trae causa de una cuestión de inconstitucionalidad planteada por un JPI de Barcelona, en relación con el art. 18.2.4^a LJV, al entender que la previsión que incorpora de extender acta detallada del resultado de las exploraciones judiciales a menores de edad, así como la obligación de dar traslado a las partes para que puedan formular alegaciones, vulnera el derecho fundamental a la intimidad del menor de edad (art. 18.1 CE)⁵⁷. El TC concluye, sobre este extremo, que la intimidad del menor no se ve afectada por el hecho de que se proporcione a las partes tal acta. Pone especial énfasis, además, en recalcar que es otro momento, y no el de facilitación del acta, el que pudiera llegar a comprometer el derecho fundamental del menor a ver preservada su intimidad. Considera, así, que es en la propia celebración de la exploración judicial del menor donde debe velar por su preservación. Para ello, indica, será necesario que se vele en su práctica porque sus manifestaciones se ciñan a aquellas que resultan necesarias para la averiguación de los hechos y circunstancias controvertidos. No ha de tratarse, por tanto, de un examen de cuestiones que resulten ajenas a lo que constituye el objeto del expediente. Así pues, sostiene el TC que la

57. En la referida cuestión de inconstitucionalidad (en la que se cita, asimismo, la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 1/2007, sobre actuaciones jurisdiccionales e intimidad de los menores, que considera la intimidad del menor como un límite legítimo frente al derecho de información de los terceros interesados), se trae a colación una reclamación que resulta tan recurrente como interesante: la conveniencia de que se incluya una cláusula de flexibilidad que permita al juez reservar el traslado del acta si, de la exploración, se obtuviera información que comprometiera la intimidad del menor.

entrega del acta a las partes contribuiría a satisfacer la exigencia derivada del principio de contradicción, y que la incidencia en la intimidad del menor se vería reducida al mínimo si el contenido del acta⁵⁸ únicamente detallara aquellas manifestaciones del menor imprescindibles por significativas y, por ello, estrictamente relevantes para la decisión del expediente. Aunque la sentencia se dictara en relación con las actas que se extienden en casos de jurisdicción voluntaria, es comúnmente admitido que las apreciaciones que realiza son perfectamente extrapolables a cualquier supuesto de exploración judicial de menores⁵⁹.

No obstante lo anterior, no debe ocultárenos que las exploraciones de menores en supuestos de sustracción internacional discurren, en la práctica, de una forma singular. En este ámbito concreto, la Circular FGE 6/2015 propugnaba —en un sentido opuesto al defendido en 2019 por el TC— la grabación del acto de la audiencia al menor, o en su defecto, su transcripción lo más extensa y exacta posible⁶⁰. En su tesis, la Fiscalía aplicaba de manera francamente particular lo dispuesto en el art. 147 LEC que, pese a establecer que las actuaciones orales en vistas, audiencias y comparencias celebradas ante los jueces se han de grabar, en realidad también prohibía expresamente —*rectius*, aún lo hace— su transcripción.

En un ulterior giro interpretativo, la Ley Orgánica 8/2021, de protección integral a la infancia y la adolescencia contra la violencia, modificó de nuevo el art. 18.2.4^a LJV y lo adaptó a los postulados del TC. En su virtud, se prescinde ya de la mención a la necesidad de grabar la exploración del menor y se establece que el acta habrá de expresar los datos objetivos del desarrollo de la audiencia, reflejando las manifestaciones del niño, niña o adolescente imprescindibles por significativas —y, por ello, estrictamente relevantes— para la decisión del expediente, cuidando de preservar su intimidad.

Teniendo en cuenta el marco normativo vigente, en la exploración del menor que ha sido objeto de sustracción internacional resulta complejo hacer compatible lo dispuesto en la LJV —como consecuencia de la modificación operada en 2021— con lo establecido en la LEC. Ningún problema

58. Que constituye, como bien señala, el reflejo procesal, documentado, del derecho del menor de edad a ser oído y escuchado. Recuerda, además, que este derecho forma parte del estatuto jurídico indisponible de los menores de edad, como norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos.

59. *Vid.*, en este mismo sentido, P. GRANDE SEARA, «La documentación de la audiencia del menor en los procesos de familia», en G. SCHUMANN BARRAGÁN (Dir.), *Logros y retos de la Justicia civil en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 866-867.

60. Con la finalidad de la voluntad del menor pueda en su caso ser debidamente valorada en segunda instancia sin necesidad de una «nueva y siempre perturbadora» comparencia del menor en dependencias judiciales.

plantearía la elaboración del acta de contenido reducido a que se refería la Sentencia del TC de 2019 y de la que, en cumplimiento de cuanto dispuso, habrá de darse traslado a las partes. Sin embargo, es importante indicar que la práctica discurre por otros cauces bien distintos y que —ante la inexistencia de prohibición al respecto⁶¹— está ampliamente implementada la grabación de la exploración. En estos casos, en cumplimiento del art. 147 LEC, no cabría su transcripción, por lo que no se le podría facilitar a las partes. En los supuestos en que únicamente existe grabación de la exploración, con frecuencia se opta por permitir a los abogados su visionado en dependencias judiciales, sin facilitarles copia alguna. A pesar de que esa decisión responda al loable deseo de preservar en mayor medida la intimidad del menor, no creemos que sea la solución más acorde con las exigencias que derivan de la —tantas veces referida— sentencia del TC de 2019.

Convenimos más, por el contrario, con la solución adoptada por otros Juzgados —lamentablemente, la práctica difiere enormemente de uno a otro—, que consiste en la asistencia del Letrado de la Administración de Justicia al acto, a pesar de su videograbación, con objeto de que extienda acta de la exploración. De este modo, antes de darse traslado de ella a las partes, podría controlarse que solo contuviera información que, estrictamente, sirviera para fundar la decisión judicial.

E) *Un caso específico: la audiencia al menor cuando se recurre a la mediación*

La audiencia al menor presenta algunas notas específicas cuando nos trasladamos a un escenario distinto: la resolución del conflicto mediante el recurso a la mediación. Se hace necesario resaltar, en primer término, que el empleo de la mediación resulta incentivado en este campo⁶². Así, el R. 2019/1111, ya en el *Considerando 43*⁶³, prevé expresamente que en todos los asuntos que afecten a menores —y, «en particular, en los asuntos de sustracción internacional de menores», se recalca— los órganos jurisdiccionales

61. En realidad, la LJV, no contemplando ya dicha grabación, tampoco la prohíbe.

62. En palabras de C. ESPLUGUÉS MOTA («El Reglamento Bruselas II *ter* y el recurso a los MASC en materia de responsabilidad parental y sustracción internacional de menores», *op. cit.*, p. 172), «El Reglamento Bruselas II *ter* supone un paso más en el proceso del fomento de la mediación y de otros medios de resolución alternativa de conflictos en el seno de la UE».

Por su parte, S. RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ («Mediación en el proceso especial de restitución de menores internacionalmente sustraídos», *Práctica de Tribunales*, n.º. 137, 2019, p. 8) destaca cómo desde los ámbitos internacional y europeo, se apuesta por el empleo de la mediación en estos casos, «conscientes de la importancia de lograr una pronta restitución, pero, también, la mejor solución posible al grave conflicto que la S.I.M. implica».

63. Tras una previa referencia a la importancia de la mediación en el *Considerando 35*.

les deberán contemplar la posibilidad de llegar a una solución a través de la mediación u otros medios apropiados. De igual modo, en el art. 25 se prevé que el juez invite a las partes a recurrir a la mediación (o a otra vía alternativa de resolución de litigio) «lo antes posible y en cualquier fase del procedimiento». Las únicas excepciones que se contemplan frente a esta regla general serían que esta actuación entrara en conflicto con el interés superior del menor, que no fuera adecuada para ese caso concreto o que, finalmente, conllevara un retraso indebido del procedimiento. Como tarea específica de las autoridades centrales requeridas, igualmente, se contempla (art. 79, letra g) el facilitar la celebración de acuerdos entre los titulares de la responsabilidad parental a través de la mediación o por otros medios alternativos de resolución de litigios, y facilitar con este fin la cooperación transfronteriza. La importancia de esta materia para el legislador europeo parece, en consecuencia, fuera de duda.

En el ordenamiento español, es el apartado número 12 del art. 778 *quinquies* LEC el que da entrada a la mediación en este género de conflictos. A grandes rasgos, pues no es nuestra intención examinar este aspecto de forma exhaustiva, debe referirse que la posibilidad de someterse a mediación⁶⁴ se configura en términos amplios, siendo posible optar por esta vía en cualquier momento del proceso. Dejando a salvo la posible iniciativa de las partes, se permite que sea también el juez el que pueda decidir, de oficio, proponer una solución de mediación.

Por lo que se refiere a la relevancia de la opinión del menor en los supuestos en que sea una solución mediada la que ponga fin al procedimiento, la Observación General núm. 14 del Comité de los Derechos del Niño exige que se dé audiencia al menor en los procesos de conciliación, mediación y arbitraje, toda vez que el acuerdo al que se llegue puede tener repercusiones importantes en su vida y desarrollo. De hecho, la denegación —a que aludimos en un apartado precedente— del reconocimiento o ejecución también se puede deber a que se hubiera alcanzado un acuerdo en esta materia sin haberse dado al menor la posibilidad de expresarse, como señala el art. 68.3 del R. 2019/1111. Sin embargo, tratándose de acuerdos, el *Considerando 71* del mismo Reglamento advierte de que no haber permitido

Con anterioridad, la quinta reunión de la Comisión especial para revisar el funcionamiento del Convenio de La Haya de 25 de Octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la Sustracción Internacional de Menores y la implementación práctica del Convenio de La Haya de 19 de Octubre de 1996, en el Apéndice del documento de noviembre de 2006, sugirió a los Estados «Intentar a través de la mediación o conciliación la restitución voluntaria del menor o la solución amigable de los litigios, en forma que no se retrase la restitución del menor».

64. Que supondrá la suspensión del proceso.

al menor manifestar su opinión no es un motivo de denegación automática de su reconocimiento. Esta diferenciación obedece al hecho de que, según contempla el citado Considerando, la obligación de dar al menor la oportunidad de expresar su opinión con arreglo al Reglamento referido no debe aplicarse a los acuerdos. Puesto que, a renglón seguido, se afirma que el derecho del menor a expresar su opinión sigue siendo de aplicación de conformidad con el art. 24 de la Carta y a la luz del art. 12 CNUDN, nos encontramos ante un régimen ciertamente singular, en el que el ejercicio de un derecho no viene acompañado de la correlativa inclusión de una obligación de respetarlo ni de la previsión de consecuencias desfavorables para el caso de su indebida restricción⁶⁵.

Las comprensibles dudas que esta confusa regulación propicia son —parcialmente— despejadas por la *Guía de Buenas Prácticas acerca de la mediación, en virtud del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*⁶⁶. Se trata, sin embargo, de meras recomendaciones que colisionan, en no pocas ocasiones, con las propias limitaciones de las legislaciones nacionales⁶⁷.

Como línea de principio, ha de partirse de la idea de que muchas de las notas que caracterizan la declaración del menor en el procedimiento «formal» de restitución pierden gran parte de su operatividad cuando nos situamos en un plano «informal» de resolución de controversias. En España, por ejemplo, carece de sentido el traslado a este otro escenario de la idea misma de audiencia «reservada» o «separada» que contempla la LEC y que evoca la sola presencia en ella del menor, de su interlocutor (el Juez)⁶⁸ y de

65. Tampoco en la información que se encuentra disponible acerca de la figura del Mediador del Parlamento Europeo para casos de sustracción internacional de menores se hace alusión alguna a la necesidad de oír al menor en el curso de la mediación (https://www.europarl.europa.eu/pdf/mediator_children/Child_abduction_handbook_es.pdf).

66. Accesible en <https://assets.hcch.net/docs/b9315187-a07c-4f4f-a6c4-f764701bd80a.pdf>

67. En España, en concreto, contamos con la *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial* del Consejo General del Poder Judicial (disponible en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Guia-para-la-practica-de-la-Mediacion-Intrajudicial/>), que, sin embargo, tampoco logra disipar muchas de las dudas que surgen. Sobre este particular, sugiere S. RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ («Posibilidades de implantación del modelo europeo MIC (*Mediation in Court*) en el procedimiento español de restitución de menores objeto de sustracción internacional», *RGDE*, n.º 55, 2021, pp. 283 y ss.) la posibilidad de implantar en nuestro país el MIC (*Mediation in Court*) Model, modelo de mediación diseñado para los procedimientos judiciales de restitución de menores que ha resultado de eficacia probada en Alemania, Inglaterra y Holanda.

68. Al no desarrollarse la audiencia ante el juez, el término «exploración» (al que alude el art. 778 *quinquies* LEC para referirse a aquella) no resultaría ya adecuado.

quienes velan por su protección (el Fiscal) y documentan la práctica del acto (el Letrado de la Administración de Justicia).

En el concreto campo de la sustracción de menores, el art. 778 *quinquies* LEC, en su apartado octavo, únicamente contempla la necesidad de escuchar al menor «en cualquier momento del proceso», lo que —de aplicar el tenor literal de la norma— dejaría sin cobertura los supuestos en que se acude a una vía alternativa a este. Abogamos, sin embargo, por una interpretación teleológica de la norma, entendiendo que esa omisión no debe excluir la necesidad de conocer la opinión del menor, también, en los casos de sometimiento a mediación. Solo así, de hecho, se consigue atender convenientemente a las exigencias plasmadas en instrumentos jurídicos internacionales. Una mención expresa a tal circunstancia en la LEC hubiera resultado tan oportuna como clarificadora, sobre todo, porque tampoco la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles aporta información al respecto.

Sin embargo, no es la única omisión destacable en nuestra normativa procesal. Más allá de la insistencia en la importancia de que el procedimiento de mediación sea breve, o de la necesidad de que el acuerdo alcanzado sea aprobado por el juez⁶⁹, los preceptos que disciplinan el sometimiento a mediación en el seno de un procedimiento de restitución o retorno, al no establecer —como vimos— que el menor deba ser oído en estos casos, tampoco prevén de qué manera habría de darse entrada a la opinión del menor.

En atención a lo expuesto, surge la duda del modo en que habrá de desarrollarse esa audiencia del menor en el seno de una mediación que surja con motivo de una sustracción internacional. Por un lado, los instrumentos jurídicos internacionales destacan la necesidad de que, en términos generales, el menor sea oído en el marco de los procedimientos de mediación que le afecten. Por otro, la ausencia de desarrollo normativo de esta exigencia plantea en su ejecución práctica, como se anticipó, serios interrogantes. No en vano, en la Guía se destaca cómo, por lo que se refiere a la introducción de la opinión del niño en el proceso, la mediación difiere de manera sustancial de los procesos judiciales.

En efecto, a diferencia de cuanto sucede en el procedimiento «formal» de restitución o retorno —en el que el juez se vale (entre otras) de esa información aportada por el menor para decidir—, el mediador carece de com-

69. Teniendo siempre presente, claro está, tanto la ley como el interés superior del menor.

petencia para solucionar el conflicto⁷⁰, por lo que no parece lógico ni necesario que esa confrontación directa menor-mediador tenga lugar. Con independencia de que — como recuerda la Guía —, las facultades procesales de un mediador son limitadas («no tiene poder interrogativo alguno y no podrá, como sí pueden hacerlo los jueces en algunos países, citar al niño a una audiencia o exigir un interrogatorio pericial del niño»⁷¹), no podemos presumir que cuente con la formación necesaria para dirigir y supervisar una audiencia en que participe un menor, por cuyo bienestar y protección se deberá, en todo caso, velar. La participación del menor en el encuentro a presencia de los padres tampoco nos parece la mejor solución. Al margen de todo lo anterior, y puesto que se le va a dar al menor la oportunidad de expresar su opinión, debieran articularse mecanismos que le garantizaran poder hacerlo con plena libertad. La presencia de los progenitores en el momento en vaya a ser escuchado constituirá, probablemente, un factor condicionante — cuando no distorsionador — de su relato.

En la Guía referida se proponen otras maneras de atender a las opiniones del menor que son alternativas a su comparecencia para declarar. Desde una primera posibilidad, consistente en que el mediador se limite a llamar la atención de los progenitores respecto de la importancia de escuchar la voz del niño⁷², a un modelo en que el mediador, adoptando una posición más proactiva, recomienda un procedimiento que permita introducir la voz del niño en la mediación⁷³. Se sugieren, incluso, dos vías para ello: la participación directa del niño en una o más sesiones de mediación — opción que se enfrentaría a los obstáculos *retro* señalados, especialmente si a esas sesiones concurren los progenitores — y la celebración de una entrevista con él por separado, que habría de ser conducida por quien contara con formación especializada, como ya advertimos.

En definitiva, y pese a la evidente utilidad de las propuestas de *soft law* analizadas, con ellas no se logran subsanar todas las dificultades que surgen para garantizar que la opinión del menor será tomada en cuenta en la mediación que surja con ocasión de una sustracción internacional, habida cuenta

70. De hecho, una vez que (empleando la vía que fuere) se hayan introducido las opiniones del niño en la mediación, serán los progenitores quienes habrán de decidir sobre el contenido de su acuerdo. El rol del mediador habrá de limitarse a tratar de que las partes tengan en cuenta la opinión del menor y de que se ponderen todas las cuestiones que afecten a su interés superior.

71. En España, por ejemplo, carecería el mediador de competencias similares.

72. Esta solución, al hacer depender por completo de la voluntad de los progenitores el debido ejercicio de un derecho propio del menor, no nos parece la más adecuada.

73. Para ello, se advierte, se tendrán en cuenta las circunstancias del caso: la edad de los niños, el riesgo de una nueva sustracción, si hay antecedentes de violencia doméstica, etc.

de la insuficiencia de normas que, en nuestro país, disciplinan su exteriorización en este determinado contexto. No se trata, debe reconocerse, de un problema exclusivo de los procedimientos de restitución o retorno, sino de una nota que caracteriza, en general, cualquier recurso a la mediación en situaciones de conflicto familiar que involucren a menores de edad. Sin duda, contar con una regulación suficiente de la cuestión contribuiría a superar muchos de los obstáculos que entorpecen la adecuada ponderación de la opinión del menor, también, en esta concreta hipótesis.

Capítulo 5

Análisis de la jurisprudencia sobre el procedimiento de restitución de menores y su regulación en la LEC

ANTONIO JESÚS CALZADO LLAMAS
Investigador Predoctoral
Universidades de Sevilla y Bolonia

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ÁMBITO DE APLICACIÓN. III. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNA PARA CONOCER DEL PROCESO DE RESTITUCIÓN. 1. *Concentración territorial.* 2. *Concentración objetiva.* IV. LEGITIMACIÓN Y POSTULACIÓN. 1. *La legitimación activa y postulación del particular.* 2. *La legitimación y postulación institucional.* V. EL PROCEDIMIENTO URGENTE Y PREFERENTE DE RESTITUCIÓN. 1. *El plazo de seis semanas regulado en la LEC y el tratamiento jurisprudencial de su incumplimiento.* 2. *Especialidades del juicio verbal de restitución en primera instancia.* 3. *Especialidades en el recurso de apelación contra las órdenes sobre la restitución del menor.* 4. *Especialidades en materia de ejecución.* 5. *Excepción a la prejudicialidad penal.* 6. *Mediación.* VI. AUDIENCIA AL MENOR. VII. MEDIDAS CAUTELARES. VIII. EPÍLOGO: COMPARACIÓN ENTRE LA LEC Y EL R. 2019/1111. PROPUESTAS DE LEGE FERENDA. 1. *Anticipación de la LEC al R. 2019/1111.* 2. *Coordinación entre la LEC y el R. 2019/1111.* 3. *Necesidades de mejora de la LEC con motivo del R. 2019/1111.*

I. INTRODUCCIÓN

El régimen de Derecho procesal civil español en materia de sustracción internacional de menores se caracteriza por la interesante conjunción jurí-

dica existente entre las normas de carácter internacional vigentes para España en sus relaciones con otros Estados y las normas de origen interno, llamadas a complementar dicha cooperación internacional.

En cuanto a la dimensión internacional, cabe destacar que España es parte en los principales instrumentos internacionales en materia de restitución de menores en casos de sustracción internacional¹. Así, en el marco del Consejo de Europa, España ratificó el *Convenio Europeo relativo al reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980* (CLUX 80)². En el seno de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, España ratificó el *Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980* (CH 80)³. Como Estado Miembro de la UE, España está vinculada por 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 menores* (R. 2019/1111)⁴. Por último, España y Marruecos ratificaron el *Convenio entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores, firmado en Madrid el 30 de mayo de 1997* (CEM 97)⁵.

De por sí, todos estos instrumentos de cooperación internacional forman parte de nuestro ordenamiento jurídico y han de aplicarse siempre que se produzca algún traslado o retención ilícitos que se incardine dentro de su

1. De este modo, nuestro país cumple con el mandato de promover y/o adherirse a convenios internacionales en la materia, recogido en el art. 11.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (Instrumento de Ratificación por España publicado en el BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990).
2. Instrumento de Ratificación por España publicado en el BOE núm. 210, de 1 de septiembre de 1984
3. Instrumento de Ratificación por España publicado en el BOE núm. 202, de 24 de agosto de 1987.
4. Publicado en el DOUE núm. L 178, de 2 de julio de 2019. Este Reglamento se aplica en su totalidad en todos los Estados Miembros desde el 1 de agosto de 2022 (art. 100.1 R. 2019/1111). Antes de esa fecha se aplicaba el Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000 (DOUE núm. L 338, de 23 de diciembre de 2003).
5. Instrumento de aplicación provisional publicado en el BOE núm. 150, de 24 de junio de 1997.

ámbito de aplicación (art. 96 CE). En especial, se ha destacado que el CH 80 es un Convenio «*self-executing*» es decir, aplicable en sus propios términos⁶. La misma idea puede extraerse del R. 2019/1111, dado que, como cualquier Reglamento de la UE, se caracteriza por ser «*obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro*» (art. 288 TFUE). Ello sin perjuicio de que estas normas hagan remisión a los procesos de urgencia previstos en las normas nacionales (art. 2 CH 80 y art. 24.1 R. 2019/1111).

Sin embargo, nuestro legislador terminó considerando conveniente la adopción de un procedimiento *ad hoc* de restitución en el marco de nuestra legislación procesal civil interna, en clara observancia de las normas y convenios internacionales anteriormente mencionados.

La primera vez que se reguló en España un procedimiento específicamente dedicado a la restitución internacional de menores fue con ocasión de la *Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LOPJM)*⁷. La Disposición Final 19^a de esta Ley contenía la incorporación de una sección de «*Medidas relativas al retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional*», entre los arts. 1901 a 1909 de la *antigua Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC-1881)*⁸. A grandes rasgos, se trataba de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, preocupado por la tramitación expeditiva de los expedientes de sustracción internacional de menores en nuestro país en cumplimiento de las exigencias del CH 80⁹, como corroboran algunas características observables del procedimiento, como el plazo máximo de seis semanas para su resolución, la tramitación urgente y preferente y la posibilidad de un único recurso de apelación, en un solo efecto (es decir, permitiendo la ejecución provisional) y con plazos de tramitación mucho más breves que los generales.

6. *Vid.* CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, «Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores: Segunda parte — Medidas de aplicación», disponible en <https://assets.hcch.net/docs/36d44ecb-6864-403d-ae50-fe38211516e8.pdf>, pp. 19-22.

7. BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996. En la jurisprudencia, así lo declara el AAP Almería nº 20/2004, de 6 de febrero (ECLI:ES:APAL:2004:48A).

8. Nos referimos al Real Decreto de 3 de febrero de 1881 por el que se aprueba el proyecto de reforma de la Ley Enjuiciamiento civil (Gaceta de Madrid núm. 36, de 5 de febrero de 1881).

9. *Vid.* AAP de 4 de diciembre de 1998 (ECLI:ES:APM:1998:1618A).

Este procedimiento se mantuvo vigente incluso cuando se adoptó la actual *Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil* (LEC)¹⁰. No fue sino hasta la reforma promovida por la *Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria* (LJV)¹¹, y en concreto su Disposición Final 3ª, que se introduciría un procedimiento de restitución de menores renovado en el Capítulo IV bis del Título I del Libro IV de la actual LEC (arts. 778 *quáter* a *sexies*)¹². Tal y como explica la Exposición de Motivos de la LJV, la finalidad de esta reforma tenía dos objetivos principales: primero, revisar su naturaleza jurídico-procesal ligada a la jurisdicción voluntaria para configurarlo como un

10. BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000 (consultada en su versión actualizada a 29 de junio de 2023). Vid. J. M. DE LA ROSA CORTINA, *Sustracción parental de menores. Aspectos civiles, penales, procesales e internacionales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, en especial, pp. 241-290.
11. BOE núm. 158, de 3 de julio de 2015.
12. Para una revisión de la literatura sobre los arts. 778 *quáter* a *sexies* LEC, vid. entre otros autores: S. CALAZA LÓPEZ, *Los procesos de restitución o restitución de menores en los supuestos de sustracción internacional*, op. cit., pp. 171 y ss.; Id., «Artículo 778 *quáter*. Ámbito de aplicación. Normas generales», en M. DÍAZ MARTÍNEZ (Dir.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 3970 y ss.; Id., «Artículo 778 *quinques*. Procedimiento», en *ibid.* pp. 3986 y ss.; Id., «Artículo 778 *sexies*. Declaración de ilicitud del un traslado o retención internacional», en *ibid.*, pp. 4009 y ss.; A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional Privado, Tomo II*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 2255 y 2261; M.ª C. CHÉLIZ INGLÉS, «La sustracción internacional de menores tras la aprobación de la Ley de Jurisdicción Voluntaria», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 3 ter, diciembre 2015, pp. 246 y ss.; F.J. FORCADA MIRANDA, *Sustracción internacional de menores y mediación familiar*, Madrid, Sepin, 2015, pp. 30 y ss.; Id. «El nuevo proceso español de restitución o restitución 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)», op. cit., pp. 1 y ss.; Id. «El nuevo proceso español de restitución o restitución de menores en los supuestos de sustracción internacional: la decidida apuesta por la celeridad y la novedosa Circular de la Fiscalía 6/2015 (Parte II)», *Bitácora Millennium DIPr*, n.º 3º, enero-junio, 2016; Id. «Carencias, necesidades y conflictos de la sustracción internacional de menores y el novedoso marco legal español», *REDI*, vol. 68, n.º 2, 2016, pp. 337 y ss.; J. R. LIÉBANA ORTIZ, «El nuevo proceso relativo a la sustracción internacional de menores», *REDUR* 13, diciembre 2015, pp. 83 y ss.; N. MALLANDRICH MIRET, «El procedimiento de restitución o retorno de menores ilícitamente sustraídos en la LEC», *Justicia*, 2019, n.º 1, pp. 267 y ss.; S. MARTÍNEZ DEL TORO, «El retorno de menores en supuestos de sustracción internacional (arts. 778 *quáter*, 778 *quinques* y 778 *sexies* LEC)», *Práctica de Tribunales*, n.º 124, enero de 2017, pp. 1 y ss.; M. MAS RAUCHWERK, «Procedimiento sobre la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional (art. 778 *quáter* LEC)», en J. PICÓ I JUNOY, X. ABEL LLUCH, B. PELLICER ORTIZ, B. (dirs.), *La prueba civil a debate judicial. Estudios prácticos sobre la prueba civil I*, La Ley, Madrid, 2018, pp. 251 y ss.; E. RODRÍGUEZ PINEAU, E., «International Child Abduction: New Developments in Spain», *YPIL*, vol. 17 2015/2016, pp. 427 y ss.

proceso contencioso de carácter especial¹³; segundo, modernizar el procedimiento hasta entonces vigentes e incorporar mejoras sustanciales, como la posibilidad de adoptar medidas cautelares, las comunicaciones judiciales directas, la concentración de la competencia y la especialización judicial. A ello se le añade la necesidad de ofrecer, como ocurría con el régimen anterior, un mecanismo concreto con el que encauzar la aplicación de la normativa internacional¹⁴.

El objetivo del presente Capítulo es ofrecer un análisis del procedimiento de restitución recogido en la LEC¹⁵. Para llevarlo a cabo, se realizará un estudio fundamentalmente jurisprudencial. Se pretende con ello colmar una laguna detectada en la doctrina española, que apenas ofrece estudios en la materia sobre la base de la jurisprudencia nacional existente en torno a las normas procesales españolas¹⁶.

También nos serviremos de otras dos fuentes interpretativas relevantes. Una de ellas es el Informe al Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria (en adelante, Informe al Anteproyecto de LJV), publicado por el Consejo General del Poder Judicial en el año 2014, que contiene los fundamentos de política legislativa que inspiran la reforma del procedimiento sobre resti-

13. La jurisprudencia ha discutido que este procedimiento fuera considerado de jurisdicción voluntaria [AAP Valencia nº 236/2002, de 19 de noviembre (ECLI:ES:APV:2002:892A)], porque es un proceso que parte que parte de una controversia entre los progenitores sobre el desplazamiento del menor [SAP Girona nº 20/2017, de 23 de enero (ECLI:ES:APGI:2017:15)].
14. *Vid.* SAP Córdoba núm. 122/2018, de 14 de febrero (ECLI:ES:APCO:2018:75).
15. En consecuencia, sólo se hará referencia al R. 2019/1111 ni el del CH 80 como apoyo interpretativo a la interpretación de los preceptos de la LEC. Sobre la relación entre el R. 2019/1111 y el CH 80, en los procesos de restitución de menores, pueden consultarse otros trabajos del autor: *vid.* A. J. CALZADO LLAMAS, «Secuestro internacional de menores: el procedimiento de restitución», en B. CAMPUZANO DÍAZ (Dir.), *Estudio del Reglamento (UE) 2019/1111 sobre crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 169 y ss.; *Id.*, «El procedimiento siguiente a la denegación de la restitución», en *ibid.*, pp. 197 y ss.; *Id.*, *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, 2023.
16. En aras a la honestidad académica, ya existen dos trabajos con una filosofía similar a la que se pretende en la presente contribución. En concreto, *vid.* S. CALAZA LÓPEZ, *Los procesos de restitución o retorno de menores...*, *op. cit.*, pp. 276 y ss.; J. M. DE LA ROSA CORTINA, *Sustracción parental de menores...*, *op. cit.*, pp. 241 y ss. Muchas de las sentencias citadas por ambos autores son también objeto de estudio en este trabajo. Como valor añadido, se incorpora jurisprudencia posterior a ambos estudios y que inciden de lleno en el procedimiento regulado en los arts. 778 *quéter* a *sexies* LEC.

tución de menores actualmente vigente¹⁷. Otra fuente de gran trascendencia es la Circular 6/2015, de 17 de noviembre, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, elaborada por la Fiscalía General del Estado (en adelante, Circular FGE 6/2015)¹⁸.

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN

El punto de partida necesario para analizar el procedimiento nacional de restitución de menores es el ámbito de aplicación al cual se consagran sus normas. El art. 778 *quáter* LEC, en su primer apartado, nos lo indica:

*«En los supuestos en que, siendo aplicables un convenio internacional o las disposiciones de la Unión Europea, se pretenda la restitución de un menor o su retorno al lugar de procedencia por haber sido objeto de un traslado o retención ilícito y se encuentre en España, se procederá de acuerdo con lo previsto en este Capítulo. No será de aplicación a los supuestos en los que el menor procediera de un Estado que no forma parte de la Unión Europea ni sea parte de algún convenio internacional»*¹⁹.

El primer requisito que exige el artículo citado para que operen las reglas de la LEC es que sea aplicable un convenio internacional o las disposiciones de la UE. La referencia debe entenderse hecha, en cuanto a los convenios internacionales, al CLUX 80²⁰, al CH 80²¹, y al CEM 97; y en cuanto a las normas europeas, al R. 2019/1111, que sustituye, desde el 1 de agosto de

17. Se puede acceder al informe a través del siguiente enlace: https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Consejo_General_del_Poder_Judicial/Actividad_del_CGPJ/Informes/Informe_al_Anteproyecto_de_Ley_de_Jurisdiccion_voluntaria (Consultado el 27 de noviembre de 2023).

18. Se puede acceder a la circular a través del siguiente enlace: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=FIS-C-2015-00006> (Consultado el 27 de noviembre de 2023).

19. Estos condicionantes de aplicación son los mismos que establecía el régimen anterior a la reforma de 2015 en el art. 1901 LEC, *vid.* SAP Alicante nº. 10/2016, de 20 de enero (ECLI:ES:APA:2016:313).

20. Sobre la identificación, del concepto de «convenio internacional», con el CLUX 80 (si bien no lo aplican), *vid.* SAP Alicante nº. 10/2016, de 20 de enero (ECLI:ES:APA:2016:313); SAP Alicante nº. 125/2022, de 12 de mayo (ECLI:ES:APA:2022:997); SAP Alicante nº. 257/2022, de 7 de octubre (ECLI:ES:APA:2022:1469). Sobre el estado de la aplicación del CLUX 80, *vid.* COUNCIL OF EUROPE, «Chart of signatures and ratifications of Treaty 105», disponible en: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatynum=105> (Consultado el 27 de noviembre de 2023).

21. Sobre la identificación del «convenio internacional» del art. 778 *quáter*. 1 LEC y el CH 80, *vid.* AAP San Sebastián nº. 77/2019, de 14 de junio (ECLI:ES:APSS:2019:676A); SJPI Girona nº. 132/2020, de 27 de febrero (ECLI:ES:JPI:2020:919); SJPI Girona nº. 163/2020,

2022, al R. 2201/2003²². Fuera del ámbito territorial de estas normas, la sustracción del menor en España no puede ser perseguida mediante el procedimiento previsto en la LEC²³. La jurisprudencia, por ejemplo, ha rechazado la posibilidad de incoar el procedimiento nacional de restitución al amparo de la vigencia, entre España y el Estado de procedencia del menor, de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (CNUDN)²⁴. Igualmente, es relevante la SAP Barcelona núm. 389/2017, de 2 de octubre²⁵, que confirmó la falta de competencia para conocer de una sustracción entre España y Nigeria porque no existía ningún convenio entre ambos países.

El segundo condicionante hace referencia al objeto del procedimiento, que consiste en que «*se pretenda la restitución de un menor o su retorno al lugar de procedencia por haber sido objeto de un traslado o retención ilícito*». Sobre la finalidad de este procedimiento hay que hacer una doble consideración:

– La primera en cuanto a la *materia*. El procedimiento de restitución de la LEC busca únicamente que el menor sea restituido a la persona que demanda su restitución (con independencia del lugar) o retornado al lugar

de 6 de marzo (ECLI:ES:JPI:2020:1057); SAP San Sebastián nº. 159/2020, de 13 de marzo (ECLI:ES:APSS:2020:1495); AAP Madrid nº. 167/2022, de 22 de julio (ECLI:ES:APM:2022:5783A). Para conocer qué Estados son Parte en el CH 80, *vid.* CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, «28: Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores – Estado actual», disponible en: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=24> (Consultado el 27 de noviembre de 2023).

22. Sobre la identificación, además de con el CH 80, con el R. 2201/2003 o el R. 2019/1111, *vid.* SAP Málaga nº. 463/2007, de 11 de septiembre (ECLI:ES:APMA:2007:2052); SAP Palmas de Gran Canaria nº. 351/2017, de 21 de junio (ECLI:ES:APGC:2017:977); SAP Pontevedra nº. 12/2018, de 17 de enero (ECLI:ES:APPO:2018:42); SAP Pamplona nº. 449/2018, de 3 de octubre (ECLI:ES:APNA:2018:875); SAP Madrid nº. 1055/2020, de 18 de noviembre (ECLI:ES:APM:2020:13855); SAP Málaga nº. 1027/2021 de 27 de julio (ECLI:ES:APMA:2021:3080); SAP Oviedo nº. 159/2022, de 10 de mayo (ECLI:ES:APO:2022:1793), SAP Vitoria nº. 1134/2022, de 24 de agosto (ECLI:ES:APVI:2022:1307).
23. *Vid.* aptdo. 8.2 y Conclusiones 19ª y 20ª Circular FGE 6/2015. En la doctrina reciente, *vid.* igualmente CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. «La acción de restitución directa del menor en el Convenio de La Haya de 25 octubre 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Análisis jurisprudencial crítico y heterodoxo», *Actualidad Civil*, nº. 7, julio de 2023, p. 2.
24. *Vid.* AAP Málaga nº. 357/1997 de 15 de diciembre (ECLI:ES:APMA:1997:39A); AAP Cuenca nº. 29/2004, de 10 de junio (ECLI:ES:APCU:2004:82A).
25. ECLI:ES:APB:2017:7514A, con nota de I. LORENTE MARTÍNEZ, «Competencia judicial internacional de los tribunales españoles en los casos de sustracción de menores. El trato desigual en situaciones similares», *CDT*, vol. 11, nº 1, 2019, pp. 825 y ss.

de procedencia (con independencia de la persona)²⁶. Esta restricción comporta la imposibilidad de pronunciarse sobre cuestiones relativas al derecho de custodia²⁷, mientras no se haya resuelto si procede o no la restitución del menor²⁸, y mucho menos cuando se entiende que el menor debe ser restituido²⁹. Ahora bien, en la práctica, se ha suscitado la cuestión de si el procedimiento de la LEC podría utilizarse para garantizar la tutela del derecho de visitas, ya que forma parte de los objetivos del CH 80 (arts. 1.b, 7.f, 21 CH 80): la jurisprudencia, bajo la vigencia del procedimiento anterior a 2015, entendía que sí, pero siempre y cuando concurrieran los presupuestos de

26. Sobre la diferencia entre restitución y retorno, *vid.* aptdo. 8.4.1. *in fine* de la Circular FGE 6/2015. En este sentido, la LEC aporta una cierta versatilidad al modo de resolver la sustracción, porque tal y como afirma la SAP Barcelona n.º 637/2020, de 6 de octubre, el mandato de devolución del menor puede consistir en «ordenar al progenitor sustractor que restituya al niño al Estado de residencia habitual», en «ordenar que el niño sea entregado al progenitor solicitante o a la persona designada por éste», o también en «ordenar que el niño sea recogido por un agente de ejecución quien (generalmente en cooperación con las autoridades de protección del niño) hará los arreglos prácticos para que se realice la restitución del niño». Por simplicidad, a partir de ahora nos referiremos solamente al concepto de «restitución», advirtiendo al lector de que nuestras reflexiones también se extienden al concepto de «retorno».
27. Tal y como se expresa en la SAP Zaragoza núm. 349/2022, de 17 de noviembre: «... conviene dejar claro, que no estamos ante un procedimiento sobre la custodia de los menores en la que pueda concretarse qué progenitor pueda ejercerla, ni debe ventilarse cuál es la legislación aplicable, estamos en sede exclusiva del artículo 778 quáter, no se contempla es obvio, ni un juicio de valor sobre las culturas, razas o religión, únicamente si se ha producido un traslado ilegal de menores y si una vez resuelta esta cuestión es aplicable al caso, de considerarse que si existe, el artículo 13 del Convenio de la Haya, siendo evidente que en este tipo de procedimientos debe oírse a los menores, siempre que su edad o grado de madurez lo permitan». Esta restricción está en la línea de las normas internacionales aplicables en la materia. Así, el art. 16 CH 80, restringe a las autoridades judiciales o administrativas que conocen de la sustracción ilícita de un menor cualquier pronunciamiento de fondo sobre el derecho de custodia en tanto no decidan sobre la restitución. Del mismo modo, el art. 19 CH 80 dispone que las decisiones dictadas en el marco del CH 80 no afectarán a la cuestión de fondo del derecho de custodia. Por su parte, el art. 9 R. 2019/1111 dispone que, en caso de traslado o retención ilícitos, la competencia judicial internacional para conocer de las cuestiones de responsabilidad parental se mantendrá en los órganos jurisdiccionales del Estado donde el menor residía habitualmente el menor inmediatamente antes de dicho traslado o retención; a salvo las excepciones que el propio art. 9 R. 2019/1111 establece para el cambio de competencia.
28. A propósito de esta restricción en materia sustantiva, la Fiscalía General del Estado insta a los fiscales a evitar que en los procesos de restitución exista toda interferencia de cuestiones de fondo en la proposición de pruebas, así como a recurrir las resoluciones que se pronuncien sobre el derecho de custodia. *Vid.* epígrafe 8.4.1 y Conclusiones 5^a y 27^a Circular FGE 6/2015.
29. *Vid.* STS n.º 604/1998, de 22 de junio (ECLI:ES:TS:1998:4153), con nota de J. M. ESPINAR VICENTE, «Comentario a la sentencia 604/1998 de la Sala 1^a del Tribunal Supremo. Recurso en interés de ley. Sustracción internacional de menores. Interpretación del artículo 16 del Convenio de La Haya de 1980», *La Ley* 1906/2001, pp. 1-16.

un traslado o retención ilícitos³⁰. En la actualidad, el art. 778 *quáter*. 8 LEC se refiere a la posibilidad de garantizar el derecho de visita durante la tramitación del procedimiento de restitución.

– En segundo lugar, la *vía de tutela* que encauza este procedimiento es la de una acción judicial de restitución. Mediante una demanda (art. 778 *quinquies*. 1 LEC), se solicita del tribunal competente que se pronuncie sobre la ilicitud del traslado o retención y, en consecuencia, ordene la restitución del menor (art. 778 *quinquies*. 9 LEC). En consecuencia, este procedimiento no se utiliza cuando la restitución se pretende obtener a través del reconocimiento y ejecución de resoluciones sobre la custodia, que es una opción permitida por muchos de los convenios internacionales aplicables a los procedimientos de restitución de menores (CLUX 80³¹, CEM 97, R. 2201/2003³², R. 2019/1111).

El tercer condicionante es la presencia del menor en España, que permite vincular el supuesto de sustracción del menor con la competencia judicial internacional de la jurisdicción española. Por lo tanto, el procedimiento de restitución recogido en la LEC no se aplica cuando un menor con residencia habitual en España es trasladado a otro Estado. La jurisprudencia insiste en que existe una falta de competencia territorial y objetiva de los tribunales españoles en estos casos³³, sin perjuicio de que sí se pueda solicitar la declaración de la ilicitud del traslado o retención del menor –si tenía su residencia

30. Vid. AAP Palmas de Gran Canaria n.º. 23/2009, de 30 de enero (ECLI:ES:APGC:2009:139A); AAP Valencia n.º. 405/2011, de 5 de diciembre (ECLI:ES:APV:2011:815A).

31. Un ejemplo de solicitud de exequátur bajo el CLUX 80 de una resolución sobre custodia para restituir a un menor se puede encontrar en el ATS de 20 de marzo de 2002 (ECLI:ES:TS:2002:5240A). En el caso concreto, el procedimiento no prospera por inconciliable con otra resolución dictada en España.

32. En particular, *vid.* SAP Palma de Mallorca n.º. 266/2017, de 17 de julio ECLI:ES:APIB:2017:1344. Esta resolución fue objeto de un recurso de apelación y extraordinario por infracción procesal, que fueron desestimados por la STS n.º. 469/2018, de 19 de julio (ECLI:ES:TS:2018:2832). Igualmente, no se debe olvidar que el Reglamento contiene un mecanismo de prevalencia, por medio del cual una resolución sobre la custodia que implique la restitución del menor en dictada en el Estado de su residencia habitual puede prevalecer sobre la denegación de la restitución dictada en el Estado de la sustracción, en este caso, el procedimiento adecuado tampoco sería el recogido en los arts. 778 *quáter* y *quinquies* LEC, sino las normas sobre ejecución de resoluciones, *vid.* ATS de 17 de octubre de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:10945A).

33. Vid. AAP Sevilla n.º. 178/2017, de 22 de septiembre (ECLI:ES:APSE:2017:2662A); AAP Santa Cruz de Tenerife n.º. 33/2018, de 25 de enero (ECLI:ES:APVA:2018:1205A); AAP Bilbao n.º. 958/2020, de 30 de abril (ECLI:ES:APBI:2020:1248A); AAP Valladolid n.º. 141/2018, de 17 de octubre (ECLI:ES:APVA:2018:1205A).

habitual en España– (art. 778 *sexies* LEC)³⁴ de forma paralela al procedimiento de restitución que se esté tramitando en el extranjero, con objeto de facilitar el ejercicio de la acción de restitución del menor en aplicación del CH 80 y del R. 2019/1111³⁵. También se produciría esa falta objetiva y territorial de competencia si el menor, sustraído de otro Estado y presente en España, fuese ulteriormente trasladado a otro país durante la pendencia del proceso de restitución. Del mismo modo, el procedimiento de restitución recogido en la LEC no es de aplicación cuando el traslado o retención ilícito no tiene un elemento de internacionalidad, es decir, cuando se produce de un lugar a otro dentro de nuestro país³⁶.

III. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNA PARA CONOCER DEL PROCESO DE RESTITUCIÓN

Dentro de la jurisdicción española la competencia judicial interna para conocer del proceso de restitución la tiene «*el Juzgado de Primera Instancia de la capital de la provincia, de Ceuta o Melilla, con competencias en materia de derecho de familia, en cuya circunscripción se halle el menor que haya sido objeto de un traslado o retención ilícitos, si lo hubiere y, en su defecto, al que por turno de reparto corresponda. El Tribunal examinará de oficio su competencia.*» (art. 778 *quáter*. 2 LEC).

El precepto plantea dos parámetros de concentración, uno de carácter territorial y otro de carácter objetivo.

1. CONCENTRACIÓN TERRITORIAL

A nivel territorial, la competencia judicial interna se concreta en «*la capital de la provincia, de Ceuta o Melilla, con competencias en materia de derecho de familia, en cuya circunscripción se halle el menor*».

34. Vid. AAP Sevilla núm. 178/2017, de 22 de septiembre (ECLI:ES:APSE:2017:2662A); AAP Córdoba núm. 74/2019, de 14 de marzo (ECLI:ES:APCO:2019:56A); AAP Barcelona núm. 299/2023, de 19 de septiembre (ECLI:ES:APB:2023:11295A); SAP Barcelona núm. 553/2023, de 27 de octubre (ECLI:ES:APB:2023:11342); SAP Pamplona núm. 853/2023, de 2 de noviembre (ECLI:ES:APNA:2023:1429). En caso de que el menor no tenga su residencia habitual en España, tampoco procede declarar la ilicitud del traslado o retención conforme al art. 778 *sexies* LEC, *vid.* SAP Valencia núm. 282/2023, de 8 de mayo (ECLI:ES:APV:2023:1178), con nota de DE SOUSA GONÇALVES, A. S., «O Conceito de Rapto Internacional de Crianças. Comentário à decisão da Audiência Provincial de Valencia de 8 de maio de 2023 [ECLI:ES:APV:2023:1178]», *CDT* (Marzo 2024), Vol. 16, N° 1, pp. 924-929; y AAP Valencia núm. 524/2023, de 22 de noviembre (ECLI:ES:APV:2023:2275A).

35. Vid. AAP Málaga núm. 141/2022, de 31 de marzo (ECLI:ES:APMA:2022:2849A).

36. Vid. AAP Huesca núm. 123/2023, de 15 de noviembre (ECLI:ES:APHU:2023:526A).

Este factor territorial corrige el conflicto legislativo que se planteaba entre el antiguo art. 1902 LEC, que se refería simplemente a la demarcación judicial donde se encontrara el menor; y el fuero especial y preferente previsto para los litigios en los que fuera parte el Estado (en estos casos, a través de la Autoridad Central asistida del Abogado del Estado), y que el art. 15 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas³⁷ fijaba en la sede de la capital de la provincia, Ceuta o Melilla. Antes de la reforma de 2015, se entendió que la regla preferencial era la contemplada en el art. 1902 LEC³⁸. Bajo la regulación actual, se aúnan ambos criterios, de tal manera que no hay lugar a bifurcación en la competencia judicial interna según el sujeto legitimado para interponer la acción de restitución: sea un particular o un Estado, conoce la capital de provincia de la demarcación donde esté presente el menor sustraído; lo cual contribuye a la concentración de la competencia y a la especialización judicial³⁹.

Además, para afianzar la concentración competencial, se permite que esta capital de provincia conozca del proceso de restitución ya iniciado incluso si, pendiente su resolución, se produce un traslado a otra demarcación dentro del territorio español. Ello se puede corroborar ya que, en tales casos, el art. 778 *quinquies*. 3 LEC, dispone en su párrafo segundo: «*Si el menor fuera hallado en otra provincia, el Letrado de la Administración de Justicia, previa audiencia del Ministerio Fiscal y de las partes personadas por el plazo de un día, dará cuenta al Juez para que resuelva al día siguiente lo que proceda mediante auto, remitiendo, en su caso, las actuaciones al Tribunal que considere territorialmente competente y emplazando a las partes para que comparezcan ante el mismo dentro del plazo de los tres días siguientes.*» Del texto citado se infiere que la posibilidad de remitir el asunto a otro Juzgado es facultativa, como con-

37. BOE núm. 285, de 28 de noviembre de 1997. Dice el art. 15 Ley 52/1997: «*Para el conocimiento y resolución de los procesos civiles en que sean parte el Estado, los Organismos públicos o los órganos constitucionales, serán en todo caso competentes los Juzgados y Tribunales que tengan su sede en las capitales de provincia, en Ceuta o en Melilla. Esta norma se aplicará con preferencia a cualquier otra norma sobre competencia territorial que pudiera concurrir en el procedimiento. Lo dispuesto en este artículo no será de aplicación a los juicios universales ni a los interdictos de obra ruinosa.*»

38. Si bien la SAP Sevilla, de 9 de enero de 1997 (AC 1997\352) consideró que el fuero especial del art. 15 Ley 52/1997 sí prevalecía sobre el art. 1902 LEC-1881, la jurisprudencia menor posterior consideró que el fuero especial del art. 1902 LEC-1881 era el que debía aplicarse en cualquier caso, *vid.* SAP Barcelona de 29 de julio de 1999 (ECLI:ES:APB:1999:8528); AAP Palmas de Gran Canaria n.º. 165/2001, de 20 de septiembre (ECLI:ES:APGC:2001:324A); AAP Palmas de Gran Canaria n.º. 126/2002, de 22 de octubre (ECLI:ES:APGC:2002:198A) y el AAP Palmas de Gran Canaria n.º. 144/2006, de 18 de julio, (ECLI:ES:APGC:2006:1320A).

39. *Vid.* CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, «Informe al Anteproyecto de Ley de Jurisdicción voluntaria», *op. cit.*, par. 431. En la jurisprudencia, *vid.* igualmente el AAP Santiago de Compostela n.º. 82/2021, de 29 de julio (ECLI:ES:APC:2021:844A).

firma el AAP Córdoba núm. 74/2019, de 14 de marzo⁴⁰: «*el desplazamiento el menor a otra provincia no supone la modificación automática de la competencia; al contrario, el juez deberá decidir si continúa conociendo del asunto o se los remite el Juzgado de la capital de provincia la que se ha desplazado el menor*». De esta manera, se evita que el progenitor sustractor pueda frustrar la celeridad del proceso de restitución cambiando al menor de demarcación judicial (Conclusión 22ª Circular FGE 6/2015)⁴¹.

2. CONCENTRACIÓN OBJETIVA

Junto a la concentración territorial de la competencia, el art. 778 *quáter*. 2 LEC también innova respecto del anterior art. 1902 LEC en cuanto a la concentración objetiva de la competencia. Hasta la reforma de 2015, se consideraban competentes los Juzgados de Primera instancia, a secas. Tras la reforma de 2015, se da preferencia a aquellos Juzgados de Primera Instancia «*con competencias en materia de derecho de familia*».

En cuanto a la concentración objetiva, se ha planteado a nivel doctrinal y jurisprudencial el posible conflicto de competencia entre los Juzgados de Primera Instancia y los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, ya que estos últimos tienen una prerrogativa de *vis attractiva* de la competencia para conocer de asuntos civiles relacionados a supuestos en los que se evidencian indicios de actos de violencia contra la mujer que hayan dado lugar a un proceso penal o a una orden de protección (arts. 87 *ter* LOPJ y 49 *bis* LEC). Antes de la reforma de 2015, un conflicto en estos términos se planteó mediante AAP Madrid de 31 de marzo de 2015⁴², en sentido favorable a derivar la competencia en favor de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. Con carácter reciente, la jurisprudencia ha admitido la operatividad de la *vis attractiva* en favor de los Juagados de Violencia sobre la Mujer siempre que el proceso penal por violencia de género se encuentre en trámite, de modo que en caso de sobreseimiento provisional de dicho proceso, la competencia judicial para conocer de la restitución se mantiene en los Juzgados de Primera instancia designados conforme al art. 778 *quáter*. 2 LEC, a menos que aquel proceso penal se reabra⁴³.

Habida cuenta de la voluntad del legislador de concentrar la competencia en los Juzgados de Primera Instancia especializados en cuestiones de familia, la doctrina que se ha pronunciado al respecto de este conflicto com-

40. ECLI:ES:APCO:2019:56A.

41. *Vid.* igualmente, el Informe al Anteproyecto de LJV, par. 433 y la Conclusión 23ª Circular FGE 6/2015.

42. ECLI:ES:APM:2015:142A.

43. *Vid.* AAP Valencia núm. 42/2024, de 29 de enero (ECLI:ES:APV:2024:105A).

petencia entiende que no debería operar la mencionada *vis attractiva* de los Juzgados de Violencia sobre La Mujer⁴⁴. Es cierto, como ha indicado la doctrina, que precepto tampoco se pronuncia expresamente al respecto⁴⁵, pero se puede encontrar algún indicio de esa restricción en el caso de los procesos de restitución. Recuérdese que la Conclusión 22ª Circular FGE 6/2015 establece que: «*El carácter preferente y urgente del procedimiento debe llevar a la improcedencia de la acumulación de este procedimiento a cualquier otro*». En tales casos, concentración competencial del proceso civil de restitución en favor de las autoridades que conocen en el orden penal de un caso de violencia contra la mujer supone, a su modo, «acumular» el conocimiento de los aspectos civiles y penales ante una misma instancia.

IV. LEGITIMACIÓN Y POSTULACIÓN

Una vez puesta en contexto la jurisprudencia vertida en materia de competencia judicial interna, nuestra exposición se detiene ahora en las posibles particularidades normativas y jurisprudenciales en relación con la legitimación para promover el procedimiento de restitución de la LEC. De acuerdo con el art. 778 *quáter* 3 LEC: «*Podrán promover el procedimiento la persona, institución u organismo que tenga atribuida la guarda y custodia o un régimen de estancia o visitas, relación o comunicación del menor, la Autoridad Central española encargada del cumplimiento de las obligaciones impuestas por el correspondiente convenio, en su caso, y, en representación de ésta, la persona que designe dicha autoridad*».

Nuestra exposición se centrará en la legitimación activa para promover el procedimiento de restitución de menores, pues la legitimación pasiva ofrece menos duda: recae en la persona, institución u organismo artífice de la sustracción ilícita del menor (apartado 8.3 Circular FGE 6/2015).

1. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA Y POSTULACIÓN DEL PARTICULAR

Sobre los particulares que pueden promover la acción de restitución, el art. 778 *quáter*. 3 LEC se refiere a «*la persona, institución u organismo que tenga atribuida la guarda y custodia o un régimen de estancia o visitas, relación o comunicación del menor*». El artículo actualmente vigente innova respecto del anti-

44. Vid. S. CALAZA LÓPEZ, Los procesos de restitución..., *op. cit.*, p. 87; F.J. FORCADA MIRANDA, «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)», *op. cit.*, pp. 5-6.

45. Vid. E. RODRÍGUEZ PINEAU, «International Child Abduction: New Developments In Spain», *YPIL*, Vol. 17, 2015/2016, p. 431.

guo art. 1902.2º LEC-1881, que sólo hacía referencia al titular de la guarda y custodia, provocando una falta de tutela de quien carecía de ella⁴⁶.

El solicitante de la restitución debe acudir asistido de Abogado y Procurador, como indica preceptivamente el art. 778 *quáter*. 4 LEC. Esta exigencia también es una novedad del procedimiento de restitución regulado tras la reforma de 2015, pues el antiguo art. 1904, párrafo tercero LEC-1881, los requisitos de postulación eran facultativos para los particulares (tanto demandante como demandado)⁴⁷.

En la interpretación de esta regla de legitimación activa, es insoslayable la lectura conjunta con las normas internacionales aplicables al caso concreto. Conforme a ellas, el traslado o retención ilícito se produce con vulneración de un derecho de custodia, que consiste, en esencia, en el cuidado de la persona del menor y, en particular, en el derecho a decidir sobre su lugar de residencia (art. 5.b CH 80, 2.2.9 R. 2019/1111). Es decir, lo relevante para entender legitimado activamente al solicitante de restitución no es tanto que posea la guarda y custodia o el régimen de comunicación, estancia, relación o visitas, sino que además tuviera facultad de decidir dónde residía el menor. Dicho de otro modo, se tiene que estar a la definición autónoma de lo que se entiende por custodia y visita en las normas internacionales, con independencia de lo que se entienda como tal en el Derecho interno⁴⁸.

En este punto, es esclarecedor lo que indica el reciente Considerando 18 R. 2019/1111, cuando expresa que «*En algunos sistemas jurídicos que mantienen los términos de "custodia" y "visita", el progenitor que no tiene la custodia puede conservar de hecho importantes responsabilidades en cuanto a decisiones que afectan al menor y que van más allá del mero derecho de visita*». Nuestro ordenamiento jurídico es un claro ejemplo de esta mescolanza conceptual, pues nuestro Derecho interno conoce del concepto de guarda y custodia, así como del concepto de régimen de visitas. Ambos conceptos se integran como facultades dentro de otro término más omnicompreensivo, que es el de patria potestad. Este último término es el decisivo en nuestro ordenamiento para determinar la legitimación para el proceso de restitución de menores. A nivel internacional, la patria potestad se identifica con el dere-

46. Vid. AAP Málaga nº. 357/1997 de 15 de diciembre (ECLI:ES:APMA:1997:39A).

47. J. M. DE LA ROSA CORTINA, *Sustracción parental de menores...*, op. cit., p. 251. De hecho, en el AAP Palmas de Gran Canaria nº. 204/2009, de 21 de septiembre (ECLI:ES:APGC:2009:2082A), se rechazó, con base en ese carácter facultativo, que constituyera motivo de nulidad la ausencia de mención en la citación al demandado de su posibilidad de comparecer asistida de Abogado.

48. Vid. AAP Barcelona de 23 de enero de 1998 (ECLI:ES:APB:1998:52A).

cho de custodia de los arts. 5.a) CH 80 y 2.2.9 R. 2019/1111⁴⁹, porque quienes ostentan la patria potestad pueden decidir el lugar de residencia del menor (art. 154.3º CC)⁵⁰. A nivel nacional, salvo atribución exclusiva, privación o suspensión de su ejercicio, tanto el titular de la guarda y custodia como el de un régimen de visitas, comunicación o relación con el menor ostentan la patria potestad sobre el mismo y, en consecuencia, pueden decidir sobre la residencia habitual. Por tanto, si no son respetados en esa facultad cuando se traslada al menor, pueden accionar la restitución de éste.

Del mismo modo en que razonamos para nuestro Derecho nacional, cuando los órganos jurisdiccionales españoles han de valorar conforme a una legislación, resolución o acuerdo extranjeros si una persona ostenta legitimación para accionar la restitución, lo han de hacer corroborando si, con arreglo al Derecho extranjero, tenían facultad para decidir la residencia habitual del menor al momento de desplazarlo, con independencia de quién ostente de guarda y custodia cotidianas del menor (Conclusiones 7ª y 8ª Circular FGE 6/2015). Así, en nuestra jurisprudencia, se pueden encontrar numerosos supuestos en los que, tanto la ilicitud del traslado o retención del menor⁵¹ como la legitimación activa⁵² para promover la restitución se razonan en términos de patria potestad.

49. Vid. SAP Madrid nº. 213/2021, de 2 de marzo (ECLI:ES:APMA:2021:1199).

50. La inclusión de la facultad de decidir la residencia habitual como contenido de la patria potestad es una inclusión legislativa reciente, promovida por la Disposición Final segunda de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (BOE nº. 134, de 5 de junio de 2021). No obstante, antes de esta reforma legislativa, el Tribunal Supremo ya se pronunciaba en este sentido, *vid.* STS nº. 642/2012, de 26 de octubre (ECLI:ES:TS:2012:6811); cuya línea jurisprudencial siguen otras resoluciones del Tribunal Supremo: STS nº. 536/2014, de 20 de octubre (ECLI:ES:TS:2014:4072); ATS de 14 de enero de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:39A); ATS de 3 de junio de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:4293A); STS nº. 564/2016, de 27 de septiembre (ECLI:ES:TS:2016:4185); STS nº. 29/2017, de 18 de enero (ECLI:ES:TS:2017:166); STS nº. 400/2018 (ECLI:ES:TS:2018:2491); STS nº. 578/2018, de 17 de octubre, (ECLI:ES:TS:2018:3527). En la doctrina, *vid.* M. HERRANZ BALLESTEROS, «Traslado del domicilio del menor en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo», en A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOA GONZÁLEZ (Dir.) *El Tribunal Supremo y el Derecho Internacional Privado*. Vol. 2, RapidCentro Color, S.L., Murcia, 2019, pp. 581-585; G. MUÑOZ RODRIGO, «El cambio de domicilio de los progenitores: su incidencia en el régimen de custodia y visitas», *Revista Boliviana de Derecho*, nº. 30, 2020, pp. 181-184.

51. Vid. AAP Barcelona núm. 10/2010, de 21 de enero (ECLI:ES:APB:2010:786A); SAP Pontevedra núm. 473/2016, de 6 de octubre (ECLI:ES:APPO:2016:1983); SAP Málaga núm. 1027/2021, de 27 de julio (ECLI:ES:APMA:2021:3080).

52. Vid. SAP Barcelona núm. 147/2018, de 21 de febrero (ECLI:ES:APB:2018:1638).

2. LA LEGITIMACIÓN Y POSTULACIÓN INSTITUCIONAL

Además de los anteriores, se permite accionar la restitución a través de la Autoridad Central española o a la persona en quien ésta delegue. En España, el cargo de Autoridad Central lo ostenta la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional, adscrita al Ministerio de Justicia⁵³. La persona en quien normalmente delegará esta Subdirección será el Abogado del Estado, quien además asume la postulación de esta institución, conforme indica el art. 778 *quáter*. 4 LEC.

También esta especificación sobre la necesaria postulación del Abogado del Estado supone una novedad respecto al antiguo art. 1902 LEC-1881, que como ya hemos indicado, establecía solamente su intervención facultativa. No obstante, algún indicio en la jurisprudencia permitía atisbar que la intervención del Abogado del Estado en los casos de legitimación institucional era necesaria. Es el caso del AAP Valencia núm. 236/2002, de 29 de noviembre⁵⁴, en el que se dio la circunstancia de que un Abogado del Estado, ante la imposibilidad de acudir a la vista, presentó un escrito vía fax solicitando que el procedimiento continuara sin su presencia, dado su carácter urgente. La Audiencia Provincial en ese caso le tuvo por desistido de la solicitud de restitución, en aplicación del art. 442 LEC, porque la urgencia del procedimiento debería haber supuesto que aquél optara por personarse en el procedimiento de restitución, que era el más urgente.

El Abogado del Estado tiene el cometido de representar al Estado en su responsabilidad internacional de observar los convenios vigentes⁵⁵. La jurisprudencia también ha sugerido que la intervención de la Abogacía del Estado hace la función de representación del demandante⁵⁶, afirmación que ha sido criticada por la doctrina⁵⁷.

53. Vid. art. 8.1.a) y 8.2.a) del Real Decreto 453/2020, de 10 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia, y se modifica el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado, aprobado por el Real Decreto 997/2003, de 25 de julio (BOE núm. 63, de 12 de marzo de 2020).

54. ECLI:ES:APV:2002:892A.

55. Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. «La acción de restitución directa del menor...», *op. cit.*, p. 5.

56. Vid. SAP Lugo núm. 478/2015, de 22 de diciembre (ECLI:ES:APLU:2015:927).

57. Vid. A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 y sustracción internacional de menores. Algunas cuestiones controvertidas», en E. PÉREZ VERA, J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, M. GUZMÁN ZAPATER, A. FERNÁNDEZ PÉREZ, M. GUZMÁN PECES, (eds.), *El derecho internacional privado entre la tradición y la innovación: libro homenaje al profesor doctor José María Espinar Vicente*, Iprolex, Madrid, 2020, p. 198.

Dicha intervención cesará, como indica el propio art. 778 *quáter*. 4 LEC, desde el momento en que el solicitante del retorno que comparezca con su propio Abogado y Procurador⁵⁸. Ese cese se puede producir en cualquier momento de la primera instancia, pero también cuando, finalizado el proceso de restitución mediante sentencia en primera instancia, el particular comparece con su propio abogado y procurador para interponer el recurso de apelación⁵⁹.

V. EL PROCEDIMIENTO URGENTE Y PREFERENTE DE RESTITUCIÓN

1. EL PLAZO DE SEIS SEMANAS REGULADO EN LA LEC Y EL TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE SU INCUMPLIMIENTO

El art. 778 *quáter*. 5 LEC prevé un horizonte temporal de seis semanas para resolver los procesos de restitución en España. Este plazo abarca la primera instancia y, si la hubiere, también la segunda. Su cumplimiento es inexorable salvo que existan circunstancias excepcionales que impidan su cumplimiento.

Cuando la jurisprudencia española ha tenido que pronunciarse sobre las demoras en los procedimientos, lo ha hecho justificándolas de acuerdo con circunstancias que eran ajenas al propio órgano resolutor, como por ejemplo: las actuaciones dilatorias en la primera instancia o en la remisión de los autos al tribunal en segunda instancia⁶⁰, la necesidad de una nueva exploración del menor⁶¹, la actitud del propio progenitor sustractor⁶², la sobrecarga de trabajo del tribunal llamado a resolver⁶³ o la presentación de la demanda de restitución en período inhábil a efectos civiles⁶⁴.

58. Sobre la sustitución en la intervención procesal, siguiendo a J. BAYO DELGADO, sería recomendable, por un lado, que el interesado fuera informado de la posibilidad de designar a su propio abogado o procurador o de acudir al proceso con los designados de oficio; y en segundo lugar, también convendría contemplar en la LEC una prohibición al desistimiento mientras el interesado no comparezca, para evitar el archivo del procedimiento «A propósito del nuevo Reglamento (UE) núm. 2019/1111», *REDI*, vol. 74 n.º 2, 2022, p. 503.

59. *Vid.* SAP Ciudad Real núm. 22/2021, de 28 de enero (ECLI:ES:APCR:2021:71); SAP Alicante núm. 257/2022, de 7 de octubre (ECLI:ES:APA:2022:1469).

60. *Vid.* AAP Las Palmas de Gran Canaria núm. 333/2008, de 19 de diciembre (ECLI:ES:APGC:2008:2755A).

61. *Vid. supra* nota anterior.

62. *Vid.* AAP Palma de Mallorca núm. 160/2010, de 22 de diciembre (ECLI:ES:APIB:2010:702A); ATS de 15 de julio de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:10189A).

63. *Vid.* SAP Málaga núm. 636/2018, de 10 de julio (ECLI:ES:APMA:2018:2466).

Con independencia de lo justificado o no de las dilaciones en el procedimiento de restitución, lo cierto es que no son deseables. Cuanto más tarde en resolverse judicialmente la restitución, menos conveniente será su restitución porque, mientras tanto, el menor permanece en España y acaba por arraigarse en nuestro país. La consecuencia de ello es que deberá valorarse la integración del menor incluso si la prolongación de su permanencia se debe a dilaciones procesales ajenas a las partes, con el riesgo de que se decida que no procede la restitución. Así lo indica la STC núm. 16/2016, de 1 de febrero⁶⁵, en el recurso de amparo en un caso de restitución de menores que se prolongó durante veinte meses debido a determinadas vicisitudes procesales. El Tribunal Constitucional consideró que, una resolución que no se pronuncia en tales casos sobre si el menor está integrado en nuestro país incurre en una incongruencia omisiva vulneradora del art. 24 CE.

2. ESPECIALIDADES DEL JUICIO VERBAL DE RESTITUCIÓN EN PRIMERA INSTANCIA

Junto al plazo de seis semanas en el art. 778 *quáter*. 5 LEC, el carácter urgente del procedimiento se refleja también en la brevedad de otros muchos plazos procesales y medidas de agilización dentro del propio procedimiento de restitución, tanto en primera como en segunda instancia (art. 778 *quinquies* LEC). Ya de por sí es indicio de urgencia que se haya decidido encauzar este procedimiento a través de los trámites del juicio verbal (art. 753.1 LEC), con plazos muchos más reducidos que los generales para este tipo de procedimientos:

- a) *Admisión de la demanda*: mientras que en las reglas generales sobre el juicio verbal no se concreta un plazo para pronunciarse (art. 438.1 LEC), el art. 778 *quinquies*. 2 LEC establece un plazo de veinticuatro horas para decidir si se admite o no o la demanda solicitando la restitución. Además, la Fiscalía General del Estado recomienda, para el caso de que falte alguna documentación requerida en la demanda, que en lugar de inadmitir la demanda (como sería la regla general, arts. 403.2 y 437.1 LEC), se otorgue un plazo de sub-

64. Vid. SAP Alicante núm. 257/2022, de 7 de octubre (ECLI:ES:APA:2022:1469). A propósito de ello, la Circular FGE 6/2015 (aptdo. 8.4.2) considera que, a causa del carácter preferente del procedimiento de restitución de menores, se debe atribuir la competencia para conocer del mismo a los Juzgados de Guardia cuando las actuaciones se tramiten en días inhábiles.

65. ECLI:ES:TC:2016:16, publicada en el BOE núm. 57, de 07 de marzo de 2016. Nota de C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, «El interés superior del menor: la integración en el nuevo medio», *CDT*, vol. 8, n.º 2, 2016, pp. 77 y ss.

sanación⁶⁶. En la jurisprudencia, encontramos un buen ejemplo de ello en el AAP Barcelona de 12 de noviembre de 1998⁶⁷, donde se consideró subsanada la falta de traducción al español de los documentos en con los que el demandante fundamentaba su pretensión de restituir a un menor en EE. UU con su aportación en la comparecencia inmediatamente posterior del demandante. En el mismo sentido, en la SAP A Coruña núm. 200/2023, de 6 de junio⁶⁸, se consideró subsanada la falta de incorporación de traducción de documentos en la demanda de restitución por subsanación posterior de dicho defecto en un escrito posterior confirmada mediante diligencia de ordenación.

- b) *Comparecencia de la persona demandada*: el demandado tiene un plazo de tres días desde la admisión de la demanda para comparecer, en lugar del plazo más amplio de diez días que se establece para los juicios verbales en el art. 438.1 LEC. La jurisprudencia ha negado que esta brevedad en el plazo cause indefensión al demandado, puesto que es consecuente con el principio de urgencia que inspira el procedimiento de restitución y, además, porque el demandado no tiene que realizar una contestación compleja: se limita a manifestar si accede o se opone a restituir al menor. Por tanto, si el demandado fue notificado en tiempo y forma para conocer de los términos de la demanda y articular los mecanismos de alegación y defensa oportunos, no se vulnera la tutela judicial efectiva⁶⁹. En caso de oposición del demandado, se cita a las partes y al Ministerio Fiscal a una vista que ha de celebrarse a más tardar en los cinco días posteriores (art. 778 *quinquies*. 5 LEC), en lugar del plazo de un mes que se establece como regla general en el art. 440.1 LEC. En caso de incomparecencia del demandado, la celebración de la vista podría realizarse en rebeldía de aquél.
- c) *Celebración de la vista*: la comparecencia del demandante o del demandado, a la vista, no se considera un motivo que obstaculice

66. Vid. aptdo. 8.4.1 y Conclusión 21ª Circular FGE 6/2015.

67. ECLI:ES:APB:1998:649A.

68. ECLI:ES:APC:2023:1575.

69. Vid. AAP Pontevedra núm. 47/2007, de 1 de marzo (ECLI:ES:APPO:2007:101A); SAP Valladolid núm. 341/2021, de 13 de agosto (ECLI:ES:APVA:2021:1255). Antes de la reforma de 2015, igualmente, se negó que existiera una situación indefensión en perjuicio de la persona demandada que pudo tener a su disposición el expediente sobre sustracción de menores siete días antes de la vista, *vid.* AAP Pontevedra núm. 133/2006, de 5 de julio (ECLI:ES:APPO:2006:151A).

la continuación del proceso (art. 778 *quinquies*. 7 LEC)⁷⁰. Esta disposición legislativa corrige la solución jurisprudencial aplicada con anterioridad a la reforma de 2015, donde a falta de regla especial, se entendía que la incomparecencia del demandante comportaba su desistimiento salvo que el demandado alegase un interés legítimo en la continuación del procedimiento (art. 441 LEC)⁷¹. Sí se considera imprescindible la presencia del Ministerio Fiscal como parte, por su función de tutela del interés superior del menor, aunque no haya promovido el procedimiento ni tenga que asumir la defensa de ninguna de las partes (art. 749 LEC)⁷².

- d) *Sentencia*: por regla general, en los juicios verbales la sentencia se ha de dictar por regla general en 10 días desde la finalización de la vista (art. 447.1 LEC). Sin embargo, en los procedimientos de restitución, se reduce a tres días desde la finalización de la vista (art. 778 *quinquies*. 9 LEC). A modo de curiosidad, pese a que la forma de resolver el procedimiento en primera instancia es la de una sentencia, se han dado al menos un par de ocasiones en las que el procedimiento vino resuelto mediante auto⁷³y, pese a esta anomalía formal, no se declaró la nulidad de dichas resoluciones, en tanto en

70. Sobre la incomparecencia del demandante, *vid.* también Conclusión 22ª Circular FGE 6/2015, y en la jurisprudencia, SAP Logroño núm. 128/2016, de 6 de junio (ECLI:ES:APLO:2016:205).

71. *Vid.* AAP Valencia núm. 236/2002, de 29 de noviembre (ECLI:ES:APV:2002:892A). En la doctrina, *vid.* J, M. DE LA ROSA CORTINA, *Sustracción parental de menores... op. cit.*, pp. 265-267.

Es importante destacar que la falta de personación física en la vista no implica incomparecencia si durante la misma acuden en representación del solicitante su abogado y su procurador; *vid.* SAP Madrid núm. 1055/2020, de 18 de noviembre (ECLI:ES:APM:2020:13855).

72. En concreto, según la Conclusión 2ª Circular FGE 6/2015: «Corresponde a los Fiscales de las Secciones de Menores de las Fiscalías Provinciales la función de intervenir en los procesos civiles de sustracción internacional de menores». Además, como indica la Conclusión 4ª, «orientarán su actuación procesal hacia la dinamización del procedimiento, oponiéndose a cuantas prácticas puedan generar una lesión injustificada a la necesaria celeridad del procedimiento». En el procedimiento anterior a la reforma de 2015, se estipulaba que las actuaciones en los procesos de restitución de menores debían practicarse con intervención del Ministerio Fiscal (art. 1902, párrafo tercero LEC). Sin embargo, de acuerdo con el AAP Palmas de Gran Canaria núm. 204/2009, de 21 de septiembre (ECLI:ES:APGC:2009:2082A), su intervención como parte no era estrictamente necesaria: debía ser convocado, y si acudía al proceso, ser escuchado; pero en ningún caso la incomparecencia involuntaria del Ministerio Fiscal impedía la continuación del proceso.

73. Antes de la reforma de 2015, se exigía la forma de auto como resolución de finalización del expediente de restitución de menores (art. 1908 LEC-1881). En la jurisprudencia, es conocido un caso, resuelto en el AAP Zaragoza núm. 225/2009, de 7 de abril

cuanto la forma revestida no era relevante a efectos de indefensión⁷⁴. Se puede valorar esta suerte de «convalidación» como una medida favorable a la urgencia de la restitución del menor, que evita tener que retrotraer las actuaciones innecesariamente para que la resolución revista la forma legal. Ahora bien, habría que advertir que este razonamiento *contra legem* no debería sentar un precedente en favor de una libertad de forma en las actuaciones judiciales.

3. ESPECIALIDADES EN EL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LAS ÓRDENES SOBRE LA RESTITUCIÓN DEL MENOR

El art. 778 *quinquies*. 11 LEC habilita la impugnación de las sentencias dictadas en el proceso de restitución de menores mediante el recurso de apelación, en una configuración especial para los procedimientos de restitución, tanto en lo que se refiere a al objeto del recurso, como a los plazos de tramitación, y a la posibilidad de ulterior recurso:

- a) *Objeto del recurso de apelación*: por regla general, el recurso de apelación tiene por objeto la revisión del pronunciamiento judicial con base en los hechos y pruebas que se hayan alegado en la primera instancia (art. 456.1 LEC). Por lo tanto, no es posible introducir hechos, alegaciones o pruebas de carácter novedoso *–pendente appellatione nihil innovetur–*. Sin embargo, en los procesos especiales en materia de provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad, filiación, matrimonio y menores, la decisión de apelación se puede fundar en hechos y pruebas con independencia del momento en que fueron alegados o introducidos en el procedimiento (art. 752.1 LEC). Esta excepción es aplicable a los procedimientos de restitución de menores⁷⁵, aunque su observancia práctica es relativa: si bien existe jurisprudencia donde se aplica el

(ECLI:ES:APZ:2009:686A), donde el Abogado del Estado alegaba como motivo de apelación que la resolución que resolvió el expediente de restitución debía revestir la forma de sentencia, y no de auto, ya que resuelve definitivamente sobre el procedimiento. La Audiencia Provincial desestima este motivo con base en la aplicación literal del art. 1908 LEC-1881.

74. *Vid.* AAP Palma de Mallorca núm. 37/2018, de 14 de marzo (ECLI:ES:APIB:2018:37A), con nota de M. GONZÁLEZ MARIMÓN, «Sustracción internacional de menores y enfermedad psiquiátrica del progenitor no sustractor. Comentario del Auto de la Audiencia Provincial de les Illes Balears (Sección IV), núm. 37/2018, de 14 de junio». *CDT*, vol. 11, nº. 1, 2019, pp. 764 y ss.; AAP Málaga núm. 1048/2020, de 4 de noviembre (ECLI:ES:APMA:2020:2464).
75. Esta idea ha sido reiterada en numerosas ocasiones por la jurisprudencia constitucional y la del Tribunal Supremo. Baste citar, por todas ellas, la STS núm. 308/2022, de

art. 752 LEC⁷⁶, otras muchas Audiencias Provinciales siguen la máxima *pendente appellatione nihil innovetur*, entendiendo que la alegación de hechos y pruebas novedosos supone el riesgo de indefensión de la parte contraria, que no pudo oponerse a ellos en primera instancia⁷⁷. En un término medio, alguna Audiencia Provincial ha admitido alegaciones *ex novo* tramitadas conforme el escrito de ampliación de hechos del art. 286 LEC, que permite cierto control discrecional del juez sobre la verdadera novedad de los hechos alegados, así como una efectiva articulación de la defensa contra esos hechos novedosos⁷⁸.

- b) *Tramitación expeditiva del recurso* (art. 778 *quinquies*. 11 LEC)⁷⁹: con carácter general, el recurso se debe resolver en el plazo improrrogable de treinta días⁸⁰. Al igual que ocurre en la primera instancia, también los plazos internos de tramitación se reducen sensible-

19 de abril (ECLI:ES:TS:2022:1563), que compila la jurisprudencia anterior y consolida la doctrina establecida en la materia. Sobre la extensión del art. 752 LEC a los procesos de restitución, *vid.* AAP Santa Cruz de Tenerife núm. 175/2006, de 18 de septiembre (ECLI:ES:APTF:2006:2760A); SAP Oviedo núm. 8/2008, de 15 de enero (ECLI:ES:APO:2008:1449); AAP Barcelona núm. 320/2008, de 22 de diciembre (ECLI:ES:APB:2008:7946A); SAP Barcelona núm. 510/2010, de 1 de septiembre (ECLI:ES:APB:2010:6633); AAP Murcia núm. 112/2011 de 10 de junio (ECLI:ES:APMU:2011:244A); SAP Santa Cruz de Tenerife núm. 246/2016, de 14 de abril (ECLI:ES:APTF:2016:1389); SAP Santa Cruz de Tenerife núm. 459/2019, de 14 de noviembre (ECLI:ES:APTF:2019:2799).

76. Es paradigmática al respecto la SAP Oviedo núm. 8/2008, de 15 de enero (ECLI:ES:APO:2008:1449), que es tomada como ejemplo en el aptdo. 8.4.10 de la Circular FGE 6/2015.
77. AAP Madrid de 8 de noviembre de 2002 (ECLI:ES:APM:2002:1992A); SAP Málaga núm. 238/2014, de 1 de abril (ECLI:ES:APMA:2014:1762); SAP San Sebastián núm. 159/2020, de 13 de marzo (ECLI:ES:APSS:2020:1495); SAP Pontevedra núm. 555/2020, de 20 de octubre (ECLI:ES:APPO:2020:1927); SAP Madrid núm. 13/2023, de 13 de enero (ECLI:ES:APM:2023:706); SAP Barcelona núm. 15/2023, de 13 de enero (ECLI:ES:APB:2023:137).
78. Como ejemplo del enfoque planteado, se puede hacer referencia a la SAP Madrid núm. 1055/2020, de 18 de noviembre (ECLI:ES:APM:2020:13855).
79. El art. 778 *quinquies*.11 LEC ha sido objeto de una reciente reforma en 2023, promovida por el *Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo* (publicado en el BOE núm. 303, de 20 de diciembre de 2023; cuyo acuerdo de convalidación se publicó en el BOE núm. 11, de 12 de enero de 2024). En concreto, el art. 103, aptdo. ciento veintidós, ha modificado el precepto en lo tocante a los plazos de tramitación del recurso de apelación. Por ello, se toman en consideración los plazos conforme a la actual redacción del precepto, y se da cuenta de los cambios respecto a la redacción anterior en nota a pie.
80. Antes de la reforma de 2023, el plazo máximo era de veinte días.

mente respecto de los establecidos por regla general. Así, la interposición del recurso se debe realizar en diez días desde que se dicta la sentencia⁸¹, frente al plazo general de veinte días que establece el art. 458.1 LEC, siempre y cuando el procedimiento en primera instancia finalizase con una orden de restitución o de denegación de ésta⁸². Seguidamente, la admisión del recurso se debe producir en las veinticuatro horas siguientes en lugar del plazo general de tres días —en caso de que lo admita el Letrado de la Administración de Justicia— o indefinido —en caso de que deba resolver el tribunal— (art. 458, apartados 2 y 3 LEC). El plazo de oposición o impugnación al recurso es de tres días, frente al plazo general de diez días (art. 461.1 LEC). El señalamiento para la vista (si procede) ha de realizarse en tres días, frente al término máximo general de un mes (art. 464.1 LEC). Finalmente, la sentencia debe ser dictada en los tres días siguientes a la finalización de la vista, o en defecto de ésta, desde la recepción de los autos por el tribunal *ad quem*⁸³; en contraste con los plazos generales: diez días desde la terminación de la vista, o si esta no se hubiera celebrado, en el mes posterior a la recepción de los autos por el tribunal competente para la apelación (art. 465.2 LEC).

- c) *Imposibilidad de ulterior recurso*: el art. 778 *quinquies*. 11 LEC comienza diciendo «*Contra la resolución que se dicte sólo cabrá recurso de apelación*». A partir de la interpretación gramatical del adverbio «sólo», el Tribunal Supremo ha indicado reiteradamente que no cabe la posibilidad de recurso de apelación ni de recurso extraor-

81. Antes de la reforma de 2023, el plazo era de tres días.. Sobre la relación de este antiguo plazo con el principio de urgencia que inspira el proceso de restitución de menores, *vid.* AAP Tarragona núm. 222/2017, de 12 de septiembre (ECLI:ES:APT:2017:1277A).

82. La jurisprudencia se remite al plazo general de veinte días si el procedimiento terminó con la inadmisión de la demanda [AAP Melilla núm. 3/2020, de 24 de enero (ECLI:ES:APML:2020:54A)], o si la autoridad judicial indicó erróneamente en la resolución que el recurso de apelación se podía interponer en el plazo de veinte días [AAP Córdoba núm. 30/2018, de 22 de enero (ECLI:ES:APCO:2018:42A); AAP Murcia núm. 122/2021, de 11 de febrero (ECLI:ES:APMU:2021:337)].

83. Antes de la reforma de 2023, el art. 778 *quinquies*.11.c) LEC especificaba que la remisión de los autos al tribunal *ad quem* debía realizarse en el mismo día en que el apelante hubiera manifestado sus alegaciones al escrito de oposición o impugnación al recurso de apelación. En la redacción actual, no se concreta el plazo temporal de remisión de autos. Igualmente, el antiguo art. 778 *quinquies*.11.d) LEC concretaba que el tribunal *ad quem* debía pronunciarse sobre la admisión de los autos del recurso de apelación en el plazo de veinticuatro horas desde su recepción, lo cual tampoco se concreta ya en la nueva redacción.

dinario por infracción procesal⁸⁴. No obstante, muchos fallos en las Sentencias resolutorias del recurso de apelación todavía hacen referencia a la posibilidad de interponerlos⁸⁵. Sobre esta cuestión, merece una mención especial el ATS de 11 de noviembre de 2020⁸⁶: se trata de un recurso de queja contra la inadmisión de un recurso de casación y extraordinario por infracción procesal, en el que se arguye que la Audiencia Provincial declaró en segunda instancia que cabía interponerlos. El Tribunal Supremo mantuvo su postura contraria a su tramitación, entendiendo que «*el régimen de recurribilidad incumbe al orden público procesal y a este tribunal corresponde examinar los presupuestos y requisitos atendiendo a las razones jurídicas que resulten efectivamente correctas y procedentes, al margen de que se diera el trámite oportuno a los recursos por la Audiencia Provincial*».

4. ESPECIALIDADES EN MATERIA DE EJECUCIÓN

La concreción del deber de celeridad y urgencia en la fase de ejecución de las ordenes estimatorias de la restitución de menores resulta un poco más incierta de corroborar atendiendo a los términos de la ley. Esto se debe fundamentalmente a dos razones, que son la inconcreción legal del plazo

84. Vid. ATS de 23 de noviembre de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:10676A); AATS de 24 de mayo de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:4828A, ECLI:ES:TS:2017:4818A); ATS de 17 de mayo de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:4531A); ATS de 6 de junio de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:6019A); AATS de 31 de octubre de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:11557A, ECLI:ES:TS:2018:11590A, ECLI:ES:TS:2018:11592A). ATS de 13 de febrero de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:1563A); ATS de 20 de marzo de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:3833A); ATS de 16 de octubre de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:12092A); ATS de 10 de junio de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:3481A); ATS de 11 de noviembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:10299A); ATS de 16 de noviembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:12796A); ATS de 2 de diciembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:11276A); y ATS de 20 de octubre de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:13821A).
85. *Vid.*, entre otros, los fallos de las siguientes sentencias (entre 2021 y 2023): SAP Barcelona núm. 65/2021, de 3 de febrero (ECLI:ES:APB:2021:621); SAP Santa Cruz de Tenerife núm. 156/2021 de 12 de abril (ECLI:ES:APTF:2021:1046); SAP Palma de Mallorca núm. 204/2022, de 26 de abril (ECLI:ES:APIB:2022:1082); SAP Barcelona núm. 409/2022, de 15 de julio (ECLI:ES:APB:2022:7839); SAP Toledo núm. 184/2022, de 15 de septiembre (ECLI:ES:APTO:2022:1470); SAP Palma de Mallorca núm. 482/2022, de 7 de octubre (ECLI:ES:APIB:2022:3018); SAP Granada núm. 348/2022, de 25 de octubre (ECLI:ES:APGR:2022:1656); SAP Santa Cruz de Tenerife núm. 442/2022, de 20 de octubre (ECLI:ES:APTF:2022:2403); SAP Alicante núm. 257/2022, de 7 de octubre (ECLI:ES:APA:2022:1469); SAP Ourense núm. 831/2022, de 14 de noviembre (ECLI:ES:APOU:2022:1084); SAP Valencia núm. 282/2023, de 8 de mayo (ECLI:ES:APV:2023:1178); SAP Jaén núm. 530/2023, de 19 de mayo (ECLI:ES:APJ:2023:690); SAP Madrid núm. 13/2023, de 13 de enero (ECLI:ES:APM:2023:706); SAP Madrid núm. 217/2023, de 5 de junio.
86. ECLI:ES:TS:2020:10299A.

máximo de ejecución y la prohibición de la ejecución provisional de las órdenes de restitución:

- a) *Inconcreción legal del plazo máximo de ejecución*: la fase ejecutiva no parece estar contemplada en el horizonte temporal genérico de las seis semanas que establece el art. 778 *quáter*. 5 LEC, pues se prevé solamente para la resolución en las dos instancias previstas para el procedimiento de restitución. En sede de procedimiento, sólo encontramos referencia al plazo de ejecución en el art. 778 *quinquies*. 10 LEC como parte de los pronunciamientos que tiene que realizar el juez en caso de ordenar la restitución. Por lo tanto, es una cuestión que queda sometida a su discrecionalidad⁸⁷. En caso de no concretarse un plazo específico para ejecutar la sentencia, otra cuestión de interés tiene que ver con la relación existente entre la ejecución de las órdenes de restitución y el «*plazo de gracia*» de 20 días que concede el art. 548 LEC para despachar dicha ejecución desde que la sentencia ha devenido firme⁸⁸. No obstante, pese a la inconcreción de los plazos, también se vuelve crucial la actuación urgente. De nada sirve que una resolución ordene la restitución en plazo si su materialización se dilata en el tiempo, pues en los casos en que esta se dilate en exceso, se puede producir una alteración en las circunstancias que haga desaconsejable la restitución. Así lo puso de manifiesto el AJPI Zaragoza de 20 de abril de 2004⁸⁹, cuando acordó dejar sin efecto la ejecución de una orden de restitución porque habían transcurrido cinco años entre el momento de dictarse y la localización del menor y su madre para ser puestos a disposición judicial. Por ello, resulta de interés la asistencia de la Autoridad Central y, en caso de que el sustractor se oponga, impida u obstaculice la ejecución la de los servicios sociales y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (art. 778 *quinquies*. 13 LEC).

87. Así, en la jurisprudencia citada en este trabajo, se pueden encontrar ejemplos de plazos de diversa extensión para cumplir el mandato de la devolución del menor a su Estado de procedencia, consistentes bien en una fecha concreta, o bien en un período que oscila entre los tres días y los dos meses. El *dies a quo* se fija unas veces desde la notificación de la sentencia, y otras, desde su firmeza. Esta última forma resulta más coherente, porque si se fija un plazo desde la notificación, la interposición del recurso hará que tenga que corregirse si transcurre el plazo estando pendiente la apelación, dada la imposibilidad de ejecución provisional de las resoluciones [SAP Oviedo núm. 593/2020, de 12 de enero (ECLI:ES:APC:2021:104)]. De hecho, la concreción del plazo desde la firmeza de la resolución era una recomendación alentada por el Informe al Anteproyecto de LJV (par. 451).

88. *Vid.* AAP Logroño núm. 71/2020, de 17 de agosto (ECLI:ES:APLO:2020:400A).

89. AC 2004\420.

- b) *Prohibición de la ejecución provisional*: antes de la reforma de 2015, el antiguo art. 1908 LEC-1881 establecía, sobre los medios de impugnación contra la resolución sobre la restitución del menor, que «*sólo cabrá recurso de apelación en un solo efecto*⁹⁰, que deberá resolverse en el *improrrogable plazo de veinte días*». Por lo tanto, se admitía la posibilidad de ejecución provisional de las órdenes de restitución del menor⁹¹. Tras la reforma del año 2015 sobre el procedimiento de restitución de menores se pasa a prohibir la ejecución provisional de las ordenes de restitución. Esto se corrobora, por un lado, porque el art. 778 *quinquies*. 11 LEC atribuye efectos suspensivos al recurso de apelación, y por otro, porque el 525.1.1º LEC establece que en ningún caso son provisionalmente ejecutables, entre otras, las sentencias «*sobre las medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional*». El motivo que inspiró el cambio a la prohibición de la ejecución provisional fue el riesgo de que se fallase en apelación en sentido contrario a la restitución⁹². Ahora bien, comporta el riesgo de que las dilaciones en sede de recurso comprometan la idoneidad de la restitución con el paso del tiempo y la consecuente mayor integración del menor. No obstante, como indica la jurisprudencia, esa vicisitud quedaría resuelta mediante la reducción de los plazos de resolución del recurso de apelación. Con lo cual, el efecto práctico pretendido por la legislación en realidad es que la ejecución se produzca lo antes posible⁹³, sólo que con apoyo en una decisión firme, que según lo dispuesto

90. Siguiendo la definición del Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, cuando un acto es «*recurrible en un solo efecto*», quiere decir que es «susceptible de ser recurrido con efecto devolutivo únicamente, sin que el recurso tenga efecto suspensivo».

91. Así lo sostuvo la STC núm. 120/2002, de 20 de mayo (ECLI:ES:TC:2002:120), que estima el recurso de amparo, por vulneración a la tutela judicial efectiva, contra el AAP Madrid de 4 de diciembre de 1998 (ECLI:ES:APM:1998:1618A), que entendió que el recurso de apelación contra una orden de restitución de un menor a Polonia había quedado vacío de contenido porque, durante su tramitación, se había producido la restitución. Llama la atención que, en el AAP Barcelona de 12 de noviembre de 1998 (ECLI:ES:APB:1998:649A), una resolución previa a la que hemos comentado, también se hacía referencia a que el recurso había quedado vacío de contenido. No obstante, a diferencia de la resolución de la Audiencia Provincial de Madrid, la de Barcelona entró a conocer del recurso, desestimando por auto los motivos alegados.

92. *Vid.* Informe al Anteproyecto de LJV (par. 451) y aptdo. 8.4.10 de la Circular FGE 6/2015.

93. Tal y como apunta la jurisprudencia: «*Cuando la Ley expresamente establece el efecto suspensivo (protección de menores y sustracción internacional) los plazos de resolución de los recursos son perentorios (arts. 778 quáter 5 y 778 quinquies 11, 780 LEC), lo que refuerza la consideración de la regla general de ejecutoriedad*». Esta cita se extrae de numerosas resoluciones, que no se refieren a procesos sobre sustracción internacional de menores.

en la ley, debería obtenerse poco tiempo después de haberse resuelto el procedimiento en primera instancia (20 días).

5. EXCEPCIÓN A LA PREJUDICIALIDAD PENAL

En nuestro ordenamiento jurídico, las actuaciones contra un traslado o retención ilícitos de menores no solamente se pueden realizar por la vía civil, sino también por la vía penal, ya que la sustracción de menores constituye un delito conforme al art. 225 *bis* del Código Penal. El hecho de que un mismo traslado o retención ilícitos sea perseguible por ambas vías entraña un riesgo para la celeridad procesal, pues conforme al art. 40 LEC, podrían suspenderse las actuaciones civiles en la fase de sentencia hasta que recaiga una resolución penal, si se considera que ésta puede ser decisiva para el pronunciamiento civil. Esto conlleva una paralización de las actuaciones civiles a merced de la mayor o menor rapidez con que se ventile el proceso penal, lo que compromete el principio de urgencia que debe inspirar el procedimiento civil de restitución.

Por ello, otra medida legislativa que favorece la celeridad en los procesos de restitución de menores es la ausencia de prejudicialidad penal (art. 778 *quáter*. 6 LEC): «*En ningún caso se ordenará la suspensión de las actuaciones civiles por la existencia de prejudicialidad penal que venga motivada por el ejercicio de acciones penales en materia de sustracción de menores*»⁹⁴. Gracias a esta regla, la existencia de un procedimiento penal no ha de suspender el procedimiento de restitución de menores, sin perjuicio de que pueda ser tenida en cuenta o no para la resolución de la solicitud⁹⁵. Dicho de otro modo, las acciones civiles y penales pueden interponerse simultáneamente, y sus procedimientos desarrollarse paralelamente⁹⁶. Del mismo modo, el resultado jurídico de uno y otro proceso son diferentes: por medio del civil se buscará que el menor sea devuelto al Estado desde donde fue ilícitamente sustraído; sin embargo, por medio del penal, el resultado será la imposición de una

Vid., entre otras: SAP Barcelona núm. 98/2022, de 16 de febrero (ECLI:ES:APB:2022:1517); SAP Barcelona núm. 180/2022, de 4 de abril (ECLI:ES:APB:2022:4229); SAP Barcelona núm. 213/2022, de 28 de abril (ECLI:ES:APB:2022:4724); SAP Barcelona núm. 246/2022, de 13 de mayo (ECLI:ES:APB:2022:4992); SAP Barcelona núm. 637/2022, de 2 de diciembre (ECLI:ES:APB:2022:12725); SAP Barcelona núm. 329/2023, de 7 de junio (ECLI:ES:APB:2023:6787).

94. Tal y como explica el Informe del Anteproyecto a la LJV, par. 438.

95. *Vid.* AAP Lleida núm. 120/2011, de 9 de diciembre (ECLI:ES:APL:2011:622A); SAP Barcelona núm. 205/2016, de 8 de marzo (ECLI:ES:APB:2016:2563); SAP Madrid núm. 293/2020, de 2 de abril (ECLI:ES:APM:2020:14590).

96. *Vid.* AAP Almería núm. 34/2020, de 20 de enero (ECLI:ES:APAL:2020:359A).

pena a la persona sustractora por los hechos cometidos. Por lo tanto, no existe ni preferencia ni interferencia entre ambos⁹⁷.

6. MEDIACIÓN

El legislador nacional promueve la mediación como mecanismo alternativo de resolución de la sustracción internacional del menor (art. 778 *quinquies*. 12 LEC). Ahora bien, esa promoción no está exenta de cautelas (legislativas y jurisprudenciales), que tienen en cuenta la posibilidad del empleo de la mediación como estrategia dilatoria por parte de la persona sustractora.

En primer lugar, si bien la mediación se puede proponer «*en cualquier momento del proceso*», la jurisprudencia ha negado en alguna ocasión su empleo cuando el procedimiento se encontraba en una fase muy avanzada de tramitación. Por ejemplo, en la SAP Cádiz núm. 773/2022, de 9 de agosto⁹⁸, se rechaza como motivo de apelación que, durante el procedimiento de restitución de un menor de España a Venezuela, no se hubiera celebrado un proceso de mediación. La Audiencia Provincial entendió que resultaba una «*petición totalmente extemporánea por cuanto ya se ha resuelto la cuestión de forma judicial, sin que antes de recaer Sentencia se hubiera solicitado por la aquí recurrente, en tiempo y forma, una mediación*». También se rechazó el empleo de la mediación en el SAP Santander núm. 397/2022, de 12 de agosto⁹⁹, en palabras de la Audiencia Provincial: «*cuando el procedimiento está ya en un trámite tan avanzado*» (concretamente, se había dictado sentencia y se estaba resolviendo en segunda instancia).

No obstante, la jurisprudencia sí se ha mostrado más favorable a potenciar el uso de la mediación una vez se ha dictado la orden de restitución del menor, para determinar las circunstancias del traslado y entrega del menor y evitar perjuicios a los derechos e intereses del menor derivados del automatismo del CH 80, tales como la pérdida de vinculación del menor con uno de sus progenitores¹⁰⁰.

Del mismo modo, la mediación ha de ser promovida por ambas partes, lo cual puede ser un buen indicio de predisposición a pactar. De esta manera, no se ha admitido la solicitud de mediación formalizada solamente

97. Vid. Informe al Anteproyecto de LJV, par. 438.

98. ECLI:ES:APCA:2022:2175.

99. ECLI:ES:APS:2022:1778.

100. Vid. AAP Barcelona núm. 54/2012, de 13 de marzo (ECLI:ES:APB:2012:2580A); SAP Barcelona núm. 573/2013, de 1 de octubre (ECLI:ES:APB:2013:11168); SAP Palmas de Gran Canaria núm. 251/2017, de 27 de abril (ECLI:ES:APGC:2017:363); SAP Barcelona núm. 637/2020, de 6 de octubre (ECLI:ES:APB:2020:8805); SAP Valladolid núm.

por una de las partes cuando la otra no se ha pronunciado al respecto o no intervino directamente en el proceso (caso del solicitante de restitución que es representado por la Autoridad Central Española)¹⁰¹. Incluso el propio Juez puede proponer a las partes su sometimiento a mediación, si valora que conforme a las circunstancias concurrentes pueden llegar a un acuerdo y siempre y cuando no se retrase indebidamente el procedimiento.

También se conmina a que la mediación dure lo menos posible y a que sus actuaciones se concentren en el mínimo número de sesiones. El plazo máximo de suspensión de la mediación es mucho más breve en los procesos de restitución de menores: seis semanas («plazo legalmente previsto en este Capítulo»), frente al plazo general de sesenta días del art. 19.4 LEC; y dentro de esas seis semanas, la suspensión se declarará por el Letrado de la Administración de Justicia por el «*tiempo necesario*»¹⁰².

VI. AUDIENCIA AL MENOR

Otro precepto importante en el proceso español de restitución de menores es el que tiene que ver con la audiencia al menor. El art. 778 *quinquies*. 8 LEC hace referencia tanto a su carácter no obligatorio por parte del juez («*en su caso*» y «*a menos que [...] no se considere conveniente atendiendo a la edad o grado de madurez del mismo, lo que se hará constar en resolución motivada*»); como a los medios por los que puede realizarse dicha audiencia: separadamente, en presencia del Ministerio Fiscal, en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas, con auxi-

341/2021, de 13 de agosto (ECLI:ES:APVA:2021:1255). Igualmente, *vid.* fallos de sentencias en primera instancia reproducidos en las siguientes resoluciones: SAP Palmas de Gran Canaria núm. 116/2016, de 23 de febrero (ECLI:ES:APGC:2016:609); SAP Barcelona núm. 313/2016, de 26 de abril (ECLI:ES:APB:2016:3549); SAP Palmas de Gran Canaria núm. 436/2016, de 25 de julio (ECLI:ES:APGC:2016:2345); SAP Palmas de Gran Canaria núm. 596/2017, de 22 de noviembre (ECLI:ES:APGC:2017:1433); SAP Palmas de Gran Canaria núm. 218/2017, de 6 de abril (ECLI:ES:APGC:2017:312); SAP Palmas de Gran Canaria núm. 251/2017, de 27 de abril (ECLI:ES:APGC:2017:363); SAP Palmas de Gran Canaria núm. 377/2017 (ECLI:ES:APGC:2017:1005); SAP Palmas de Gran Canaria núm. 449/2017, de 13 de septiembre (ECLI:ES:APGC:2017:1257).

101. *Vid.*, SAP núm. 573/2013, de 1 de octubre (ECLI:ES:APB:2013:11168); SAP Valladolid núm. 341/2021, de 13 de agosto (ECLI:ES:APVA:2021:1255); SAP Santander núm. 397/2022, de 12 de agosto (ECLI:ES:APS:2022:1778); SAP Cádiz núm. 773/2022, de 9 de agosto (ECLI:ES:APCA:2022:2175).

102. El autor J. BAYO DELGADO, recomienda regular el proceso de mediación en casos de sustracción internacional de menores para evitar dilaciones más allá del plazo de seis semanas, y asimismo, fomentar la formación y especialización de mediadores en la materia, *vid.* «A propósito del nuevo Reglamento (UE) núm. 2019/1111», *op. cit.*, p. 503.

lio de especialistas y con posibilidad de uso de videoconferencia. En definitiva, este precepto traduce a términos procesales la importancia de dar la posibilidad al menor de ser oído en los procedimientos que le incumban en general, y en los procedimientos de restitución en particular (art. 12 CNUDN, art. 13.II CH 80, arts. 21 y 26 y *Considerando* 39 R. 2019/1111, art. 9.2 LOPJM).

Las cuestiones procedimentales de la audiencia al menor sobre el procedimiento de restitución ya han sido objeto de estudio y reflexión en la presente obra. Por lo tanto, nos remitimos a la exposición realizada en el Capítulo correspondiente¹⁰³. En el presente apartado, se pretende poner el acento en dos aspectos comúnmente tratados en la práctica jurisprudencial sobre la audiencia al menor en los procesos de restitución de menores.

Uno de esos aspectos concierne a la idoneidad del menor para ser oído en el procedimiento. Se trata de un extremo que el art. 778 *quinquies*. 8 LEC valora en función de la edad y el grado de madurez¹⁰⁴. Con arreglo a las indicaciones de la Fiscalía General del Estado, el peso de la opinión del menor en la decisión sobre la restitución tiene más importancia conforme mayor sea su edad, y la madurez actúa como un criterio modulador de la edad (Conclusión 16ª Circular FGE 6/2015)¹⁰⁵. En particular, el art. 9.2 LOPJM presume que el menor tiene suficiente madurez para ser escuchado

103. *Vid.* P. MARTÍN RIOS, Capítulo 4 «El derecho del menor a ser oído y su articulación en el Derecho procesal español. Especial referencia al procedimiento de restitución o retorno», publicado en esta misma obra. Igualmente, *vid.* aptdo. 8.4.1. y Conclusiones 17ª y 18ª de la Circular FGE 6/2015. En la doctrina, destacamos el estudio sobre la audiencia al menor en los procesos españoles realizada por C. ESPLUGUES MOTA, P. QUINZÁ REDONDO y M. GONZÁLEZ MARIMÓN, «Chapter 9. Children's right to information in civil proceedings in Spain», en L. CARPANETO, F. MAOLI (eds.) *Children's right information in EU civil actions. Improving children's right to information in cross-border civil cases*, Pacini Editore, Pisa, 2021, pp. 263 y ss.

104. Lo cual parece contrastar ligeramente con el art. 12 CNUDN y el art. 21 R. 2019/1111, donde estos criterios se emplean para valorar la opinión ya emitida del menor. Ambos artículos exigen, para que se acceda a escuchar al menor, que tenga «capacidad para formarse sus propios juicios». Ahora bien, no será extraño que esa capacidad se valore conforme a la edad y el grado de madurez. De hecho, la SAP Alicante núm. 261/2023, de 26 de julio (ECLI:ES:APA:2023:996) advierte de esa correlación: «*en el caso de autos el menor acaba de cumplir siete años y no se considera por la Sala que el mismo tenga un grado de madurez suficiente que permita tener en cuenta sus opiniones, existiendo la posibilidad de prescindir de la misma conforme al artículo 21 del Reglamento de la Unión Europea al establecer que se dará a los menores la posibilidad de expresar libremente sus opiniones cuando tengan capacidad para formarse sus propios juicios y la posibilidad real y efectiva de expresar libremente sus opiniones*».

105. *Vid.*, igualmente, aptdo. 4.6.7 de la Circular FGE 6/2015.

a partir de los doce años, lo cual es compartido por la jurisprudencia¹⁰⁶. Por debajo de esa edad, no existe un criterio unánime, sino que la jurisprudencia ha tenido que valorar la conveniencia de escuchar al menor en función del caso concreto. Ha habido casos en los cuales se ha considerado que los menores con edad inferior a 12 años tenían suficiente madurez para ser escuchados¹⁰⁷, y también supuestos en que los menores de edad inferior a 12 años no tenían acreditada suficiente madurez¹⁰⁸.

Pero no solamente se tiene que verificar que el menor esté en condiciones de edad y madurez solventes para emitir su propio parecer sobre la restitución. Aquí entra en juego el segundo de los aspectos relevantes según la Fiscalía General del Estado: la argumentación dada por el menor. Sobre la misma, la jurisprudencia concreta que debe ser «real, sólida y fundada», que no se debe tratar de una «mera preferencia» y que tampoco debe estar «mediatizada». A este respecto, los órganos jurisdiccionales españoles muestran bastante perspicacia a la hora de detectar interpretaciones forzadas de la opinión del menor realizadas por los progenitores sustracto-

-
106. *Vid.* AAP San Sebastián de 31 de diciembre de 2002 (ECLI:ES:APSS:2002:6A); AAP Zamora núm. 105/2003, de 30 de diciembre (ECLI:ES:APZA:2003:178A); AAP Girona núm. 156/2017, de 27 de julio (ECLI:ES:APGI:2017:899A); AAP San Sebastián núm. 153/2018, de 16 de noviembre (ECLI:ES:APSS:2018:1255A).
107. *Vid.* entre otros ejemplos el AAP Jaén núm. 115/2001, de 23 de julio (ECLI:ES:APJ:2001:2A); AAP Lugo núm. 272/2005, de 18 de julio (ECLI:ES:APLU:2005:412A); AAP Palma de Mallorca núm. 155/2005, de 2 de noviembre (ECLI:ES:APIB:2005:459A); SAP Pontevedra núm. 129/2006, de 4 de mayo (ECLI:ES:APPO:2016:760); SAP León núm. 131/2006, de 22 de junio (ECLI:ES:APLE:2006:701); SAP Zamora núm. 1/2017, de 9 de enero (ECLI:ES:APZ:2017:53).
108. *Vid.* entre otros ejemplos, AAP Madrid de 8 de noviembre de 2002 (ECLI:ES:APM:2002:1992A); AAP Cáceres núm. 22/2003, de 3 de junio (ECLI:ES:APCC:2003:101A); AAP Barcelona de 16 de abril de 2004 (ECLI:ES:APB:2004:1646A); AAP Barcelona núm. 164/2004, de 23 de junio (ECLI:ES:APB:2004:3034A); AAP Ibiza núm. 160/2010, de 22 de diciembre (ECLI:ES:APIB:2010:702A); SAP Málaga núm. 418/2015, de 9 de julio (ECLI:ES:APMA:2015:3309); SAP Palma de Mallorca núm. 141/2016, de 9 de mayo (ECLI:ES:APIB:2016:751); SAP Zaragoza núm. 19/2016, de 19 de enero (ECLI:ES:APZ:2016:18); SAP Palma de Mallorca núm. 260/2016, de 28 de julio (ECLI:ES:APIB:2016:1416); SAP A Coruña núm. 107/2017, de 24 de marzo (ECLI:ES:APC:2017:478); SAP Córdoba núm. 177/2018, de 7 de marzo (ECLI:ES:APCO:2018:644); SAP Santa Cruz de Tenerife núm. 234/2018, de 10 de mayo (ECLI:ES:APTF:2018:628); SAP Alicante núm. 261/2023, de 26 de julio (ECLI:ES:APA:2023:996); SAP Alicante núm. 269/2023, de 13 de septiembre (ECLI:ES:APA:2023:1416). Muchas de las resoluciones citadas en esta nota al pie y en la anterior han formado parte de un estudio jurisprudencial previo realizado por A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GÓNZÁLEZ, «Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 y sustracción internacional de menores. Algunas cuestiones controvertidas», *op. cit.*, pp. 198-204.

res¹⁰⁹, así como indicios de que el discurso del menor en oposición a la restitución carece de reflexión¹¹⁰ o es contradictorio¹¹¹, o está condicionado por parte del sustractor¹¹².

VII. MEDIDAS CAUTELARES

Otro aspecto interesante del procedimiento de restitución es la posibilidad de dictar medidas cautelares mientras aquél se resuelve. Esta posibilidad se refleja en dos preceptos dentro del procedimiento de restitución, que son el art. 778 *quáter*. 8 LEC y el 778 *quinquies*. 5, párrafo segundo LEC.

a) *Contenido de las medidas cautelares*: Para concretar cuáles son esas medidas cautelares, el art. 778 *quáter*. 8 LEC distingue dos grandes grupos. Por un lado, se remite al art. 158 CC, dentro del cual destacamos las medidas contempladas en su ordinal tercero, destinadas a evitar la sustracción internacional del menor: «a) *Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa*; b) *Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido*¹¹³; c) *Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor*». Por otro lado, el propio art. 778 *quáter*. 8 LEC se refiere, en su párrafo segundo a aquellas medidas que garanticen los derechos de estancia o visita, relación y comunicación del menor con el demandante, incluso de forma supervisada, si ello fuera conveniente a los intereses del menor.

b) *Presupuestos para la adopción de las medidas cautelares*: La adopción de medidas cautelares en Derecho procesal civil español está condicionada a la concurrencia de una serie de presupuestos: la apariencia de buen derecho –*fumus boni iuris*– (art. 728.1 LEC), el peligro en la mora procesal –*periculum in mora*– (art. 728.2 LEC) y la prestación de una caución, salvo que expresamente se disponga otra cosa (art. 728. 3 LEC). Nos detenemos brevemente a examinar la concurrencia de estos presupuestos en el contexto de los procesos de restitución de menores:

109. *Vid.* AAP Valencia núm. 405/2011, de 5 de diciembre (ECLI:ES:APV:2011:815A); SAP Barcelona núm. 15/2023, de 13 de enero (ECLI:ES:APB:2023:137).

110. *Vid.* SAP Barcelona núm. 206/2016, de 8 de marzo (ECLI:ES:APB:2016:2564); SAP Madrid núm. 293/2020, de 2 de abril (ECLI:ES:APM:2020:14590).

111. *Vid.* SAP Barcelona núm. 517/2023 de 6 de octubre (ECLI:ES:APB:2023:10564).

112. *Vid.* SAP Barcelona núm. 205/2016, de 8 de marzo (ECLI:ES:APB:2016:2563); SAP Palmas de Gran Canaria núm. 218/2017, de 6 de abril (ECLI:ES:APGC:2017:312); SAP Madrid núm. 354/2018, de 27 de abril (ECLI:ES:APM:2018:6348).

113. *Vid.* también Real Decreto 896/2003, de 11 de julio, por el que se regula la expedición del pasaporte ordinario y se determinan sus características (BOE núm. 166, de 12 de julio de 2003); modificado por el Real Decreto 411/2014, de 6 de junio (BOE núm. 154, de 25 de junio de 2014).

- La apariencia de buen derecho quedaría suplida con la acreditación de la titularidad del derecho de custodia vulnerado por la sustracción, así como con la aportación de indicios de que la residencia habitual del menor se halla en el Estado donde estaba presente antes de la sustracción¹¹⁴.
- El peligro en la mora procesal, en el caso de las medidas del art. 158.3º CC, consiste en riesgo de que pueda llegar a producirse una sustracción fuera de España. En este caso, nos referimos a una nueva sustracción del menor, posterior a la que ya se ha producido hacia nuestro país, y que ha obligado a activar el proceso de restitución de la LEC. Se pueden apuntar varias ideas al respecto. En primer lugar, el art. 778 *quinquies*. 5 LEC, en su párrafo segundo, da a entender que el *periculum in mora* se acentúa en los casos de rebeldía del demandado. En segundo lugar, y para las medidas del art. 158.3º CC, la autora M.ª. SÁNCHEZ JIMÉNEZ identifica en su estudio jurisprudencial varios indicios valorados en el caso concreto por las Audiencias Provinciales: por un lado, los que tienen que ver con el riesgo, en sentido estricto, de que la sustracción se produzca, tales como la conducta del presunto sustractor o arraigo personal y laboral que el progenitor tenga en España; y por otro lado, la factibilidad de la restitución, que será menor cuanto más fácil sea para el sustractor obtener protección en su país (nacionalismo judicial), y mayor cuando el Estado de la sustracción sea parte en los convenios internacionales en la materia¹¹⁵. Por último, para las medidas destinadas a favorecer el contacto, la relación, las visitas y la comunicación del menor, el peligro en la mora procesal vendría dado por la ruptura de la relación con el solicitante y el desapego del menor; sin olvidar que el art. 158.6º CC también prevé la medida contraria, de suspensión de las comunicaciones con el menor, si las circunstancias lo exigen.
- El requisito de la caución no parece exigible, dado que en los procedimientos de restitución de menores al amparo del CH 80, el art.

114. Vid. M. LÓPEZ JARA, «El proceso cautelar en materia de sustracción internacional de menores», *La Ley Derecho de familia*, n.º. 10, Segundo trimestre de 2016 (LA LEY 1870/2016), p. 6.

115. Vid. M. Á. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, «El riesgo de la sustracción internacional de menores como fundamento para el acuerdo de medidas preventivas», *Bitácora Millennium DIPr*, n.º. 14, julio-diciembre 2021, pp. 1 y ss., en especial, pp. 14-20.

22 de dicho Convenio establece la prohibición de la denominada *cautio iudicatum solvi*¹¹⁶.

c) *Procedimiento*: En materia de procedimiento, los arts. 778 *quáter.* 8, párrafo primero y 778 *quinquies.* 5, párrafo segundo LEC se remiten al art. 773 LEC, relativo a las medidas provisionales derivadas de la admisión de la demanda de nulidad, separación y divorcio¹¹⁷. De este procedimiento, la jurisprudencia ha insistido en la imposibilidad de recurrir en apelación el auto que dicte las medidas cautelares¹¹⁸, ni siquiera cuando se dicten *inaudita parte*, si la parte demandada tuvo ocasión de oponerse¹¹⁹.

d) *Momento de adopción y vigencia temporal*: La adopción de estas medidas se puede realizar en cualquier momento del proceso (art. 778 *quáter.* 8 LEC), y en especial, en los casos de rebeldía del demandado (art. 778 *quinquies.* 5, párrafo segundo LEC). Incluso cuando el proceso finaliza con la sentencia, el juez está habilitado a adoptar medidas para evitar un nuevo traslado o retención ilícito del menor tras la notificación de la sentencia. En la práctica, podemos destacar el AAP Barcelona núm. 785/2017, de 3 de octubre¹²⁰, donde la Audiencia Provincial acuerda mantener vigente la medida cautelar consistente en la prohibición de la madre de viajar con el menor a otro lugar que no sea el Reino Unido, habida cuenta de la corta edad del menor, de la interrupción de la relación con su padre desde hace un año, así como de la ausencia de incoación de procedimiento alguno en el Reino Unido en orden a fijar la custodia y el régimen de relación con el menor. También el AAP Logroño núm. 71/2020, de 17 de agosto¹²¹, mantuvo la vigencia de una medida cautelar que impedía al padre sustractor trasladar a un menor australiano fuera de Logroño, porque concurría la apariencia de buen derecho al recaer sentencia firme ordenando la restitución; así como el riesgo en la ejecución de la resolución tanto por la actitud obstativa del padre para devolver al menor como el hecho de que sustrajo al menor de su residencia en Australia.

116. Vid. M. LÓPEZ JARA, «El proceso cautelar en materia de sustracción internacional de menores», *op. cit.* p. 7.

117. Vid. *ibid.*, pp. 6-7.

118. Vid. SAP Toledo núm. 255/2018, de 12 de diciembre (ECLI:ES:AUTO:2018:1099).

119. Vid. AAP Oviedo núm. 48/2022, de 8 de abril (ECLI:ES:APO:2022:758A).

120. ECLI:ES:APB:2017:10784.

121. ECLI:ES:APLO:2020:400A.

VIII. EPÍLOGO: COMPARACIÓN ENTRE LA LEC Y EL R. 2019/1111. PROPUESTAS DE LEGE FERENDA

El nuevo procedimiento de restitución de menores incorporado a la LEC en 2015 comenzó a aplicarse a partir del 23 de julio de 2015. Mientras tanto, en la UE comenzaban los trámites para la reforma del antiguo R. 2201/2003, que dio como resultado el actual R. 2019/1111.

El nuevo Reglamento también ha sido revisado en lo referente al procedimiento de restitución de menores. De un escueto art. 11 R. 2201/2003 se pasó a todo un Capítulo III dedicado a la materia en el R. 2019/1111, que incorpora novedades y mejoras respecto de la regulación existente en el Reglamento antecesor. Desde el 1 de agosto de 2022, este nuevo Reglamento se aplica en coordinación con el CH 80 (arts. 1.3 y 96 R. 2019/1111) y con las normas nacionales (778 *quáter*. 1 LEC).

Cabe preguntarse si el procedimiento de restitución de la LEC, anterior al R. 2019/1111, interactúa bien con las nuevas normas europeas sobre sustracción internacional de menores o si, por el contrario, existe la necesidad de acometer reformas en nuestra legislación procesal interna. Para responder a esta pregunta, debemos partir de tres diferentes grados de alineamiento de las normas procesales españolas con las normas procesales europeas¹²².

1. ANTICIPACIÓN DE LA LEC AL R. 2019/1111

En primer lugar, se puede afirmar que la LEC en muchos casos *se anticipa* a muchas de las medidas que en el R. 2019/1111 presenta como novedades respecto de su antecesor, sin perjuicio de que se pueda revelar necesaria una actualización o mejora de algunas de nuestras normas procesales internas:

- La concentración de la competencia judicial interna para conocer de los procedimientos de restitución, establecida como recomendación a los Estados Miembros en el Considerando 41 R. 2019/1111, es una realidad en el art. 778 *quáter*. 2 LEC. Sobre este punto conviene, sin embargo, aclarar la relación que existe entre los órganos jurisdiccionales que conocen del proceso de restitución conforme a este artículo y los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en los casos

122. Los siguientes subapartados revisan las conclusiones principales de una comunicación previa, *vid.* A. J. CALZADO LLAMAS, «Panorámica y evaluación de la articulación en el ordenamiento jurídico español de las novedades introducidas por el Reglamento (UE) 2019/1111 en los procesos de restitución de menores», *CDT*, vol. 14, n.º. 2, 2022, pp. 1266 y ss.

en que existan indicios de violencia doméstica o contra la mujer en los hechos del caso concreto.

- La unidad de recurso recomendada en el Considerando 42 R. 2019/1111 se encuentra normativa y jurisprudencialmente confirmada en el art. 778 *quinquies*. 11 LEC. Ahora bien, de la jurisprudencia analizada se concluye que convendría concretar la prohibición de ulterior recurso¹²³, así como limitar la alegación de nuevos hechos y pruebas a las que estrictamente no pudieron ser alegadas en la primera instancia, para evitar estrategias dilatorias.
- La vía de la mediación en el procedimiento de sustracción internacional de menores (art. 25 y *Considerandos 22 y 43 R. 2019/1111*) no es extraña para nuestra legislación interna (art. 778 *quinquies*. 12 LEC). Pero sería oportuno especificar si los órganos que homologan el acuerdo de restitución conforme a este artículo también podrían conocer de los eventuales acuerdos adyacentes sobre la responsabilidad parental, pues es algo que el Reglamento expresamente habilita (art. 10 y *Considerandos 22 y 43 R. 2019/1111*). Esa especificación podría evitar una dispersión en la competencia judicial interna si los órganos judiciales llamados a conocer de una y otra cuestión son diferentes.
- Muchas de las novedades incorporadas sobre la posibilidad del menor de ser oído, recogidas tanto en el art. 21 como en el *Considerando 39 R. 2019/1111*, se siguen de forma muy similar en el art. 778 *quinquies*. 8 LEC. Ahora bien, cabría reformar este último precepto en el sentido de establecer los criterios relativos a la edad y el grado de madurez como criterios de valoración de la opinión *ex post*, es decir, una vez que el menor con capacidad para formar sus propios juicios ha emitido su parecer. Tampoco estaría de más incorporar legislativamente algunas de las recomendaciones establecidas por la Circular FGE 6/2015, que desarrolla sobre la metodología con la que llevar a cabo la audiencia.
- La garantía de contacto con el menor durante el procedimiento de restitución (art. 27.2 R. 2019/1111) se encontraba ya previamente regulada en el art. 778 *quáter*. 8 LEC¹²⁴.

123. En la reciente reforma del art. 778 *quinquies*. 11 LEC, promovida por el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, no se ha abordado esta cuestión.

124. La analogía entre ambas medidas la indica expresamente la SAP Barcelona núm. 126/2023, de 7 de marzo (ECLI:ES:APB:2023:2226).

- Igualmente, la novedad relativa a las comunicaciones judiciales directas recogida con carácter general en el art. 86 R. 2019/1111, se contempla también para el procedimiento nacional de restitución de menores en el art. 778 *quáter.* 7 LEC.

2. COORDINACIÓN ENTRE LA LEC Y EL R. 2019/1111

En un término intermedio, algunas de las novedades que incorpora el R. 2019/1111 no se encontraban previstas en la LEC, pero una interpretación sistemática de ambas normas no impediría acogerlas en el procedimiento vigente. Ello vendría auspiciado por el carácter vinculante del Reglamento (art. 288.1 TFUE) y la premisa de la aplicación de un convenio internacional o norma europea sobre sustracción de menores para poder activar el procedimiento de la LEC (778 *quáter.* 1 LEC). En este sentido, se puede plantear una coordinación entre el R. 2019/1111 y la LEC donde el Reglamento sirva de pauta hermenéutica, de nuevo, sin perjuicio de que se puedan reformar las normas nacionales:

- En cuanto al ámbito de aplicación del procedimiento de restitución recogido en el art. 778 *quáter.* 1 LEC, se podría modificar el término de «*procedencia*» por el de «*residencia habitual*» a la hora de concretar que el procedimiento recogido en nuestras normas nacionales se puede activar cuando el menor está vinculado con un Estado parte junto con España de normas internacionales en materia de sustracción internacional de menores.
- Respecto de la legitimación activa (art. 778 *quáter.* 3 LEC), para garantizar una interpretación más acorde con la normativa internacional, se podrían sustituir los términos de «*guarda y custodia*» y «*régimen de comunicación, visita, estancia y relación con el menor*» por el término, más genérico, de «*derecho de custodia*», acompañándolo de una definición contextual acorde con las normas internacionales.
- También en materia de plazos, se pueden advertir dos diferencias. La primera es que el art. 24 R. 2019/1111 establece dos plazos diferenciados de seis semanas, uno para la primera instancia y otro para los recursos; mientras que el art. 778 *quáter.* 5 LEC establece un único plazo de seis semanas comprensivo de ambas instancias. La segunda es que el art. 28.2 R. 2019/1111 concreta en seis semanas el plazo de ejecución, mientras que el art. 778 *quinquies.* 10 LEC deja la concreción del plazo a la discreción del juez. Si bien sería oportuna una revisión del texto de ambos artículos, no existe como tal

una flagrante contradicción entre la LEC y el R. 2019/1111: si el legislador quiere ser más estricto en sus plazos, cumplirá con creces el mandato del legislador europeo. En cuanto al plazo de ejecución, el juez podrá tomar como referencia las seis semanas del Reglamento para concretar el mismo el plazo en que debe materializarse la restitución.

- La posibilidad de que el solicitante de la restitución sea oído como requisito previo a la decisión denegatoria está prevista en el art. 27.1 R. 2019/1111. El art. 778 *quinquies* LEC no indica nada al respecto, pero teniendo en cuenta que se prevé la comparecencia del demandante a una vista, este requisito se puede sobradamente cumplimentar en ella.
- Del mismo modo, las medidas provisionales, incluidas las cautelares previstas en los arts. 27.3 R. 2019/1111 (antiguo art. 11.4 R. 2201/2003), para evitar el grave riesgo conforme al art. 13.I.b) CH 80 que el menor pudiera enfrentar a su regreso al Estado de residencia habitual, se pueden entender integradas dentro de la fundamentación de la sentencia, al valorar si procede o no la restitución del menor, teniendo en cuenta «*los términos del correspondiente convenio o de las disposiciones de la Unión Europea en la materia*» (art. 778 *quinquies*. 9 LEC). Nuestra práctica jurisprudencial da buena cuenta de ello: aun cuando se ha acreditado la existencia de un grave riesgo¹²⁵, las Audiencias Provinciales han ordenado la restitución del menor al Estado Miembro de residencia habitual cuando se observa la buena disposición de sus autoridades para adoptar medidas contra ese grave riesgo¹²⁶; y cuando no se ha acreditado tal disposición, se ha denegado la restitución¹²⁷. Ahora bien, esta

125. Cuando no se acredita ese grave riesgo, no es preciso corroborar si se han establecido medidas conforme al art. 11.4 R. 2201/2003, *vid.* SAP Pontevedra núm. 151/2006, de 5 de julio (ECLI:ES:APPO:2006:1889); SAP Barcelona núm. 205/2016, de 8 de marzo (ECLI:ES:APB:2016:2563); SAP Valencia núm. 180/2017, de 23 de febrero (ECLI:ES:APV:2017:718); SAP Barcelona núm. 785/2017, de 3 de octubre (ECLI:ES:APB:2017:10784); SAP Barcelona núm. 637/2020, de 6 de octubre (ECLI:ES:APB:2020:8805). Ahora bien, en la SAP Zaragoza núm. 19/2016, de 19 de enero (ECLI:ES:APZ:2016:18), se hace referencia a la existencia de medidas para asegurar un entorno estable y seguro a la menor conforme al art. 11.4 R. 2201/2003 pese a que en ningún momento se ha acreditado un grave riesgo conforme al art. 13.I.b) CH 80.

126. *Vid.* AAP Pontevedra núm. 133/2006, de 5 de julio (ECLI:ES:APPO:2006:151A); SAP Málaga núm. 588/2012, de 13 de noviembre (ECLI:ES:APMA:2012:2549) y SAP Alicante núm. 208/2022, de 7 de septiembre (ECLI:ES:APA:2022:1220).

127. *Vid.* SAP Málaga núm. 463/2007, de 11 de septiembre (ECLI:ES:APMA:2007:2052), AAP Valencia núm. 67/2009, de 26 de marzo (ECLI:ES:APV:2009:555A).

falta de disposición de las autoridades del Estado de residencia habitual del menor puede ser suplida por la adopción, en el Estado de la sustracción, de medidas cautelares conforme al art. 27.5 R. 2019/1111, que sean ejecutadas en el Estado de restitución como condición para ordenarla¹²⁸.

3. NECESIDADES DE MEJORA DE LA LEC CON MOTIVO DEL R. 2019/1111

También es imprescindible referirnos a ciertos aspectos necesitados de reforma en nuestro procedimiento nacional de restitución con ocasión de la aplicación del R. 2019/1111. Fundamentalmente, nos detenemos en tres:

- Haría falta una referencia, como la existente en el art. 23 R. 2019/1111, a la tramitación de las solicitudes ante las Autoridades Centrales. El art. 23 R. 2019/1111 apenas añade un plazo de cinco días para el acuse de recibo y su tramitación urgente, pero no da un plazo para que se interponga la demanda ante los órganos jurisdiccionales. Tampoco lo hace la LEC, y sería conveniente especificarlo¹²⁹, para evitar dilaciones en el lapso temporal que va desde el acuse de recibo por la Autoridad Central española a la interposición de la demanda ante el Juzgado de Primera Instancia. Téngase en cuenta que, a partir de un año desde la sustracción del menor, existe el riesgo de que se deniegue si el menor se encuentra integrado en nuestro entorno (art. 12.II CH 80). Ese plazo de un año tiene como *dies ad quem* el momento de interposición de la demanda, y no el de presentación de la solicitud ante las Autoridades Centrales¹³⁰.
- Se hace necesaria una revisión sobre la permisibilidad de la ejecución provisional de las ordenes de restitución. Como tuvimos ocasión de exponer, el legislador español pasó de permitir la sin excep-

128. Sobre la aplicación de este precepto a un caso concreto, se puede tomar como ejemplo la SAP Barcelona núm. 126/2023, de 7 de marzo (ECLI:ES:APB:2023:2226).

129. *Vid.* J. BAYO DELGADO, «A propósito del nuevo Reglamento (UE) núm. 2019/1111», *op. cit.*, pp. 500-501.

130. *Vid.*, por ejemplo, AAP Palma de Mallorca núm. 155/2005, de 2 de noviembre (ECLI:ES:APIB:2005:459A); AAP Lleida núm. 120/2011, de 9 de diciembre (ECLI:ES:APL:2011:622A); SAP Córdoba núm. 177/2018, de 7 de marzo (ECLI:ES:APCO:2018:644); SAP Pontevedra núm. 354/2019, de 17 de junio (ECLI:ES:APPO:2019:1469); SAP Palma de Mallorca núm. 482/2022, de 7 de octubre (ECLI:ES:APIB:2022:3018); SAP Granada núm. 348/2022, de 25 de octubre (ECLI:ES:APGR:2022:1656); SAP Huelva núm. 405/2022, de 29 de junio (ECLI:ES:APH:2022:576).

ción a prohibirla absolutamente. Sin embargo, el art. 27.6 R. 2019/1111 opta por una vía intermedia, la declaración ejecución provisional tiene un carácter facultativo y su procedencia habrá de valorarse conforme al interés superior del menor¹³¹. Este artículo, aunque es de eficacia vinculante y directa en España, entra en clara contradicción con la prohibición establecida en el art. 525.1.1º LEC¹³². Este aspecto no se aborda en la reciente modificación de la LEC promovida por el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre.

- Por último, y aunque no ha sido expresamente objeto de estudio en este trabajo, se debe insistir en lo imprescindible de actualizar la Disposición Final vigésima segunda de la LEC, sobre las medidas para facilitar la aplicación del R. 2201/2003¹³³. La llegada del nuevo R. 2019/1111 implica aclarar los cauces para los que este Reglamento da remisión a nuestro Derecho procesal nacional. Sin embargo, después de tres años de publicado el Reglamento y de un año desde su efectiva aplicación, todavía no se ha modificado¹³⁴.

131. Dice el art. 27.6 R. 2019/1111: «Podrá declararse provisionalmente ejecutiva, sin perjuicio de cualquier posible recurso, una resolución por la que se ordene la restitución del menor antes de que se dicte una resolución, si el interés superior del menor lo requiere». Igualmente, cabe citar el Considerando 47 R. 2019/1111: «Debe ser posible que una resolución por la que se ordene la restitución del menor pueda declararse provisionalmente ejecutiva, no obstante posibles recursos, cuando el interés superior del menor requiera que sea restituido antes de que se dicte una resolución sobre el recurso. El Derecho nacional puede precisar qué órgano jurisdiccional está facultado para declarar la resolución provisionalmente ejecutiva».

132. Vid. J. BAYO DELGADO, «A propósito del nuevo Reglamento (UE) núm. 2019/1111», *op. cit.*, p. 503.

133. Vid. J. BAYO DELGADO, «A propósito del nuevo Reglamento (UE) núm. 2019/1111», *op. cit.*, pp. 500-501. Para una propuesta de *lege ferenda* de actualización de la D.F. 22ª LEC, *vid.* Mª. Á. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, Capítulo 7 («Medidas para facilitar la aplicación en España de las normas sobre reconocimiento y ejecución del Reglamento 2019/1111: propuestas de *lege ferenda*»), publicado en esta misma obra.

134. La reciente reforma de la LEC, promovida por el Real Decreto 6/2023, de 19 de diciembre, no ha añadido ninguna modificación al respecto.

Capítulo 6

Problems related to the procedure of minors' returning decisions, with reference to Polish law

MONIKA WAŁACHOWSKA*
Nicolaus Copernicus University
Toruń, Poland

SUMARIO: I. INTRODUCTION. II. POLISH REGULATION AND CASE LAW. III. CONCLUSIONS.

I. INTRODUCTION

The entry into force of the EU Regulation no. 2019/1111 on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction (recast)¹ is filling a gap that was present in the previous Brussels II bis Regulation as to the measures regulated in the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction of 25th October 1980². Nowa-

* ORCID: 0000-0002-4930-0595, WALACHOWSKA@UMK.PL

1. EU Council Regulation of 25th June 2019 f., Official Journal L 178 of 2nd July 2019, p. 1 et seq.
2. See R. ESPINOSA CALABUIG, "Matrimonial matters", [in:] I. VIARENGO, F.C. VILLATA (eds), *Planning the Future of Cross Border Families: a Path Through Coordination*, Oxford, 2020, p. 54 – cited by P. RODZIEWICZ [in:] *Jurisdykcja, uznawanie i wykonywanie orzeczeń w sprawach małżeńskich i w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej oraz w sprawie uprowadzenia dziecka zagranicę. Komentarz do Rozporządzenia Rady UE 2019/1111* [Jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction. Commentary on the Council Regulation no. 2019/1111], ed. by J. Gołaczyński, Warszawa 2022, p. 66. The Convention was ratified in Poland in 1995, Official Journal of 1995 item 528 and of 1999 item 1085).

days, the Regulation aims to accelerate and make more effective the procedures and aim set forth in the Convention which is, as soon as possible, to return the child to the State where the child was before being moved, irrespective of the substance of the case (irrespective of any change in custody and access rights³) (see also p. 22 of the Preamble of Brussels II ter). The biggest change that Regulation 2019/1111 brings is the abolition of *exequatur* for all matters falling within its scope⁴. It also has placed extra emphasis on the rights of the child⁵, especially the right of the child to be heard (art. 21).

In cases of the wrongful removal or retention of a child, and without prejudice to a possible choice of court pursuant to 2019/1111 Regulation, the courts of the Member State of the habitual residence of the child should retain their jurisdiction until a new habitual residence in another Member State has been established and some specific conditions are fulfilled. Member States which have concentrated jurisdiction should consider enabling the court seized with the return application under the 1980 Hague Convention to exercise also the jurisdiction agreed upon or accepted by the parties pursuant to this Regulation in matters of parental responsibility where agreement of the parties was reached in the course of the return proceedings. Such agreements should include agreements both on the return and the non-return of the child. If non-return is agreed, the child should remain in the Member State of the new habitual residence and jurisdiction for any future custody proceedings there should be determined on the basis of the new habitual residence of the child (p. of the 2019/1111 preamble).

According to art. 1 (sec. 3) of the Regulation 2019/1111 its Chapters III and VI apply where the wrongful removal or retention of a child concerns more than one Member State, complementing the 1980 Hague Convention. Chapter IV of the Regulation applies to decisions ordering the return of a child to another Member State pursuant to the 1980 Hague Convention which have to be enforced in a Member State other than the Member State where the decision was given. It can be stressed that the aim of the 2019/1111 Regulation is, in particular, to discourage the abduction of children from one Member State to another and, if it occurs, to ensure that the return of the child takes place without delay⁶.

-
3. See T. GARBER, E. GALLANT [in:] U. MAGNUS, P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels II ter Regulation*, 2nd edition, Köln 2023, p. 315.
 4. See C. GONZÁLEZ BEILFUSS, T. KRÜGER [in:] C. GONZÁLEZ BEILFUSS, L. CARPANETO, T. KRÜGER, I. PRETELLI, M. ŽUPAN, *Jurisdiction, Recognition and Enforcement in Matrimonial and Parental Responsibility Matters: a Commentary on Regulation 2019/1111 (Brussels IIb)*, Edward Elgar Publishing 2023, p. 4.
 5. *Ibidem*, pp. 4–5.
 6. See case C-195/08 PPU, ECLI:EU:C:2008:377.

According to the art. 1 sec. 2, p. 11 of the Regulation "wrongful removal or retention" means the removal or retention of a child where:

- (a) *such removal or retention is in breach of rights of custody acquired by decision, by operation of law or by an agreement having legal effect under the law of the Member State where the child was habitually resident immediately before the removal or retention; and*
- (b) *at the time of removal or retention, the rights of custody were actually exercised, either jointly or alone, or would have been so exercised but for the removal or retention.*

In this article I will analyze some issues related to the procedures of minors returning decisions, with reference to Polish law. Undoubtedly the norms cited above were also needed in Poland as the number of unlawful abductions or retention has been growing in years⁷.

On the first glance as the aim of the 2019/1111 Regulation was to streamline certain procedures for the return of a child from abroad, however in practice it is not always the case in Poland. The complementing the 1980 Hague Convention is the plainly spoken purpose set in art. 22 of the Regulation, applying to the ordering the return of a child under 16 years⁸ that has been wrongfully removed or retained in a Member State other than the Member State where the child was habitually resident immediately before the wrongful removal or retention. In such cases art. 23 – 29 of the 2019/1111 Regulation apply. Although return proceedings under the 1980 Hague Convention are not proceedings on the substance of parental responsibility,

7. See K. BAGAN – KURLUTA, "Dobro dziecka w sprawach o uprowadzenie dziecka za granicę. Zmiany w prawie i ich spodziewane skutki", *Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego*, 2019, vol. 25, p. 6 – in 2016 there were 190 cases, and in 2017 – already 268. The growth of number of cases between 2003 and 2008 r. was from 18 to 67 (272% more). It is even noticeable that in around 70% cases heard by Polish courts it was said that too many children abducted were staying in Poland. In recent years Polish courts registered respectively 122 (2017), 133 (2018), 116 (2019) and 144 (2020) applications for the return of the child – see data presented by J. PAWLICZAK, "Reformed Polish court proceedings for the return of a child under the 1980 Hague Convention in the light of the Brussels IIb Regulation", *JPIL*, 2021 vol. 3, p. 561. At the same time, Poland has struggled with the lengthy proceedings in family cases, including the 1980 Hague Convention return cases. In some cases resolved by the European Court of Human Rights (ECtHR) the excessively long procedure was identified (see *H. N. v. Poland*, case no. 77710/01, *P.P. v. Poland*, case no. 8677/01; *K.J. v. Poland*, case no. 30813/14, *G.N. v. Poland*, case no. 2171/14, *Oller Kamińska v. Poland*, case no. 28481/12) and Poland was found to have breached art. 8 of the European Convention on Human Rights (ECHR).

8. It is pointed out that even when the child is over 16 years old, the proceedings should continue – see T. ŻYZNOWSKI [in:] P. PIASECKI (ed.), *Kodeks postępowania cywilnego*.

decisions ordering the return of a child pursuant to the 1980 Hague Convention should benefit from recognition and enforcement under Chapter IV of this Regulation where they need to be enforced in another Member State due to a further abduction after return was ordered. This is without prejudice to the possibility of starting new proceedings for the return of a child under the 1980 Hague Convention regarding the further abduction. Moreover, this Regulation should continue to apply to other aspects in situations of wrongful removal or retention of a child, for example the jurisdiction provisions for the court of the Member State of habitual residence, and the recognition and enforcement provisions for any orders made by that court. (see p. 16 of the Preamble). Consequently, Brussels II ter seeks to establish a level playing field as regards the cross-border enforcement of decisions in matters of parental responsibility among Member States. In several Member States, these decisions are already enforceable even if they are still subject to appeal, or already under appeal. In other Member States, only a final decision no longer subject to ordinary appeal is enforceable. To cater for situations of urgency, the Regulation therefore provides that certain decisions in matters of parental responsibility might be declared provisionally enforceable by the court of the Member State of origin even if still subject to appeal, namely decisions ordering the return of a child under the 1980 Hague Convention and decisions granting rights of access. (see p. 66 of the Preamble). However, in enforcement procedures concerning children, it is important for the authorities competent for enforcement or the courts to be able to react swiftly to a relevant change of circumstances, including challenges against the decision in the Member State of origin, loss of enforceability of the decision and obstacles or emergency situations they encounter at the enforcement stage. Therefore, the enforcement proceedings should be suspended, upon application or of the authority's or court's own motion, where the enforceability of the decision is suspended in the Member State of origin. The authority or court competent for enforcement should, however, not be obliged to investigate actively whether in the meantime enforceability has been suspended, following an appeal or otherwise, in the Member State of origin if there is no indication that this is the case. Moreover, the suspension or refusal of enforcement in the Member State of enforcement should be upon application and, even where one or more of the grounds contained in or permitted by this Regulation are found

Komentarz. T. 2, Warszawa 2002, p. 569. See also – M. ZALISKO [w:] *Jurisdykcja, uznawanie i wykonywanie orzeczeń w sprawach małżeńskich i w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej oraz w sprawie uprowadzenia dziecka zagranicę. Komentarz do Rozporządzenia Rady UE 2019/1111* [Jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction. Commentary on the Council Regulation no. 2019/1111], ed. by J. Gołaczyński, Warszawa 2022, p. 199.

to exist, the suspension or refusal of enforcement in the Member State of enforcement should be left to the discretion of the authority competent for enforcement or the court (see p. 67 of the Preamble). As a consequence, the orders aiming at the return of a child should be recognized and enforced based on the Chapter IV of the Regulation, if they need to be enforced in another Member State, as after the order/court decision, the child was again wrongfully abducted. On the other hand, the Regulation on cooperation in matters of parental responsibility should not apply to the processing of return applications under the 1980 Hague Convention which, in accordance with Article 19 of that Convention and the established case-law of the Court of Justice, are not proceedings on the substance of parental responsibility. The application of the 1980 Hague Convention should, however, be complemented by the provisions of this Regulation on international child abduction and by the Chapter of this Regulation on recognition and enforcement and the Chapter on general provisions. (see p. 73 of the Preamble).

Based on the abovementioned provisions we should remember that the proceedings on the international child abduction are governed by the Hague Convention of 25 Oct. 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction, which entered into force on 1st Dec 1983. The content of the convention is supplemented by art. 23 – 29 of the Regulation. The object of the convention is to secure the prompt return of children wrongfully removed to or retained in any Contracting State; and to ensure that rights of custody and of access under the law of one Contracting State are effectively respected in the other Contracting States (art. 1). European Court of Human Rights ruled in the case of *Serghides v. Poland* (case no. 31515/04) that concerning the right of one parent to take measures to reunite with his or her child and the obligation of national authorities to facilitate such a return, the Human Rights Convention encompasses in art. 8 the right of one parent to take such measures. In other words, such measures aiming at reuniting with the child should be interpreted in the light of 1980 Hague Convention. Such measures should be therefore taken by the country immediately.

In the matters of the wrongful removal or the retention of a child, such actions are wrongful where they are in breach of rights of custody attributed to a person, an institution or any other body, either jointly or alone, under the law of the State in which the child was habitually resident immediately before the removal or retention, and at the time of removal or retention those rights were actually exercised, either jointly or alone, or would have been so exercised but for the removal or retention. (art. 3 of the 1980 Hague Convention). In the case of *R.S. v. Poland* (case no. 63777/09) the ECtHR ruled that the right to privacy and family life must be protected, also against the

arbitrary actions of the state's authorities. However, in some circumstances the states must have proper and proportional measures to be taken if the protection of an individual is at stake. In any case the authorities must balance the interests of the child and its parents. (see also ECtHR case no. 38388/05, *Maumousseau and Washington v. France*), having in mind that the welfare of the child is paramount (see ECtHR case no. 27852/09, *X v. Latvia*)⁹. Considering the scope of application of the Regulation, it must remember that it does not apply to issues on deciding solely on the fact to whom the custody of the child should be granted¹⁰. This is to be determined by the law of the country in which the child, directly before the abduction or retention, has its habitual residence¹¹. The meaning of 'habitual residence' of that child is also outside the scope of the Brussels II ter, therefore it should be established in the light of the welfare of the child and the criterion of proximity, taking into account the place where the child shows integration into the social and family environment. Consequently, the habitual residence is an autonomous notion (C-376/14, p. 43). Therefore, the court of the Member State to which the child has been removed, seised of an application for the return of the child, must determine, by undertaking an assessment of all the specific circumstances of the case before it, whether the child was still habitually resident in the Member State of origin immediately before the alleged wrongful retention.

Where the habitual residence of a child cannot be established and jurisdiction cannot be determined on the basis of a choice of court agreement, the courts of the Member State where the child is present should have jurisdiction. This presence rule should also apply to refugee children and children internationally displaced because of disturbances occurring in their Member State of habitual residence. However, in light of this Regulation in conjunction with Article 52(2) of the 1996 Hague Convention, this jurisdiction rule should only apply to children who had their habitual residence in a Member State before the displacement. Where the habitual residence of the child¹² before the displacement was in a third State, the jurisdiction rule of the 1996 Hague Convention on refugee children and internationally displaced children should apply (p. 25 of the Preamble). Moreover, in exceptional circumstances, a court of the Member State of habitual residence of the child might not be the most appropriate court to deal with the case. As an exception and under certain conditions, while under no obligation to do

9. See also Polish Supreme Court's decision of 12th Dec. 2002. VCKN 1805/00 (the welfare of the child as a paramount principle in proceedings including these on child's abduction).

10. See C-376/14 PPU, (p. 57), EU:C:2014:2268.

11. C-376/14, (p. 43).

12. On the understanding of 'habitual residence' – see C-523/07, ECLI:EU:C:2009:225.

so, the court having jurisdiction should be able, to transfer its jurisdiction in a specific case to a court of another Member State if this court is better placed to assess the best interests of the child in the particular case. According to the case-law of the Court of Justice, the transfer of jurisdiction in matters of parental responsibility, by a court of a Member State, should be made only to a court of another Member State with which the child concerned has a 'particular connection'. This Regulation should set out an exhaustive list of the decisive elements of such 'particular connection'. The court having jurisdiction should make the request to the court of another Member State only if its prior decision to stay the proceedings and make a request for transfer of jurisdiction has become final where that decision can be appealed under national law (p. 26 of the Preamble).

II. POLISH REGULATION AND CASE LAW

By art 27 of the statute od 26th January 2018 r. on the performance of certain activities of the central authority in family matters in the field of legal transactions under the law of the European Union and international treaties (Official Journal 2018 item 416), the amendments came into force on 27th August 2018), certain rules were introduced so that some measures introduced by e.g. 1980 Hague Convention and the 2019/1111 Regulation would be effective. By this act the Code of Civil Procedure (CPC) was significantly amended. The statute had two main purposes. Firstly, to regulate the role of the Minister of Justice (pl. *Minister Sprawiedliwości*) as the Central Authority under international family treaties and EU law. For example, the Minister was given the right to make inquiries to courts about pending proceedings and the court have been obligated to respond promptly¹³. Secondly, the regulations are supposed to accelerate the return of the abducted children.

Moreover, after the 2019/1111 Regulation came into force, further amendments were introduced by the act of 26.01.2018. In general, the jurisdiction is given to the district courts – pl. *sąd okręgowy* (placed in the area of a court of appeal where the child is domiciled or has its habitual residence; the court should give a ruling within 6 weeks – see art. 569(1) CPC); the court of appeal in Warsaw is the court having jurisdiction in the II instance proceedings – art. 518(2), and should give a ruling within 6 weeks. There are 11 Courts of Appeals and 46 District Courts (pl. *sąd okręgowy*) in Poland. The central authority in Poland – for the purposes of the analyzed proceedings – is the Minister of Justice. If the Central Authority receives and

13. Art. 15 of the statute of 26.01.2018.

application referred to in art. 8¹⁴ of the 1980 Hague Convention, and has reason to believe that the child is in another Contracting State, it shall directly and without delay transmit the application to the Central Authority of that Contracting State and inform the requesting Central Authority, or the applicant, as the case may be (art. 9 of the 1980 Hague Convention). The Central Authority of the State where the child is shall take or cause to be taken all appropriate measures in order to obtain the voluntary return of the child (art. 10). The judicial or administrative authorities of Contracting States shall act expeditiously in proceedings for the return of children. The ruling of return of the child should be enforced within 6 weeks (art. 28 of the 2019/1111 Regulation)¹⁵. If the judicial or administrative authority concerned has not reached a decision within six weeks from the date of commencement of the proceedings, the applicant or the Central Authority of the requested State, on its own initiative or if asked by the Central Authority of the requesting State, shall have the right to request a statement of the reasons for the delay. If a reply is received by the Central Authority of the requested State, that Authority shall transmit the reply to the Central Authority of the requesting State, or to the applicant, as the case may be (art. 11).

It is stated in the jurisprudence of the ECtHR that keeping the 6-weeks' time limit is not mandatory. However, exceeding this time limit by 64 weeks where no special circumstances existed to justify such a delay, is contrary to the obligation to take measures promptly in the case of return of a child.

-
14. Any person, institution or other body claiming that a child has been removed or retained in breach of custody rights may apply either to the Central Authority of the child's habitual residence or to the Central Authority of any other Contracting State for assistance in securing the return of the child.
The application shall contain -
- a) information concerning the identity of the applicant, of the child and of the person alleged to have removed or retained the child;
 - b) where available, the date of birth of the child;
 - c) the grounds on which the applicant's claim for return of the child is based;
 - d) all available information relating to the whereabouts of the child and the identity of the person with whom the child is presumed to be.
- The application may be accompanied or supplemented by -
- e) an authenticated copy of any relevant decision or agreement;
 - f) a certificate or an affidavit emanating from a Central Authority, or other competent authority of the State of the child's habitual residence, or from a qualified person, concerning the relevant law of that State;
- any other relevant document.
15. See also Z. KUBICKA-GRUPA, "Przepisy kodeksu postępowania cywilnego regulujące postępowanie w sprawach dotyczących uprowadzenia dziecka za granicę wobec zmiany Rozporządzenia Bruksela IIA", [Proceedings in cases of international child abduction under the Polish Code of Civil Procedure in the face of recast of the Brussels IIA Regulation], *Acta Iuridica Resoviensia*, 2022, vol. 2, pp. 211–212.

Such a delay is contrary to art. 8 of the ECHR (see *G.N. v Poland*, ruling of 19th July 2016, case n° 2171/14, and *K.J. v. Poland*, ruling of 1.03.2016, case n° 30813/14).

However, according to art. 13 of the 1980 Hague Convention states that the judicial or administrative authority of the requested State is not bound to order the return of the child if the person, institution, or other body which opposes its return establishes that -

a) the person, institution or other body having the care of the person of the child was not actually exercising the custody rights at the time of removal or retention, or had consented to or subsequently acquiesced in the removal or retention; or

b) there is a grave risk that his or her return would expose the child to physical or psychological harm or otherwise place the child in an intolerable situation.

The judicial or administrative authority may also refuse to order the return of the child if it finds that the child objects to being returned and has attained an age and degree of maturity at which it is appropriate to take account of its views. In considering the circumstances referred to in this Article, the judicial and administrative authorities shall take into account the information relating to the social background of the child provided by the Central Authority or other competent authority of the child's habitual residence.

That issue was analyzed by the Polish Supreme Court in several decisions. For example, on 1st Dec. 2000 (V CKN 1747/00) the court ruled that since art. 13(b) of the 1980 Convention waives the obligation to order the surrender of a wrongfully abducted child if there is a serious risk that the child's return would expose the child to physical or psychological harm or otherwise place the child in an intolerable situation. The cited provision refers to situations where the serious risk of the consequences listed therein involves the possibility of abuse or neglect of the child on the part of the applicant for the surrender of the child, in particular, if there is a threat of physical or psychological violence, sexual abuse of the child on his part, or if this threat is due to pathological behavior on the basis of alcoholism, drug addiction or mental illness. It can also be applied if the return of the child would involve a serious risk of psychological harm so significant that it would place the child in an unbearable situation, as a result of separation from the parent-participant who abducted the child, but only if there are objective obstacles that make it impossible to return with the child to the country from which it was taken. It was established during the proceedings

that there is a risk of serious negative consequences for the psyche and proper development of the minor as a result of separation from her mother, and, moreover, that the return of the participant with her to France faces objective obstacles preventing it. The daughter was taken from France do Poland by her mother, after the couple had divorced (the court established the parental responsibility to both parents, ruling that the child should live with her father). During summer vacation, she took the child to Poland (the father had agreed) but during that stay the mother decided not to return to France. During the proceedings, commenced by the father, it was established that the daughter has very strong bonds with the mother, she functions very well, all her needs were fulfilled by the mother, and she treated the father with detachment, as a stranger. The courts decided, and that was confirmed by the Supreme Court, that separating the minor from her current environment will put her at a disadvantage by exposing her to significant psychological costs. The sudden change in the child's living conditions will significantly destabilize her educational situation, expose her to a loss of a sense of security, and, above all, deprive her of her mother's presence. After all, the participant has neither the means nor the opportunity to travel with her daughter to France. Their separation will expose the child to a strong traumatic experience, too much strain on the minor's psyche at the present time, and will negatively affect her further emotional development. Regardless, the information contained in the case about the person of the applicant justifies real concerns about the correctness of his exercise of parental authority and, therefore, the return of the daughter to her father raises the risk of exposing her to psychological harm. Although the retention of the child was wrongful, the child stayed with the mother, which – objectively – infringed the father's rights.

In another case (see the ruling of the Supreme Court of 12th January 1999, I CKN 992/99), the applicant applied for the return of a minor daughter abducted by her mother from Cyprus to Poland. When the girl was 5, after several months of conflicts with the husband, the mother – without telling the father of the child – left with the girl to Poland. While already in Poland she filed for divorce and notified the consulate of the Republic of Cyprus that she was residing with her daughter in Poland. The father and the daughter have Cyprus nationality, the mother is Polish. Before moving to Poland, the girl spoke only Greek, after she started going to kindergarten and without problems was adjusting to new circumstances, having a strong bond with both of the parents. However, the impact of her new surroundings, causes her to manifest a sense of grievance toward her father and to be uncertain of his feelings. The minor's wishes are matched by the image of a complete family living in Cyprus. No matter where she will have per-

manent residence, she will remain exposed to emotional stress because of the severance of contact with one of her parents. Considering the age and gender of the child, the absence of the mother would result in the child's mental and emotional needs not being met. Both the regional and district courts dismissed the application. There were no doubts that the abduction of the child was unlawful, which should lead to the return of the child. However, the courts – applying art. 13 of the 1980 Convention established special circumstances preventing the decision of the return. The Supreme Court added that the principle that the competent authority of the requested State should order the surrender of a wrongfully abducted child without delay has not been carried out in an absolute manner. Indeed, the assumption that ordering the surrender of a wrongfully abducted child as soon as possible is in the child's best interests does not work in certain exceptional cases. In these cases, the same consideration that supports the aforementioned principle, i.e. consideration of the welfare of the child, prompts a refusal to surrender a wrongfully abducted child. For example, the refusal of the child's return may be based on a serious risk of violence towards the child, or the applicant is having problems with alcohol, narcotism or is not willing to work. Although the aim of the Convention is to provide the return of a child wrongfully abducted¹⁶, in some case the welfare of a child is understood in a way that the return itself would do more harm than staying in a country where the child was unlawfully¹⁷ taken. Since each case must be treated individually and art. 13 of the 1980 Conventions should be interpreted strictly, the Supreme Court stated that the prerequisites of applying art. 13 sec. 1 (b) had not been met or duly proved, so the application should be positively reviewed. In other words, in some cases, the separation from

16. See also the ruling of Supreme Court of 14th April 2021, I NSNc 36/21. The Court stressed that the reasons not to decide on the child's return must be interpreted strictly, as that order does not resolve the question of custody or parental responsibility. The risk of severe harm to child can be – as in this case – deducted from the fact that in the past the applicant had abused the mother and had been causing the children an emotional distress.

17. The unlawfulness prerequisite is met when the abduction or retention was made in breach of the right to custody, based on the law of the child's habitual residence. See also J. WIERCINSKI, "Uprowadzenie dziecka za granicę" [International child abduction][w:], P. MOSTOWIK (ed.), *Międzynarodowe prawo rodzinne. Filiacja. Piecza nad dzieckiem alimentacja* [International Family Law. Filiation. Child custody. Maintenance], Warszawa 2023, p. 344. See also F. GASCÓN INCHAUSTI, P. PEITEADO MARISCAL, "International child abduction in the case law of the Court of Justice of the European Union: learning from the past and looking to the future", *Polski Proces Cywilny*, 2021, vol. 4, p. 622.

the mother cannot itself be an argument for denying the return of a child wrongfully abducted¹⁸.

When it comes to the interpretation of art. 13 of the 1980 Convention, the Supreme Court analyzed them again in a ruling of 17th Dec. 2020 (I CSK 183/20), stating that the party opposing the return of the child must demonstrate the existence of grounds for doing so. According to the court, such circumstances as the child's integration into the new environment, provided that the application was filed before the expiration of the one-year time limit (Article 12(1) and (2) of the Hague Convention), the child's more modest living conditions, a lower standard of health care, or insufficient educational competence on the part of the parent seeking the child's return, which is subject to evaluation in child custody proceedings, do not justify a refusal to order the child's return in principle. In other words, a refusal to order the return of a child is justified only by such physical or psychological harm that places the child in an unbearable situation, whereby the risk of such harm, like the risk of creating another unbearable situation for the child, must be serious¹⁹. However, any other nuisance or inconvenience is insufficient. Moreover, the court stated that the exceptions to the obligation to order the return of the child set forth in Article 13(1)(b) of the Hague Convention presuppose the existence of serious risks to the child, not risks or hardship on the part of the wrongdoing parent. Ordering the return of the child is not the same as stating that the other parent will become the sole or primary custodian of the child. Objective reasons hindering or standing in the way of a parent's return with the child, even if they exist, may therefore be relevant insofar as they may evoke risks for the child, and these risks must be serious and imply a condition that would be unbearable for the child. Consequently, a judgment ordering the return of a child does not decide on the manner of custody of the child, the child's future place of residence and the parents' contact with the child. It serves only to restore the previous situation, and the custody decision must be made in the child's

18. See also J. WIERCINSKI, "Poważne ryzyko szkody fizycznej lub psychicznej i sytuacja nie do zniesienia. Cywilnoprawne aspekty uprowadzenia dziecka za granicę" [Serious risk of physical or psychological harm and an intolerable situation. Civil law aspects of international child abduction], *Studia Prawa Prywatnego*, 2010, vol. 3, p. 51 et seq.; idem, "Uprowadzenie dziecka za granicę" [International child abduction][w:], P. MOSTOWIK (ed.), *Międzynarodowe prawo rodzinne. Filiacja. Piecza nad dzieckiem alimentacja* [International Family Law. Filiation. Child custody. Maintenance], Warszawa 2023, pp. 357–360.

19. In one ruling the Supreme Court said that a one-time violation of a child's physical integrity does not equate to a "serious risk of exposure to physical violence" – see Supreme Court's ruling of 17th March 2021, I CSKP 38/21. The risk must be grave, and can constitute for example war, starvation, epidemic etc. – see also J. WIERCINSKI, *Uprowadzenie dziecka za granicę* [International child abduction], *op. cit.*, p. 353.

country of permanent residence, after the child's return to that country. In this case the courts were dealing with an application of a father to decide on return of a minor daughter who had been taken by her mother from UK to Poland. The child was born in UK, has British citizenship (as the father), the mother is Polish, the parents were never married however were raising the child together in the UK. While the girl was already in the primary school the parents parted, the father (applicant) moved out but kept regular contacts with his daughter. In 2018 courts in the UK denied the mother to move to Poland with her daughter, however ruled the residence of the girl with the mother, regulated the contacts with her father during school months and summer and other holidays. In the same year the family court issued an order stating the mother who had unlawfully retained the child (after going for summer holidays to Poland, which was agreed with the father and approved by court) should make her return to the UK. The district family court stated that after the girl returns to the UK she should be living with the father and the case should be regarded as urgent. It was established that despite the agreement with the child's father and its approval of the court, the real intention of the mother was to leave UK permanently and stay in Poland. On the day of the planned return, she informed the father via SMS that she was willing to stay. The applicant did not agree and demanded repeatedly for the child's return, and afterwards filled the motions to the courts both in the UK and in Poland. The applicant was open for a solution, so either having regular contacts with the daughter living permanently in Poland or her return and living with him with an agreed custody. The District Court stated that by the mother's decision, the child was uprooted from her previous environment and, above all, isolated from her father, who once raised and nurtured her together with her mother, and then continued to exercise custody within the limits set by the court. The minor was deprived of the possibility of constant and regular contact with her father and his family, including her minor half-brother, which is clearly in the best interest of the child. The participant has also failed to show that any of the exceptions under Article 13 of the Hague Convention justifying the refusal to order the return of the child apply in the case. In particular, in the Court's opinion, the evidence did not show that the return to the United Kingdom would entail a risk of psychological or physical harm or other danger to the child. The Court of Appeal shared those findings and dismissed the appeal, which was appealed by the Children's Rights Ombudsman. The Supreme Court did not change or overrule the decisions of lower courts. It stated that in unlawful abduction cases adjudicated under the Hague Convention, the injunction to seek the best interests of the child in any decision concerning his or her person, must be seen through the lens of the objectives of the Hague Convention, which are to ensure the prompt

return of wrongfully abducted or retained children and to respect statutory rights of custody (Articles 1(a) and 1(b) of the Hague Convention) and the exceptions to the obligation to order the return of the child set out in Articles 12, 13 and 20 of the Hague Convention. This is therefore a different take on the best interests of the child than in the case of proceedings on parental responsibility and access. In other words, the best interests of the child clause does not create an independent and separate field of consideration on the legitimacy of the refusal to order the return of a wrongfully abducted or retained child, and its relevance must be seen against the background of the interpretation of the grounds for refusal of an application provided for explicitly in the provisions of the Hague Convention (see also judgments of the European Court of Human Rights of 26 November 2013, *X v. Latvia*, 21 July 2015, no. 2361/13, *G.S. v. Georgia*, and of 19 September 2019, no. 79441/17, *Andersena v. Latvia*).

It seems that in Polish jurisprudence the prerequisites of the return of a child or do deny such return are the most discussed and commented to this day. In the ruling of Supreme Court of 28th April 2021 (I CSKP 109/21) the court again analyzed arts. 12 – 13 of the 1980 Convention, stating that – among others factors to be taken into account – the court of the requested state may refuse to order the return of the child if there is a serious risk that return would expose the child to physical or psychological harm or otherwise leave the child in an intolerable situation, or if the child objects to return, provided that the child has reached an age and degree of maturity at which consideration of his or her opinion is appropriate. The invocation of these grounds by the party opposing an order for the child's return results in the need for the national court to thoroughly evaluate them (by effective examination) and to indicate the reasons for the assessment adopted. However, the burden of proof for the facts justifying the refusal to order the child's return rests with the party opposing the child's return. The court of appeal changed the ruling of the district court by ordering a mother of two daughters to make the children return to Austria within two weeks. (Supreme Court clashed the ruling and ordered to re-examine the case). The courts found that parents have been married since 2016, the applicant has Austrian nationality, and the other participant of the proceedings – Polish and German nationality. In the beginning the family lived in Germany, then in Austria, and after some conflicts between spouses, the wife left for Poland for some months, which had been accepted by the applicant. However, when the wife did not return, the husband started the proceedings for termination of wife's parental authority, and then - for the return of children. The court of first instance did not allow the return stating that there was a risk of psychological harm if the father would solely have parental autho-

rity. It said the depriving such small children the contacts with the mother would not be in their best interests. The Court of Appeal ordered the return of children to Austria, stating there are no obstacles for the return of the mother as well as she had her habitual residence in Austria, and before in Germany where she had been brought up. She wouldn't have to live with the applicant anyway. Moreover, there was no evidence that the father would be of any risk to the minors. However, the Supreme Court clashed the ruling of the Court of Appeal and requested to have the case heard again as the evidentiary proceedings were not effective and that court wrongly ruled that the mother would also have to return do Austria (as she teaches German online the court said that she can work everywhere) and it would be objectively possible that time (that was not properly proven). Moreover, the court of appeal had not analyzed the fact that in the past the applicant had sexually abused his younger sister, which could in fact impact the final decision of the court. The burden of proof to the facts intended to justify refusal the return the child rests with the party opposing the return. According to the Supreme Court if the party invokes a serious risk of harm to the child, the court should excessively analyze that. In the case comment to such a firm statement, it is rightly argued that such an interpretation is not well grounded²⁰. The examination of evidence should be – according to Convention and the jurisprudence of ECtHR – "effective" and not exhaustive. If the second way of interpretation would be necessary it would mean that the notion of serious risk of harm (art. 13 sec. 1(b) of the 1980 Convention) would have to be to extensive, in other words – breaching the rule that *exceptions non sunt extendendae*. The effective examination of evidence is by its nature narrower and sufficient²¹, having in mind that the procedure should be fast (see art. 24 of the 2019/1111 Regulation) and efficient²². The sole fact that the child would be separated from one parent does not mean that there is always a risk of a serious harm to the child²³. Moreover, parent's efforts for the welfare of the children at the time and place of their joint residence with him or her cannot be the basis for sanctioning an unlawful act of child abduction²⁴.

20. See J. WIERCINSKI, "Glosa do postanowienie Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 28 kwietnia 2021 r., I CSKP 109/21", *Orzecznictwo Sądów Polskich*, 2022, vol. 2, p. 10.

21. See also ECtHR judgment in *X v. Latvia* (case no. 27853/09).

22. See also M. ZALISKO, *op. cit.*, pp. 243–244.

23. See J. WIERCINSKI, *Glosa...*, *op. cit.*, p. 13; see also *K.J. v. Poland* (ECtHR case no. 30813/14); *G.S. v. Gruzja*, ECtHR case no. 2361/13; *G.N. v. Poland* (ECtHR case no. 2171/14).

24. See ruling of the Supreme Court of 19th Dec. 2000, III CKN 1254/00.

Another issue that might outweigh the decision on the return of the child is the fact that in accordance with national law and procedure, the courts must provide the child who can form his or her own views, with a genuine and effective opportunity to express his or her views, either directly, or through a representative or an appropriate body. Where the court, in accordance with national law and procedure, gives a child an opportunity to express his or her views in accordance with this Article, the court shall give due weight to the views of the child in accordance with his or her age and maturity (art. 21 of the 2019/1111 Regulation, applied also in return proceedings, as stated in art. 26). In some cases, the child's opinion prevails and might lead to the court refusing to issue a return decision. The Court of Appeal in Warsaw rightly ruled²⁵ that the return of a child cannot be ordered automatically or mechanically when the Hague Convention is applicable, particularly considering its accommodation of a few exceptions to the obligation to return the child. Factors that may constitute exceptions to the immediate return of the child, especially when raised by one of the parties to the proceedings, must be genuinely considered by the court that is asked to order the child's surrender. This court must then make a ruling that is sufficiently justified in this regard. As he stressed, the best interests of the child must be paramount. Thus, even if it were to be assumed, for which there is no basis, that this objection by the minor due to her age is not sufficiently mature, in light of the reasons objectively justified and raised by both the participant and the child, it would constitute the fulfillment of the prerequisite of Article 13 sec. 1(b) of the Convention, for it would, against the child's will and welfare, sever the child's natural family ties and environment in which the minor has grown since birth, disrupting her educational, emotional and socialization development. In the discussed case of 2020 the applicant filed a motion demanding that the minor child returns to Germany, after that in July 2019 her father took her for holidays to Poland and never returned. Both parents have parental authority, the minor lived in Germany since June 2019 and went there to school. The father stated that the daughter's return to Germany would expose her to psychological harm and put her in an unbearable situation and, moreover, the child is opposed to a return. He submitted, *inter alia*, that after the separation, the parties had agreed that they would decide after one year what was good for the child. He acknowledged that the minor attended kindergarten and then school in Germany, but that she had difficulty adapting in the new place, had low self-esteem, and was withdrawn in her interactions with other children. The participant drew attention to his daughter's emotional state and was concerned, and moreover learned that his daughter would be

25. See judgment of the Court of Appeal in Warsaw of 9th Sep. 2020, I Aca 177/20.

repeating second grade. He also pointed out new facts related to the Applicant's relationship with her new partner and the negative effects of this on her daughter. He referred to the firm will that was expressed by the child to remain in Poland. The District Court ordered in Dec. 2019 the return of the child to Germany. It was found that the applicant lived in Germany since 2010, then family lived together since 2016, where the child went to kindergarten and school. The parents ended their informal relationship, the girl stayed with the mother, the father came back to Poland in January 2019. He had constant contacts with the child, he was taking her to his apartment for the weekends and other free days, he was driving to Germany to pick her up and then back to take her to her mother in Germany. In July 2019 he took the child to Poland, with the consent of the mother. During the trip the girl said that she did not want to return to Germany, so few weeks later he arranged a meeting with a psychologist who confirmed some psychological problems of the child. A few more weeks later the father informed the mother of the child, that she would not return to Germany, signed her into the local Polish school and attempted that court established her habitual residence in Poland, which was denied. The minor quickly adapted with the new classmates, started having positive relations with other children, improved her learning skills, regularly goes to school and is always well prepared. When the father is at work, his parents help him with the child. The girl is in a phone-contact with the mother; however, the conversations are recorded by the father and when she visited the girl once, the father's family was present during their meeting. The expert psychologist stated that the emotional problems of the girl were induced by the parents' separation and the new situation. It seems however, that the child does not want to return to Germany not only because she feels negative about the mother, but also because of the father's and his family behavior and attitude. The first instance court said since the child was only 8 years old, her opinion is mostly based on her father's family influences and cannot prevail. Moreover, the father did not prove that the return to Germany would put his daughter on a high risk of emotional distress. On the contrary, his arbitrary actions to retain her in Poland only aggravated the already existing difficulties for the child related to the separation of her parents. The court decided on the return of the child, however the court of appeal ruled, that during the proceedings the child, who turned 9 years old, has been constantly opposing the return to Germany, which the court found reasonable and well-grounded. Consequently, the court ordered – as the will of the child was reasonable – that taking into account the child will would fulfill her best interests and protect her welfare. In such cases it is necessary to let the

child present its opinion (as well as the parties themselves²⁶), taking into account the child's age and the degree of maturity²⁷. The right to be heard is a rule, by exception the court might decide not to hear the child²⁸. The right of the child has also been incorporated in the EU's Charter Fundamental Rights²⁹. The argument of stressing the role of the child's opinion is also well grounded as there is a strong connection between the right of the child to express his or her views, and the best interest (welfare) of the child³⁰.

III. CONCLUSIONS

Undoubtedly the procedures and measures on the return of the child can be commented positively, however in some cases in Poland there are problems with the interpretation on certain regulations, as well as the procedures seem to be too long. Perhaps when the judges become more specialized in these matters, the aims of the 1980 Convention and the 2019/1111 will be more successfully shown in the practice.

-
26. See also D. MARTINY, "New efforts in judicial cooperation in European child abduction cases", *Polski Proces Cywilny*, 2021, vol. 4, p. 510.
 27. See also the ruling of the Court of Appeal in Warsaw of 9th Sep. 2020, I Aca 177/20; S. KOTAS–TUROBOYSKA, "Kryteria oceny sprzeciwu dziecka wyrażonego na podstawie art. 13 ust. 2 Konwencji dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę w świetle wybranego orzecznictwa sądów" [Evaluation of a Child's Objection Expressed under Article 13(2) of the Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction in the Light of Case Law], *Prawo w działaniu. sprawy cywilne*, 2021, vol. 48, p. 82–83; J. WIERCINSKI, "Uprowadzenie dziecka za granicę" [International child abduction], *op. cit.*, pp. 367–368.
 28. See also J. PAWLICZAK, "Zmiana unijnych przepisów o uprowadzeniu dziecka za granicę" [Amendments to Provisions of EU Law on International Child Abduction], *Europejski Przegląd Sądowy*, 2021, vol. 2, p. 28; *idem*, "Reformed Polish court proceedings for the return of a child under the 1980 Hague Convention in the light of the Brussels IIb Regulation", *JPIL*, 2021 vol. 3, p. 577; E. GALLANT [in:] *Brussels II ter Regulation*, ed. by U. Magnus, P. Mankowski, 2nd ed., Koln 2023, pp. 323–324.
 29. See also T. KRÜGER, L. CARPANETO, F. MAOLI, S. LEMBRECHTS, T. VAN HOF, G. SCIACALUGA, "Current-day international child abduction: does Brussels IIb live up to the challenges?", *JPIL*, 2022, vol. 2, pp. 166–169, 178–180.
 30. See also L. CARPANETO [in:], *Jurisdiction, Recognition....*, *op. cit.*, pp. 227–229.

IV Parte

Cuestiones vinculadas con la eficacia
extraterritorial de resoluciones, documentos
públicos y acuerdos

Medidas para facilitar la aplicación en España de las normas sobre reconocimiento y ejecución del Reglamento 2019/1111: propuestas de *lege ferenda*

M.^a ÁNGELES RODRÍGUEZ VÁZQUEZ*
Prof.^a Titular de Derecho internacional privado
Universidad de Sevilla

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. REGLAS SOBRE EL RECONOCIMIENTO. 1. *Reglas sobre el reconocimiento de las resoluciones dictadas en materia matrimonial y de responsabilidad parental.* 2. *Reglas sobre el reconocimiento de las resoluciones privilegiadas.* III. REGLAS SOBRE LA EJECUCIÓN DE LAS RESOLUCIONES EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PARENTAL. 1. *Reglas sobre la ejecución.* 2. *Reglas sobre la denegación de la ejecución.* IV. REGLAS SOBRE LA EFICACIA DE LOS DOCUMENTOS PÚBLICOS Y ACUERDOS.

I. INTRODUCCIÓN

La correcta aplicación 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 menores (versión refundida)¹, exige adoptar las correspondientes medidas de implementación en las distintas legislaciones de los Estados miembros. Por lo que se refiere al ordenamiento jurídico español, y cuando ya ha pasado más de un año desde que comen-

* ORCID ID: 0000-0003-3616-1079

1. DOUE núm. L 178, de 2 de julio de 2019.

zase a aplicarse este instrumento, seguimos esperando a que se publique en el BOE la adaptación de la DF 22^a LEC. Solo disponemos, en el momento de redacción de estas páginas, de las comunicaciones que, conforme a lo dispuesto en el art. 103 del Reglamento, nuestro país debía realizar². La tardanza del legislador español es más que criticable y no puede servir de excusa que la efectiva aplicación de la nueva regulación en materia de eficacia extraterritorial vaya a demorarse (art. 100.2)³, ni que hayamos estado ante un clima de inestabilidad política, pues de sobra ha habido tiempo para hacerlo. Si como reza el refrán «a falta de pan, buenas son tortas», a falta de medidas para facilitar la aplicación en España del R. 2019/1111, he aquí algunas propuestas *de lege ferenda*. Vaya por delante que nuestras reflexiones se fundamentan en las DDFF 21^a, 22^a, 25^a y 26^a LEC por las que se facilita la aplicación en España de los Reglamentos 805/2004, 2201/2003, 1215/2012 y 650/2012, respectivamente⁴.

II. REGLAS SOBRE EL RECONOCIMIENTO

1. REGLAS SOBRE EL RECONOCIMIENTO DE LAS RESOLUCIONES DICTADAS EN MATERIA MATRIMONIAL Y DE RESPONSABILIDAD PARENTAL

La regulación del R. 2019/1111 sobre el reconocimiento de las resoluciones dictadas en materia matrimonial y de responsabilidad parental no

2. Estas comunicaciones pueden consultarse en el Atlas judicial europeo: https://e-justice.europa.eu/37842/ES/brussels_iib_regulation_matrimonial_matters_and_matters_of_parental_responsibility_recast_?SPAIN&member=1
3. El art. 100.2 establece que «El Reglamento (CE) núm. 2201/2003 seguirá aplicándose a las resoluciones dictadas en procedimientos ya incoados, a los documentos públicos formalizados o registrados y a 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».
4. Reglamento (CE) núm. 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se crea un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados (DOUE núm. L 143, de 30 de abril de 2004); Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (DOUE núm. L 338, de 23 de diciembre de 2003); Reglamento (UE) núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOUE núm. L 351, de 20 de diciembre de 2012); y Reglamento (UE) núm. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo (DOUE núm. L 201, de 27 de julio de 2012).

cambia sustancialmente respecto a la consagrada en el R. 2201/2003 al establecerse, como regla general, el reconocimiento automático; permitirse ahora de forma expresa que cualquier parte interesada pueda solicitar, de conformidad con el procedimiento previsto para la denegación de la ejecución, que se dicte una resolución en la que se declare que no concurren los motivos de denegación del reconocimiento; y regularse el reconocimiento incidental (art. 30)⁵.

Siendo competente para el reconocimiento el Juzgado de Primera Instancia competente territorialmente, tal y como ha comunicado nuestro país, dos cuestiones tendrían que aclararse en relación con este art. 30 en la adaptación de la DF 22ª LEC al R. 2019/1111. De un lado, precisar a quién puede considerarse «parte interesada» para solicitar que se dicte una resolución en la que se declare que no concurren los motivos de denegación del reconocimiento (art. 30.3). A nuestro juicio, el concepto debería interpretarse en sentido amplio y considerar incluido al Ministerio Fiscal⁶. Por otra parte, debería determinarse cuál es el cauce procesal que debe seguirse para obtener el reconocimiento incidental regulado en el art. 30.5 del Reglamento, puesto que actualmente nos encontramos en nuestro sistema con dos soluciones distintas. Si se siguiese lo dispuesto en las DDFD 25ª y 26ª LEC sería de aplicación el procedimiento incidental (previsto en los arts. 388 y ss.

5. Para un estudio de esta regulación *vid.* M. HERRANZ BALLESTEROS, «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», *REDI*, vol. 73, nº. 2, 2021, pp. 22 y ss.; M.ª A. RODRIGUEZ VÁZQUEZ, «Capítulo 11. El régimen general de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales», en B. CAMPUZANO DÍAZ (Dir.), *Estudio del Reglamento (UE) 2019/1111 sobre crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 215 y ss.
6. En este sentido lo entendió el Informe de A. BORRÁS, «Informe explicativo del Convenio celebrado con arreglo al artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial, aprobado por el Consejo el 28 de mayo de 1998» (DOCE núm. 221, de 16 de julio de 1998, par. 65).
A juicio de F.J. FORCADA MIRANDA, *Comentarios prácticos al Reglamento (UE) 2019/1111. Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*, Sepin, Madrid, 2020, p. 288, en la materia matrimonial deben considerarse legitimados los cónyuges y excónyuges que fueron parte en el proceso, incluidos herederos y sucesores además de cualquier persona interesada en que conste de una forma real e indubitada el estado civil de una tercera persona, de los cónyuges y excónyuges. Y en cuestiones de responsabilidad parental, las partes en el proceso de origen, así como aquellas personas que, de una forma u otra, se vean afectadas potencialmente por la resolución.

LEC), pero no puede olvidarse que el art. 44.2 LCJIMC evita, precisamente, la apertura de un incidente⁷.

La parte que solicite el reconocimiento debe presentar la documentación enumerada en el art. 31.1: una copia auténtica de la resolución que reúna las condiciones necesarias para establecer su autenticidad y el certificado correspondiente expedido conforme al art. 36. Esta disposición se refiere al Anexo II (resolución en materia matrimonial), Anexo III (resolución en materia de responsabilidad parental) y Anexo IV (resolución que ordene la restitución de un menor en el sentido del art. 2.1.a) y, en su caso, cualquier medida provisional, incluidas las cautelares, dictadas conforme al art. 27.5, que acompañen a la resolución). El órgano judicial ante el que se invoque la resolución podrá, si es necesario, solicitar a la parte que la haya invocado una traducción del contenido traducible de los campos de texto libre del certificado. Además, podrá solicitar una traducción de la resolución si no puede continuar sus diligencias sin ello (art. 31, apartados 2 y 3). Los motivos por los que puede suspenderse el procedimiento son los enumerados en el art. 33 del Reglamento: a) la resolución ha sido objeto de un recurso ordinario en el Estado miembro de origen; o b) se ha presentado una solicitud de resolución en la que se declare que no concurren los motivos de denegación del reconocimiento a que se refieren los artículos 38 y 39, o de resolución en la que se declare que debe denegarse el reconocimiento por alguno de esos motivos.

En el supuesto de que la resolución se dictase en España la nueva DF 22^a LEC debería precisar la autoridad competente para expedir los correspondientes certificados, así como el procedimiento relativo a la rectificación del certificado.

Por lo que se refiere a la primera cuestión señalada, nuestro país ha comunicado que son autoridades competentes para expedir el certificado de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (Anexos II y III), los «Letrados de la Administración de Justicia»; y para el Anexo IV, «los Letrados de la Administración de Justicia y los tribunales y autoridades competentes para emitir certificado de documento público o contrato a que se refiere el art. 66». Esta comunicación merece ser criticada en un doble sentido:

7. Vid. F.J. FORCADA MIRANDA, *Comentarios prácticos al Reglamento (UE) 2019/1111...*, *op. cit.*, pp. 290-291; F.J. MARTÍN MAZUELOS, «El reconocimiento incidental, su delimitación y procedimiento», *Bitácora Millennium Dipr*, nº. 6, 2017, pp. 1-22.

– En primer lugar, en la materia matrimonial la comunicación es errónea pues sigue olvidando, al igual que hace la vigente DF 22ª LEC⁸, que el notario debe ser considerado como «órgano jurisdiccional», pues tiene competencias para el divorcio y realiza, con una función decisoria, un control sobre el fondo⁹. Por ello, la escritura de divorcio autorizada por un notario español tiene que ser calificada, a los efectos del Reglamento, como «resolución judicial» y no como «documento público», debiendo expedir, en consecuencia, el Anexo II y no el Anexo VIII (que se refiere a los documentos públicos, tal y como ha comunicado nuestro país).

Es cierto que una de las principales novedades del R. 2019/1111 es que, en virtud de lo dispuesto en su art. 65, la regulación sobre la eficacia extra-territorial se aplica tanto a las «resoluciones» como a los «documentos

8. Conforme a lo dispuesto en la vigente DF 22ª LEC la certificación relativa a las resoluciones en materia matrimonial y en materia de responsabilidad parental se expide por el Letrado de la Administración de Justicia de forma separada y mediante diligencia y la certificación de las resoluciones sobre derecho de visita y restitución del menor se expiden por el juez de forma separada y mediante providencia. Recuérdese que fue la Resolución-consulta de 7 de junio de 2016 de la DGRN (actual DGSFP) la que dejó claro que el notario debe considerarse órgano jurisdiccional por lo que debe expedir el certificado previsto en el art. 39 del R. 2201/2003.

En el mismo sentido se había pronunciado la doctrina mayoritaria española *vid.*, entre otros, A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 1794; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «El Notariado y los Reglamentos europeos de Derecho internacional privado: hacia un espacio notarial europeo», Discurso pronunciado en la Academia Matritense del Notariado (p. 279) http://www.cnotarial-madrid.org/nv1024/Paginas/Academia_Tomos.asp); C. GONZÁLEZ BEILFUSS, «El divorcio notarial: cuestiones de Derecho internacional privado», en *El Derecho internacional privado entre la tradición y la innovación. Libro Homenaje al profesor Dr. José M.ª Espinar Vicente*, Iprolex, Madrid, 2020, p. 363; P. JIMÉNEZ BLANCO, «El concepto de "órgano jurisdiccional" en los Reglamentos europeos de Derecho internacional privado», *AEDIPr*, t. XIX-XX, 2019-2020, p. 155.

9. El TJUE en la Sentencia de 15 de noviembre de 2022, asunto C-646/20, *Senatsverwaltung für Inneres und Sport, Standesamtsaufsicht* (ECLI:EU:C:2022:879), ha interpretado los dos elementos que deben cumplirse para que una decisión sobre divorcio no judicial sea considerada como «resolución»: de un lado, que la autoridad extrajudicial tenga competencias en materia de divorcio y, por otra parte, que realice un control sobre el fondo. Para su estudio *vid.* P. QUINZA REDONDO, «De Sahyouni II (C-372/16) hacia el futuro con parada en Senatsverwaltung (C-646/20): el largo proceso de asimilación de los divorcios no judiciales en la Unión Europea», *Bitácora Millenium Dpr*, nº. 17, 2023, pp. 45 y ss.; M.ª A. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, «Calificación del acta de divorcio expedida por el funcionario de registro civil de un Estado miembro como «resolución judicial» sin la acreditación del carácter decisorio de su intervención. Una imprevisible decisión diseñada a la medida del resultado pretendido», *La Ley/Unión Europea*, nº. 111, febrero de 2023, pp. 1 y ss.; M.ª A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, «El divorcio notarial español a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *CDT*, vol. 15, nº. 2, 2023, pp. 853 y ss.

públicos» y «acuerdos», por lo que la escritura de divorcio autorizada por notario español se beneficiaría de la regla del reconocimiento automático en el resto de Estados miembros, con independencia de como fuese calificada¹⁰. Pero el debate no puede cerrarse con esta afirmación, puesto que la consideración del notario como «órgano jurisdiccional» no debe valorarse solo desde este prisma, sino que tiene importantes consecuencias tanto en sede de competencia judicial internacional, como de ley aplicable.

En particular, y por lo que se refiere a la competencia judicial internacional, que es lo que nos interesa a efectos del R. 2019/1111, si el notario es un «órgano jurisdiccional» está vinculado por los foros de competencia judicial establecidos en el art. 3 para la materia matrimonial¹¹. De lo contrario, de no ser considerado como tal, las normas de competencia judicial internacional funcionarían como reglas indirectas (art. 66)¹². Y si el notario es un «órgano jurisdiccional» competente para el divorcio, también podrá conocer, como afirma la doctrina, de la liquidación del régimen económico matrimonial y de la pensión compensatoria por el juego de los foros accesorios del art. 5 del R. 2016/1103 y del art. 3 del R. 4/2009¹³. No puede olvidarse que la regulación del R. 2019/1111 solo se aplica a la «disolución del matrimonio», al excluirse cualquier otra cuestión vinculada (*Considerando* 9). De ahí la importancia de considerar al notario como «órgano jurisdiccional» y calificar la escritura de divorcio como «resolución».

-
10. A juicio de P. JIMÉNEZ BLANCO, «La desjudicialización del divorcio en la Unión Europea y su impacto en los Reglamentos europeos», *CDT*, vol. 14, nº 2, 2022, p. 560, al establecerse la misma regulación se eliminan «problemas de calificación y delimitación entre resolución judicial/documento público/acuerdo en el sector del reconocimiento».
 11. Para el estudio de estos foros *vid.* N. MARCHAL ESCALONA, *El divorcio no judicial en Derecho internacional privado español*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 41-80. Esta autora realiza también un minucioso análisis del derecho aplicable por el notario a la disolución del matrimonio y a las cuestiones conexas (pp. 81-109).
 12. A. DAVI y A. ZANOBETTI, «Il nuovo Regolamento UE 2019/1111 e la circolazione di separazioni e divorzi nello spazio giudiziario europeo», *Studi sull'integrazione europea*, XIV, 2019, p. 762; C. GONZÁLEZ BEILFUSS, «Highlights on the Brussels II ter Regulation. What's new in Regulation (EU) nº 2019/1111?», *YPIL*, vol. XXII, 2020-2021, p. 101; P. JIMÉNEZ BLANCO, «La desjudicialización del divorcio en la Unión Europea...», *op. cit.*, pp. 567-568; C. HONORATI y S. BERNASCONI, «L'efficacia cross-border degli accordi stragiudiziali in materia familiare tra i Regolamenti Bruxelles II-bis e Bruxelles II-ter», *Rivista trimestrale on line sullo Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*, nº. 2, 2020, p. 44.
 13. Reglamento (UE) núm. 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales (DOUE núm. L 183, de 8 de julio de 2016) y Reglamento (CE) núm.

Por todos estos argumentos creemos que, si nuestro país no va a rectificar lo que ha comunicado de forma incorrecta, debería aprovecharse la nueva DF 22ª LEC para corregir este extremo y aclarar, de una vez, que el notario debe expedir el Anexo II.

– En segundo lugar, en materia de responsabilidad parental se ha criticado que se haya comunicado que es autoridad competente para expedir el certificado del Anexo IV el Letrado de la Administración de Justicia cuando, por analogía a lo previsto en el apartado 3 de la vigente DF 22ª LEC, su expedición solo debería corresponder a los jueces¹⁴.

Conforme establece el art. 36.3 del Reglamento «la expedición del certificado no será susceptible de recurso», por lo que *a contrario sensu* sí cabría recurso contra la denegación de la expedición. Así se prevé expresamente en la vigente DF 22ª LEC que establece el recurso directo de revisión (para la certificación relativa a resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental) y el recurso de reposición (para el supuesto de certificación de resoluciones sobre el derecho de visita o sobre la restitución del menor). Previsiones análogas podrían recogerse, a nuestro parecer, en la adaptación al R. 2019/1111.

Lo que sí permite el art. 37 del Reglamento es que pueda rectificarse el certificado, de oficio o a instancia de parte, en caso de que debido a un error material o a una omisión, haya discrepancias entre la resolución y el certificado, debiéndose aplicar al procedimiento de rectificación el Derecho del Estado miembro de origen. Sobre este particular España ha comunicado que la competencia para rectificar el certificado «la tiene exclusivamente el órgano que emitió la certificación original». En cuanto al procedimiento *stricto sensu* para la rectificación de errores consideramos que debe mantenerse el previsto en el apartado 3 del art. 267 LOPJ, no siendo posible inter-

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 (DOUE núm. L 7, de 10 de enero de 2009).

En el sentido apuntado, entre otros, P. JIMÉNEZ BLANCO, «El concepto de "órgano jurisdiccional" en los Reglamentos...», *op. cit.*, pp. 121 y ss., en concreto, p. 157; N. MARCHAL ESCALONA, *El divorcio no judicial...*, *op. cit.*, pp. 62-76; M.ª A. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, «Autoridad notarial española y divorcio transfronterizo. Particularidades y cuestiones que plantea la aplicación de los Reglamentos europeos», *AEDIPr*, t. XXII, 2022, pp. 269 y ss.

14. F. GARÍN ALEMANY, «Comentario al artículo 36. Expedición del certificado» en G. PALAO MORENO (Dir.), *El nuevo marco europeo en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción de menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 362.

poner ningún recurso contra la resolución que resuelva sobre la aclaración o rectificación del certificado¹⁵.

El reconocimiento se denegará si concurre alguno de los motivos contemplados en el art. 38 (para las resoluciones en materia matrimonial) y en el art. 39 (para las resoluciones en materia de responsabilidad parental)¹⁶. Una cuestión que el Reglamento no aclara, y que tendrá que precisarse en la nueva DF 22ª LEC, es si estos motivos de denegación deben apreciarse de oficio o a instancia de parte. A diferencia de lo previsto en el R. 1215/2012 (que prevé que los motivos de denegación en el reconocimiento pueden ser invocados por cualquier parte interesada y en fase de ejecución sólo por la persona contra la que se insta la ejecución), el R. 2019/1111 guarda silencio afirmándose expresamente, en los *Considerandos 54 y 62*, que corresponderá determinarlo a cada Derecho nacional.

En nuestro ordenamiento jurídico consideramos que debería establecerse que, junto a la posibilidad que tiene la parte interesada de oponerse al reconocimiento, los motivos de denegación también pueden controlarse

-
15. La vigente DF 22ª LEC hace referencia a los tres primeros apartados del art. 267 LOPJ. Como señala F. GARAU SOBRINO, «La tardía (y problemática) adaptación del ordenamiento español a los Reglamentos (CE) núm. 2201/2003 y núm. 805/2004», *REDI*, vol. 58, n.º. 1, 2006, p. 607, la referencia al proceso de aclaración previsto en los apartados 1 y 2 del art. 267 LOPJ es superflua puesto que en estos certificados poco habrá que aclarar. En el mismo sentido se pronuncian L. CARRILLO POZO, *Responsabilidad parental: un estudio de Derecho procesal civil internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 320 y F. GARÍN ALEMANY, «Comentario al artículo 37. Rectificación del certificado», en G. PALAO MORENO (Dir.), *El nuevo marco europeo en materia matrimonial...*, *op. cit.*, pp. 369-370.
16. Ambas disposiciones reproducen, en líneas generales, los mismos motivos de denegación de los arts. 22 y 23 del R. 2201/2003, si bien cabe señalar que en relación con el basado en la falta de audiencia al menor se introducen modificaciones. En concreto, el nuevo art. 39.2 establece que «podrá denegarse el reconocimiento de una resolución en materia de responsabilidad parental si este se concedió sin que el menor capaz de formarse su propio juicio haya tenido posibilidad de expresar su opinión de conformidad con el artículo 21, excepto en los casos en que: a) el procedimiento solo afectó a los bienes del menor y siempre que no se requiriera dar dicha oportunidad al menor, habida cuenta del objeto del procedimiento; o b) existían motivos fundados habida cuenta, en particular, de la urgencia del asunto». Debe recordarse que la lista de los motivos de denegación es exhaustiva no pudiéndose alegar uno que no se encuentre recogido expresamente en el Reglamento como, por ejemplo, podría ser la vulneración de las normas de litispendencia (*Considerando 56*). La interpretación de estos motivos tiene que ser estricta y su aplicación excepcional. En ningún caso la resolución puede ser objeto de una revisión en cuanto al fondo (art. 71).

de oficio¹⁷. Que el reconocimiento sea automático no significa que no exista control de la resolución o que sea incondicional. Así lo ha entendido la DGSJFP para las resoluciones en materia matrimonial, pues una vez presentada la solicitud para la inscripción el Encargado del Registro civil tiene que comprobar, además de los requisitos formales, que no concurre ningún motivo de denegación del reconocimiento¹⁸. Y en la materia de responsabilidad parental, la protección del interés superior del menor abogaría, a nuestro juicio, porque también pudieran ser apreciados de oficio¹⁹.

El procedimiento de denegación del reconocimiento es el mismo que el de la denegación de la ejecución en virtud de la remisión que el art. 40 realiza a lo previsto en los arts. 59 a 62, por lo que a su estudio nos remitimos.

2. REGLAS SOBRE EL RECONOCIMIENTO DE LAS RESOLUCIONES PRIVILEGIADAS

En el R. 2019/1111 las resoluciones que conceden derechos de visita y las resoluciones dictadas con arreglo al art. 29, apartado 6, en la medida en que impliquen la restitución del menor²⁰, son consideradas «resoluciones privilegiadas» y por ello merecedoras de un régimen distinto²¹. Si el art. 43.1 mantiene la regla del reconocimiento automático²², la diferencia con las resoluciones sometidas al régimen general está en que solo puede oponerse

-
17. En sentido análogo *vid.* M.^º A. CEBRIÁN SALVAT, «Comentario al artículo 30. Reconocimiento de las resoluciones», en E. CASTELLANOS RUIZ, *Comentario al nuevo Reglamento (UE) Bruselas II ter 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*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 429.
 18. Entre otras, Resolución DGRN de 27 de julio de 2012 (BOE núm. 240, de 5 de octubre) y Resolución DGRN de 20 de junio de 2013 (BOE núm. 180, de 29 de julio).
 19. También lo sostiene así L. CARRILLO POZO, *Responsabilidad parental: un estudio...*, *op. cit.*, pp. 264-266.
 20. Recuérdense que el art. 29 regula el procedimiento siguiente a la denegación de la ejecución conservando el llamado «mecanismo de última palabra». Para su estudio *vid.* A. J. CALZADO LLAMAS, «Capítulo 10. El procedimiento siguiente a la denegación de la restitución», en B. CAMPUZANO DÍAZ (Dir.), *Estudio del Reglamento (UE) 2019/1111 sobre crisis matrimoniales...*, *op. cit.*, pp. 197 y ss.
 21. Hay que precisar, no obstante, que se trata de un régimen potestativo puesto que, conforme dispone el art. 42.2 del Reglamento, no se impide que una parte solicite el reconocimiento y la ejecución de conformidad con lo previsto en la Sección Primera del Capítulo IV.
 22. El art. 43.2 enumera la documentación que debe presentarse: una copia de la resolución que reúna las condiciones necesarias para establecer su autenticidad y el certificado expedido conforme al art. 47.

como motivo de denegación el previsto en el art. 50, relativo a la inconciliabilidad de resoluciones²³.

Para que la resolución se considere privilegiada el órgano jurisdiccional de origen deberá expedir, a petición de una de las partes, un certificado utilizando el formulario previsto en el Anexo V (resolución que conceda derechos de visita) o en el Anexo VI (resolución sobre el fondo del derecho de custodia que implique la restitución del menor en virtud del art. 29.6). El certificado se expedirá únicamente si se cumplen las condiciones enumeradas en el art. 47.3 y que tienen como finalidad garantizar que durante el desarrollo del procedimiento de origen se han respetado ciertas garantías procesales²⁴. La adaptación de la DF 22ª LEC al R. 2019/1111 debería mantener, a nuestro parecer, que la certificación de estas resoluciones tiene que expedirse por el juez de forma separada y mediante providencia, cumplimentando los respectivos Anexos²⁵. La certificación de la resolución exige realizar una serie de comprobaciones que son propias de un auténtico con-

-
23. Tal y como está configurado este motivo de denegación su operatividad en la práctica va a ser muy difícil. *Vid.* F. J. FORCADA MIRANDA, *Comentarios prácticos al Reglamento (UE) 2019/1111...*, *op. cit.*, pp. 365-368; M.ª A. RODRIGUEZ VÁZQUEZ, «Capítulo 12. El régimen de las resoluciones privilegiadas», en B. CAMPUZANO DÍAZ (Dir.), *Estudio del Reglamento (UE) 2019/1111 sobre crisis matrimoniales...*, *op. cit.*, pp. 247-249.
24. En concreto las condiciones que exige el art. 47.3 para la certificación son las siguientes: Todas las partes afectadas han tenido la oportunidad de ser oídas; Se ha dado al menor la posibilidad de expresar su opinión de conformidad con el art. 21; Habiéndose dictado la resolución en rebeldía de la persona en cuestión, se hubiera notificado o trasladado a dicha persona el escrito de demanda o un documento equivalente de forma tal y con la suficiente antelación para que pueda organizar su defensa, o se haya establecido de forma inequívoca que esa persona ha aceptado la resolución; Además, y en el supuesto de tratarse de una resolución dictada con arreglo al art. 29.6 que implica la restitución del menor, el certificado sólo se expedirá si el órgano jurisdiccional, al dictar su resolución, ha tenido en cuenta las razones y los hechos en los que se fundamenta la resolución anterior dictada en otro Estado miembro con arreglo al art. 13.1.b) o el art. 13.2 del Convenio de La Haya de 1980. De no cumplirse alguna de estas condiciones se establece de forma expresa en esos Anexos que se emplee el Anexo III, aplicándose a la resolución el régimen general de reconocimiento y ejecución.
25. Esta es la solución que prevé la vigente DF 22ª LEC para la certificación de las resoluciones judiciales sobre el derecho de visita y sobre la restitución del menor, previstas en los arts. 41.1 y 42.1 del R. 2201/2003. Conforme a lo previsto en el art. 206.1 LEC, «se dictará providencia cuando la resolución se refiera a cuestiones procesales que requieran una decisión judicial por así establecerlo la ley, siempre que en tales casos no exigiera expresamente la forma de auto». Esta es la redacción que ha recibido la disposición tras su modificación por el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo (BOE núm. 303, de 20 de diciembre de 2023).

rol jurisdiccional, por lo que es el juez el que tiene que decidir si certifica o no la resolución²⁶.

Contra la expedición del certificado únicamente pueden interponerse los recursos de rectificación o revocación previstos en el art. 48 del Reglamento²⁷. El órgano jurisdiccional de origen rectificará el certificado, previa solicitud o de oficio, en caso de que, debido a un error material o a una omisión, haya discrepancias entre la resolución y el certificado. Y lo revocará, de oficio o a instancia de parte, cuando se haya expedido de forma indebida, por no cumplirse alguno de los requisitos establecidos en el art. 47. En relación con esta disposición la nueva DF 22^a LEC tendría que precisar, a nuestro juicio, que el procedimiento para la rectificación de errores se resolverá conforme a lo previsto en el 267.3 LOPJ y que el procedimiento para la revocación del certificado deberá tramitarse y resolverse de conformidad con lo previsto para el recurso de reposición (de forma análoga a lo previsto en la DF 21^a LEC para la revocación del certificado de título ejecutivo europeo)²⁸.

Conforme establece el art. 49 del R. 2019/1111 si la resolución certificada conforme al art. 47 ha dejado de ser ejecutiva o su fuerza ejecutiva se ha suspendido o limitado (lo que es factible ya que tratándose de menores las circunstancias pueden variar), el órgano de origen expedirá, previa solicitud, un certificado, conforme al formulario previsto en el Anexo VII, para indicar la falta o la limitación de la fuerza ejecutiva. España ha comunicado que la competencia para expedir este certificado «la tiene exclusivamente el órgano que emitió la certificación original».

III. REGLAS SOBRE LA EJECUCIÓN DE LAS RESOLUCIONES EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PARENTAL

Para la ejecución de las resoluciones dictadas en materia de responsabilidad parental el gran avance del R. 2019/1111 ha sido la supresión del exequátur. No obstante, la nueva regulación es muy compleja puesto que

26. Recuérdese que así lo ha entendido el TJUE a propósito del Título ejecutivo europeo en las Sentencias de 17 de diciembre de 2015, asunto C-300/14, *Imtech Marine Belgium* (ECLI: EU:C:2015:825) y de 16 de junio de 2016, asunto C-511/14, *Pebros Servizi* (ECLI:EU:C:2016:448).

27. Al igual que ocurre con las resoluciones sometidas al régimen general en el R. 2019/1111 no se establece nada en relación con la denegación de la expedición de dicho certificado. Como ya hemos analizado, la vigente DF 22^a LEC establece el recurso de reposición para el supuesto de certificación de resoluciones sobre el derecho de visita o sobre la restitución del menor.

28. En sentido análogo, L. CARRILLO POZO, *Responsabilidad parental: un estudio...*, op. cit, p. 322.

esta supresión se entiende de dos formas distintas, según se trate de una resolución sometida al régimen general o de una resolución privilegiada²⁹. Para las primeras, se sigue el modelo del R. 1215/2012 al eliminarse el procedimiento *stricto sensu* de exequátur y permitirse que pueda denegarse la ejecución si concurre alguno de los motivos que se establecen. Para las resoluciones privilegiadas, en cambio, no sólo se suprime el procedimiento formal de exequátur, sino que su control en fase de ejecución se reduce a supuestos muy excepcionales.

La nueva DF 22^a LEC debería contener, a nuestro juicio, las siguientes precisiones o aclaraciones.

1. REGLAS SOBRE LA EJECUCIÓN

Las resoluciones dictadas en un Estado miembro sobre responsabilidad parental que sean ejecutivas en dicho Estado miembro serán ejecutivas en España sin necesidad de una declaración de fuerza ejecutiva, debiendo ser ejecutadas en las mismas condiciones que si se hubieran dictado en nuestro país. Tal y como establece el art. 51.1 del Reglamento el procedimiento de ejecución se regirá por el Derecho del Estado miembro de ejecución, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 41, 50, 56 y 57 (relativos a los motivos de denegación)³⁰.

Conforme a lo previsto en el art. 51.2 del Reglamento, la parte que inste la ejecución de una resolución dictada en otro Estado miembro no estará obligada a tener una dirección postal en el Estado miembro de ejecución. Esta parte estará obligada a tener un representante autorizado en el Estado miembro de ejecución tan solo en caso de que dicho representante sea obligatorio con arreglo a la legislación del Estado miembro de ejecución con independencia de la nacionalidad de las partes. Además, y como dispone el art. 75, a dicha parte no se le puede exigir caución o depósito alguno, sea cual sea su denominación, por su condición de extranjero o por no ser residente habitual en el Estado miembro de ejecución.

En nuestro ordenamiento jurídico la exigencia de representación por procurador y abogado se rige por lo dispuesto en el art. 539 LEC y, más

29. Para su estudio *vid.* M.^a A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, «Supresión del exequátur y ejecución de resoluciones en materia de responsabilidad parental: la convivencia de dos soluciones en el Reglamento (UE) 2019/1111», *REDI*, vol. 74, nº. 2, 2022, pp. 349 y ss.

30. Aquí reside otra de las novedades del R. 2019/1111, la armonización de los motivos de suspensión y denegación de la ejecución.

concretamente, en los procesos sobre menores por el art. 750 LEC³¹. Por lo que se refiere a la LJV la regla general es que no será necesaria la intervención de abogado y procurador, aunque se prevén algunas excepciones (p. ej. en el art. 43.3 para la remoción de tutor o curador). En todo caso, y como dispone su art. 3.2, «será necesaria la actuación de abogado y procurador para la presentación de los recursos de revisión y apelación que en su caso se interpongan contra la resolución definitiva que se dicte en el expediente, así como a partir del momento en que se formulase oposición».

El solicitante debe aportar los documentos que señala el art. 35 (para las resoluciones sobre responsabilidad parental sometidas al régimen general y resoluciones que ordenen una medida provisional o cautelar) o el art. 46 (para las resoluciones privilegiadas). La solicitud de ejecución deberá presentarse, según ha comunicado nuestro país, ante el «Juzgado de Primera Instancia o los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción competente territorialmente o el Juzgado de Familia o de Violencia sobre la mujer, cuando proceda».

Esta información ha sido criticada por F. J. MARTÍN MAZUELOS ya que, a su juicio, se debería haber comunicado únicamente los Juzgados de Primera Instancia (art. 85.5 LOPJ). Tal y como afirma, en la LOPJ los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción son simplemente órganos que asumen a la vez las funciones de los de primera instancia y los de instrucción (arts. 85 y 87 LOPJ) y los de Familia solo se contemplan como juzgados de primera instancia especializados en determinados partidos judiciales (art. 98 LOPJ). Y por lo que se refiere a los de violencia sobre la mujer, recuerda que carecen de competencia para la ejecución de resoluciones de otros Estados miembros en materia civil (pues solo se les atribuye para las penales que contempla el art. 87 ter apartado 1, letra f) LOPJ)³².

Puesto que el procedimiento de ejecución se rige por la *lex fori* serán aplicables las disposiciones de la ejecución no dineraria previstas en los arts. 699 y ss. LEC. Tratándose de procesos de menores se aplicará, en particular, el art. 776 LEC que regula la ejecución forzosa de los pronunciamientos judiciales de medidas, realizando una remisión a lo dispuesto en el Libro III de la LEC, con las especialidades que contempla. Para la ejecución de las

31. F.J. MARTÍN MAZUELOS, «Comentario al artículo 51. Procedimiento de ejecución», en G. PALAO MORENO (Dir.), *El nuevo marco europeo en materia matrimonial...*, op. cit, p. 458.

32. F.J. MARTÍN MAZUELOS, «Órganos y autoridades competentes respecto al nuevo Reglamento Bruselas II ter: dudas que plantea la comunicación del Estado español», *La Ley*, n.º. 10135, 21 de septiembre de 2022, p. 2.

órdenes de retorno habrá que estar a las disposiciones específicas del art. 778 *quinquies* LEC³³.

Una vez que se ha solicitado la ejecución debe notificarse el certificado expedido por la autoridad de origen, conforme a los arts. 36 o 47, a la persona contra quien se insta la ejecución «antes de la primera medida de ejecución». El certificado se acompañará de la resolución, si aún no ha sido notificada a dicha persona (art. 55.1). La notificación se realizará conforme a lo previsto en el ordenamiento del Estado miembro de ejecución y, como afirma el *Considerando 64*, «con una antelación razonable a la primera medida de ejecución. En este contexto se debe considerar que la primera medida de ejecución es la primera medida de ejecución después de dicha notificación».

Cuando se adapte la DF 22^a LEC al Reglamento el legislador español debe casar esta exigencia con el art. 699 LEC en cuya virtud en el auto por el que se despacha la ejecución se adoptan medidas ejecutivas. Por esta razón, V. PARDO IRANZO considera que la solución de la DF 25^a LEC no es viable para el R. 2019/1111, por lo que debería notificarse el certificado y, cuando sea necesario, la resolución en un momento anterior a la adopción de cualquier medida ejecutiva. Si se optase porque la notificación se produzca junto con el auto despachando ejecución, sostiene que en el mismo no podría adoptarse medida ejecutiva alguna³⁴.

Hay que precisar que, conforme dispone el art. 55.2 del Reglamento, cuando la notificación deba efectuarse en un Estado miembro distinto del Estado miembro de origen, la persona contra quien se insta la ejecución podrá solicitar una traducción de los documentos que se señalan (la resolución, con objeto de impugnar la ejecución, y cuando proceda, el contenido traducible de los campos de texto libre del certificado expedido con arreglo al art. 47), si no se redactan o acompañan de una traducción en una lengua que la persona comprenda o en una lengua oficial del Estado miembro en el que resida habitualmente. Si se solicitase la traducción y hasta que se le haya facilitado, no podrán adoptarse medidas de ejecución distintas de medidas cautelares (art. 55.3)³⁵. En la adaptación de la DF 22^a LEC deberá precisarse el plazo en el que puede solicitarse y aportarse esta traducción.

33. El art. 776 LEC y el aptdo. 11 del art. 778 *quinquies* LEC han sido modificados por el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre.

34. V. PARDO IRANZO, *La supresión del exequatur. Libre circulación de títulos ejecutivos en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 70.

35. Como sostiene L. CARRILLO POZO, *Responsabilidad parental: un estudio...*, *op. cit.*, p. 251, se puede correr el riesgo de que se solicite la traducción únicamente con fines dilatorios.

No habría inconveniente, a nuestro juicio, en establecer los fijados en la DF 25ª LEC³⁶: cinco días para solicitar la traducción de la resolución extranjera, a contar desde la notificación del despacho de la ejecución, si no se le hubiese notificado anteriormente y si no se hubiera adjuntado con la demanda de ejecución una traducción de dicha resolución. Si en el plazo de un mes el ejecutante no aporta dicha traducción, el juez sobreseerá la ejecución.

A diferencia de lo previsto en el art. 54 del R. 1215/2012, en el R. 2019/1111 no hay ninguna norma sobre la adaptación de medidas en fase de ejecución. La única referencia que existe a esta figura la encontramos en el *Considerando 61*, en relación con la ejecución de resoluciones que conceden derechos de visita, prohibiendo que el órgano de la ejecución pueda sustituir medidas que son desconocidas en el Derecho del Estado miembro de ejecución por otras medidas diferentes. Nos tememos que, al igual que ocurre en el articulado del Reglamento, la nueva DF 22ª guardará silencio sobre esta cuestión³⁷.

2. REGLAS SOBRE LA DENEGACIÓN DE LA EJECUCIÓN

Una vez que se ha solicitado la ejecución la parte contra la que se insta puede oponerse³⁸. La solicitud de denegación de la ejecución se presentará, como se ha comunicado, ante el Juzgado de Primera Instancia competente territorialmente, debiéndose acompañar de una copia de la resolución, y, cuando sea pertinente y posible, el certificado expedido con arreglo a los arts. 36 (resoluciones sometidas al régimen general) o 47 (resoluciones pri-

36. En el mismo sentido, F.J. FORCADA MIRANDA, *Comentarios prácticos al Reglamento (UE) 2019/1111...*, op. cit, p. 389.

37. Sobre este particular la DF 25ª LEC, aptdo. 6, establece que la autoridad que resuelva sobre el reconocimiento o la ejecución de una resolución extranjera procederá a su adaptación en los términos previstos en el art. 54 del R. 1215/2012. Contra la decisión sobre la adaptación de la medida u orden extranjera cabrán los recursos que la legislación procesal contemple en función del tipo de resolución y del procedimiento de que se trate. Para su estudio *vid.* A. RENTERÍA AROCENA, «Comentario a la DF 25ª, aptdo. 6», en F. P. MÉNDEZ GONZÁLEZ Y G. PALAO MORENO (dirs), *Comentarios a la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 937-941.

38. El *Considerando 62* del Reglamento afirma: «La ejecución en un Estado miembro de una resolución dictada en otro Estado miembro sin una declaración de fuerza ejecutiva no debe comprometer el respeto de los derechos de la defensa. Por consiguiente, la persona contra la que se inste la ejecución debe poder oponerse al reconocimiento o a la ejecución de la resolución si considera que concurre alguno de los motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución previstos en el presente Reglamento».

vilegiadas)³⁹. En cuanto a la legitimación hay que tener en cuenta, como apunta F. J. MARTÍN MAZUELOS, que si en el proceso de ejecución intervinó el Ministerio Fiscal también se le debe tener por parte a estos efectos⁴⁰.

Por lo que se refiere a la tramitación del procedimiento de denegación de la ejecución, la doctrina entiende que en la adaptación de la DF 22^a LEC podría seguirse lo dispuesto en la DF 25^a LEC, que establece que la denegación de la ejecución se tramitará por los cauces del juicio verbal, con las especialidades que se establecen⁴¹. El principal argumento a favor de esta solución es que el R. 2019/1111 ha seguido, para las resoluciones sometidas al régimen general, el modelo del R. 1215/2012⁴². Además, debe tenerse en cuenta que el apartado 1 del art. 753 LEC establece que: «Salvo que expresamente se disponga otra cosa, los procesos a que se refiere este título se sustanciarán por los trámites del juicio verbal...»⁴³.

Los motivos por los que puede solicitarse la denegación de la ejecución son distintos según se trate de resoluciones sobre responsabilidad parental sometidas al régimen general o al régimen privilegiado. Para las primeras, los motivos que pueden oponerse son los del reconocimiento del art. 39, el

39. Se podrá dispensar al solicitante de la presentación de esta documentación si dicho órgano ya dispone de ella o si considera irrazonable pedir al solicitante que la presente (apartados 2 y 5 del art. 59). Cuando sea necesario se podrá requerir al solicitante para que aporte una traducción o una transcripción del contenido traducible de los campos de texto libre del certificado expedido conforme a los arts. 36 o 47 que especifique la obligación que ha de ejecutarse. Si el órgano de la ejecución no pudiera continuar sus diligencias sin una traducción o transcripción de la resolución podrá requerir al solicitante que la presente (apartados 3 y 4 del art. 59). De forma análoga al art. 51.2 se establece, en el art. 59.6, que la parte que solicita la denegación de la ejecución de una resolución dictada en otro Estado miembro no tendrá obligación de tener una dirección postal en el Estado miembro de ejecución. Esta parte estará obligada a tener un representante autorizado en el Estado miembro de ejecución tan solo en caso de que dicho representante sea obligatorio con arreglo a la legislación de Estado miembro de ejecución con independencia de la nacionalidad de las partes.

40. F. J. MARTÍN MAZUELOS, «Comentario al artículo 59. Solicitud de denegación de la ejecución», en G. PALAO MORENO (Dir.), *El nuevo marco europeo en materia matrimonial...*, op. cit, p. 510.

41. Para su estudio *vid.* M. GARDENÉS SANTIAGO, «Comentario a la DF 25^a LEC, apartados 1, 3, 4 y 5», en F. P. MÉNDEZ GONZÁLEZ Y G. PALAO MORENO (dirs), *Comentarios a la Ley de cooperación jurídica internacional...*, op. cit, pp. 922 y ss.

42. En este sentido se han pronunciado, entre otros, F.J. FORCADA MIRANDA, *Comentarios prácticos al Reglamento (UE) 2019/1111...*, op. cit, p. 405; F. GARÍN ALEMANY, «Comentario al artículo 40. Procedimiento de denegación del reconocimiento» en G. PALAO MORENO (Dir.), *El nuevo marco europeo en materia matrimonial...*, op. cit, pp. 399-400.

43. Modificado por el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre.

supuesto excepcional del art. 56.6 (denegación de la ejecución por impedimentos temporales o cambio significativo de circunstancias) y los que se establezcan en las respectivas legislaciones nacionales, siempre que no sean incompatibles con los del Reglamento (art. 57). Si se tratase de resoluciones privilegiadas, para las que el exequátur se elimina en un sentido más amplio, sólo podría oponerse el motivo del art. 50, el del art. 56.6 y los previstos en las legislaciones nacionales (art. 57)⁴⁴.

En relación con la posible operatividad de los motivos de denegación nacionales consideramos que sí cabría oponer los de naturaleza procesal del art. 559.1 LEC, principalmente el basado en la nulidad radical del despacho de la ejecución por no contener la sentencia pronunciamientos de condena o no cumplir el documento presentado los requisitos exigidos para el despacho de la ejecución. Y en cuanto a los basados en motivos de fondo del art. 556 LEC, que la parte contra la que se insta la ejecución justifica documentalmente que cumplió con lo ordenado en la sentencia; la caducidad de la acción ejecutiva y los pactos y transacciones que se hubieren convenido para evitar la ejecución, siempre que consten en documento público.

Una cuestión que deberá aclararse cuando se adapte la DF 22ª LEC al Reglamento es el cauce procesal para tramitar los motivos de denegación, según sean los previstos en el Reglamento o los nacionales. A tal efecto, el *Considerando 63* del R. 2019/1111 aboga por la posibilidad de que pudieran alegarse en un mismo procedimiento. No obstante, hay que tener en cuenta que si se sigue la solución de la DF 25ª LEC no se atendería a dicha sugerencia pues, como se sabe, se establecen dos procedimientos distintos. Los motivos de denegación del art. 45 del R. 1215/2012 se tramitan por los cauces del juicio verbal y los motivos de oposición nacionales, por los arts. 559.2 a 561 LEC⁴⁵.

El juez resolverá mediante auto y contra dicho auto cabe recurso de apelación que se presentará, como ha comunicado nuestro país, ante el órgano que dictó la resolución objeto del recurso y será resuelto por la AP territorialmente competente. Contra la decisión dictada en segunda instancia puede interponerse recurso de casación ante el TS⁴⁶.

44. Para un estudio *in extenso* de todos estos motivos de denegación *vid.* M.ª A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, «Supresión del exequátur y ejecución de resoluciones en materia de responsabilidad parental...», *op. cit.*, pp. 372-381.

45. M. GARDENÉS SANTIAGO, «Comentario a la DF 25ª LEC...», *op. cit.*, p. 934.

46. Debe advertirse que el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, ha modificado la regla 6ª del aptdo. 4 DF 25ª LEC y la regla 3ª del aptdo. 5 DF 26ª LEC en el sentido de que contra la sentencia dictada en segunda instancia solo cabe recurso de casación.

De conformidad con lo previsto en el art. 63 del Reglamento, el órgano judicial que conozca de alguno de estos recursos podrá suspender el procedimiento si se ha presentado un recurso ordinario contra la resolución en el Estado miembro de origen; si todavía no ha expirado el plazo para interponerlo; o, en el caso de las resoluciones privilegiadas, la persona contra la que se inste la ejecución haya solicitado la revocación del certificado.

Por último, hay que apuntar que si el solicitante de la denegación de la ejecución hubiera obtenido total o parcialmente el beneficio de asistencia jurídica gratuita o de una exención de costas judiciales gozará también de ella en nuestro país. España ha comunicado que son autoridades competentes los Colegios de Abogados en los mismos términos establecidos en la Directiva 2003/8/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para dichos litigios. La autoridad administrativa que reconoce el derecho o beneficio de justicia gratuita es la Comisión de asistencia jurídica gratuita de la provincia correspondiente.

IV. REGLAS SOBRE LA EFICACIA DE LOS DOCUMENTOS PÚBLICOS Y ACUERDOS

Otra de las novedades del R. 2019/1111 ha sido la de extender la regulación de la eficacia extraterritorial de las «resoluciones» a los «documentos públicos» y «acuerdos»⁴⁷. En este sentido, establece el art. 65 que se aplicarán las disposiciones de la Sección Primera (reglas relativas al reconocimiento y fuerza ejecutiva de las resoluciones dictadas en materia matrimonial y responsabilidad parental) y de la Sección Tercera (disposiciones sobre la ejecución) del Capítulo IV, salvo que se prevea alguna disposición en contrario⁴⁸.

La nueva DF 22^a LEC debería contener, a nuestro juicio, distintas reglas según que el documento público o acuerdo tenga que ser certificado por autoridades españolas o que se solicite en nuestro país la eficacia de un documento público o acuerdo certificado en otro Estado miembro.

En el primer supuesto, tendría que precisarse qué autoridad es competente para expedir el certificado del Anexo VIII (para la materia matrimo-

47. Recuérdese que esta regulación será aplicable a los documentos públicos formalizados o registrados y a los acuerdos registrados el 1 de agosto de 2022 o después de esta fecha (art. 100.1).

48. Para su estudio *vid.* M.^a A. RODRIGUEZ VÁZQUEZ, «Capítulo 14. La eficacia extraterritorial de documentos públicos y acuerdos», en B. CAMPUZANO DÍAZ (Dir.), *Estudio del Reglamento (UE) 2019/1111 sobre crisis matrimoniales...*, *op. cit.*, pp. 267 y ss.

nial) y del Anexo IX (para la materia de responsabilidad parental, en cuyo caso deberá constar un resumen de la obligación con fuerza ejecutiva que esté incluida en el documento público o acuerdo), puesto que las comunicaciones realizadas por nuestro país son erróneas, como pasamos a analizar.

En concreto, España ha comunicado lo siguiente: «En las materias establecidas en el artículo 1, apartado 1, letras a) y b), son competentes los jueces y magistrados. Además, en el caso del artículo 1.1.a), también son competentes los notarios, siempre y cuando no existan menores involucrados en el procedimiento. También los Letrados de la Administración de Justicia, que tienen competencias para aprobar divorcios de mutuo acuerdo». Finalmente, «son autoridades competentes en relación con el certificado del artículo 66, apartado 1, letra a), los letrados de la Administración de Justicia y los notarios, y en relación con el apartado 1, letra b), los letrados de la Administración de Justicia».

Como ya hemos analizado, esta comunicación debería rectificarse porque en la materia matrimonial los notarios tienen que ser considerados como «órgano jurisdiccional» que deben expedir el Anexo II y no el Anexo VIII. Y para la materia de responsabilidad parental, si es cierto que la nueva regulación debe conectarse con el fomento que se realiza en el R. 2019/1111 de la mediación y otros mecanismos alternativos de solución de conflictos⁴⁹, hay que reconocer que su aplicación en nuestro ordenamiento va a ser muy limitada. No puede olvidarse que el art. 82.2 CC establece que el divorcio ante notario no es posible si existen hijos menores no emancipados y que el art. 2.1 de la Ley 5/2012 de 6 de julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles, excluye su aplicación a las materias que no son de libre disposición⁵⁰. No es de extrañar, por tanto, que se haya sugerido que debería suprimirse de la comunicación realizada por España toda referencia al art. 66⁵¹.

Para que pueda expedirse el correspondiente certificado deben cumplirse las condiciones que enumera el art. 66.2 del Reglamento: la autoridad

49. C. ESPLUGUES MOTA, «El Reglamento Bruselas II Ter y el recurso a los Masc en materia de responsabilidad parental y sustracción internacional de menores», *CDT*, vol. 13, nº. 2, 2021, pp. 132 y ss.; Para una visión genérica vid. A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, «Eficacia de los acuerdos resultantes de la mediación internacional», *REDI*, vol. 75, nº 1, 2023, pp. 19 y ss.

50. En sentido análogo, L. CARRILLO POZO, *Responsabilidad parental: un estudio...*, *op. cit.* p. 358.

51. F. J. MARTÍN MAZUELOS «Órganos y autoridades competentes...», *op. cit.*, p. 3. Tal y como expone, un acuerdo protocolizado notarialmente resultante de una mediación no elude la sentencia judicial y cuando existen discrepancias en el ejercicio de la responsabilidad parental no puede obviarse la vía judicial.

pública que formaliza el documento público o registra el acuerdo tenía competencia con arreglo al capítulo II⁵²; y el documento público o acuerdo tiene efecto jurídico vinculante. Además, en materia de responsabilidad parental el certificado no podrá expedirse si existen indicios de que el contenido del documento público o acuerdo es contrario al interés superior del menor.

Conforme establece el art. 67 del Reglamento el certificado se rectificará, previa solicitud o de oficio, en caso de que, debido a un error material o a una omisión, haya discrepancias entre el documento público o el acuerdo y el certificado. También puede revocarse, de oficio o a instancia de parte, cuando se haya expedido de forma indebida, habida cuenta de las condiciones del art. 66⁵³. La competencia para rectificar el certificado (y entendemos que también para revocar) «la tiene exclusivamente la autoridad que emitió la certificación original». En la adaptación de la DF 22^a LEC deberá especificarse cuál va a ser este procedimiento de rectificación o de revocación, incluido cualquier recurso relativo a estos⁵⁴. También sería conve-

52. Debe recordarse que el art. 64 del Reglamento afirma que la Sección Cuarta del Capítulo IV se aplica en materia de divorcio, separación judicial y responsabilidad parental a los documentos públicos que hayan sido formalizados o registrados y a los acuerdos que hayan sido registrados en un Estado miembro «que ejerza su competencia con arreglo al Capítulo II». Como ya hemos analizado, las normas de competencia judicial internacional del Capítulo II sólo vinculan a los «órganos jurisdiccionales» de los Estados miembros, por lo que esas otras autoridades públicas no están sometidas a ellas. Al exigirse el cumplimiento de esta condición, las normas de competencia funcionan como reglas indirectas para el reconocimiento y, en su caso, ejecución de los documentos públicos y acuerdos. Y así debe hacerse constar al rellenar el punto 2 de los Anexos VIII y IX. Vid. bibliografía citada *supra* nota 12.

53. Debe advertirse que al permitirse que pueda revocarse el certificado se está introduciendo una alteración en la regulación prevista para las resoluciones sometidas al régimen general. La revocación del certificado solo está prevista para las resoluciones privilegiadas.

54. A juicio de A. RIPOLL SOLER, «Comentario al artículo 67. Rectificación o revocación del certificado», en G. PALAO MORENO (Dir.), *El nuevo marco europeo en materia matrimonial...*, *op. cit.*, p. 596, se debería aplicar la normativa notarial a todo el proceso de rectificación o revocación.

Al respecto, la DF 21^a LEC, aptdo. 3, establece para los documentos públicos con fuerza ejecutiva que «corresponderá al notario en cuyo protocolo se encuentre el título ejecutivo europeo certificado expedir el relativo a su rectificación por error material y el de revocación previstos en el artículo 10.1 del Reglamento n° 805/2004, así como el derivado de la falta o limitación de ejecutividad... En todo caso, deberá constar en la matriz o póliza la rectificación, revocación, falta o limitación de ejecutividad».

Por lo que se refiere al Certificado sucesorio europeo, la DF 26^a LEC regula estos aspectos en el aptdo. 12 para el supuesto de que el certificado sea expedido por un órgano judicial y en el aptdo. 15, cuando es emitido por el notario.

niente que se aclarase si la negativa a expedir el correspondiente certificado puede ser objeto de impugnación o recurso⁵⁵.

Si se solicitase en España la eficacia de un documento público o acuerdo, la nueva DF 22ª LEC tendría que establecer las siguientes previsiones. De un lado, que los documentos públicos y los acuerdos sobre separación legal y divorcio «que tengan efecto jurídico vinculante en el Estado miembro de origen» se reconocerán en nuestro país sin que se requiera ningún procedimiento especial (reconocimiento automático). El reconocimiento deberá denegarse si concurre alguno de los motivos de denegación del art. 68.1, norma que reproduce los motivos de denegación del reconocimiento recogidos en el art. 38 para las resoluciones judiciales, con la salvedad del basado en la lesión de los derechos de defensa del demandado que requiere un procedimiento judicial.

Por otra parte, que los documentos públicos y los acuerdos en materia de responsabilidad parental «que tengan efecto jurídico vinculante y tengan fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen» se reconocerán y ejecutarán en España sin que se requiera ninguna declaración de fuerza ejecutiva (reconocimiento automático y supresión del procedimiento de exequátur, al igual que las resoluciones sobre responsabilidad parental sometidas al régimen general). Los motivos de denegación se enumeran en los apartados 2 y 3 del art. 68 distinguiendo, como hace el art. 39, si son obligatorios o de apreciación facultativa⁵⁶. En todo caso, la ejecución de los documentos

55. En el caso de la DF 21ª LEC, aptdo. 3, se establece que la negativa del notario a la expedición de los certificados requeridos podrá ser impugnada por el interesado ante la DGSFP por los trámites del recurso de queja previsto en la legislación notarial. Contra la resolución de este órgano directivo podrá interponerse recurso, en única instancia, ante el juez de primera instancia de la capital de la provincia donde tenga su domicilio el notario, el cual se resolverá por los trámites del juicio verbal.

Por su parte, la DF 26ª LEC establece en el aptdo. 13 que la denegación de emisión de un certificado sucesorio europeo por un órgano judicial se adoptará de forma separada mediante auto y podrá impugnarse, en única instancia, por los trámites del recurso de reposición. Y en el aptdo. 16 dispone que la negativa de un notario a rectificar, modificar, anular o expedir un certificado sucesorio europeo podrá ser recurrida por quien tenga interés legítimo conforme a los artículos 71 y 73 aptdo. 1, letra a) del Reglamento 650/2012.

56. Básicamente estos motivos de denegación son la contrariedad con el orden público y la inconciliabilidad. Además, en materia de responsabilidad parental se añade el que se refiere a la falta de audiencia del menor.

Para su estudio *vid.* F.J. FORCADA MIRANDA, *Comentarios prácticos al Reglamento (UE) 2019/1111...*, *op. cit.*, pp. 436-440; P. C. GARCÍA DE PARADA, «Comentario al artículo 68. Motivos de denegación del reconocimiento o de la ejecución», en G. PALAO MORENO (Dir.), *El nuevo marco europeo en materia matrimonial...*, *op. cit.*, pp. 598-606; M.ª A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ. «Capítulo 14. La eficacia extraterritorial de documentos públicos...», *op. cit.*, pp. 277-279.

públicos o acuerdos certificados en otro Estado miembro se llevará a cabo en España conforme a las disposiciones analizadas de nuestro ordenamiento jurídico.

Mediación en procesos de responsabilidad parental

ANTONIA DURÁN AYAGO*

*Prof.^a Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de Salamanca*

SUMARIO: I. CONTEXTO: LA RELEVANCIA DE LA MEDIACIÓN EN CONFLICTOS SOBRE RESPONSABILIDAD PARENTAL. II. LA PRESENCIA DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN INSTRUMENTOS INTERNACIONALES. 1. *Naciones Unidas*. 2. *Consejo de Europa*. 3. *Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*. 4. *Unión Europea*. III. NOVEDADES INTRODUCIDAS EN EL REGLAMENTO 2019/1111. 1. *Invitación a las partes a recurrir a la mediación o a otra vía alternativa de resolución de conflictos*. 2. *Reconocimiento y ejecución de los acuerdos alcanzados en materia de responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*.

I. CONTEXTO: LA RELEVANCIA DE LA MEDIACIÓN EN CONFLICTOS SOBRE RESPONSABILIDAD PARENTAL

A nadie se le escapa que cuando una relación se rompe y existen hijos comunes, la complejidad de gestionar de forma adecuada los sentimientos puede ser un factor que desestabilice el entorno y empeore la vida de estos hijos. Cuando, además, existen elementos que conectan esa relación con varios Estados, a esa dificultad real se une la necesidad de orientar la dirección para saber hacia qué jurisdicción mirar para recibir amparo. En los procesos que en particular afectan a la responsabilidad parental, el *Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo de 25 de junio de 2019 relativo a la competencia,*

* ORCID ID: 0000-0003-3112-0112

*el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores*¹ aporta un escenario de previsibilidad y cercanía para desbrozar ese camino, pero es verdad que con carácter general prevalecen en él los conflictos de jurisdicciones que, contribuyendo con una pluralidad de foros inspirados en el principio de proximidad y en el interés superior del menor, pretenden aportar certezas y previsibilidad en un escenario complejo.

Sin embargo, los procesos judiciales no suelen ser espacios que sirvan para allanar soluciones pacíficas entre las partes. Sobre todo, si existe conflictividad entre los miembros de la pareja que hace presagiar que los hijos actuarán como moneda de cambio. En este escenario, la mediación, mecanismo integrado en los denominados medios alternativos de resolución de controversias (MASC)², en tanto procedimiento no jurisdiccional de carácter voluntario y confidencial pensado para facilitar la comunicación entre dos o más partes en conflicto mediante el soporte de un mediador, con el objetivo de que las partes gestionen por ellas mismas una solución a sus diferencias³, puede aportar cierta pacificación a estos procesos de ruptura, intentando poner el foco en los hijos, que finalmente son los que merecen que los progenitores consigan un acuerdo beneficioso para todas las partes⁴.

1. DOUE núm. L 178, de 2 de julio de 2019.
2. Además de la mediación, existen otros procesos para obtener acuerdos amistosos que son dignos de consideración como la conciliación, la coordinación de la crianza de los hijos, la evaluación temprana neutral y los modelos de propugnación de la resolución de conflictos tales como los enfoques del derecho colaborativo o del derecho cooperativo.
3. Según el art. 3 a) de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles [DOUE núm. L 136, 24 de mayo de 2008], se entiende por mediación, «un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador. Este procedimiento puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho de un Estado miembro. Incluye la mediación llevada a cabo por un juez que no sea responsable de ningún procedimiento judicial vinculado a dicho litigio. No incluye las gestiones para resolver el litigio que el órgano jurisdiccional o el juez competente para conocer de él realicen en el curso del proceso judicial referente a ese litigio». Por su parte, el art. 1 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (BOE núm. 162, de 7 de julio de 2012) establece que «se entiende por mediación aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador».
4. M. P. DIAGO DIAGO, «Aproximación a la mediación familiar desde el derecho internacional al privado», en A. L. CALVO CARAVACA y E. CASTELLANOS RUIZ (coords.), *La Unión Europea ante el derecho de la globalización*, Colex, Madrid, 2008,

Así, entre las ventajas que presenta la mediación pueden destacarse, desde el punto de vista de quienes se someten a ella, que es más económica y rápida que un proceso judicial y que en el contexto del Derecho de familia puede llegar a aportar una solución más satisfactoria para las partes, en la medida que favorece y protege la conservación de las relaciones familiares⁵. La cultura del pacto, en que se sustenta la mediación, pretende, por tanto, reducir la intensidad de los conflictos. Y es por ello, quizás, que desde hace años se está apostando decididamente por esta vía, como complemento, más que como alternancia, a la vía judicial. Pues reducir los decibelios del conflicto, siempre va a ser, al menos así se pretende, un espacio mejor para llegar a un buen resultado. Si se logra que todos cedan y todos, en parte, se sientan ganadores, quien habrá ganado, se da por descontado, son los hijos que encontrarán el espacio para seguir viviendo en un entorno pacificado.

Y por todo ello, y porque la sustracción internacional de menores es uno de los mayores riesgos a que se enfrentan las parejas mixtas con hijos⁶, se ha ido profundizando muy particularmente en la intervención de la mediación

pp. 265 y ss.; A. YBARRA BORES, «Mediación familiar internacional y Unión Europea: últimos avances», en M. DI FILIPPO, B. CAMPUZANO DÍAZ, A. RODRÍGUEZ BENOT y M.^a A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ (coords.), *Hacia un derecho conflictual europeo: realizaciones y perspectivas: Verso un diritto internazionale privato europeo: risultati e prospettive*, Universidad de Sevilla, 2008, pp. 223 y ss.; M. HERRANZ BALLESTEROS, «Acuerdos de mediación en un contexto transfronterizo: reflexiones desde la jurisprudencia española», en A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Derecho de familia internacional del siglo XXI en la práctica judicial*, Thomson Reuters Aranzadi, 2022.

5. Los estudios realizados por REUNITE evidencian que la mediación es generalmente más barata, más rápida y menos dolorosa emocionalmente que los procedimientos judiciales. Concretamente, los estudios comparativos en Reino Unido evidenciaron que los casos sometidos a mediación duraban un promedio de 100 días y un coste de unos 1.000 euros frente a los 435 días y los 2400 euros de un procedimiento judicial. *Cfr.* M. CASO SEÑAL, «La mediación en los conflictos transfronterizos de sustracción de menores», *Revista de Mediación*, año 4, núm. 8, 2º semestre 2011, p. 26, nota 4.
6. El recurso a la mediación en materia de sustracción de menores es una iniciativa que se experimentó en Gran Bretaña, destacando los trabajos piloto de REUNITE (<http://www.reunite.org/>), que posteriormente ha sido seguida por otros países como Francia con la estructura «Mission d'Aide à la Méditation Internationale pour les Familles» (MAMIF: <http://www.justice.gouv.fr/justice-civile-11861/enlevement-parental-12063/>) y a nivel bilateral la Comisión parlamentaria franco-alemana, el modelo binacional de mediación germano-estadounidense para las controversias internacionales que involucran padres e hijos. También la European Mediation Network Initiative (EMNI) (www.mediationeurope.net) que comprende a 47 países y que surgió en 2007 tras las conferencias en Suiza, Dinamarca y Finlandia. O la asociación Mediation binationale familiale en Europa (MFBE).

en estas situaciones⁷. Tanto como vía preventiva, en donde el riesgo solo aparece latente, como cuando ya se ha materializado, en tanto una vía para lograr bien la restitución del hijo al Estado en el que residía habitualmente antes del traslado, bien para lograr una reubicación aceptada por ambos progenitores⁸.

En el presente trabajo vamos a analizar fundamentalmente las novedades que en materia de mediación ha introducido el R. 2019/1111, pero para ello, con carácter previo, contextualizaremos acerca de la presencia de la mediación en otros textos internacionales en los que está presente.

II. LA PRESENCIA DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

1. NACIONES UNIDAS

Son numerosos los textos que a nivel internacional hacen referencia a la mediación. En el contexto de Naciones Unidas, en concreto en la Observa-

7. Profusa es la bibliografía sobre este tema. Sin ánimo de exhaustividad, puede consultarse, M. C. CHÉLIZ INGLÉS, *La sustracción internacional de menores y la mediación. Retos y vías prácticas de solución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019; C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, «La **mediación** ante el secuestro internacional de menores», *Revista internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, n.º. 1, 2001, pp. 1 y ss.; N. GONZÁLEZ MARTÍN, «Sustracción internacional parental de menores y **mediación**. Dos casos para la reflexión: México (amparo directo en revisión 903/2014) y los Estados Unidos de América (Lozano c. Montoya Álvarez)», *REEL*, 2015; *id.*, «International Parental Child Abduction and Mediation: An Overview», *Family Law Quarterly*, vol. 48, 2014, pp. 319 y ss.; A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «**Mediación** y secuestro internacional de menores. Ventajas e inconvenientes», *CDT*, vol. 6, n.º. 2, 2014, pp. 130 y ss.; G. PALAO MORENO, «La **Mediación** Familiar Internacional», VV.AA., *Estudios sobre la Ley Valenciana de Mediación Familiar*, Editorial Práctica del Derecho, Valencia, 2003, pp. 61 y ss.; P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, «**Mediación** y sustracción internacional de menores», en F. ALDECOA LUZÁRRAGA y J. J. FORNER DELAYGUA (dirs.) y E. GONZÁLEZ BOU y N. GONZÁLEZ VIADA (coords.), *La Protección de los niños en el Derecho Internacional y en la relaciones internacionales. Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 367 y ss.; Y. VELARDE D'AMIL, «La **mediación** en los supuestos de sustracción internacional de menores y el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores», *Revista de Derecho UNED*, n.º. 17, 2015, pp. 1279 y ss.; S. RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, «Mediación en el proceso especial de restitución de menores internacionalmente sustraídos», *Práctica de tribunales: Revista de Derecho procesal civil y mercantil*, n.º. 137, 2019, pp. 3 y ss.
8. *Vid.*, P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, «Competencia judicial internacional y contenido de los acuerdos de mediación en la sustracción internacional de menores», en C. AZCÁRRAGA MONZONÍS y P. QUINZÁ REDONDO, *Tratado de Mediación. Tomo III. Mediación en conflictos de familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 183 y ss.

ción General n.º 2 (2002) del Comité de los Derechos del Niño sobre el papel de las instituciones nacionales independientes de los derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño, se apuesta por «entablar, cuando proceda, procesos de mediación o conciliación antes de que se recurra a una acción judicial»⁹, abundado, en relación con el derecho a ser oído del menor, en su Observación General n.º 12 (2009) para que este derecho se plasme también en los mecanismos alternativos de solución de diferencias, como la mediación o el arbitraje¹⁰.

2. CONSEJO DE EUROPA

En el marco del Consejo de Europa, la Convención europea sobre el ejercicio de los Derechos del Niño, adoptada el 25 de enero de 1996¹¹, ya abogaba en su art. 13, por la promoción de la mediación y otros sistemas de resolución de controversias¹². Y a su amparo son muy relevantes la Recomendación R (1998) sobre la mediación familiar, de 21 de enero de 1998¹³, en la que alentaba a los Estados a introducir y promover la mediación familiar o fortalecer la existente y la Recomendación Rec (2002), de 18 de septiembre de 2002¹⁴, que ampliaba la anterior. En esta última se indica que los objetivos de la mediación familiar son, entre otros, mejorar la comunicación entre los miembros de la familia; reducir los conflictos entre las partes en litigio; dar lugar a acuerdos amistosos; asegurar la continuidad de las relaciones personales entre padres e hijos; reducir los costes económicos y sociales de la separación y del divorcio para los implicados y los Estados y reducir el tiempo necesario para la solución de los conflictos¹⁵.

9. Accesible en: <https://www.refworld.org.es/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?rel-doc=y&docid=4ffd40392>, aptdo. q), p. 7, consultado el 20 de noviembre de 2023.
10. Accesible en: <https://www.refworld.org.es/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?rel-doc=y&docid=4ae562dc2>, p. 12, consultado el 20 de noviembre de 2023.
11. BOE núm. 45, de 21 de febrero de 2015.
12. Con el siguiente tenor: «Con el fin de prevenir o de resolver las controversias y de evitar los procedimientos que afecten a los niños ante una autoridad judicial, las Partes fomentarán la práctica de la mediación o de cualquier otro sistema de resolución de controversias y su utilización para llegar a un acuerdo en los casos oportunos que las Partes determinen».
13. Accesible en: <https://www.ucm.es/data/cont/media/www/pag-40822/recomendacioneuropea.pdf>, consultado el 17 de noviembre de 2023.
14. Accesible en: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805e1f76, consultado el 17 de noviembre de 2023.
15. En el punto VIII, titulado Cuestiones internacionales, la Recomendación indica: «a. Los Estados deberán, cuando sea apropiado analizar la oportunidad de poner en marcha mecanismos de mediación en los casos en que se presente un elemento de extranjería, especialmente para todas

3. CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Sin embargo, ha sido en el contexto de la Conferencia de La Haya, donde más significativos pasos se han dado en el contexto de la mediación familiar internacional. En abril de 2006, los Estados miembros de la Conferencia de La Haya autorizaron a la Oficina permanente a «preparar un estudio de factibilidad» sobre mediación transfronteriza en asuntos de familia, que comprenda el posible desarrollo de un instrumento en la materia». Desde este momento se fue pasando por diferentes fases de maduración hasta llegar a la aprobación de la *Guía de Buenas Prácticas en Mediación en el contexto del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*¹⁶. Esta Guía está dirigida a los Gobiernos y las autoridades centrales designadas con arreglo al CH 80¹⁷ y a otros Convenios de La Haya como el *Convenio de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños*¹⁸, al igual que a jueces, abogados, mediadores, partes de controversias familiares transfronterizas y otros particulares interesados.

Sobre la base de una Recomendación de la Sexta Reunión de la Comisión Especial para revisar el funcionamiento práctico de los CH 80 y CH 96 en la que se debatió el problema de la ejecutoriedad transfronteriza de acuer-

las cuestiones concernientes a los niños, y en particular aquellas relativas a la guarda y al derecho a visita cuando los padres viven o van a vivir en Estados diferentes. b. La mediación internacional debe ser considerada como un proceso apropiado para permitir a los padres organizar o reorganizar la guarda y el derecho a visita, o regular las discrepancias debidas a las decisiones sobre estas cuestiones. Sin embargo, en el caso de un desplazamiento sin derecho o de la retención de niño, la mediación internacional no debe utilizarse si ello supone riesgo de retrasar el retorno rápido del niño. c. Todos los principios expuestos son aplicables a la mediación internacional. d. Los Estados deberán, en la medida de lo posible, promover la cooperación entre los servicios de mediación familiar existentes a fin de facilitar la utilización de la mediación internacional. e. Teniendo en cuenta las características de la mediación internacional, los mediadores internacionales deberán tener una formación complementaria específica

16. Accesible en: [guide28mediation_es.pdf](#) (hcch.net), consultado el 20 de noviembre de 2023.

17. BOE núm. 202, de 24 de agosto de 1987. En concreto, el art. 7 (2) CH 1980 establece que las autoridades centrales deberán adoptar las medidas apropiadas que permitan «garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable».

18. BOE núm. 291, de 2 de diciembre de 2010. En su art. 31. b) establece que la autoridad central designada por un Estado contratante bajo el Convenio tomará todas las medidas apropiadas para «facilitar por la mediación, la conciliación o cualquier otro procedimiento análogo, acuerdos amistosos para la protección de la persona o de los bienes del niño, en las situaciones a las que se aplica el Convenio».

dos de mediación, el Consejo de 2012 autorizó a la Conferencia a seguir profundizando en este tema.

Se ha reconocido también que la mediación puede desempeñar un importante papel en la resolución de conflictos relacionados con la guarda y custodia y el contacto con los niños en casos transfronterizos que conciernen a países ajenos a la regulación internacional de La Haya, en particular aquellos países cuyas leyes se basan o están influenciadas por la *Sharia*. En este contexto, y desde 2004 se ha establecido un diálogo entre Estados parte del CH 80 y Estados no partes, cuyas leyes se basan en el derecho islámico o están influenciadas por éste, llamado «Proceso de Malta», destinado a encontrar soluciones a disputas transfronterizas en materia de custodia, contacto y sustracción de niños que sean particularmente difíciles debido a la inaplicabilidad del CH 80. Se han realizado cuatro conferencias en Malta en 2004, 2006, 2009 y 2016¹⁹. A raíz de las cuales se han establecido los Principios para el establecimiento de Estructuras de mediación y en virtud de ellos se comenzó a trabajar para establecer un Punto de Contacto Central²⁰.

También en otros Convenios de La Haya está presente la mediación, como el relativo a la *protección internacional de adultos*, de 13 de enero de 2000²¹ o el de 23 de noviembre 2007 *sobre cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia*²².

19. Vid. <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=5214>, consultado el 23 de noviembre de 2023.

20. W. DUNCAN en la Conferencia de Malta de 2004 indicó: «*Es necesario dar tiempo a los dispositivos de mediación existentes para producir resultados. Los retrasos en la resolución de los procesos relativos a la custodia y a las visitas afectan al interés superior del menor. El tiempo juega a favor del progenitor que ha sustraído al menor y complica inevitablemente el restablecimiento del status quo. No se trata de rechazar la mediación pero hay que afirmar que debe ser implementada y apoyada por una estructura jurídica firme, que garantice la igualdad de partes, que permita evitar retrasos indebidos y que garantice la aplicación de las soluciones alcanzadas*». Vid., «The Judges» Newsletter Boletín de los jueces, Volume VIII, Autumn 2004, accesible en: <https://assets.hcch.net/docs/0489b23f-3425-4774-87b1-979822fcb37b.pdf>, consultado el 24 de noviembre de 2023;

Cfr. I. TOMÁS GARCÍA, «Mediación en sustracción de menores», accesible en https://www5.poderjudicial.es/CVsm/Ponencia_3_ES.pdf, p. 3.

21. Accesible en <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=71>, consultado el 17 de noviembre de 2023. En su art. 31 establece que «*las autoridades competentes de un Estado contratante podrán fomentar, directamente o a través de otros organismos, el uso de la mediación, de la conciliación o de otros medios similares para conseguir acuerdos amistosos sobre la protección de la persona o de los bienes del adulto en las situaciones en las que se aplica el Convenio*».

4. UNIÓN EUROPEA

En el seno de la UE, se enmarca la *Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles*²³. Su objetivo es facilitar el acceso a modalidades alternativas de solución de conflictos y fomentar la resolución amistosa de litigios promoviendo el uso de la mediación y asegurando una relación equilibrada entre la mediación y el proceso judicial²⁴.

Esta Directiva se aplica a los pleitos transfronterizos en materia civil y mercantil. Abarca los conflictos en los que al menos una de las partes está domiciliada en un Estado miembro distinto del de las demás en la fecha en la que todas ellas convienen en acogerse a la mediación o en la fecha en que un órgano jurisdiccional ordena la mediación.

Para conseguir su objetivo, la Directiva establece cinco normas sustantivas: 1) Obliga a los Estados miembros a promover la formación de mediadores y a garantizar una mediación de alta calidad; 2) Faculta a todo juez para invitar a las partes en un conflicto a que prueben la mediación si lo considera adecuado a las circunstancias del caso; 3) Dispone que, si las partes lo solicitan, los acuerdos resultantes de la mediación adquieran carácter ejecutivo, lo cual puede lograrse, por ejemplo, mediante la aprobación del acuerdo por un órgano jurisdiccional o su certificación por un notario público; 4) Garantiza que se respete la confidencialidad en el proceso de mediación. Dispone que no se puede obligar al mediador a prestar declaración ante un tribunal sobre lo ocurrido durante el proceso de mediación durante un conflicto futuro entre las mismas partes; 5) Garantiza que las partes no pierdan la posibilidad de acudir a juicio como consecuencia del

22. DOUE núm. L 192, de 22 de julio de 2011. En su art. 6.2 d) precisa que las autoridades centrales tomarán todas las medidas apropiadas para «promover la solución amistosa de diferencias a fin de obtener el pago voluntario de alimentos, recurriendo cuando sea apropiado a la mediación, la conciliación o mecanismos análogos». El art. 30 prevé el reconocimiento de acuerdos en materia de alimentos, es decir, acuerdos que hayan sido formalizados, por la intervención, por ejemplo, de un notario. Y el art. 34 establece que la mediación puede constituir un mecanismo adecuado para la ejecución de las decisiones en materia de obligaciones alimenticias.

23. DOUE núm. L 136, de 24 de mayo de 2008.

24. Como ha señalado el Parlamento Europeo en su Resolución de 12 de septiembre de 2017, su transposición, y, en consecuencia, su aplicación, ha sido muy desigual (DOUE núm. C 337, de 20 de septiembre de 2018), Considerando A. *Vid.* C. AZCÁRRAGA MONZONÍS, «El (limitado) impacto de la Directiva sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles y la mediación obligatoria como medida de promoción», en S. BARONA VILAR (coord.), *Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de justicia*, Thomson-Reuters Civitas, 2016, pp. 105 y ss.; A. YBARRA BORES, «Mediación familiar internacional, la directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles y su incorporación al derecho español», *REEL*, nº. 23, 2012.

tiempo dedicado a la mediación, ya que los plazos para interponer una acción judicial quedan suspendidos durante el proceso de mediación.

En España, esta Directiva ha sido incorporada a través de la *Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*²⁵. Esta Ley articula un marco mínimo para el ejercicio de la mediación sin perjuicio de las disposiciones aprobadas por las Comunidades Autónomas. La Ley precisa que las partes podrán elevar a escritura pública el acuerdo alcanzado tras un procedimiento de mediación. Cuando el acuerdo de mediación haya de ejecutarse en otro Estado, además de la elevación a escritura pública, será necesario el cumplimiento de los requisitos que, en su caso, puedan exigir los convenios internacionales en que España sea parte y las normas de la UE²⁶.

También en el ámbito de la UE, se ha elaborado el Código de Conducta Europeo para Mediadores²⁷ en julio de 2004, con la ayuda de la Comisión Europea.

Pero, sin duda, el texto que desde la perspectiva familiar europea goza de mayor relevancia²⁸, a los efectos de posibilitar la libre circulación de los acuerdos a los que lleguen las partes, se plasma hoy día en el R. 2019/1111 *que* ha introducido, como vamos a analizar, importantes avances, respecto 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, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000*²⁹.

25. BOE núm. 162, de 7 de julio de 2012. Esta Ley ha sido desarrollada por el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (BOE núm. 310, de 27 de diciembre de 2013).

26. A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, «Eficacia de los acuerdos resultantes de una mediación internacional», Entrada publicada el 16 de agosto de 2023 en Eficacia de los acuerdos resultantes de una mediación internacional — Escuela Mediación (eimedia-cion.edu.es); V. PARDO IRIAZO, «Tratamiento en España del acuerdo de mediación extranjero. Especial referencia al acuerdo de mediación en la Unión Europea», *RGDE*, n.º 52, 2020, pp. 1 y ss.

27. Accesible en: <https://e-justice.europa.eu/fileDownload.do?id=4240637c-21b9-46d1-a7cc-e50a30d4dab4>, consultado el 17 de noviembre de 2023.

28. La referencia a la mediación está presente también en otros Reglamentos europeos. Así, en el art. 51.2 d) del R. 4/2009. Aunque se echa en falta en otros como en el R. 650/2012 o en los Reglamentos relativos a los efectos económicos de los matrimonios y uniones registradas, respectivamente: R. 2016/1103 y R. 2016/1104. En estos dos, solo existe una escueta referencia a la posibilidad de resolver de forma amistosa los conflictos (en el *Considerando 39 y 38*, respectivamente).

29. DOUE núm. L 338, de 23 de diciembre de 2003.

Para entender mejor las novedades que ha introducido el R. 2019/1111, que desarrollaremos en el siguiente apartado, vamos a fijarnos antes en cómo se abordaba la mediación en el R. 2201/2003.

En este texto las referencias explícitas a la mediación se encontraban en un considerando y en dos artículos. En concreto, el *Considerando 25* del preámbulo ponía el acento en la necesidad de que las autoridades centrales promovieran la solución amistosa de conflictos familiares y la facilitaran a través de la cooperación activa entre ellas³⁰. Lo que se materializaba en el art. 55 e) que establecía que las autoridades centrales facilitarán la celebración de acuerdos entre los titulares de la responsabilidad parental a través de la mediación o por otros medios, y facilitarán con este fin la cooperación transfronteriza. Pero la única referencia a la reglamentación jurídica de estos acuerdos se hallaba en el art. 46, según el cual, «[I] documentos públicos con fuerza ejecutiva formalizados o registrados en un Estado miembro, así como los acuerdos entre las partes que tengan fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen, serán reconocidos y se dotarán de fuerza ejecutiva en las mismas condiciones que las resoluciones judiciales». Aunque esta referencia era un brindis al sol, pues los acuerdos meramente privados rara vez tienen fuerza ejecutiva por sí mismos, por lo que es preciso su homologación por una autoridad pública, bien judicial o extrajudicial, para poder disponer de eficacia ejecutiva, requisito para luego poder circular entre los Estados miembros de la Unión³¹.

III. NOVEDADES INTRODUCIDAS EN EL REGLAMENTO 2019/1111

1. INVITACIÓN A LAS PARTES A RECURRIR A LA MEDIACIÓN O A OTRA VÍA ALTERNATIVA DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

El R. 2019/1111 sigue apostando por la importancia de la mediación y otras vías alternativas de resolución de conflictos en los procesos familiares, fundamentalmente allí donde hay hijos, pero lo hace de forma más estructurada y con mayor desarrollo que su antecesor. Sigue manteniéndose la

30. Con el siguiente tenor: «Las autoridades centrales deben cooperar, tanto en términos generales como en casos particulares, con ánimo, entre otras cosas, de facilitar la solución amistosa de conflictos familiares en el ámbito de la responsabilidad parental. Con este fin las autoridades centrales deben participar en la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil creada por la Decisión 2001/470/CE del Consejo, de 28 de mayo, por la que se crea una Red Judicial Europea en materia civil y mercantil».

31. C. ESPLUGUES MOTA, «Avances en torno a la circulación de los acuerdos alcanzados en materia de responsabilidad parental internacional de menores en la UE: el Reglamento Bruselas II ter», en A. CARRIÓN VIDAL y G. MUÑOZ RODRIGO (coords.), J. R. DE VERDA Y BEAMONTE (Dir.), *Estudios de Derecho Privado en homenaje al profesor Salvador Carrión Olmos*, Tirant lo Blanch, Valencia 2022, pp. 555 y ss.

apelación proactiva a las autoridades centrales para adoptar bien directamente o por conducto de los órganos jurisdiccionales, todas las medidas adecuadas para «facilitar la celebración de acuerdos entre los titulares de la responsabilidad parental a través de la mediación o por otros medios alternativos de resolución de litigios, y facilitar con este fin la cooperación transfronteriza» (art. 79.g)³². En este caso, la referencia a «otros medios» del art. 55 del R. 2201/2003 se explicita en «otros medios alternativos de resolución de litigios», para acentuar que se trata de una referencia a los MASC.

Pero donde se aprecia de forma evidente el impulso que este Reglamento quiere dar a la mediación y al resto de medios alternativos de resolución de litigios es en la plasmación concreta de un Considerando, el 43 y un artículo, el 25, que materializan la necesidad de que los órganos jurisdiccionales contemplen siempre y en particular en los asuntos de sustracción internacional de menores, la posibilidad de llegar a una solución a través de la mediación u otros medios apropiados.

En concreto, el *Considerando* 43 especifica:

«En todos los asuntos que afecten a menores, y en particular en los asuntos de sustracción internacional de menores, los órganos jurisdiccionales deben contemplar la posibilidad de llegar a una solución a través de la mediación u otros medios apropiados, con la ayuda, cuando corresponda, de las redes y estructuras de apoyo existentes para la mediación en las controversias transfronterizas en materia de responsabilidad parental. No obstante, tales esfuerzos no deben prolongar indebidamente el procedimiento de restitución en virtud del Convenio de La Haya de 1980. Por otra parte, la mediación puede no resultar siempre apropiada, en especial en los casos de violencia sobre la mujer. Cuando, en el curso de un procedimiento de restitución conforme al Convenio de La Haya de 1980, los progenitores lleguen a un acuerdo no solamente sobre la restitución o no restitución del menor, sino también sobre otras

32. Vid. *Considerando* 75: «Excepto en casos de urgencia y sin perjuicio de la cooperación y comunicación directas entre órganos jurisdiccionales permitidas con arreglo al presente Reglamento, los órganos jurisdiccionales y autoridades competentes pueden presentar solicitudes de cooperación en materia de responsabilidad parental en virtud del presente Reglamento; dichas solicitudes se deben transmitir a la autoridad central del Estado miembro del órgano jurisdiccional o la autoridad competente requerientes. Los titulares de la responsabilidad parental también pueden presentar ciertas solicitudes. Estas solicitudes deben presentarse ante la autoridad central de la residencia habitual del solicitante. Entre estas solicitudes deben incluirse las solicitudes de información y ayuda a los titulares de la responsabilidad parental que insten el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en el territorio de la autoridad central requerida, en especial en materia de derechos de visita y de restitución del menor, incluida, cuando sea necesario, información sobre cómo obtener asistencia jurídica; las solicitudes para facilitar la celebración de acuerdos entre los titulares de la responsabilidad parental a través de la mediación o por otros medios alternativos de resolución de litigios; y las solicitudes dirigidas a los órganos jurisdiccionales o las autoridades competentes para que examinen la necesidad de adoptar medidas para la protección de la persona o de los bienes del menor.».

cuestiones de responsabilidad parental, el presente Reglamento debe permitirles, en determinadas circunstancias, convenir en que el órgano jurisdiccional al que se haya recurrido con arreglo al Convenio de La Haya de 1980 sea competente para dar efecto jurídico vinculante a su acuerdo, ya sea incorporándolo a una resolución aprobándolo, o de otra forma prevista por la legislación y el procedimiento nacionales. Los Estados miembros que han concentrado la competencia deben, por consiguiente, considerar la posibilidad de permitir que el órgano jurisdiccional al que se ha sometido el procedimiento de restitución con arreglo al Convenio de La Haya de 1980 ejerza también la competencia acordada o aceptada por las partes en virtud del presente Reglamento en materia de responsabilidad parental si el acuerdo entre las partes se ha alcanzado durante dicho procedimiento de restitución».

Ideas todas ellas que toman cuerpo en su articulado, en el Capítulo III dedicado a la sustracción internacional de menores, en concreto, en el art. 25 titulado «*Formas alternativas de resolución de litigios*».

«Lo antes posible y en cualquier fase del procedimiento, el órgano jurisdiccional invitará a las partes, directamente o, si procede, con la asistencia de las autoridades centrales, a que consideren si están dispuestas a recurrir a la mediación o a otra vía alternativa de resolución de litigios, a menos que ello sea contrario al interés superior del menor, no sea adecuado en el caso particular o conlleve un retraso indebido del procedimiento».

De este precepto, se colige una regla general y tres excepciones³³. La regla general es que el órgano jurisdiccional debe invitar a las partes, directamente o a través de las autoridades centrales, a valorar si el recurso a la mediación o a cualquier otra vía alternativa de resolución de litigios puede ser una posibilidad para resolver sus problemas³⁴. Obviamente, esta invitación debe acompañarse de una mínima información sobre estos mecanismos. En concreto, el órgano jurisdiccional puede recurrir a las redes y estructuras de apoyo existentes para la mediación en las controversias

33. Vid. M. P. DIAGO DIAGO, «Formas alternativas de resolución de conflictos», en G. PALAO MORENO, (Dir.), *El nuevo marco europeo en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción de menores: Comentarios al Reglamento (UE) nº 2019/1111*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 283 y ss.

34. Hay que tener en cuenta lo establecido en el *Considerando 35*, respecto a la relación entre el inicio del procedimiento y el recurso a la mediación o a otros medios de resolución de conflictos: «El presente Reglamento define el momento en el que el procedimiento se considera iniciado a efectos del presente Reglamento. A la luz de los dos sistemas diferentes existentes en los Estados miembros, que requieren, en un caso, que el escrito de demanda se notifique en primer lugar al demandado y, en el otro, que se notifique antes al órgano jurisdiccional, debe bastar con que se haya dado el primer paso de conformidad con el Derecho nacional, a condición de que el demandante no haya dejado de tomar después las medidas requeridas de conformidad con el Derecho nacional para que tenga efecto el segundo paso. Habida cuenta de la importancia creciente de la mediación y otros métodos alternativos de

transfronterizas en materia de responsabilidad parental³⁵. El Reglamento no exige que las autoridades centrales participen directamente en la mediación, por lo que no están obligadas a proporcionar mediadores. Sin embargo, no se excluye hacerlo³⁶. Las autoridades centrales suelen explicar las ventajas de la resolución amistosa de los problemas, facilitar información sobre los proveedores de servicios de mediación y colaborar con las autoridades centrales de otro Estado miembro cuando la mediación tenga lugar allí. El Portal Europeo de e-Justicia proporciona información adicional sobre la mediación transfronteriza³⁷.

Como excepción a la regla general, esta invitación no se producirá si el órgano jurisdiccional considera que ello es contrario al interés superior del menor; no es adecuado en el caso concreto o este recurso puede conllevar un retraso indebido en el procedimiento.

La premura a la que aboca el precepto se entiende por la necesidad de respetar los plazos que en materia de sustracción de menores son expeditivos. Tanto es así que, si se considera que este recurso puede provocar un retraso indebido en el procedimiento, ni siquiera se formulará³⁸, puesto que así se plantea como una de las excepciones en el propio art. 25. Pero recábase

resolución de litigios, también durante los procedimientos judiciales, y con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, se debe considerar también iniciado un procedimiento en el momento de la presentación del escrito de demanda o documento equivalente al órgano jurisdiccional en aquellos casos en que el procedimiento se haya suspendido entretanto para encontrar una solución amistosa, a petición del demandante que inició el procedimiento, sin que el escrito de demanda se haya notificado aún al demandado y sin que este haya tenido conocimiento del procedimiento o haya participado de forma alguna en él, a condición de que la parte que haya incoado el procedimiento no haya dejado de tomar después las medidas requeridas para la notificación del escrito o documento al demandado. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en caso de litispendencia, debe entenderse que la fecha de iniciación de un procedimiento de conciliación obligatorio ante una autoridad nacional de conciliación es la fecha en la que se considera que el procedimiento ha sido sometido al "órgano jurisdiccional".» El destacado es nuestro.

35. *Vid. Considerando 43 y https://e-justice.europa.eu/372/ES/family_mediation?clang=es.*

36. *Vid. Portal Europeo de e-Justicia — Mediadores (europa.eu).*

37. *Vid. Guía práctica para la aplicación del Reglamento Bruselas II ter, accesible en <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/ff34bda5-ea90-11ed-a05c-01aa75ed71a1>, consultado el 22 de noviembre de 2023, p. 197.*

38. *En términos similares, el art. 778 quinquies 12 LEC dispone: «En cualquier momento del proceso, ambas partes podrán solicitar la suspensión del mismo de conformidad con lo previsto en el artículo 19.4, para someterse a mediación. También el Juez podrá en cualquier momento, de oficio o a petición de cualquiera de las partes, proponer una solución de mediación si, atendiendo a las circunstancias concurrentes, estima posible que lleguen a un acuerdo, sin que ello deba suponer un retraso injustificado del proceso. En tales casos, el Letrado de la Administración de Justicia acordará la suspensión por el tiempo necesario para tramitar la mediación. La Entidad Pública que tenga las funciones de protección del menor puede intervenir como mediadora si así se solicitase de oficio, por las partes o por el Ministerio Fiscal.*

que se habla de retraso indebido, por lo que su interpretación no debe venir únicamente por el hecho de que exista un retraso en el procedimiento, por ejemplo, en materia de sustracción internacional de menores atendiendo a lo establecido en el art. 24, que fija un plazo de seis semanas desde el inicio del procedimiento para resolver la restitución, sino que debe aportarse flexibilidad en la interpretación, porque con carácter general, el recurso a estos mecanismos puede suponer una dilatación del procedimiento, que se entiende asumida si se presume el éxito del mismo³⁹. Si bien el *Considerando 42* afirma que «[e]l hecho de que se recurra a medios alternativos de resolución de litigios no debe considerarse en sí mismo una circunstancia excepcional que autorice que se rebase el plazo. Sin embargo, durante el recurso a este tipo de medios o como consecuencia de ellos pueden surgir circunstancias excepcionales». En definitiva, el plazo de las seis semanas es preceptivo y es recomendable que la mediación se sustancie en este plazo, pero si se superara, debido a circunstancias excepcionales, que se consideraran asumibles por el éxito del proceso de mediación, y siempre que el juez no considere que el retraso ha sido indebido, puede flexibilizarse⁴⁰.

En cuanto a la inadecuación al caso particular, será el órgano jurisdiccional el que valore la situación para entender que no procede el recurso a la mediación. Un ejemplo, al que se refiere el propio *Considerando 43*, es que nos encontremos ante un caso de violencia contra la mujer, o, por extensión, haya casos de violencia frente a otros miembros de la familia o hacia el propio niño⁴¹. En este caso, el equilibrio entre las partes, uno de los princi-

La duración del procedimiento de mediación será lo más breve posible y sus actuaciones se concentrarán en el mínimo número de sesiones, sin que en ningún caso pueda la suspensión del proceso para mediación exceder del plazo legalmente previsto en este Capítulo.

El procedimiento judicial se reanudará si lo solicita cualquiera de las partes o, en caso de alcanzarse un acuerdo en la mediación, que deberá ser aprobado por el Juez teniendo en cuenta la normativa vigente y el interés superior del niño».

39. Se da por hecho que el recurso a estos mecanismos provocará cierto retraso, *vid.* A. BORRÁS RODRÍGUEZ, «Bruselas II, Bruselas II bis, Bruselas II ter...», *REEI* n.º. 38, 2019, p. 4; C. GONZÁLEZ BEILFUSS, «La sustracción de menores en el nuevo Reglamento 2019/1111», en S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, R. ARENAS GARCÍA y P.A. DE MIGUEL ASENSIO (eds.), *Relaciones transfronterizas, globalización y Derecho. Homenaje al Profesor Doctor José Carlos Fernández Rozas*, Civitas Thomson Reuters, 2020, p. 396.
40. M. GUZMÁN PECES, «El Reglamento (CE) 2019/1111: Principales novedades e interacción con el Convenio de La Haya de 1980 y de 1996», *CDT*, vol. 14, n.º. 2, 2022, pp. 1306-1307, lo considera de muy difícil puesta en práctica con el plazo preceptivo del art. 24.
41. *Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores Parte VI Artículo 13(1)(b)*, accesible en <https://assets.hcch.net/docs/6de308cc-a588-4154-acc0-bf8c15c51b12.pdf>, consultado el 21 de noviembre de 2023.

pios en que se inspira la mediación, no existiría, por lo que tampoco cabría recurrir a ella.

Finalmente, la referencia a que no sea procedente para el interés superior del menor, en realidad, supone dejar abierta la discrecionalidad para que el órgano jurisdiccional valore en cada caso su procedencia, frente a las otras dos excepciones más concretas y explícitas.

Un aspecto interesante al que también hace referencia el *Considerando* 43, es la posibilidad de que si en el curso de un proceso de restitución las partes llegan a un acuerdo, debería permitirse que el órgano jurisdiccional al que se haya recurrido con arreglo al CH 80 sea competente para dar efecto jurídico vinculante al acuerdo, ya sea incorporándolo a una resolución que lo apruebe o de otra forma prevista por la legislación del Estado nacional del que se trate. Y es que las partes pueden acordar la restitución o no restitución, así como cuestiones de responsabilidad parental, como los derechos de custodia y visita, el lugar de residencia al menor, etc. El órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen será competente para dar efecto jurídico vinculante al acuerdo, sobre la base del art. 7. El órgano jurisdiccional del Estado miembro de refugio podrá hacerlo si así lo eligen las partes de conformidad con el art. 10. Ambos órganos jurisdiccionales pueden incorporar el acuerdo de las partes en una resolución, aprobarlo o utilizar cualquier otra forma prevista en su legislación y procedimiento nacionales para dotar al acuerdo de ejecutividad⁴².

2. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LOS ACUERDOS ALCANZADOS EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PARENTAL Y SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

La otra novedad significativa incorporada por el R. 2019/1111 tiene que ver con la definición de «acuerdo» introducida en el art. 2.2.3:

«A efectos del capítulo IV se entenderá por acuerdo, un documento que no es un documento público, que ha sido firmado por las partes en materias que entran en el ámbito de aplicación del Reglamento y que ha sido registrado por una autoridad pública comunicada a la Comisión con este fin por un Estado miembro de conformidad con el artículo 103».

Así pues, el «acuerdo» se define por contraposición al documento público, pero también a la resolución judicial. Para que un acuerdo sea objeto de reconocimiento y ejecución debe contar con la firma de las partes y ser registrado por la autoridad competente designada al efecto. De esta

42. Guía práctica para la aplicación del Reglamento Bruselas II ter, loc. cit., p. 118.

manera, la intervención de la autoridad pública no se produce en la fase de celebración del acuerdo, sino posteriormente, durante su registro. Pero su intervención hace que no estemos ante meros acuerdos privados, que no se beneficiarán del sistema de reconocimiento y ejecución del Reglamento⁴³.

Hay que tener en cuenta, no obstante, que la definición de «resolución» incluye también los acuerdos (o transacciones judiciales) a que puedan llegar las partes tras un proceso de mediación y que sean aprobados por el órgano jurisdiccional después de haber examinado su fondo de conformidad con el Derecho y los procedimientos nacionales, así como los documentos públicos otorgados por autoridades públicas que dispongan de competencia, según los Derechos nacionales, en responsabilidad parental⁴⁴.

Aclara esta triple clasificación de las decisiones que pueden ser objeto de reconocimiento y ejecución el *Considerando 14*:

«Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, debe darse al término "órgano jurisdiccional" un sentido amplio, a fin de abarcar igualmente a las autoridades administrativas u otras autoridades, como los notarios, que tienen competencia en ciertas cuestiones en materia matrimonial y de responsabilidad parental. Todo acuerdo que apruebe el órgano jurisdiccional después de haber examinado su fondo de conformidad con el Derecho y los procedimientos nacionales debe ser reconocido o ejecutado como una "resolución". Cualquier otro acuerdo que adquiera efecto jurídico vinculante en el Estado miembro de origen tras la intervención formal de una autoridad pública o de otra autoridad comunicada por un Estado miembro a la Comisión para tal fin debe hacerse efectivo en los demás Estados miembros con arreglo a las disposiciones específicas del presente Reglamento sobre documentos públicos y acuerdos. El presente Reglamento no debe autorizar la libre circulación de acuerdos

43. M.³ A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, «Capítulo 14. La eficacia extraterritorial de documentos públicos y acuerdos», en B. CAMPUZANO DÍAZ, *Estudio del Reglamento (UE) 2019/1111 sobre crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, p. 269; C. GONZÁLEZ BEILFUSS, «Highlights on the Brussels II ter Regulation. What's new in Regulation (EU) n.º 2019/1111?», *YPIL*, vol. XXII, 2020-2021, pp. 99-100.

44. En este sentido, *vid.* STJUE (Gran Sala), de 15 de noviembre de 2022, asunto C-646/20, *Senatsverwaltung für Inneres und Sport* (ECLI:EU:C:2022:879), cuyo fallo establece: «El artículo 2, punto 4, del Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000, debe interpretarse, particularmente a efectos de la aplicación del artículo 21, apartado 1, de ese Reglamento, en el sentido de que el acta de divorcio extendida por un funcionario del registro civil de un Estado miembro que implica un acuerdo de divorcio entre los cónyuges y que estos, de conformidad con los requisitos establecidos por la normativa de ese Estado miembro, han ratificado ante dicho funcionario constituye una "resolución judicial" en el sentido del referido artículo 2, punto 4».

meramente privados. Sí debe autorizar, en cambio, la circulación de los acuerdos que no sean ni una resolución ni un documento público, pero que hayan sido registrados por una autoridad pública competente para hacerlo. Entre tales autoridades públicas pueden figurar los notarios que registren acuerdos, aun cuando estén ejerciendo una profesión liberal»⁴⁵.

De todo ello se deduce que hay dos vías para el reconocimiento y ejecución de los acuerdos adoptados en los procesos de mediación: 1) la equiparación a las resoluciones judiciales, si el citado acuerdo ha sido homologado por autoridad judicial o por otra autoridad pública que disponga de competencia en materia de responsabilidad parental, según el Derecho nacional, en cuyo caso, y según lo establecido en el art. 65 apartado segundo, se reconocerán y ejecutarán en otros Estados miembros sin que se requiera ninguna declaración de fuerza ejecutiva, aplicándose en consecuencia las secciones 1 y 3 del capítulo IV correspondiente al reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, o 2) por la vía del reconocimiento de los documentos públicos y los acuerdos, de la sección 4, siempre que hayan sido firmados por las partes y registrados por la autoridad competente para ello (art. 64)⁴⁶. Esta última vía implica que ya no será necesario recurrir a los notarios para protocolizar el acuerdo al que hayan llegado las partes, pues los acuerdos se beneficiarán del sistema de reconocimiento simplemente

45. El *Considerando 70* apostilla, por su parte, que «[l]os documentos públicos y los acuerdos entre partes en materia de responsabilidad parental que tengan fuerza ejecutiva en un Estado miembro deben asimilarse a "resoluciones" a efectos de la aplicación de las normas sobre reconocimiento y ejecución». Por su parte, la *Guía práctica para la aplicación del Reglamento Bruselas II ter*, loc. cit., p. 50, aclara: «Debe darse al término "órgano jurisdiccional" un sentido amplio, a fin de abarcar igualmente a las autoridades administrativas u otras autoridades, como los notarios, que tienen competencia en ciertas cuestiones en materia matrimonial y de responsabilidad parental. No obstante, la definición de "órgano jurisdiccional" no incluye a las "autoridades públicas" u "otras autoridades" que intervengan formalmente dotando a los documentos públicos de efecto jurídico vinculante o que registren acuerdos, como "notarios que registren acuerdos, aun cuando estén ejerciendo una profesión liberal". Estas autoridades administrativas u otras autoridades no pueden conocer de un litigio entre las partes con arreglo a su Derecho nacional, no se consideran órganos jurisdiccionales y sus actos no constituyen resoluciones. Sin embargo, estas autoridades podrán encargarse de la formalización o el registro de documentos públicos o acuerdos. La competencia específica de las autoridades administrativas u otras autoridades, como los notarios, depende del Derecho nacional. En algunos Estados miembros pueden actuar como órganos jurisdiccionales; en otros, como autoridad encargada de formalizar o registrar documentos públicos o acuerdos».

46. C. ESPLUGUES MOTA, «El Reglamento Bruselas II Ter y el recurso a los MACS en materia de responsabilidad parental y sustracción internacional de menores», *op. cit.*, pp. 164-166. Apunta M.^ª A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, «Capítulo 14. La eficacia extraterritorial de documentos públicos y acuerdos», *op. cit.*, p. 274, que esta diferenciación puede plantear problemas de calificación. E. GALLANT, «Le nouveau Règlement "Bruxelles II ter"», *AJ Famille*, 2019, pp. 401 y ss., en la misma línea, pone de relieve la excesiva complejidad del modelo introducido, frente a la simplificación y pedagogía que hubieran requerido.

con ser registrados por la autoridad designada como competente por cada Estado, aunque no se impide a las partes convertirlos en documentos públicos, si así lo desean.

A pesar de esta dualidad, es preciso aclarar que la mayor parte de los acuerdos a los que las partes lleguen en materia de responsabilidad parental habrán de ser homologados por los órganos jurisdiccionales. Así, por ejemplo, sucede en España, en que, pese a que los notarios pueden intervenir en los procesos de divorcio, no disponen de competencia en el caso de que existan hijos menores de edad (arts. 82.2 y 87 Código Civil)⁴⁷. La necesidad de respetar en todas las decisiones que afecten a los menores el principio del interés superior del menor exige que sea la autoridad judicial la que intervenga siempre en estos procesos, directamente, o, si hay acuerdo entre las partes a través de un proceso de mediación, visando y homologando los acuerdos alcanzados⁴⁸. Téngase en cuenta que la referencia que se realiza en el art. 25 R. 2019/1111 se hace siempre en el marco de procedimientos jurisdiccionales.

En todo caso, el Reglamento regula también la posibilidad de reconocimiento y ejecución de los acuerdos firmados por las partes y que hayan sido registrados por la autoridad pública competente. En este sentido, el órgano jurisdiccional o la autoridad competente del Estado miembro de origen comunicados a la Comisión expedirán, a instancia de parte, un certificado de documento público o acuerdo utilizando el Anexo IX, en que deberá constar un resumen de la obligación con fuerza ejecutiva que esté incluida

47. Vid. L. F. CARRILLO POZO, *Responsabilidad parental: un estudio de Derecho procesal civil internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 358; M. GONZÁLEZ MARIMÓN, *Menor y responsabilidad parental en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 366 y ss.; M. C. CHÉLIZ INGLÉS, *La sustracción internacional de menores y la mediación*, *op. cit.*, p. 186; C. ESPLUGUES MOTA, «El Reglamento Bruselas II Ter...», *op. cit.*, pp. 155-156.

48. Vid. STJUE de 6 de octubre de 2014, asunto C-404/14, *Matoušková* en la que el TJUE se pronunció sobre si la aprobación de un acuerdo de reparto sucesorio concluido por un tutor de menores por cuenta de éstos constituía una medida relativa al ejercicio de la responsabilidad parental o, más bien, una medida relativa a las sucesiones. El TJUE concluyó que se trata de una medida adoptada teniendo en cuenta la capacidad jurídica de un menor, que tiene por objeto proteger su interés superior. La necesidad de aprobación por autoridad judicial 27 es una consecuencia directa del estado y de la capacidad del menor y constituye una medida de protección del menor relacionada con la administración, la conservación o la disposición de sus bienes en el marco del ejercicio de la autoridad parental en el sentido del art. 1, aptdo. 1, letra b), y del art. 2, letra e), del Reglamento (CE) 2201/2003.

en el documento público o acuerdo. España ha comunicado que son autoridades competentes los Letrados de la Administración de Justicia⁴⁹.

El certificado se expide únicamente si se cumplen los requisitos siguientes (art. 66 apartados 2 y 3):

- El Estado miembro que haya facultado a la autoridad pública u otra autoridad para formalizar o registrar el documento público o para registrar el acuerdo debe tener competencia con arreglo al capítulo II del Reglamento (anexo IX, punto 2). Ha de tenerse en cuenta que las normas del capítulo II sólo vinculan a los órganos jurisdiccionales en el sentido explicitado en el art. 2.2.1), por lo que en este caso se aplican como una vía indirecta para el reconocimiento⁵⁰;
- El documento público o acuerdo tiene efecto jurídico vinculante en dicho Estado miembro (anexo IX, puntos 12.5 y 13.4 y *Considerando* 70);
- Si no existen indicios de que el contenido del documento público o acuerdo sea contrario al interés superior del menor.

El órgano jurisdiccional o la autoridad competente del Estado miembro de origen comunicado a la Comisión Europea en virtud del art. 103 podrá rectificar el certificado en caso de que, debido a un error material o a una omisión, haya discrepancias entre el documento público o acuerdo y el certificado, previa solicitud o de oficio (art. 67, apartado 1). Los mismos órganos jurisdiccionales o la misma autoridad competente podrán revocar, previa solicitud o de oficio, el certificado cuando se haya expedido de manera indebida, habida cuenta de los requisitos establecidos en el art. 66. En caso de revocación, no se expedirá ningún certificado superior específico. El procedimiento de rectificación o de revocación del certificado, incluido cualquier recurso relativo a estos, se regula por el Derecho del Estado miembro de origen.

49. Vid. https://e-justice.europa.eu/37842/ES/brussels_iib_regulation__matrimonial_matters_and_matters_of_parental_responsibility_recast_?SPAIN&member=1, consultado el 22 de noviembre de 2023.

50. C. HONORATI y S. BERNASCONI, «L'efficacia cross-border degli accordi stragiudiziali in materia familiare tra I Regolamenti Bruxelles II-bis e Bruxelles II-ter», *Rivista trimestrale on line sullo Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*, nº. 2, 2020, p. 44; M.ªA. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, «Capítulo 14. La eficacia extraterritorial de documentos públicos y acuerdos», *op. cit.*, p. 276. A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, «Eficacia de los acuerdos resultantes de la mediación internacional», *REDI*, vol. 75, nº 1, 2023, pp. 19 y ss., esp. p. 32, considera que este control no debería exigirse para ni para los documentos públicos ni para los acuerdos que no son sustitutivos de una resolución judicial.

Toda persona que desee invocar o ejecutar en un Estado miembro un documento público o un acuerdo de otro Estado miembro deberá presentar una copia autenticada del documento público o acuerdo y el certificado expedido conforme a lo dispuesto en el anexo IX en materia de responsabilidad parental.

En virtud de lo dispuesto en el art. 68 apartados 2 y 3, el reconocimiento o la ejecución de un documento público o acuerdo podrá denegarse:

- a) si el reconocimiento fuere manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro en el que se invoca el reconocimiento, teniendo en cuenta el interés superior del menor;
- b) a petición de cualquier persona que alegue que el documento público o el acuerdo infringe su responsabilidad parental, si el documento público se hubiere formalizado o registrado, o el acuerdo se hubiere celebrado y registrado, sin la participación de dicha persona;
- c) si fuere irreconciliable, y en la medida en que lo fuere, con una resolución, un documento público o un acuerdo posterior en materia de responsabilidad parental dictado en el Estado miembro en el que se invoca el reconocimiento o se solicita la ejecución;
- d) si fuere irreconciliable, y en la medida en que lo fuere, con una resolución, un documento público o un acuerdo posterior en materia de responsabilidad parental dictado en otro Estado miembro o en el Estado no miembro de residencia habitual del menor, siempre y cuando la resolución, el documento público o el acuerdo posterior reúna las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado miembro en que se invoca el reconocimiento o se solicita la ejecución.

Además, podrá denegarse el reconocimiento o la ejecución de un documento público o de un acuerdo en materia de responsabilidad parental si el documento público se hubiere formalizado o registrado, o el acuerdo se hubiere registrado, sin haber dado al menor capaz de formarse sus propios juicios la posibilidad de expresar su opinión⁵¹.

51. Cuestión que se desarrolla en el *Considerando 71*: «Aunque la obligación de dar al menor la oportunidad de expresar su opinión con arreglo al presente Reglamento no debe aplicarse a los documentos públicos y los acuerdos, el derecho del menor a expresar su opinión sigue siendo de aplicación de conformidad con el artículo 24 de la Carta y a la luz del artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño conforme a su aplicación con

En relación con esta cuestión, el propio certificado emitido al amparo del art. 66.1.b), incorpora un apartado 10 en el que informa del hecho de si el menor al que se refiere el documento público o acuerdo ha sido efectivamente capaz de formarse su propio juicio, requiriendo, si así fuese, información sobre si se ha dado al menor la posibilidad real y efectiva de expresar su opinión (apartado 11).

Es evidente que los derechos e intereses del menor deben ser protegidos tanto en procedimientos judiciales como en aquellos de mediación y esto se extiende al derecho del menor a ser escuchado. Sin embargo, respecto a lo anterior existen importantes diferencias entre un tipo de procedimiento y otro, ya que tanto la decisión de incluir la opinión del menor, como la forma de hacerlo y el valor que a la misma se va a otorgar dependerá de la voluntad de las partes en conflicto y no del mediador, que solamente tendrá facultades de recomendación, de tal forma que su labor debe limitarse a procurar el acercamiento de las posturas de los progenitores instándoles a alcanzar una solución al problema en atención al interés del menor.

Por ello, parece que este motivo de denegación se aplicará de manera más flexible que en el caso de las resoluciones. O, dicho de otra manera, el órgano jurisdiccional que conoce de la solicitud de denegación dispondrá de un margen de actuación más amplio con respecto a la posibilidad de tener en cuenta este motivo.

Finalmente, una cuestión muy relevante a tener en cuenta es que este sistema se aplica solo para los acuerdos en materia de responsabilidad parental, lo que va a reproducir en buena medida la fragmentación del modelo europeo utilizando diferentes textos para cada una de las cuestiones tratadas⁵². Ello pone de relieve, una vez más, la necesidad de dotar de coherencia al sistema de Derecho Internacional Privado europeo de familia pues, como es lógico, la responsabilidad parental es una derivada más, muy importante, por supuesto, de una crisis matrimonial o de pareja, pero puede que en ese pacto también se integren cuestiones como alimentos, uso de la vivienda habitual, o directamente se negocie también la disolución y liquidación del régimen económico de la pareja. Los distintos textos normativos

arreglo a la legislación y el procedimiento nacionales. El hecho de que no se haya dado al menor la oportunidad de expresar su opinión no debe constituir automáticamente un motivo de denegación del reconocimiento y la ejecución de documentos públicos y acuerdos en materia de responsabilidad parental».

52. Vid. M. C. CHELIZ INGLÉS, «La ejecución de los acuerdos resultantes de mediación familiar: el conflicto de los "package agreements" en materia de sustracción internacional de menores», en C. AZCÁRRAGA MONZONÍS y P. QUINZÁ REDONDO, *Tratado de Mediación. Tomo III., op. cit.*, pp. 43-66; C. ESPLUGUES MOTA, «El Reglamento Bruselas II Ter...», *op. cit.*, p. 160.

que regulan cada una de estas materias no disponen de reglas idénticas para dotar de eficacia a los acuerdos, y, en algunos de ellos, como hemos ya manifestado, se carece por completo de las mismas. Por lo tanto, una clarificación sobre esta cuestión se hace necesaria, pues de lo contrario, lo avanzado por el R. 2019/1111 encontrará un freno en los otros instrumentos europeos.

V Parte
Las relaciones con terceros países

Cooperación judicial internacional en materia matrimonial y de responsabilidad parental con el Reino Unido y Gibraltar después del *Brexit*

MIGUEL CHECA MARTÍNEZ
Prof. Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de Cádiz

SUMARIO: I. EL ACUERDO DE RETIRADA DEL REINO UNIDO DE LA UE: DISPOSICIONES TRANSITORIAS EN MATERIA DE COOPERACIÓN JUDICIAL CIVIL. II. INEXISTENCIA DE UN NUEVO MODELO BILATERAL DE COOPERACIÓN JUDICIAL CIVIL INTERNACIONAL ENTRE LA UE Y EL REINO UNIDO. III. LAS SOLUCIONES UNILATERALES DEL REINO UNIDO: LA DEROGACIÓN DE LOS REGLAMENTOS DE DIPR DE LA UE Y LA APROBACIÓN DE NUEVA LEGISLACIÓN DERIVADA DE LA EUROPEAN UNION (WITHDRAWAL ACT) 2018. 1. *Las derogaciones de instrumentos de la UE en el ámbito de familia.* 2. *Las nuevas reglas sobre competencia judicial internacional en materia de divorcio.* IV. LAS SOLUCIONES MULTILATERALES EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DE FAMILIA: LOS INSTRUMENTOS DE COOPERACIÓN A TRAVÉS DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA DE DIPR. 1. *Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de menores y Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores.* 2. *Convenio de La Haya de 2007 sobre cobro de alimentos.* V. LA SITUACIÓN DE GIBRALTAR. 1. *El protocolo sobre Gibraltar.* 2. *Hacia un nuevo modelo de relación de la UE con Gibraltar.* 3. *Los Convenios de la Conferencia de la Haya de DIPr en materia de familia aplicables en Gibraltar.* 4. *La pervivencia provisional de los instrumentos europeos de DIPr como Retained Legislation.* 5. *Las reformas del*

sistema de cooperación judicial internacional de Gibraltar en materia civil. VI. CONCLUSIONES.

I. EL ACUERDO DE RETIRADA DEL REINO UNIDO DE LA UE: DISPOSICIONES TRANSITORIAS EN MATERIA DE COOPERACIÓN JUDICIAL CIVIL

El Acuerdo sobre la Retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la UE entró en vigor el 1 de febrero de 2020¹. El período transitorio general previsto por el art. 126 del Acuerdo de Retirada finalizó el 31 de diciembre de 2020.

El Acuerdo de Retirada contiene un Título (el Sexto) dedicado a la Cooperación judicial en curso en materia civil y mercantil (arts. 66 a 69) que añadía disposiciones transitorias específicas aplicables a partir del 1 de enero de 2021 y que serían de gran relevancia práctica pues se trataba esencialmente de cubrir situaciones judiciales que tuvieron comienzo antes del fin del período transitorio y que, por tanto, a su finalización deberían seguir cubiertas por los Reglamentos europeos de DIPr, pese a no estar ya en vigor en relación con el Reino Unido, y que son de relevancia práctica puesto que, según el momento de iniciación del procedimiento judicial, alguno de sus efectos aún perdura. Se trata esencialmente de cubrir situaciones judiciales que tuvieron comienzo antes del fin del período transitorio y, por tanto, a su finalización deben seguir cubiertas por los Reglamentos europeos de DIPr, pese a no estar ya en vigor en relación con el Reino Unido.

En materia de competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y otras cuestiones de cooperación entre autoridades centrales, el art. 67 del Acuerdo de Retirada establece que en el Reino Unido, y en los Estados miembros en las situaciones que incumbran al Reino Unido, respecto de los procesos judiciales incoados antes del final del período transitorio y respecto de los procesos o acciones que tengan relación con tales procesos judiciales con arreglo a los arts. 29, 30 y 31 del R. 1215/2012, el art. 19 del R. 2201/2003 o los arts. 12 y 13 del R. 4/2009, seguirán siendo de aplicación las normas de competencia judicial internacional y las normas sobre litispendencia y conexidad contenidas en los respectivos Reglamentos. La aplicación transitoria de las reglas de litispendencia incluye la primacía que

1. DOUE núm. L 29, 31.1.2020. Desde la perspectiva del sistema jurídico inglés la legislación aplicable es la *European Union (Withdrawal Agreement) Act 2020* (P. R. POLACK, «The Road to Brexit: Ten UK Procedures towards Leaving the EU», *Cuadernos de Gibraltar-Gibraltar Reports* (2018-2019) pp. 1 y ss.

el art. 32.1 R. 1215/2012 otorga a los acuerdos de elección de foro en las situaciones de procesos paralelos.

En materia de reconocimiento y ejecución de decisiones, en

el Reino Unido, y en los Estados miembros en las situaciones que incumban al Reino Unido, el art. 67.2 establece que, respecto del régimen de reconocimiento y la ejecución de resoluciones, se estará al momento de la incoación del procedimiento, usualmente en la fecha de la presentación de la demanda, que habrá debido ser anterior a la finalización del período transitorio, y no a la fecha de la adopción de la resolución judicial, que podrá ser posterior a la finalización de dicho período y beneficiarse del régimen de reconocimiento y ejecución previsto en los instrumentos de DIPr de la UE; sin embargo, en relación con los documentos públicos, acuerdos y transacciones judiciales se estará a su fecha de formalización, aprobación o registro, según corresponda. En este sentido, el R. 2201/2003 se aplicará al reconocimiento y la ejecución de las resoluciones dictadas en procesos judiciales incoados antes del final del período transitorio, a los documentos públicos con fuerza ejecutiva formalizados o registrados y a los acuerdos celebrados antes del final del período transitorio. Por su parte, el art. 67.3 establece adicionalmente que: a) el capítulo IV del R. 2201/2003 se aplicará a las solicitudes y demandas recibidas por la autoridad central o cualquier otra autoridad competente del Estado requerido antes del final del período transitorio.

II. INEXISTENCIA DE UN NUEVO MODELO BILATERAL DE COOPERACIÓN JUDICIAL CIVIL INTERNACIONAL ENTRE LA UE Y EL REINO UNIDO

Si con el Acuerdo de Retirada se consiguió evitar un *Brexit* caótico o desordenado (*wild Brexit*), la situación resultante tampoco fue la de un *soft Brexit*, sino un *hard Brexit* ante la existencia de un nuevo modelo de relaciones limitado a un Acuerdo de Comercio y Cooperación, firmado el 30 de diciembre de 2020, que se aplicó provisionalmente desde el 1 de enero de 2021, y entró en vigor el 1 de mayo de 2021. El Acuerdo supuso el resultado de la difícil conciliación entre la posición británica (el Gobierno del Reino Unido había insistido en alcanzar únicamente un acuerdo de libre comercio) y, por el contrario, la posición de la UE que defendió un modelo de acuerdo más ambicioso de libre comercio, sin aranceles ni cuotas, pero donde las regulaciones a ambos lados del Canal deberían estar alineadas en múltiples ámbitos regulatorios (fiscal, social, medioambiental, etc.).

El Reino Unido había expresado en momentos anteriores su interés en establecer, tras su salida, un marco de relaciones con la Unión que incluyese un régimen de cooperación de amplio alcance, mediante un acuerdo tan completo y efectivo como resultase posible, en materia de competencia judicial internacional, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de resoluciones, en línea con los principios contenidos en los instrumentos de la Unión en este ámbito en los que participaba². Es decir, la voluntad de salvar el acervo del Derecho de la UE en este ámbito, pero a través de un nuevo cauce de aplicación que sería el de un acuerdo bilateral dentro del nuevo marco de relaciones con la UE³. La propuesta británica no sólo era relativa al ámbito de familia, un ámbito material en que la propia UE expresó su voluntad de cooperación estrecha, sino también relativa a la protección de consumidores y trabajadores, así como en general en materia civil y mercantil por su importancia para negocios y empresas, incluyendo las reglas actuales en materia de insolvencia. Por el contrario, la posición negociadora inicial de la Comisión europea sobre cooperación civil fue mucho más escueta y sobre todo centrada únicamente en las reglas transitorias de aplicación de los distintos instrumentos europeos una vez se hubiese producido la salida del Reino Unido en el momento de finalización del período transitorio⁴.

La Declaración Política en la que la UE y el Reino Unido exponían el marco de sus relaciones futuras⁵, texto que acompaña al Acuerdo de Retirada, dejaba claro que la prioridad para la Unión Europea es la cooperación judicial en materia penal (apartados 80 a 89 de la Declaración, en particular aptdo. 88). Por el contrario, la cooperación judicial en materia civil sólo es mencionada de forma parcial y además no de forma autónoma, sino tangencialmente por su relación con la movilidad de las personas. Así, el aptdo. 55 establece que las partes «confirman su compromiso con la aplicación efectiva de los instrumentos jurídicos existentes en materia de Derecho de familia en los que sean Partes; la Unión toma nota de la intención del Reino Unido de adherirse al Convenio de La Haya de 2007 sobre obligaciones alimenticias por el que actualmente se encuentra vinculado debido a su

2. HM GOVERNMENT, *Providing a cross-border civil judicial cooperation framework: A future partnership paper*, Agosto 2017; *idem*, *Framework for the UK-EU partnership: Civil Judicial Cooperation*, junio 2018; *idem*, *The future relationship between the United Kingdom and the European Union*, julio 2018.
3. Z. S. TANG, «Future Partnership in EU-UK Cross-Border Civil Judicial Cooperation European», *European Foreign Affairs Review*, 2018, pp. 565 y ss.; *idem*, «UK-EU Civil Judicial Cooperation after Brexit: Five Models», *European Law Review*, 2018, pp. 648 y ss.
4. *Position paper on Judicial Cooperation in Civil and Commercial matters*, 17 Julio 2017.
5. DOUE núm. C 34, de 31 de enero de 2020.

pertenencia a la Unión» y el aptdo. 56 añade que las partes «estudiarán las posibilidades de cooperación judicial en asuntos matrimoniales, cuestiones de responsabilidad parental y otros temas conexos». Es decir, se preveía el mantenimiento de los instrumentos de DIPr de la UE en materia de Derecho de familia vigentes en el Reino Unido, que no son muchos, pero resultan de gran importancia, a saber, sólo el R. 2201/2003 sobre materia matrimonial y responsabilidad parental y el R. 4/2009 sobre obligaciones de alimentos, con el añadido de la futura ratificación por el Reino Unido del Convenio de La Haya de 2007⁶.

Sin embargo, la cooperación judicial internacional en materia civil no aparecía mencionada en las Directrices para la negociación que fueron presentadas por la Comisión el 3 de febrero de 2020 para su aprobación por el Consejo en la forma de Recomendación⁷. La cooperación judicial en materia penal sí aparece entre los objetivos negociadores, pero la cooperación judicial en materia civil no era mencionada ni siquiera de forma accesoria a las negociaciones en materia de movilidad de las personas físicas. En cuanto al mandato negociador británico, hecho también público en febrero, sí proponía un acuerdo en materia de cooperación judicial en materia civil pero no se correspondía con la pervivencia de instrumentos de la UE, sino que se proponía, por el contrario, seguir avanzando mediante, por una parte, instrumentos multilaterales de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado y, de otro lado, mediante la adhesión del Reino Unido como parte contratante independiente al Convenio de Lugano de 2007⁸.

6. S. ALVAREZ GONZALEZ, «Persona y familia en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia tras el *Brexit*», *La Ley Unión Europea*, n.º. 63, 31 de octubre de 2018; G. SMITH, D. HODSON, V. LE GRICE, «Brexit and international family law: a pragmatic approach to divorce and maintenance», *Family Law*, 2018, pp. 1554 y ss. N. LOWE, «Some reflections on the options for dealing with international family law following *Brexit*», *Family Law*, 2017, pp. 399 y ss.; *idem*, «What are the implications of the *Brexit* vote for the law on international child abduction», *Child and Family Law Quarterly*, 2017, pp. 253 y ss.; A. DUTTA, «*Brexit* and international family law from a continental perspective», *Child and Family Law Quarterly*, 2017, pp. 199 y ss.; P. BEAUMONT, «Private international law concerning children in the UK after *Brexit*: comparing Hague Treaty law with EU Regulations», *Child and Family Law Quarterly*, 2017, pp. 213-232; R. LAMONT, «Not a European Family: Implications of *Brexit* for International Family Law», *Child and Family Law Quarterly*, 2017, pp. 267 y ss.

7. COM (2020) 35 final.

8. Las directrices del mandato negociador británico se encuentran en el documento titulado «*The Future Relationship with the EU: the UK's approach to negotiations*», 27 febrero 2020, y, sin mencionar explícitamente a Gibraltar, mantiene expresamente que el Reino Unido negocia «*on behalf of all the territories for whose international relations the UK is responsible*». Esta directriz negociadora del Reino Unido no se opone a la de la Comisión, que no exige negociaciones separadas sino a un acuerdo separado en relación con Gibraltar con el acuerdo previo de España.

El resultado final en el Acuerdo de Cooperación y Comercio de 24 de diciembre de 2020 es la ausencia de referencias a la cooperación judicial internacional en materia civil⁹. Por lo que se refiere a las dos líneas avanzadas por el negociador británico, la primera, es decir, la ratificación o adhesión del Reino Unido a Convenios de La Haya sí ha producido resultados a partir de la fecha de finalización del período transitorio¹⁰. Por el contrario, la propuesta relativa a la adhesión del Reino Unido al Convenio de Lugano de 2007 se ha encontrado con un claro rechazo de la Comisión europea, seguido por el resto de las instituciones europeas.

III. LAS SOLUCIONES UNILATERALES DEL REINO UNIDO: LA DEROGACIÓN DE LOS REGLAMENTOS DE DIPR DE LA UE Y LA APROBACIÓN DE NUEVA LEGISLACIÓN DERIVADA DE LA EUROPEAN UNION (*WITHDRAWAL ACT*) 2018

1. LAS DEROGACIONES DE INSTRUMENTOS DE LA UE EN EL ÁMBITO DE FAMILIA

Las dificultades para llegar a acuerdos en materia de cooperación judicial civil internacional en un nuevo marco de relaciones con la UE pronto llevaron al legislador británico a prever un horizonte unilateral de soluciones. En consecuencia, el Gobierno del Reino Unido, haciendo uso de los poderes delegados que le confiere la *European Union (Withdrawal Act)* 2018, aprobó como legislación delegada (*statutory instruments*) una serie de Reglamentos (*EU Exit Regulations*) sobre cuestiones de cooperación judicial civil, con eficacia prevista para el final del período transitorio, establecido finalmente para el 31 de diciembre de 2020 por la *European Union (Withdrawal Agreement) Act* 2020¹¹. En este sentido, el legislador británico previó, ante la

9. DOUE núm. L 144, de 31 de diciembre de 2020. A. PASTOR PALOMAR, *Acuerdo de Comercio y Cooperación de la UE y Euratom con el Reino Unido*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022; C. OTERO GARCIA-CASTRILLON, *Acuerdo de comercio y cooperación entre la Unión Europea y el Reino Unido*, Tirant Lo Blanch Valencia, 2022; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, «Goodbye Britain: Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la Unión Europea y el Reino Unido», *La Ley Unión Europea*, n.º. 88, enero 2021; P ECKHOUT, «Brexit after the negotiation of the Trade and Cooperation Agreement: who takes back control of what?», *RDCE*, n.º. 68, 2021, pp. 11-22.

10. La Conferencia de La Haya y sus convenios han asumido una nueva función en el DIPr del Reino Unido como medio para, al menos parcialmente, paliar las consecuencias de algunas de las carencias que ha provocado el *Brexit* (vid. H. VAN LOON, «Le Brexit et les conventions de La Haye», *RCDIP*, 2019, pp. 353 y ss.).

11. Sobre el proceso de creación de legislación primaria (*European Union Withdrawal Act* 2018) y legislación delegada en forma de *EU Exit Regulations*, así como la naturaleza y régimen de interpretación futura de la legislación retenida vid. M. AHMED, *Brexit and the Future of Private International Law in English Courts*, OUP Oxford, 2022, pp. 18 y ss.

falta de previsibles acuerdos, un *hard brexit* en el área de la cooperación judicial civil mediante la transposición o incorporación, reforma y, en su caso, derogación, de aquellas disposiciones contenidas en los Reglamentos de la UE sobre cooperación judicial civil que, de otro modo, seguirían formalmente en vigor de manera inalterada por el efecto inercial o de conservación de vigencia de la legislación europea (*retained EU legislation*) que produce la *European Union (Withdrawal) Act 2018*, — conocida también como la *Great Repeal Bill* por haber sido propuesta inicialmente con este título¹².

La consecuencia en el ámbito del DIPr de familia ha sido la derogación de los R. 2201/2003 y R. 4/2009¹³. Este es el aspecto donde las consecuencias del *Brexit* pueden ser más sentidas por el ciudadano tanto británico como de la UE. Si las empresas podrán superar las consecuencias del *Brexit* mediante los Convenios de La Conferencia de La Haya (Convenio sobre acuerdos de elección de foro de 2005 que ya es aplicable desde 1 de enero de 2021 y Convenio universal de exequátur de 2019, aplicable en un cercano futuro), por el contrario, en los aspectos que más tenían que ver con la circulación de personas (familia, obligaciones alimenticias, etc.) no hay previsión de instrumentos futuros (sólo la adhesión ya realizada a los Convenios de La Haya sobre protección de menores de 1996 y cobro de alimentos de 2007); pero en particular sobre el reconocimiento recíproco de decisiones de divorcio no hay ninguna previsión futura.

2. LAS NUEVAS REGLAS SOBRE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN MATERIA DE DIVORCIO

El legislador británico del *Brexit* (*Jurisdiction and Judgments (Family) (Amendment etc.) (EU Exit) Regulations 2019*) ha reproducido lo esencial de los criterios de competencia judicial internacional del R. 2201/2003 en el art. 5 de la *Domicile and Matrimonial Proceedings Act 1973*¹⁴. En particular, en lo relativo al divorcio y la separación judicial, se ha previsto la determinación de la jurisdicción internacional de manera paralela a lo previsto por el art. 3 del R. 2201/2003 (actual art. 3 R. 2019/1111, Bruselas II ter que ha sustituido al anterior el 1 de agosto de 2022), pero añadiendo expresamente el foro del domicilio de cualquiera de las partes (*«either of the parties to the marriage is domiciled in England and Wales»*), que antes para los tribunales ingleses resultaba adicional sólo en casos de competencia residual (art. 7 R.

12. M. GERNERT, «Harter *Brexit* und IPR — Vorbereitende Papiere für einen unregulierten Austritt des Vereinigten Königreich», *IPRax*, 2019, pp. 365-369.

13. *Jurisdiction, Judgments and Applicable Law (Amendment) (EU Exit) Regulations 2020*.

14. La *Civil Partnership and Marriage (Same Sex Couples) (Jurisdiction and Judgments) (Amendment etc.) (EU Exit) Regulations 2019* establece las mismas reglas en relación con el divorcio de matrimonios del mismo sexo y la disolución de uniones civiles.

2201/2003, actual art. 6 R. 2019/1111); es decir, el criterio del *sole domicile of either party to the marriage* sólo había venido siendo aplicable cuando ningún otro EM de la UE tenía jurisdicción de conformidad con lo previsto en el art. 3 del R. 2201/2003 y ahora resulta de aplicación general.

Así, la lista de foros que dan competencia en materia de divorcio y separación judicial a los tribunales ingleses en la *Domicile and Matrimonial Proceedings Act 1973* resulta ahora ser la siguiente: « a) both parties to the marriage are habitually resident in England and Wales; b) both parties to the marriage were last habitually resident in England and Wales and one of them continues to reside there; c) the respondent is habitually resident in England and Wales; d) the applicant is habitually resident in England and Wales and has resided there for at least one year immediately before the application was made; e) the applicant is domiciled and habitually resident in England and Wales and has resided there for at least six months immediately before the application was made; f) both parties to the marriage are domiciled in England and Wales; or g) either of the parties to the marriage is domiciled in England and Wales».

En el caso de las peticiones de nulidad matrimonial el último de los criterios pasa a ser: «either of the parties to the marriage: i) is domiciled in England and Wales; or ii) died before the application was made and either was at death domiciled in England and Wales or had been habitually resident in England and Wales throughout the period of one year ending with the date of death».

Como es bien conocido, en el R. 2201/2003 y R. 2019/1111, el criterio del *domicile* reemplaza a la nacionalidad en el caso de Reino Unido e Irlanda teniendo el significado que se le atribuye en esos Estados (art. 2.3 Reglamento 2019/1111), de manera que el concepto debe ser unívoco en el resto de Estados miembros con referencia al concepto existente en Reino Unido o Irlanda, nunca conforme al Derecho propio de cada uno de los Estados miembros. Al no ser el Reino Unido un Estado miembro, la aplicación de esta previsión en el art. 2.3 del Reglamento queda ahora reducida al caso de Irlanda¹⁵.

El concepto de «*domicile*» es sumamente estable en relación con la vida de la persona y, en ningún caso, puede ser identificado con el domicilio o residencia habitual como criterio jurisdiccional en los Estados miembros. El

15. M. WILDERSPIN, *European Private International Law. The Brussels Iib Regulation*, Oxford, OUP, 2023, p. 81; G. PALAO MORENO, *El nuevo marco europeo en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción de menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 81-83.

domicile of origin de la persona es difícilmente trasladable a otro lugar (*domicile of choice*) porque se requiere ánimo de permanencia indefinido en el lugar del nuevo domicilio de elección y exclusión de voluntad de retorno al lugar del domicilio de origen (*animus manendi et non revertendi*); además, si tras adquirirse un nuevo *domicile of choice* se cambia de residencia habitual a otro país, el domicilio de origen revive hasta que no se adquiere otro *domicile of choice*¹⁶.

Con las anteriores reglas es fácil concluir que en numerosos supuestos la jurisdicción de los tribunales ingleses podrá estar fundamentada únicamente en el domicilio de uno de los cónyuges, incluso no residiendo habitualmente en el Reino Unido, por lo que se tratará de un auténtico supuesto de *forum actoris* o privilegio jurisdiccional para el demandante de origen inglés, quien con independencia de otras circunstancias pero en particular del lugar de su residencia habitual, podrá traer ante los tribunales ingleses su divorcio, pudiendo reproducirse aquí, pero ahora agravado, cuanto en relación con los fenómenos de la carrera hacia los tribunales (a fin de generar litispendencia) y *forum shopping* (ligado a la búsqueda de un mayor *financial relief* o más favorable división de la propiedad matrimonial) ya se había dicho a propósito de la aplicación del R. 2201/2003.

Otra reforma de las reglas de jurisdicción se refiere al plazo previo de residencia (seis meses o un año, según el caso) del cónyuge demandante que ahora no necesita ser «habitual» durante todo ese período de tiempo, siguiendo la jurisprudencia *Marinos v. Marinos* de 2007 de la *High Court*, sino sólo en el momento de la presentación de la demanda (en contraposición a la interpretación dada por la posterior Sentencia del TJUE IB v. FA, C-289/20, 25 de noviembre de 2021).

La reforma no se acompaña de normas sobre litispendencia, quedando derogadas las contenidas en el R. 2201/2003, de manera que las situaciones de procesos paralelos de divorcio podrán producirse con más facilidad en el futuro, decidiendo los tribunales ingleses, no conforme a la anterior regla temporal de inicio del procedimiento del R. 2201/2003, sino conforme a sus reglas tradicionales sobre el foro de la conexión más estrecha (*most appropriate forum*) y la doctrina del *forum non conveniens*¹⁷.

16. WILDERSPIN, M., *op. cit.*, pp. 82-83.

17. P. BEAUMONT, «Interaction of the Brussels IIa and Maintenance Regulations with (Possible) Litigation in Non-EU States: Including Brexit Implications», en I. VIAL-RENGO, F. VILLATA, *Planning the Future of Cross Border Families. A Path Through Coordination*, Hart, Oxford, 2020, pp. 336-339; J. CARRUTHERS, «Your Place or Mine? Jurisdiction in Matrimonial and Related Proceedings — A Scottish Perspective», en M. V. CUARTERO RUBIO, *La vida familiar internacional en una Europa compleja: cuestiones abiertas y problemas de la práctica*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 207 y ss.

El reconocimiento de los divorcios obtenidos en el extranjero pasaría a estar regulado, cuando así sea posible, por el Convenio de La Haya de 1970 sobre el reconocimiento de divorcios y de separaciones legales, incorporado al ordenamiento del RU por la *Family Law Act 1986* y que se encuentra en vigor con otros doce Estados miembros de la UE (Chipre, República Checa, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Polonia, Portugal, Eslovaquia y Suecia); en el resto de Estados miembros el reconocimiento de las decisiones judiciales inglesas de divorcio deberá realizarse según las condiciones, procedimientos y plazos previstos por las normas nacionales de DIPr y, en el sentido inverso, las decisiones judiciales de divorcio de los EEMM de la UE que no participan del Convenio de La Haya, como es el caso de España, serán reconocidas en el Reino Unido de conformidad con lo aplicable hasta ahora a las decisiones de terceros Estados¹⁸.

Téngase en cuenta además que los tribunales ingleses (*Agbaje v. Agbaje* 2010) han entendido siempre revisable el fondo de decisiones extranjeras de divorcio (*overseas divorces*) en lo que se refiere a los *financial remedies* otorgados al cónyuge acreedor, de conformidad con lo previsto en el art. 15 de la *Matrimonial and Family Proceedings Act 1984* sobre jurisdicción de los tribunales ingleses basada en el «domicile» o la residencia habitual de cualquiera de los cónyuges en Inglaterra en casos de petición de «*variation of foreign divorce settlements*», de modo que el tribunal inglés puede dictar una nueva orden como si el proceso tuviera lugar por primera vez en Inglaterra¹⁹.

-
18. En el caso español las previstas en los arts. 41-61 de la LCJIMC, con un régimen flexible de condiciones, pero estableciendo un procedimiento judicial de naturaleza contenciosa cuya duración temporal puede ser considerable. Si bien, existe un reconocimiento incidental a efectos únicamente de estado civil en el Registro civil de acuerdo con el art. 96 Ley 20/2011 del Registro Civil, en vigor desde el 30 de abril de 2021.
19. Los criterios jurisdiccionales son los siguientes: «The court shall have jurisdiction to entertain an application for an order for financial relief if any of the following jurisdictional requirements are satisfied, that is to say— (a) either of the parties to the marriage was domiciled in England and Wales on the date of the application for leave under section 13 above or was so domiciled on the date on which the divorce, annulment or legal separation obtained in the overseas country took effect in that country; or (b) either of the parties to the marriage was habitually resident in England and Wales throughout the period of one year ending with the date of the application for leave or was so resident throughout the period of one year ending with the date on which the divorce, annulment or legal separation obtained in the overseas country took effect in that country; or (c) either or both of the parties to the marriage had at the date of the application for leave a beneficial interest in possession in a dwelling-house situated in England or Wales which was at some time during the marriage a matrimonial home of the parties to the marriage.»

IV. LAS SOLUCIONES MULTILATERALES EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DE FAMILIA: LOS INSTRUMENTOS DE COOPERACIÓN A TRAVÉS DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA DE DIPR

1. CONVENIO DE LA HAYA DE 1996 SOBRE PROTECCIÓN DE MENORES Y CONVENIO DE LA HAYA DE 1980 SOBRE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

En materia de responsabilidad parental será aplicable el Convenio de La Haya de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, ratificado ahora en nombre propio por el RU con efectos desde el final del período transitorio, así como el Convenio de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, en lugar de lo previsto en el R. 2201/2003.

La explicación para la más reciente adhesión del Reino Unido al CH 96 resulta más compleja. Este Convenio ya fue ratificado por el Reino Unido el 27 de julio de 2012 y entró en vigor el 1 de noviembre de 2012, por lo que el Reino Unido está directamente obligado y el Convenio es claramente aplicable en el Reino Unido incluso después del día efectivo del *Brexit*, al final del período transitorio. La explicación puede residir en dos factores: a) el hecho de que la UE autorizó a sus Estados miembros en ese momento, incluido el Reino Unido, a firmar y ratificar el CH 96 porque la UE tenía competencia en relación con algunas de sus disposiciones, pero no podía convertirse ella misma en parte contratante; b) existe un cierto solapamiento entre este Convenio y el R. 2201/2003: en este sentido, el fin de la aplicación del R. 2201/2003 en materia de responsabilidad parental como resultado del *Brexit* queda así mitigado de manera visible por la incorporación al CH 96.

El Convenio regulará la competencia de autoridades, también las judiciales, en materia de responsabilidad parental (arts. 5-14) en el Reino Unido, si bien en casos de divorcio la jurisdicción sobre el menor puede quedar regida, en virtud de la regla de la accesoriadad del art. 10 del CH 96, por las reglas que determinan la competencia en materia de divorcio en el Reino Unido, siempre que el menor resida en otro Estado contratante²⁰.

Para la determinación de la competencia de los tribunales españoles en la materia, téngase en cuenta que el R. 2019/1111 (Reglamento Bruselas II ter) prevalece si el menor tiene su residencia habitual en un EM de la UE.

20. D. McCLEAN, V. RUIZ ABOU-NIGM, *The Conflict of Laws*, 10ª ed., 2021, Thomson Reuters Sweet & Maxwell, Londres, 2021, pp. 336-338.

Si el menor reside en España seguirá siendo aplicable el R. 2019/1111, a los efectos de determinación de la competencia judicial internacional. Por el contrario, el R. 2019/1111 no será aplicable a la determinación de la competencia judicial internacional cuando el menor resida en terceros Estados que sí hayan ratificado el Convenio, situación que es la del Reino Unido y también la de Gibraltar, sino que en tal caso prevalece la aplicación del CH 96²¹.

Por supuesto, entre las pérdidas cabe insistir en que finalizó la aplicación de las normas del R. 2201/2003, ahora sustituidas por las del R. 2019/1111, destinadas a complementar y reforzar al CH 80 asegurando la devolución del menor al lugar de su residencia habitual anterior al desplazamiento de residencia efectuado unilateralmente por uno de los progenitores. A partir de ahora, en esta materia, el Reino Unido queda únicamente vinculado por lo previsto en el CH 80 (ni siquiera esto en el caso de Gibraltar porque el Reino Unido nunca extendió la aplicación de este Convenio a ese territorio).

2. CONVENIO DE LA HAYA DE 2007 SOBRE COBRO DE ALIMENTOS

En materia de obligaciones alimenticias, la derogación por el Reino Unido del R. 4/2009 (Bruselas III) podrá quedar paliada, al menos parcialmente, por la adhesión del Reino Unido al Convenio de La Haya de 2007 sobre Cobro internacional de alimentos que se produjo el 28 de septiembre de 2020, con efectos desde 1 de enero de 2021, aunque el Reino Unido se considera un Estado parte sin interrupción desde 1 de agosto de 2014 cuando el Convenio entró en vigor como consecuencia de su ratificación por la UE²².

En todo caso, la reciente adhesión no es suficiente para salvaguardar la futura eficacia exclusiva de acuerdos de jurisdicción en materia de obligaciones alimenticias en favor de tribunales ingleses ya pactados al amparo de

-
21. M. A. CEBRIAN SALVAT, «Competencia judicial internacional, responsabilidad parental y divorcio, más allá de Bruselas II bis», en A. ORTEGA GIMÉNEZ, *Brexit: Persona, Empresa y Sociedad*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 268-271. Los terceros Estados que se han adherido o ratificado el CH 96 son: Albania, Argentina, Armenia, Australia, Barbados, Costa Rica, Cuba, Ecuador, Lesoto, Mónaco, Montenegro, Marruecos, República Dominicana, Federación Rusa, Fiji, Georgia, Guyana, Honduras, Lesotho, Marruecos, Mónaco, Montenegro, Nicaragua, Noruega, Paraguay, Reino Unido, República Dominicana, Serbia, Suiza, Turquía, Ucrania y Uruguay.
 22. La incorporación en el ordenamiento jurídico inglés se ha sido realizada dentro de la *Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982*, de conformidad con lo previsto en la legislación que preveía la adhesión a los tres instrumentos de la Conferencia de La Haya que vinculaban al Reino Unido en su condición de Estado miembro —*Private International Law (Implementation Agreements) Act 2020*—.

lo previsto en el art. 4 del R. 4/2009, que ahora serán valorados en cada EM de la UE conforme a sus normas nacionales de DIPr por referirse a tribunales de un tercer Estado²³. En el caso español no parece ser posible otorgarles ese efecto exclusivo de acuerdo con lo previsto en Art. 22 *quáter* LOPJ.

El Convenio de La Haya de 2007 es un convenio de cooperación de autoridades centrales nacionales dirigido al reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales en materia de alimentos, carece de reglas directas de determinación de la competencia judicial internacional que sí se contienen en el R. 4/2009 y tampoco contiene reglas sobre el conflicto de leyes en materia de obligaciones alimenticias, ámbito para el que resulta aplicable con carácter universal en los EEMM de la UE el Protocolo de La Haya de 2007 sobre ley aplicable a las obligaciones de alimentos (pero no en el Reino Unido, que prefirió queda al margen de tal instrumento convencional).

V. LA SITUACIÓN DE GIBRALTAR

1. EL PROTOCOLO SOBRE GIBRALTAR

El Acuerdo de Retirada del Reino Unido de la UE contiene un Protocolo respecto de Gibraltar que ha sido aplicable, en particular, durante el período transitorio²⁴. En efecto, el Protocolo sobre Gibraltar, con excepción de su artículo 1, establece que dejará de aplicarse al final del período transitorio (art. 185). Se crea también un Comité especializado sobre cuestiones relacionadas con la aplicación del Protocolo sobre Gibraltar que estará compuesto por representantes de la Unión y representantes del Reino Unido (art. 165). El Protocolo «toma nota» de los cuatro Memorandos de Entendimiento ya celebrados entre el Reino de España y el Reino Unido el 29 de noviembre de 2018 en relación con los derechos de los ciudadanos, el tabaco y otros productos, la cooperación en materia de medio ambiente y la cooperación en materia policial y aduanera, así como del Acuerdo alcanzado el 4 de marzo de 2019 entre el Reino de España y el Reino Unido en materia de fiscalidad y protección de los intereses financieros en relación con Gibraltar²⁵.

23. P. BEAUMONT, «Interaction of the Brussels IIa Regulation and Maintenance Regulations with (Possible) Litigation in Non-EU States: Including *Brexit* implications», en I. VIARENGO, F. VILLATA, *Planning the Future of Cross Border Families: A Path Through Coordination*, Hart, Oxford, 2020, pp. 331 y ss.

24. C. MARTINEZ CAPDEVILA, «Thoughts on the legal value of the instruments concerning Gibraltar adopted in relation to the EU-UK Withdrawal Agreement», *SYIL*, 2018, pp. 1-6.

25. BOCG 14 de febrero de 2020. *Vid.* R. FALCÓN Y TELLA, «El nuevo acuerdo fiscal con Gibraltar, pendiente de ratificación», *Quincena fiscal*, núm. 20, 2019, pp. 9 y ss.; A.

En cuanto al contenido efectivo del Protocolo, sólo su artículo 1º sobre Derechos de los ciudadanos y, en particular, los trabajadores fronterizos, tiene eficacia prevista más allá del período transitorio. El resto de las previsiones, sobre transporte aéreo (art. 2), cuestiones fiscales (art. 3), medio ambiente y pesca (art. 4) y cooperación policial y aduanera (art. 5) parecían tener una vigencia, en principio, limitada al período transitorio, sin embargo, su vigencia ha sido también ampliada. En todo caso, el Protocolo sobre Gibraltar no contiene previsiones sobre cooperación judicial en materia civil.

2. HACIA UN NUEVO MODELO DE RELACIÓN DE LA UE CON GIBRALTAR

La continuidad pactada bilateralmente de la aplicación de los instrumentos R. 2201/2003 y R. 4/2009 habría permitido la cooperación judicial entre autoridades españolas y gibraltareñas, aunque fuese en ese ámbito material limitado²⁶. El Protocolo sobre Gibraltar del Acuerdo de Retirada establece que su art. 1º sobre derechos de los ciudadanos es el único que tendrá vigencia más allá del período transitorio y es precisamente en relación con los futuros derechos de movilidad de los ciudadanos con los que cabía vincular una posible negociación de la pervivencia de los instrumentos de cooperación judicial en materia de familia. Sin embargo, de las negociaciones desarrolladas a lo largo de 2021, 2022 y 2023 a fin de llegar a un nuevo modelo de relaciones entre el Reino Unido y la UE en relación con Gibraltar no se ha desprendido ninguna posibilidad a tal respecto. El mandato negociador de 5 de octubre de 2021 (Decisión del Consejo por la que se autoriza a la Comisión Europea la apertura de negociaciones, así como las directrices de negociación) parte naturalmente de la referencia al Acuerdo de 31 de diciembre de 2020 entre España y el Reino Unido («Principio de acuerdo de nochevieja») por el que se llegó a una solución provisional al final del período transitorio conteniendo un posible marco para un acuerdo sobre Gibraltar. En cuanto al contenido del futuro Acuerdo es bien conocido que se centra en la circulación de personas y de mercancías, previendo la eliminación de todas las barreras físicas existentes entre Gibraltar

CHECA RODRÍGUEZ, «The Bilateral Tax Treaty between the United Kingdom and Spain Regarding Gibraltar: another Step in Gibraltar's Quest for De-listing as a Tax Haven», *Cuadernos de Gibraltar-Gibraltar Reports*, 2018-2019, pp. 1 y ss.; A. GARCÍA HEREDIA, «El Acuerdo Fiscal entre España y el Reino Unido en relación con Gibraltar» *Cuadernos De Gibraltar – Gibraltar Reports*, 2021, pp. 1 y ss.

26. A. BORRAS RODRÍGUEZ, «El *Brexit* y Gibraltar: la perspectiva de las personas físicas y jurídicas», en M. MARTÍN MARTÍNEZ, J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, *El Brexit y Gibraltar: un reto con oportunidades conjuntas*, Madrid, Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación de España, 2017, pp. 201 y ss.

y el espacio *Schengen*, de modo que cabe entender que este Tratado, de llegar a ser una realidad, aportará a Gibraltar un «completo y renovado estatuto jurídico para Gibraltar en su relación con la UE y España, con una cooperación transfronteriza reforzada»²⁷. Sin embargo, en cuanto a cooperación judicial, como otras tantas veces, el negociador europeo sólo se prevé un marco jurídico que permita una cooperación judicial efectiva en materia penal, pero no se prevé negociación alguna en materia de cooperación judicial en materia civil. La afirmación de la Comisión europea a propósito de la petición de ratificación por el Reino Unido del Convenio de Lugano en el sentido de que el marco de negociación y regulación de la cooperación judicial civil internacional con el Reino Unido es el ámbito multilateral de la Conferencia de La Haya parece así confirmada también en relación con Gibraltar.

3. LOS CONVENIOS DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA DE DIPR EN MATERIA DE FAMILIA APLICABLES EN GIBRALTAR

El Reino Unido, con ocasión de cada ratificación o adhesión a Convenios de la Conferencia de La Haya, debe declarar si procede la extensión de la aplicación territorial del instrumento convencional en relación con los territorios que no son Reino Unido, sino *Crown dependencies* (entre los que se encuentran la Isla de Man y las Islas de Jersey y Guernsey) o *British Overseas Territories* (entre los que se encuentra Gibraltar junto a otros territorios no europeos: Bermuda, British Virgin Islands, Cayman Islands, etc.).

Hasta la fecha de fin del período transitorio del *Brexit*, el 31 de diciembre de 2020, Gibraltar se encontraba sujeto por los siguientes instrumentos convencionales de la Conferencia de La Haya de DIPr en materia de familia:

1. Convenio de 1 de junio de 1970 sobre el reconocimiento de divorcios y de separaciones legales, desde 28.01.1977.
2. Convenio de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, en vigor desde 1.11.2012.

27. A. DEL VALLE GÁLVEZ, I. GONZÁLEZ GARCÍA, «Gibraltar after *Brexit*: Looking for a New and Imaginative Model of Cross-border Cooperation in the EU Framework», *Cuadernos De Gibraltar — Gibraltar Reports*, 2021, pp. 1 y ss.; *idem*, «Gibraltar tras el *Brexit*: en busca de un nuevo Estatuto internacional con la UE y con España. Negociando el Tratado RU-UE sobre Gibraltar», *Revista Aranzadi Unión Europea*, n.º 10, 202; J. A. YTURRIAGA BARBERÁN, «Negociaciones entre Gran Bretaña y la UE sobre las relaciones de la Unión con Gibraltar», *La Ley Unión Europea*, n.º 96, 2021.

Téngase en cuenta que el Reino Unido es parte en otros Convenios de la Conferencia de La Haya en el ámbito del Derecho de familia respecto de los cuales no ha manifestado la extensión al territorio de Gibraltar:

- a) Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, en vigor desde 1.08.1986.
- b) Convenio de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, en vigor desde 1.06.2003.
- c) Convenio 13 enero de 2000 sobre protección de adultos, en vigor para el RU desde 1.01.2009, pero sólo en relación con Escocia.

Por otra parte, el Reino Unido participaba de otros Convenios de la Conferencia de La Haya de DIPr más recientes, pero no por su ratificación o adhesión propia, sino porque tal ratificación había sido realizada por la UE como organización supraestatal con efectos para todos los EEMM de la UE:

- a) Convenio de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y otros Miembros de la Familia vinculaba igualmente al RU y a Gibraltar desde 1.08.2014.

Por último, como ya hemos tenido ocasión de exponer, el *Brexit* ha llevado al Reino Unido a recurrir a los Convenios de la Conferencia de La Haya como medio para mitigar las consecuencias de la falta de un nuevo modelo bilateral de cooperación judicial civil con la UE. En consecuencia, el Reino Unido depositó en nombre propio el 28 de septiembre de 2020 los instrumentos de adhesión al Convenio de La Haya de acuerdos de elección de foro 2005, al Convenio de La Haya sobre Cobro de obligaciones alimenticias 2007 y al Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de menores con efectos desde el 1 de enero de 2021 y con extensión al territorio de Gibraltar desde la misma fecha²⁸.

28. La legislación gibraltareña de implementación se contiene en *Civil Jurisdiction and Judgments (Hague Convention on Choice of Court Agreements 2005) (EU Exit) Regulations 2020*; *International Recovery of Maintenance (Hague Convention on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance 2007) (EU Exit) Regulations 2020*; *European Union Withdrawal (Application of International Agreements) Act 2019*, en relación con la continuación de la aplicación del Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de menores después del 1 de enero de 2021.

4. LA PERVIVENCIA PROVISIONAL DE LOS INSTRUMENTOS EUROPEOS DE DIPR COMO *RETAINED LEGISLATION*

La *European Union (Withdrawal) Act 2019* de Gibraltar no prevé disposiciones específicas en materia de cooperación judicial internacional y los Reglamentos de la UE en consecuencia son *retained legislation* hasta que no sean modificados o derogados por legislación secundaria con efectos a partir del final del período transitorio²⁹.

En un primer momento, a diferencia de lo ocurrido en el Reino Unido, esos Reglamentos en el ámbito de la cooperación judicial internacional en materia civil no fueron derogados o modificados, aunque cabe entender que se trató sólo de una solución provisional, en atención a la dilatación en el tiempo de las negociaciones sobre el nuevo estatuto jurídico de Gibraltar a pactar entre el Reino Unido y a la UE. La posición del Gobierno de Gibraltar fue expuesta en los siguientes términos: «the Gibraltar European Union (Withdrawal) Act 2019 (the "Act"), will have the effect of converting EU law applicable to Gibraltar at the moment of exit into Gibraltar law. The Act will also create powers to enable corrections to be made to the laws that would otherwise no longer operate appropriately once Gibraltar has left the EU. Consequentially Gibraltar will, unilaterally and voluntarily, continue to apply EU law relevant to the areas described in this notice»³⁰.

En el caso del Convenio Lugano 2007, que habría dejado de aplicarse en Gibraltar como tal instrumento convencional, al igual que en el RU, con fecha 1 enero de 2021, el legislador gibraltareño ha procedido a su incorporación como Derecho interno con efectos 1 de enero de 2021 (*Civil Jurisdiction and Judgments –Lugano Convention– EU Exit Regulations 2020*). La intención del gobierno gibraltareño ha sido que, con independencia del resultado de la solicitud de adhesión del RU al Convenio de Lugano 2007, quedase garantizada la aplicación del Convenio a partir del 1 de enero de 2021 «as a matter of Gibraltar domestic law» en las relaciones con Suiza, Islandia y Noruega. La incorporación se efectúa mediante modificaciones en la *Civil Jurisdiction and Judgments Act 1993*, donde se regula el sistema de competencia judicial internacional de los tribunales de Gibraltar, ahora no sólo en relación con los Estados miembros de la UE, sino también con los Estados AELC/EEE.

29. *European Union (Withdrawal) Act 2019, Challenges to Validity of EU Instruments (EU Exit) Regulations 2019, European Union Withdrawal (Application of International Agreements) Act 2019, European Union Laws (Voluntary Implementation) Act 2019, European Union (Withdrawal) Act 2019 (Consequential modifications) (EU Exit) Regulations 2020, European Union (Withdrawal Agreement) Act 2020.*

30. *Technical Notice No: 232/2019, No Deal Brexit –Civil Litigation involving EU Member States, 29 marzo 2019.*

Las reglas de competencia judicial internacional en materia civil y mercantil del R. 1215/2012 seguirán siendo aplicables en Gibraltar como *retained legislation* (*Civil Jurisdiction and Judgments Act 1993*), incluido el Acuerdo bilateral de 2005 entre la UE y Dinamarca. Sin embargo, ahora tendrá primacía la aplicación de los instrumentos multilaterales, en particular el Convenio de La Haya de 2005 sobre acuerdos de elección de foro. Se evita con la pervivencia de las reglas de competencia judicial internacional retenidas la aplicación de las reglas existentes en Gibraltar respecto de demandados domiciliados en terceros Estados, consistentes en la aplicación de la propia legislación gibraltareña cuando exista, la legislación inglesa que pueda tener eficacia supletoria (por ejemplo, las complejas reglas sobre competencia judicial internacional contenidas en la *Civil Procedure Rules* de 1998) o la jurisprudencia del *Common Law* (por ejemplo, el criterio jurisdiccional de la notificación de la demanda al demandado presente en la jurisdicción —*transient jurisdiction*—, la excepción del *forum non conveniens* o la vuelta a la disponibilidad de *anti-suit injunctions* frente a la jurisdicción de tribunales de EEMM de la UE), teniendo en cuenta siempre la jurisdicción del *Privy Council* en Londres como última instancia en relación con las decisiones judiciales de los *overseas territories* (es decir, conoce de los recursos frente a las decisiones de la *Court of Appeal* de Gibraltar).

En el ámbito del Derecho de familia, se mantuvo igualmente como *retained legislation* la aplicación del R. 2201/2003 en materia matrimonial y de responsabilidad parental, así como del R. 4/2009 en materia de obligaciones alimenticias. Si bien también son aplicables en Gibraltar el Convenio de La Haya de 2007 sobre Cobro de alimentos y el Convenio de La Haya de 1970 sobre reconocimiento de divorcios y separaciones legales.

La continuidad en la aplicación de estos Reglamentos no estaba exenta de problemas. Sin una elemental reciprocidad es difícil sostener una pervivencia normal de los instrumentos procesales de DIPr de la UE (implementados en Gibraltar fundamentalmente por la *Civil Jurisdiction and Judgments Act 1993*), especialmente en el ámbito del reconocimiento y ejecución de decisiones. Además, la expectativa en los EEMM de la UE, pese al intento gibraltareño en mantener su aplicación en Gibraltar, es que esas normas han llegado a su fin por lo que se refiere tanto a Reino Unido como a Gibraltar. Desde luego, una decisión judicial gibraltareña no podrá ampararse en los Reglamentos europeos de DIPr a fin de ser reconocida y ejecutada en un Estado miembro de la UE, que aplicará en relación con Gibraltar las normas previstas en su DIPr nacional respecto de terceros Estados. La pervivencia parece también imposible en relación con los instrumentos europeos de auxilio judicial internacional sencillamente porque las peticiones de cooperación que lleguen a Gibraltar ya no llegarán por el cauce de los Regla-

mentos europeos, ni las autoridades de Gibraltar podrán enviarlas por esa vía, sino que deberán discurrir por el cauce de los Convenios de La Haya sobre notificaciones de 1965 y obtención de pruebas de 1970. Una conclusión también negativa parecía ser la natural en relación con el eventual mantenimiento en Gibraltar de los procedimientos especiales europeos (título ejecutivo europeo, monitorio europeo, y procedimiento europeo de pequeña cuantía) que esencialmente se dirigen a la obtención de decisiones judiciales directamente ejecutables en los EEMM de la UE.

5. LAS REFORMAS DEL SISTEMA DE COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL DE GIBRALTAR EN MATERIA CIVIL

A principios de 2023, el Gobierno de Gibraltar abrió un período de consulta entre los operadores jurídicos gibraltareños («*local stakeholders*») a propósito de una serie de derogaciones de instrumentos de la UE y reformas en su sistema de cooperación judicial civil internacional, como se ha indicado basado fundamentalmente en la legislación de la UE retenida como legislación de Gibraltar. Es decir, se aceptaba implícitamente el carácter provisional de la solución tomada para el momento del final del período transitorio (31 diciembre de 2020), la modificación de la política unilateral de mantenimiento de los instrumentos europeos de cooperación y finalmente se proponían soluciones en línea con lo acontecido en el propio Reino Unido.

Como resultado de esa iniciativa gubernamental se han producido el 4 de mayo de 2023 las siguientes reformas legislativas:

- a) La derogación de los Reglamentos europeos sobre Notificación de documentos judiciales y extrajudiciales (1393/2007) y sobre Obtención de Pruebas (1206/2001)³¹.
- b) La derogación de los Reglamentos 805/2004 sobre título ejecutivo europeo, 1896/2006 sobre procedimiento monitorio europeo y 861/2007 sobre procedimiento europeo de pequeña cuantía³².

31. Service of Documents and Taking of Evidence in Civil and Commercial Matters (Revocation and Savings Provisions) (EU Exit) Regulations 2023, *Gibraltar Gazette*, 4 mayo 2023.

32. European Enforcement Order, European Order for Payment, and European Small Claims Procedure (Amendment etc) (EU Exit) Regulations 2023, *Gibraltar Gazette*, 4 mayo 2023.

- c) La derogación del R. 2201/2003 en materia matrimonial y de responsabilidad parental y R. 4/2009 (RBIII) en materia de obligaciones de alimentos³³

Todas las derogaciones anteriores van acompañadas de reglas transitorias que permiten continuar con la aplicación de los Reglamentos europeos ahora derogados en relación con peticiones o situaciones comenzadas ante Tribunales de Gibraltar después de la fecha efectiva del *Brexit*, pero antes de la fecha de la entrada en vigor de estas nuevas disposiciones que fue el 4 de mayo de 2023. También queda salvada por las disposiciones transitorias la eficacia futura, incluso después de la fecha de efectos de la revocación, de un acuerdo de elección de foro concluido, de conformidad con el art. 4 del R. 4/2009 en materia de obligaciones alimenticias, entre el fin del período transitorio y la entrada en vigor de la disposición revocatoria el 4 de mayo de 2023; aunque su eficacia exclusiva en España, es decir, la derogación de la competencia que pudiera corresponder a los tribunales españoles, no pueda quedar garantizada al no tratarse de un pacto en favor de la jurisdicción de un Estado miembro, tal y como prevé el art. 4 del citado Reglamento.

La derogación del R. 2201/2003 va acompañada de nuevas reglas sobre competencia judicial internacional en materia de separación judicial y divorcio que se incorporan a la *Matrimonial Causes Act*, añadiéndose el criterio del *domicile* en Gibraltar de cualquiera de los cónyuges, de manera similar a lo ocurrido en el propio Reino Unido, de modo que tribunales de Gibraltar tendrán competencia cuando: «a) both parties to the marriage are habitually resident in Gibraltar; b) both parties to the marriage were last habitually resident in Gibraltar and one of them continues to reside there; c) the respondent is habitually resident in Gibraltar; d) the applicant is habitually resident in Gibraltar and has resided there for at least one year immediately before the application was made; e) the applicant is domiciled and habitually resident in Gibraltar and has resided there for at least six months immediately before the application was made; f) both parties to the marriage are domiciled in Gibraltar; or g) either of the parties to the marriage is domiciled in Gibraltar».

En el caso de la nulidad matrimonial se añade otro criterio de competencia además del domicilio de cualquiera de los dos cónyuges, consistente en que cualquiera de los cónyuges hubiese fallecido antes de la petición de nulidad y, o bien estuviese domiciliado en Gibraltar o hubiese sido residente habitual en Gibraltar durante el período de un año previo a su falle-

33. Civil Jurisdiction and Judgments (Family) (Amendment) (EU Exit) Regulations 2023, *Gibraltar Gazette*, 4 mayo 2023.

cimiento: « ii) died before the application was made and either was at death domiciled in Gibraltar or had been habitually resident in Gibraltar throughout the period of one year ending with the date of death».

Otros cambios siguen pendientes por el momento. Así el gobierno de Gibraltar ha propuesto también la derogación del R. 1215/2012 (Bruselas I bis) introduciendo además las reformas necesarias en la *Civil Jurisdiction and Judgments Act* 1993, así como la derogación de los cambios hechos a la misma Ley en diciembre de 2020 a fin de garantizar la continuidad en la aplicación del Convenio de Lugano 2007 mediante la *Civil Jurisdiction and Judgments (Lugano Convention) (EU Exit) Regulations* 2020.

VI. CONCLUSIONES

El escenario *post-brexiteo* para la cooperación judicial civil internacional entre el Reino Unido y la UE parece ya claramente delineado. La inexistencia de soluciones o mecanismos bilaterales de cooperación será paliada por la existencia de instrumentos multilaterales comunes en el ámbito de la Conferencia de la Haya de DIPr.

Así, en el ámbito de familia la cooperación discurrirá por el cauce de los Convenios de La Haya de 1970 sobre reconocimiento de divorcio y separación, 1980 sobre sustracción internacional de menores, 1993 sobre adopción internacional y 1996 sobre protección de menores, así como 2007 sobre cobro de alimentos.

La derogación de los instrumentos de DIPr de la UE por el Reino Unido en el ámbito del Derecho de familia (R. 2201/2003 en materia matrimonial y de responsabilidad parental y R. 4/2009 en materia de alimentos) ha venido además acompañada de reformas legislativas que amplían el ámbito de la jurisdicción de los tribunales del Reino Unido para casos de divorcio y separación a las situaciones de domicilio (*domicile*) en el Reino Unido de cualquiera de los cónyuges, favoreciendo así el *forum shopping* en este ámbito hacia los tribunales ingleses.

En el caso de Gibraltar, tras un primer momento que podemos calificar claramente como provisional de mantenimiento unilateral de la vigencia de los instrumentos de DIPr de la UE como legislación retenida tras el *Brexit*, finalmente en 2023 el legislador gibraltareño ha seguido un camino similar al del Reino Unido, procediendo a la derogación de los R. 2201/2003 y R. 4/2009, añadiendo una reforma interna de los criterios de competencia judicial internacional en materia de divorcio, separación y nulidad matrimonial que amplía el ámbito de la jurisdicción de los tribunales de Gibraltar igual-

mente a los casos de domicilio (*domicile*) en Gibraltar de cualquiera de los cónyuges.

Cabe entender que el interés de Gibraltar se centra también en tener un régimen de cooperación judicial en materia civil tan amplio como sea posible con los EEMM de la UE, pero ese régimen ha quedado limitado por la Comisión europea al contexto multilateral de los Convenios de la Conferencia de La Haya de DIPr.

En el ámbito civil y mercantil la futura adhesión del Reino Unido con extensión a Gibraltar del Convenio de La Haya de 2019 sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en materia civil y comercial, junto con la ya efectuada por el Reino Unido con extensión a Gibraltar del Convenio de La Haya de 2005 sobre acuerdos de elección de foro, supondrá la existencia de un entramado convencional suficiente. Por otra parte, la Ley modelo de la Commonwealth sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil de 2017 está llamada a tener importancia en la futura regulación del régimen de reconocimiento y ejecución de decisiones que venga provocada por la necesidad de implementación del Convenio de La Haya de 2019³⁴.

Sin embargo, en el ámbito del Derecho de familia la situación no es tan prometedora. Por supuesto, el Reino Unido debería extender el ámbito de aplicación de otros Convenios de La Haya al territorio de Gibraltar, por ejemplo, en lo relativo al Convenio de La Haya de 1980 sobre secuestro internacional de menores, el Convenio de La Haya sobre adopción internacional de 1993 o el Convenio de La Haya sobre protección de adultos de 2000, aplicable en la actualidad únicamente en Escocia y que podría ser extendido a la totalidad del Reino Unido y Gibraltar.

El caso de Gibraltar en el ámbito específico del Derecho de familia no es similar a la situación de otras jurisdicciones *offshore* británicas como Jersey o Guernsey que, al no haber pertenecido nunca a la UE, nunca han participado de la aplicación de los instrumentos de DIPr de la UE, ni experimentan una necesidad concreta de cooperación en este sentido³⁵. Por el contrario,

34. R. MORTENSEN, «*Brexit* and private international law in the Commonwealth», *JPIL*, 2021, pp. 18 y ss.; P. BEAUMONT, «Some Reflections on the Way Ahead for UK Private International Law after *Brexit*», *op. cit.*, pp. 5-6.

35. La legislación gibraltareña en otros ámbitos como la *Gibraltar Trusts – Private International Law – Act* de 2015 o la *Gibraltar Private Foundations Act* 2017 sí responde claramente a las necesidades de una jurisdicción *offshore* (protección de los *trusts* gibraltareños frente a leyes y decisiones judiciales extranjeras que no reconozcan el *trust* o puedan conferir derechos hereditarios forzosos) y no debe confundirse con la aplica-

la fuerte vinculación histórica, familiar y personal de la población de Gibraltar con su entorno próximo en el lado español de la frontera nos traslada a la cuestión de la salvaguarda de los intereses de los ciudadanos prevista por el Protocolo para Gibraltar del Acuerdo de Retirada del Reino Unido y a entender que a medio y largo plazo otras posibilidades adicionales de cooperación judicial internacional en materia de familia deberán ser posibles.

ción del Convenio de La Haya de 1 de julio de 1985 sobre la ley aplicable a los *trusts* y su reconocimiento, que fue objeto de la *Trusts (Recognition) Act 1989 (Gibraltar)*. Vid. J. HARRIS, M. MORRISON, «*Brexit and the offshore world*», *Trusts and Trustees*, 2017, pp. 259-262.

El reconocimiento del divorcio marroquí en España. El método comparado como alternativa

SALMA EL OUAZZANI CHAHDI

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS. II. EL MÉTODO FUNCIONAL Y LA EQUIVALENCIA FUNCIONAL PARA RECONOCER LA DECISIÓN MARROQUÍ DE DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO EN ESPAÑA. III. APROXIMACIÓN COMPARADA A LAS FORMAS DE DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO EN ESPAÑA Y MARRUECOS. 1. *Disolución unilateral abierta a ambos cónyuges en iguales condiciones.* 2. *Disolución de mutuo acuerdo.* 3. *Otras formas de disolución del matrimonio propias de la regulación marroquí.* 3.1. *Disolución unilateral abierta al marido.* 3.2. *Disolución unilateral abierta a la mujer.* 4. *Síntesis valorativa.*

I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

La intensidad del tráfico familiar hispano-marroquí en los tiempos recientes hace necesario afrontar un estudio que parta de una perspectiva comparada en la medida en que favorece un análisis que se desvincula del aspecto normativo de las instituciones objeto de las relaciones jurídico-privadas internacionales. Estas últimas plantean cuestiones que son prácticamente comunes a todas las sociedades (divorcio, filiación, sucesión...etc.) y, a las que se buscan respuestas tendentes a satisfacer necesidades sociales similares a pesar de las divergencias que marcan el Derecho en vigor en cada sociedad.

Como es sabido, todo Derecho es el producto de una sociedad determinada, existe un vínculo de dependencia entre el Derecho y las condiciones históricas, sociales, económicas y políticas, propias de cada sociedad. Estas

condiciones difieren de un lugar a otro y no siempre son las mismas¹. Es una realidad que no ha cambiado a pesar de factores determinantes como son la globalización, los intercambios comerciales o bien los crecientes movimientos migratorios que hubieran conducido a cierta convergencia o al menos una aproximación entre ordenamientos jurídicos distintos.

A partir de ahí, cualquier estudio en el ámbito del reconocimiento de las decisiones extranjeras, que tenga como objeto las relaciones jurídico-privadas de las personas inmigrantes y, por ende, sus derechos fundamentales y la continuidad de su estatuto en el espacio, deba sostenerse sobre una aproximación comparada que tome en cuenta los valores culturales, la práctica real del Derecho y su evolución en el tiempo y en el espacio².

Precisamente, la aproximación comparada permite traspasar la configuración dogmática muy limitada de los sistemas jurídicos. Entonces, para remediar la ineficacia de las soluciones clásicas de Derecho Internacional Privado (DIPr)³ y la carencia de la vía convencional⁴, se propone una metodología comparada basada en el método funcional y, de forma muy parti-

1. Vid. L. J. CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé*, T.1, *Introduction au droit comparé*, LGDJ, París, 1972, p. 204.
2. Como explica J. VANDERLINDEN, en el tiempo porque «la vida del derecho es una realidad y su contenido de hoy no es necesariamente el de ayer o de mañana» y, luego, en el espacio, porque «el derecho analizado está vinculado a una sociedad determinada con una dimensión espacial, un territorio» (vid. *Comparer les droits*, E. Story-Scientia, Belgique, 1995, p. 418).
3. La inadecuación de los mecanismos tradicionales de DIPr. para regular las situaciones transnacionales se debe a que dichos mecanismos clásicos consideran los derechos fundamentales en relación con los derechos extranjeros a partir de dos enfoques totalmente opuestos. Un enfoque que opta por una intervención inmediata y excesiva de los derechos fundamentales yendo más allá de lo que es una justa defensa de dichos derechos. Otro que se quiere moderado pero resulta demasiado liberal (vid. P. HAMMJE, «Droits fondamentaux et ordre public», *RCDIP*, 1997, 86, 1, p. 7).
4. El Convenio bilateral hispano-marroquí. Su eficacia como instrumento destinado a favorecer el reconocimiento de las decisiones judiciales ha sido cuestionada por la doctrina, además la realidad jurisprudencial refleja dicha ineficacia. Vid. A. RODRÍGUEZ BENOT, «El estatuto personal de los marroquíes ante el ordenamiento español», en M. MOYA ESCUDERO (Dir.), *Familia y sucesiones en las relaciones hispano-marroquíes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 37 y 38. Según el mismo autor: «diversas circunstancias tales como su incorrecta y confusa redacción en lengua española o las deficiencias técnicas de su articulado han llevado en la práctica a una crítica doctrinal y a una ignorancia jurisprudencial» (vid. A. RODRÍGUEZ BENOT, «Tráfico externo, derecho de familia y multiculturalidad», en A. RODRÍGUEZ BENOT (Dir.), *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, CGPJ, Madrid, 2002, p. 57).

cular, en el principio de equivalencia funcional⁵. Se trata de un enfoque práctico al servicio del DIPr, que ofrece un conjunto de datos, elementos que, junto a las herramientas indispensables del DIPr (entre otras, orden público, calificación, reenvío) permite un tratamiento de las situaciones jurídico-privadas internacionales orientado a la protección de los derechos humanos y fundamentales de las personas inmigrantes⁶.

El reconocimiento de las decisiones judiciales de disolución del matrimonio, objeto de esta investigación, revierte gran interés e importancia en materia de DIPr al condicionar el estado civil de las personas solicitantes de dicho reconocimiento porque de ello depende la recuperación de la condición de soltero/a y la posibilidad de contraer nuevo matrimonio, además de beneficiar de los derechos económicos o personales derivados de la decisión de divorcio. En definitiva, la denegación del reconocimiento y con ello el estatus de la persona conduce a denegar sus derechos fundamentales⁷. Por todo ello se estima que la función primordial y actual del DIPr consiste en la máxima promoción de los derechos humanos y fundamentales reconocidos en los textos constitucionales en lugar de la coordinación de ordenamientos jurídicos.

Cuando se deniega el reconocimiento de una decisión por su contrariedad con los principios fundamentales del foro se crean situaciones claudicantes. Así pues, una persona divorciada en un país se considera como casada en otro, si vuelve a contraer nuevo matrimonio a pesar de no haber obtenido el reconocimiento podrá ser objeto de un delito de bigamia y los hijos/as nacidos/as de un nuevo matrimonio se considerarán como ilegítimos/as. En consecuencia, un nuevo procedimiento debe tener lugar ante los tribunales donde se ha denegado el exequátur que puede ser distinto al primero.

La efectividad de las decisiones y la continuidad en el espacio del estado de las personas obligan, hoy más que nunca, a buscar procedimientos ade-

5. Con el objetivo de superar la rigidez y el formalismo del DIPr, algunas alternativas destacables han sido propuestas por la doctrina. Se basan principalmente en el conocimiento del otro y de su cultura. Entre otros, J. DÉPREZ quien aboga por una aproximación sociológica de la teoría de los conflictos de leyes, está la aproximación basada en la antropología (M. C. FOLETS), o bien en la etnología jurídica (L. BUSKENS).
6. En particular, la calificación juega un rol importante en la interpretación de las instituciones consideradas como desconocidas en el foro. La calificación, tiene el mérito de sostenerse sobre la equivalencia. En el seno de este trabajo, la calificación por parte del juez del foro reviste un carácter funcional porque está presidida por un juicio de equivalencia funcional orientado a los intereses sociales y jurídicos de las personas.
7. P. KINSCH, «Droits de l'homme, droits fondamentaux et Droit international privé», *RCADI*, 2005, vol. 318. p. 475.

cuados que favorecen un acercamiento entre ordenamientos jurídicos y, por ende, el reconocimiento de las situaciones privadas en el país de recepción de los inmigrantes como en aquel de origen. De estos procedimientos se propone el método funcional y, en particular, la equivalencia funcional.

II. EL MÉTODO FUNCIONAL Y LA EQUIVALENCIA FUNCIONAL PARA RECONOCER LA DECISIÓN MARROQUÍ DE DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO EN ESPAÑA

La aplicación del método comparado a la temática del reconocimiento de las decisiones de disolución del matrimonio se debe concretamente a que es un método multidisciplinar que trata una institución dada a partir de distintas dimensiones, a saber socio-económica, histórica, política, religiosa, ideológica y cultural. El método comparado, por un lado, ofrece una visión global, no fragmentaria, de un ordenamiento jurídico junto a una percepción más objetiva y realista. Y, por otro, permite destacar tanto las similitudes como las diferencias de los sistemas comparados⁸.

Así, en el seno del método comparado, se ha optado exclusivamente por el método funcional como planteamiento y la equivalencia funcional como técnica. Ambos tienen dos finalidades. En una primera etapa, en el marco del Derecho comparado, sirven para hacer un acercamiento a los ordenamientos en presencia (español-marroquí), ofrecer mejor conocimiento y entendimiento de ambas normativas, analizar, comparar y destacar sus particularidades, similitudes y diferencias para llegar a los concretos resultados⁹.

Dicho enfoque aplicado a las distintas formas de disolución del matrimonio propias de los ordenamientos español y marroquí demuestra la existencia de un margen de equivalencia funcional suficiente que promueva su reconocimiento, que la divergencia de las soluciones no impide que el resultado y la finalidad sean equivalentes: promover al máximo, de conformidad con la normativa vigente en cada uno de los ordenamientos, la libertad matrimonial, el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de ambos cónyuges.

En una segunda etapa, su empleo en el ámbito del DIPr tiene interés en orden a extraer unas conclusiones, consideraciones y, extender el campo de

8. Vid. J.C. REITZ, «How to Do Comparative Law», *American Journal of Comparative Law*, 1998, vol. 46, n.º 4, p. 620.

9. Vid. S. ELOUZZANI CHAHDI SENDAOUI, Tesis Doctoral, *El reconocimiento entre España y Marruecos de las decisiones judiciales en el ámbito de la disolución del matrimonio*, Universidad de Jaén, 2021, p. 10.

soluciones o alternativas que son posibles a nivel jurídico. En este segundo marco (DIPr), el método funcional como planteamiento se destaca por su capacidad de adentrarse la realidad social de las situaciones que se plantean. En cuanto a la equivalencia funcional, su empleo favorece en gran medida el reconocimiento y la continuidad en el espacio de las decisiones judiciales de disolución del matrimonio entre ambos países¹⁰.

Concretamente, la equivalencia funcional, en el marco del reconocimiento de las decisiones extranjeras, «*supone atribuir efectos en el foro a los conceptos y categorías que, aun cuando difieren técnicamente respecto a otro ordenamiento jurídico, en ambos cumplen una función jurídica similar o equivalente respecto de las mismas instituciones*»¹¹.

Dicha técnica revierte relevancia si se considera, en la actualidad, la concepción del DIPr como disciplina «*científica y su racionalización*»¹². El DIPr al igual que cualquier otra rama jurídica requiere un razonamiento basado en procedimientos que otorguen eficacia y seguridad a las relaciones jurídicas de los individuos a través de la promoción y la protección de sus derechos fundamentales. En este contexto, la función tradicional del DIPr, que consiste en lograr la coordinación y la armonía internacional de las soluciones, que ha caracterizado hasta hoy de manera relevante la construcción doctrinal de esta rama, queda relegada a un segundo plano¹³.

Se pretende, a través de la equivalencia funcional, averiguar cierta convergencia y, con ello, una interacción e interoperabilidad de los sistemas jurídicos español y marroquí marcados por su disparidad. Esta última se verá disminuida gracias a la consecución de soluciones satisfactorias, acordes con la realidad social de la relación jurídico-privada internacional. Esto es, no se trata de armonizar o coordinar ambos ordenamientos sino lograr cierto acercamiento con la mirada puesta en la protección de los derechos

10. *Ibid.*, pp. 10-11.

11. *Vid.* J.C. FERNÁNDEZ ROZAS «Coordinación de ordenamientos jurídicos estatales y problemas de adaptación», *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, n.º. 25, 2009, p. 15.

12. *Vid.* G. ESTEBAN DE LA ROSA, «Método y función del Derecho internacional privado: hacia la más plena realización de los derechos humanos», *REEL*, n.º. 40, 2020, p. 29.

13. *Ibid.*, pp. 9, 10 y 22. Siguiendo a la autora, los objetivos de «coordinación» y, por ende, de «armonización» tienen como inconveniente hacer prevalecer como uno de los presupuestos de DIPr «la pluralidad de sistemas jurídicos» en detrimento de otro que es «la vida internacional de la persona», este último que justamente favorece la búsqueda de soluciones a la problemática de la discontinuidad en el espacio de las relaciones jurídicas de las personas inmigrantes (*ibid.*, p. 34).

fundamentales de las personas inmigrantes con el fin de garantizar la continuidad de su estatuto en el espacio¹⁴.

La máxima realización y satisfacción de los derechos humanos de las personas inmigrantes constituye, en el momento actual, la función primordial del entero sistema de DIPr actual, en particular, en el sector del reconocimiento de las decisiones extranjeras¹⁵. En esta perspectiva, la equivalencia funcional constituye el nuevo expediente para llevar a cabo dicha nueva función. La dignidad de la persona se sitúa en el centro de dichos derechos impidiendo que una persona se encuentre con un estatus personal distinto más allá de las fronteras.

En particular, la interpretación del DIPr sostenida sobre el método comparado (método funcional y equivalencia funcional) ha de estar presidida por la función desarrollada por las instituciones analizadas, sus finalidades y las soluciones adoptadas. Se trata de un enfoque funcional que toma en cuenta aspectos evolutivos y cambiantes de las instituciones pertenecientes a ordenamientos jurídicos distintos (socio-económico, históricos...etc.), en vez de buscar respuestas a las situaciones privadas internacionales a partir de las estructuras conceptuales de dichas instituciones que revisten un aspecto más bien estático (normas abstractas, generales, rígidas) que dinámico¹⁶.

La equivalencia funcional ofrece una nueva interpretación del DIPr adaptada a las situaciones personales muy particulares debido a su internacionalidad, haciendo prevalecer los derechos fundamentales, necesida-

14. A este respecto explica A. BUCHER: «la armonía no puede resultar de la diversidad. el objetivo entonces no es por tanto la armonía en la diversidad, sino reducir la dimensión de la diversidad, lo que es generador de armonía» (vid. *La dimension sociale du droit international privé, Cours général*, Académie de Droit International de La Haye, ADI-POCHE, 2011, p. 149).
15. La influencia de los derechos y libertades fundamentales en el ámbito del DIPr constituye la tendencia doctrinal actual cada vez más amplia, vid., en particular, F. MARCHADIER, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruselas, 2007; R. BARATTA, «Derechos fundamentales y Derecho internacional privado de familia», *AEDIPr*, 2016, T. XVI; C. FERNÁNDEZ LIESA, *El Derecho internacional de los derechos humanos en perspectiva histórica*, Cívitas, Madrid, 2013; P. KINSCH,, «Droits de l'homme, droits fondamentaux et Droit international privé», *RCADI*, 2005, vol. 318. Esta influencia se manifiesta de manera relevante a través de la jurisprudencia del TEDH.
16. La aproximación funcional ha penetrado el conjunto de las ramas del Derecho desde 1920 (vid. D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, T 1, Partie générale, Paris, PUF, 2014, p 417. Estos autores tratan la norma de conflicto de leyes bajo un enfoque funcional (*ibid*, p. 384), vid. también, Y. LEQUETTE, «De l'approche fonctionnelle des conflits de nationalités dans un cas de répudiation entre époux franco-marocain», *RCDIP*, 1992, (91).

des personales e intereses sociales de las personas sobre normas generales y abstractas. Así pues, la protección y la máxima realización de estos últimos ha de constituir la meta final del DIP y su interpretación ha de realizarse teniéndolos en cuenta. Cabe recordar que son estos intereses sociales los que dan lugar a las relaciones jurídico-privadas objeto del DIPr.

La función del DIPr (realización o satisfacción de los derechos humanos) incide sobre la interpretación del reconocimiento de las decisiones extranjeras, esto es, sobre sus condiciones, de forma muy particular, el orden público como expediente clásico y relevante en cuanto constituye la barrera al reconocimiento de las decisiones extranjeras de disolución del matrimonio y, por ende, a los derechos fundamentales contenidos en dicha decisión¹⁷. En dicho planteamiento, la equivalencia funcional juega un rol importante como criterio para dar una nueva interpretación de la noción de orden público que será orientada tanto a la protección de los derechos humanos y fundamentales de las personas inmigrantes como a su efectividad y continuidad en el espacio. Dichos derechos constituirán el límite a la actuación negativa del orden público.

Bajo dicho enfoque, la equivalencia funcional permite superar las tradicionales reticencias que surgen de una concepción religiosa y otra laica del orden público. El empleo de algunos expedientes tradicionales resultará injustificado en algunos supuestos. Precisamente, la equivalencia funcional constituye un sustitutivo del orden público atenuado. Por tanto, una aproximación sostenida sobre dicha técnica, en el ámbito del reconocimiento, permite al juez liberarse de un planteamiento puramente dogmático evitando la discriminación de situaciones internacionales que son funcionalmente equivalentes.

La utilidad del principio de equivalencia funcional se manifiesta en el rol funcional que atiende a verificar la existencia de una equivalencia basada en la función desarrollada por instituciones pertenecientes a sistemas jurídicos distintos¹⁸. Esto es, averiguar la finalidad perseguida por las instituciones al margen de sus configuraciones formales que son susceptibles de ser diferentes¹⁹.

17. Hay que indicar que el tema de los derechos adquiridos es íntimamente vinculado a los derechos fundamentales. Así, en la mayoría de las ocasiones, lo que se quiere lograr a través del reconocimiento es el derecho de recuperar el estado de soltero/a y el derecho de volver a casarse.

18. *Vid.* S. GILSON, «M. FALLON: l'utilisation de la méthode comparative en droit international privé et en droit européen», *RIDC*, 2006, vol. 83, n.º. 3, p. 288.

19. *Vid.* P. F. DOCQUIER, «X. THUNIS: la comparaison en droit: une figure omniprésente et méconnue», *RIDC*, 2006, vol. 83, n.º. 3, p. 285.

En esta operación se atiende más bien a la convergencia de los resultados a partir de la función que a la divergencia estructural (formal), es decir, consiste en comprobar si la equivalencia basada en la función cumple finalidades e intereses funcionalmente equivalentes en distintos ordenamientos y, con ello favorece el reconocimiento.

Desde esta óptica, la equivalencia funcional como forma de interpretación del DIPr está orientada a los derechos y necesidades personales y sociales de las personas interesadas. Una interpretación que atiende a la realidad de las situaciones privadas internacionales que son específicas por ser impregnadas de distintos factores muy significativos y determinantes (socio-económicos, culturales, religiosos...etc.) y, las cuestiones que se plantean a través de dichas relaciones.

De otro lado, la equivalencia funcional en el DIPr ayuda a destacar los falsos conflictos entre ordenamientos jurídicos, esto, distinguir las instituciones susceptibles de reconocimiento de las que presentan incompatibilidades insuperables o radicales. En efecto, a causa de un análisis puramente dogmático, algunas instituciones que han experimentado una evolución pertinente en cuanto a su esencia y concepción no se reconocen en el foro a pesar de que, actualmente, están en perfecta coherencia con otras instituciones extranjeras (como se verá *infra*).

En efecto, la equivalencia funcional, al igual que el método funcional, al penetrar en la realidad social de la situación planteada y analizarla a partir de su función permite soslayar los cambios sociales y legislativos en la medida en que la función de las instituciones no cambia. Junto a ello, dicha técnica es una manera de abrirse a otras instituciones extranjeras, aparentemente distintas, pero funcionalmente válidas.

El recurso al método comparado, en particular, a la equivalencia funcional, como forma de interpretación del DIPr por el juez evita que este se pronuncie sobre el reconocimiento de la institución extranjera (la disolución del matrimonio) a partir de un juicio abstracto y conflictual. Por tanto, un juicio basado en la equivalencia funcional se sostiene sobre un resultado concreto (la existencia de equivalencia funcional o su falta) acorde con la realidad actual de la institución extranjera y, es este resultado que constituye el objeto del orden público.

De este modo, en su análisis de la decisión extranjera, el juez procede en una etapa previa a la operación de calificación, a comparar las instituciones en cuestión para luego realizar lo que se denomina «*un juicio de equivalencia*» funcional con el fin de verificar si existen puntos funcionalmente equivalentes entre la institución extranjera y la del foro. En caso positivo,

se hace posible equiparar la primera institución en la categoría del foro que resulte disponible y similar.

Ahora bien, empleando la técnica de equivalencia funcional en un primer momento, tiene el mérito de que la calificación se realice sobre un criterio funcional evitando basarla sobre las estructuras de las instituciones en presencia, ello hace que estas últimas, al presentar funciones equivalentes, deben ser calificadas de forma idéntica.

Así pues, con la aplicación de la equivalencia funcional, los tradicionales expedientes del DIPr de los cuales (el orden público, competencia judicial y legislativa...etc. en materia de reconocimiento de las decisiones extranjeras) pasarán a un segundo plano. La verificación por parte del juez de la conformidad de la decisión extranjera a estos expedientes se hará en el marco (límite) de «*la más plena realización de los derechos humanos*»²⁰. Ello necesita una interpretación del orden público dirigida hacia la protección de estos derechos cada vez que los presupuestos del caso concreto lo permitan (la existencia de una equivalencia funcional suficiente y efectiva entre las instituciones en presencia).

De las interpretaciones clásicas del orden público está el «afinamiento de la excepción del orden público»²¹, el «orden público de adaptación»²² o el «orden público atenuado»²³. Este último, un expediente utilizado con frecuencia en el ámbito del reconocimiento de las decisiones extranjeras para ofrecer respuestas satisfactorias a las situaciones jurídico-privadas internacionales. No obstante, si se parte de un enfoque basado en la equivalencia funcional, este expediente clásico se verá desplazado por su inadecuación, en la actualidad, a ciertas situaciones privadas internacionales

20. Vid. G. ESTEBAN DE LA ROSA, «¿Transformación del reconocimiento de decisiones en el espacio europeo de justicia?», *RGDE*, 2020, n.º 50, p. 63.

21. De conformidad con esta interpretación el funcionamiento de la excepción de orden público se adapta a las necesidades de defensa de los derechos fundamentales, estos últimos marcan el alcance de la modulación de su actuación (vid. P. HAMMJE, «Droits fondamentaux et ordre public», *op. cit.*, pp. 14 y ss.).

22. La técnica de adaptación permite remediar las eventuales incoherencias en la reglamentación de una situación privada internacional. Dicha incoherencia resulta de la incompatibilidad de normas pertenecientes a distintas categorías que deben ser aplicadas simultáneamente (vid. G. CANSACCHI, «Le choix et l'adaptation de la règle étrangère dans le conflit de lois», *RCADI*, 1953, t. 83, p. 81).

23. El orden público atenuado significa que, en materia de reconocimiento de las decisiones extranjeras, el orden público del Estado requerido debe ser observado de forma retenida en la medida en que se debe considerar la existencia de efectos de la decisión extranjera ya producidos o susceptibles de producirse en el extranjero (vid. A. BUCHER, «La famille en droit international privé», *RCADI*, 2000, t. 283, p. 27).

debido a las reformas pertinentes y la evolución en el tiempo de las instituciones objeto de dichas relaciones.

En efecto, la equivalencia funcional como técnica empleada en el ámbito del DIPr, concretamente en el reconocimiento de las situaciones privadas internacionales, evitaría la actuación del orden público desde un primer momento y, llegaría a paralizarlo en algunas ocasiones. Así pues, la interpretación del orden público con arreglo al principio de equivalencia funcional evitaría generar inútilmente situaciones claudicantes.

III. APROXIMACIÓN COMPARADA A LAS FORMAS DE DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO EN ESPAÑA Y MARRUECOS

1. DISOLUCIÓN UNILATERAL ABIERTA A AMBOS CÓNYUGES EN IGUALES CONDICIONES

En Derecho español, cada uno de los cónyuges puede solicitar el divorcio de manera unilateral ante el tribunal competente siguiendo el mismo procedimiento. El cónyuge solicitante del divorcio no tiene que fundamentar su petición, solamente tiene que manifestar su voluntad de que no desea seguir vinculado con su cónyuge²⁴. El divorcio unilateral se fundamenta en el principio del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) y se basa en el carácter institucional que revista la concepción del matrimonio en Derecho español²⁵.

En consecuencia, la vigencia de la convivencia entre los cónyuges depende de su única voluntad²⁶. Y, la sentencia que declara la crisis matrimonial se limita a comprobar si la posición o voluntad de los cónyuges es

24. Art. 81 de la Ley 15/2005 de 8 de julio, BOE de 9 de julio de 2005. Como razones de la reforma de 2005, se alude al aparente «cambio en el modo de concebir las relaciones de pareja en la sociedad, privando las normas existentes de su razón de ser», Exposición de Motivos de la misma ley.

25. Según la Exposición de Motivos este principio «justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculada con su cónyuge. Así, el ejercicio de su derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna». De otro lado, hay que anotar que la naturaleza del régimen durante la época franquista se caracterizó por una dominación religiosa en materia de disolución del matrimonio. A excepción del periodo de la segunda República (Ley de divorcio de 2 de mayo 1932 suspendida por el Decreto de 2 de marzo de 1938 y derogada por la Ley de 23 de septiembre de 1939), el divorcio se introdujo en el ordenamiento español por la Ley 30/1981, de 7 de julio de 1981, BOE núm. 172, de 20 de julio de 1981 (vid. X, O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Compendio de derecho civil: derecho de familia*, vol. 4, Edersa, Madrid, 2006, p. 75).

26. Vid. J. L. BERDEJO, F. SANCHO REBULLIDA, A. LUNA SERRANO [y al.]: *Elementos de derecho civil*, vol. 4, Familia, Dykinson, Madrid, 2010, p. 91.

suficiente y determinante respecto al divorcio²⁷. El poder de apreciación del juez es inexistente respecto a la decisión de separarse, esto es, no puede interferir en la decisión adoptada por los cónyuges²⁸. El juez no entra en apreciaciones sobre el grado de la ruptura del matrimonio o bien las causas que lo han generado.

En Derecho marroquí, los cónyuges tienen a su disposición un modo de disolución unilateral del matrimonio, abierto de manera idéntica e igualitaria a ambos cónyuges, mediante el cual ambos o uno de ellos de manera unilateral puede solicitar la extinción del matrimonio a través del mismo procedimiento. Se trata del divorcio *šiqāq* que significa «*la discordia, un problema profundo y permanente que opone a los cónyuges haciendo imposible la continuidad del vínculo conyugal*»²⁹.

El *šiqāq* se basa únicamente en la voluntad de cada uno de los cónyuges, permitiéndoles disolver el matrimonio sin tener que alegar causas específicas³⁰. Su carácter discrecional, se alega la existencia de desavenencias, esto es, no se invocan causas específicas, realmente no se debe probar las causas³¹. En este sentido, la falta de conciliación de los esposos genera sistemáticamente el divorcio (art. 97 Código de Familia Marroquí), lo que significa que la presentación de la demanda es prueba de la quiebra del matri-

27. Vid. C. LASARTE, *Compendio de Derecho de familia*, Dykinson, Madrid, 2015, p. 72.

28. *Ibid.*, pp. 72 y 73.

29. *Guide Pratique du Code de la Famille*, Publications du Ministère de la Justice: Matba' th Fadala, 2006, pp. 69 y 70. Se trata de un concepto muy amplio que engloba todas las causas o motivos que hacen que la convivencia conyugal sea imposible. El *šiqāq* tiene su fundamento en el Corán, los redactores del CFM se han basado en los versos coránicos para adoptar esta forma de divorcio (4/35).

30. Vid. M. EL-KACHBOUR, H. FATHOUKH, Y. AL-ZOUHRO, «Attatliq bissabab achiqqaq fi mudawwanath alusra», Matba'ath alnayah alyadida, Casablanca, 2006, p. 51; K. ZAHER, «Quel accueil en France pour les divorces prononcés au Maghreb?», *Mayallat Riḥab almahaquim*, abril 2010, n.º. 5, p. 13.

31. Como ejemplo de las desavenencias se puede alegar que «*la situación deviene complicada*». Se destaca de la jurisprudencia que el *šiqāq* es acausal: sent. n.º. 418, de 3 de marzo de 2005, exp. n.º. 04 de agosto de 2005, TPI de Marrakech. En esta decisión se declara que la falta de aportación por parte de la esposa de la prueba del perjuicio no es motivo para rechazar su demanda de divorcio por discordia: «*sin fundamento legal, tal argumento es de naturaleza a vaciar el nuevo Código de Familia de su substancia y filosofía tendente a facilitar el acceso a la disolución del vínculo matrimonial a las esposas encontrándose en la incapacidad de probar el perjuicio debido a la molestia que les supone exponer la intimidad de sus vidas privadas ante las instituciones judiciales*». Asimismo: sent. n.º. 187, exp. n.º. 719/2005, de 8 de febrero de 2006, TPI de Nador (inédita); sent. n.º. 159, exp. n.º. 07/334, de 2 de abril de 2009, TS (inédita) (vid. K. ZAHER, «Plaidoyer pour la reconnaissance des divorces marocains: à propos de l'arrêt de la première chambre civile du 4 novembre 2009», *RCDIP*, 2010, 99, 2, pp. 319 y 320).

monio y de las desavenencias, varias decisiones van en este sentido³². Cabe precisar que en la actualidad las investigaciones sirven para determinar la indemnización debida al esposo/a lesionado/a por el divorcio al igual que sucede con el *ṭalāq* marital.

Además, su carácter discrecional incide tanto sobre el derecho de la mujer a beneficiar de la *mut'a* (dote de compensación) como sobre el derecho del marido a recibir una indemnización cuando se desprende que se trata de un divorcio abusivo³³, equiparando este modo de disolución del matrimonio en este aspecto al *ṭalāq* marital³⁴.

Es importante subrayar que su carácter discrecional provocó un relevante aumento de las demandas presentadas por parte de las mujeres durante los dos primeros años de la aplicación del Código de Familia Marroquí, dando lugar a fuertes resistencias de parte de los jueces que exigían causas «reales» para poder autorizarlo³⁵. Hoy en día, constituye la forma de disolución del matrimonio más solicitada ante los tribunales, sea por parte de la esposa o del marido que desean poner fin a su matrimonio.

Junto a su carácter discrecional, cuando se solicita por uno de los cónyuges, ni el juez ni el otro cónyuge podrán oponerse a la demanda inter-

32. Vid. A. CHAHBOUN, *Achafi fi charh Mudawwanat alusra*, T. 1, Matba'at annajah alyadida, Casablanca, 2006, T. 1, *op. cit.*, p. 253. En este sentido se pronuncia la decisión n.º 358, de 13 de julio de 2007, exp. n.º 609/06, CA de Alhucema, citada en EL-FAKHORI, *Al'amal alqada'i alusari*, T. 2— attaliq lichiqaq, Dar alafaq almagribiya, Casablanca, 2009, p. 8. En este sentido el Código de Familia Marroquí estipula en su art. 97: «en caso de que sea imposible la reconciliación y que continúe la discordia (*ṣiqāq*), el Tribunal lo hará constar en un acta y declarará la disolución del matrimonio (por *ṣiqāq*)... etc.». Asimismo, la sent. n.º 7707, exp. n.º 348/1607/11, de 15 de diciembre de 2011, TPI de Fez. Citada en I. EL-FAKHORI, «Haq almar'a fi inha' arrabita azawjia...», *op. cit.*, p. 32. Sent. sin número, exp. n.º 02/2006, de 21 de marzo de 2006, CA de Laayoune; sent. s/n.º, exp. n.º 129/2006, de 23 de enero de 2007, TPI de Semara, p. 128. *Almunthaqa min'amal alqadae fi thatbiq mudawwanath alusra*, Ministère de la Justice, Publications de l'association de diffusion de l'information juridique et judiciaire, série relative aux explications et preuves, n.º 10, vol. 1, Matba'ath Elite, Rabat, 2009, pp. 119 y 128.
33. Debido a las ventajas que ofrece, esto es, la rapidez del proceso y la indemnización que puede percibir el hombre si le corresponde, los hombres también acuden a este tipo de divorcio. Así, de 5800 en 2006 el número de divorcios por discordia pronunciados a demanda de los hombres ha pasado a 14181 en 2007. *Revue Justice Famille, ADIJ*, 2009, n.º 4, p. 317.
34. Esto es, es igual al repudio marital donde el juez tiene que entrar al fondo de la cuestión averiguando las causas para determinar la *mut'a* debida a la esposa (vid. M-C. NAJM. KOBEL, *JDI*, 2015, n.º 3, p. 801).
35. Vid. F. SAREHANE, «L'application du Code marocain de la famille: le mariage et le divorce: les innovations à l'épreuve de la pratique», en J. POUSSON-PETIT (dir.), *Les droits maghrébins des personnes et de la famille à l'épreuve du droit français*, L'Harmattan, París, 2009, p. 82.

puesta por el solicitante, esto es, la única voluntad del solicitante es suficiente para generar el divorcio. Ello lo equivale tanto al *ṭalāq* marital como al divorcio unilateral en Derecho español.

2. DISOLUCIÓN DE MUTUO ACUERDO

En ambos ordenamientos, tratándose de «*ṭalāq b-l-ittifāq*» o de «divorcio por mutuo acuerdo» es una modalidad abierta a ambos cónyuges que pueden solicitarlo ante el juez, de mutuo acuerdo o bien por uno con el consentimiento del otro, a excepción del divorcio por mutuo acuerdo ante notario propio a la regulación española.

Tiene su fundamento en la mera voluntad de los cónyuges mediante un acuerdo sobre el principio de la ruptura y sus consecuencias. No tiene carácter contencioso, su función es permitir la disolución del vínculo matrimonial de manera consensual y de común acuerdo de los cónyuges, evitando procesos que puedan ocasionar conflictos y enfrentamientos más gravosos³⁶.

Su objetivo es poner fin a la relación matrimonial de manera pacífica, no es preciso probar la existencia de perjuicio, ni desavenencias o invocar causas, con lo cual permite a los cónyuges divorciarse conservando la intimidad de su vida conyugal³⁷. Esto es, la causa real detrás del divorcio no será conocida, ni el tribunal ni el Ministerio Público tendrán conocimiento de ello.

En Derecho español los esposos convienen sobre la manera de regular los efectos de su divorcio a través de un documento llamado «convenio regulador» que recoge los pactos que los cónyuges adoptan en relación con los bienes y los/as hijos/as (art. 90 CC)³⁸. En Derecho marroquí, la solicitud de la disolución del matrimonio se acompaña de un acuerdo entre los cón-

36. En este sentido, este tipo de *ṭalāq* ofrece a los esposos proceder a la desunión sin causar perjuicios a sus hijos/as (o menos perjuicio) dada la repercusión que tiene generalmente la disolución y los problemas que genera sobre los/as hijos/as. *Guide Pratique du Code de la Famille*, Publications du Ministère de la Justice, n.º. 1, Matba'at Fadala, 2004, p. 81.

37. *Ibid*, p. 80.

38. Un convenio regulador «significa la incorporación a la regulación de las situaciones de crisis matrimoniales de la autonomía de la voluntad, tanto en aspectos patrimoniales como en los personales: el acuerdo de las partes regulando los efectos de la nueva situación» (vid. B. MORENO QUESADA, «La disolución del matrimonio y medidas y efectos comunes», en B. MORENO QUESADA, J. M. GONZÁLEZ PORRAS, F.J. SÁNCHEZ CALERO [y al], *Derecho de familia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, p. 108).

yuges que les permite regular las consecuencias de su divorcio e incluir condiciones (art. 114 Código de Familia Marroquí)³⁹.

En ambos ordenamientos, la aportación del acuerdo entre cónyuges es obligatoria (arts. 81.1 y 86 CC) y está sujeto al control y a la homologación judicial, esto es, no debe contener estipulaciones que van en contra de los derechos de cada una de las partes o que vulneran los derechos e intereses de los/as hijos/as (la guarda y la pensión alimenticia). A pesar del carácter consensual del divorcio, la intervención judicial resulta necesaria para el control del consentimiento de las partes a los acuerdos convenidos.

Así pues, en la regulación española, el juez simplemente revisa y aprueba los acuerdos convenidos, queda obligado a respetar la autodeterminación realizada por los esposos. Sin embargo, esta autodeterminación no es absoluta debido a que la intervención judicial tiene lugar cuando procede para modificar o bien sustituir los acuerdos o algunos por ser contrarios a los intereses de los/as hijo/as o violando el principio de igualdad conyugal⁴⁰.

De igual modo, en Derecho marroquí, el juez debe controlar que el acuerdo de voluntades de ambas partes a este tipo de disolución es real y libre, esto es, que no se hizo bajo ninguna presión. Se asegura que el consentimiento no está viciado y, antes de validar el acuerdo, verifica que no vulnera los derechos de las partes ni de los/as hijos/as.

En el supuesto de que la madre se haga cargo de los gastos del alojamiento y de la pensión alimenticia, el juez debe verificar su solvencia⁴¹. En caso de que el acuerdo contenga alguna estipulación contraria a las disposiciones del Código de Familia Marroquí o al orden público, no se otorgará la autorización para formalizar el divorcio, salvo si se modifica el acuerdo eliminando la condición o la estipulación en cuestión⁴². De lo anterior, se deduce el carácter civil de este tipo de disolución del matrimonio, los cón-

39. El acuerdo debe ser formalizado por acto auténtico, notarial o *adular*, o escritura privada con firma legalizada de los esposos. Así, en algunas sentencias la esposa ha cedido sus derechos sin condiciones (sent. s/nº, exp. nº. 225/07, de 17 de octubre de 2007, TPI de Tadla, citadas en I. EL FAKHORI, «Haq almar'a fi inha...», *op. cit.*, p. 37.

40. *Vid.* C. LASARTE, *Compendio de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 78 y 79.

41. *Vid.* M. L. NIBOYET, «L'avenir du nouveau revirement de la cour de cassation sur la reconnaissance des répudiations musulmanes», *Gaz. Pal.*, Spécial contentieux judiciaire, 4 septembre 2004, nº. 247-248.

42. *Vid.* I. EL-FAKHORI, «Haq almar'a fi inha'...», *op. cit.*, p. 37.

yuges no tienen que invocar causa ninguna; convienen sobre la disolución del matrimonio y el tribunal solo homologa lo convenido⁴³.

A estas formas de disolución del matrimonio, encontramos otras propias a la regulación marroquí que constituyen un legado y, que, en la actualidad, se caracterizan por ser formas residuales.

3. OTRAS FORMAS DE DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO PROPIAS DE LA REGULACIÓN MARROQUÍ

3.1. Disolución unilateral abierta al marido

En la regulación actual, al igual que en Derecho español, el *talāq* marital está sometido al control judicial (*a priori y a posteriori*), resulta de una sentencia judicial y de un procedimiento con todas las exigencias procedimentales (derecho de defensa; notificación de ambos cónyuges; intervención del Ministerio Público. En consecuencia, la exigencia de una decisión judicial para disolver el matrimonio por *talāq* hace de esta institución «un caso de divorcio» que le hace perder su carácter privado o extrajudicial⁴⁴. En la actualidad, el *talāq* se caracteriza por ser una institución donde interviene tanto el legislador como el juez.

Asimismo, el control judicial ha eliminado el carácter arbitrario del *talāq* marital en lo que se refiere a los derechos pecuniarios de la mujer y los/as hijos/as. Su autorización está supeditada al depósito de estos derechos en la Secretaría del tribunal como medida destinada a poner fin a los abusos por parte de los maridos quienes no cumplían con este deber bajo la anterior regulación⁴⁵. Esto lo equivale al divorcio *jul`* acordado a la mujer que también es discrecional y la mujer tiene que pagar una suma de dinero bajo la supervisión y el control del juez para que no haya abusos por parte del marido.

Por último, la unilateralidad y la discrecionalidad que caracterizan el divorcio en Derecho español existen en el *talāq* marital. Ahora bien, el juez, en su evaluación de los derechos de la mujer (*mut`a o compensación*), tiene que conocer los motivos de la desunión para poder verificar el grado de abuso por parte del marido en la disolución del matrimonio. Ello no tiene consecuencia sobre la voluntad del marido para disolver el matrimonio y, no se encuentra obligado a invocar las causas de su decisión si no lo desea.

43. Vid. A. ATTALEB, «Anniza' at al-madaniya fi mudawwanat al usra», *Mayallat almahaqim almagribiya*, enero-febrero 2007, n.º. 106, p. 40.

44. Vid. S. JAHÉL, *La place de la Chari'a dans les systèmes des pays juridiques arabes*, Panthéon-Assas, París II, París, 2012, p. 169.

45. Código de Estatuto Personal marroquí.

3.2. Disolución unilateral abierta a la mujer

Hoy en día, la regulación marroquí contiene unas formas de disolución del matrimonio que, desde la reforma de 2004 han conocido un retroceso muy significativo. Concretamente se trata del divorcio *jul`*, *tamlik* y por causas.

Tratándose de las figuras *jul`* y *tamlik*, cabe destacar que sus denominaciones, no reflejan su contenido actual que fue objeto de modificaciones pertinentes desde las reformas de 2004, dichas modificaciones rompen con la concepción tradicional y peyorativa de estas figuras. Esto es, un estudio detallado y comparado (su contenido actual, su función y procedimiento) deja claro que estas figuras, a pesar de sus denominaciones peyorativas se basan principalmente en la autonomía de la voluntad, un consentimiento libre y mutuo, son formas de desunión sometidas a un control judicial riguroso y son discrecionales y unilaterales.

En cuanto al divorcio por causas⁴⁶, se trata de una forma de divorcio equivalente al divorcio basado en la causa de los malos tratos y la violencia conyugal admitido en la regulación española. Esta última otorgará el divorcio o la separación en situaciones que atenten contra la integridad física del otro cónyuge. Así pues, debido a que la demanda de divorcio sólo puede ser presentada pasados los tres meses después de la conclusión del matrimonio (que se puede considerar en sí mismo como una limitación a la libertad matrimonial y al mismo tiempo se le puede equivaler al período de tres meses de continencia legal o *`idda* propio a la regulación marroquí— islámica), en caso de malos tratos o violencia conyugal, se otorgará el divorcio sin el transcurso de dicho plazo.

En consecuencia, se puede afirmar que, por un lado, la función del divorcio causal no ha desaparecido del todo de la regulación española porque es un modo que sigue vigente, aunque de manera excepcional, como ocurre en la actualidad, en casos específicos al igual que sucede en la regulación marroquí en la cual este modo de disolución del matrimonio consti-

46. En la actualidad, las legislaciones europeas no son uniformes sobre la cuestión, mientras que algunas mantienen el divorcio basado en causas múltiples Francia (arts. 242 a 246 CC), Italia (arts. 149 a 158 CC), Grecia (1439 y 1441 CC), Inglaterra y Gales, Irlanda, Luxemburgo, Países Bajos, Bélgica., otras lo basan sobre una causa única que es la ruptura irremediable del vínculo matrimonial Alemania, Inglaterra, países de Gales, Países Bajos, Polonia. y, por último, están los países que lo han eliminado de su regulación interna (divorcio sin causa) Suecia, Finlandia. Se constata una predominancia de los países que fundan el divorcio sobre causas múltiples.

tuye una forma excepcional y residual⁴⁷. Y, por otro, se mantiene con el fin de la tutela de otro derecho humano que es la vida-integridad física.

Esta situación es la que encontramos en Derecho marroquí, en el cual existe el divorcio por causas en supuestos concretos⁴⁸. Es una posibilidad otorgada tanto al hombre como a la mujer y tiene como finalidad liberar a ambos de una situación matrimonial insoportable, su objetivo principal es preservar la dignidad de la mujer y, en su caso del hombre. Dicha dignidad como principio fundamental del cual derivan los demás derechos y principios fundamentales no se encuentra vulnerada por la estructura normativa marroquí de disolución del matrimonio. Esta estructura debería tener un interés secundario cuando las necesidades y los derechos de cada cónyuge están cumplidos y protegidos.

4. SÍNTESIS VALORATIVA

La aplicación del método comparado (método funcional y la equivalencia funcional) desvela que todas las formas de disolución del matrimonio analizadas conducen necesariamente a la modificación del estado civil de las partes, esto es, al margen de sus denominaciones (*ṭalāq*, *taṭlīq* o divorcio) tienen como función principal la ruptura del vínculo matrimonial y, por ende, la recuperación de la libertad matrimonial.

Conllevan las mismas características a saber: la unilateralidad, la voluntad libre del solicitante a separarse es suficiente para acordarle la desunión, esto es, la mera voluntad de uno u otro cónyuge para poner fin al vínculo matrimonial expresada ante el juez constituye la causa principal de la demanda, la oposición del otro cónyuge o del juez no tiene ninguna relevancia sobre el pronunciamiento; la discrecionalidad (salvo en el caso del divorcio basado en causa), los esposos benefician de la libertad contractual y la autonomía de la voluntad cuando convienen sobre su desunión.

Todas las formas están sometidas al control judicial, a excepción del divorcio extrajudicial en la regulación española que recuerda el *ṭalāq* marital

47. Asimismo, como avanza A. CARRASCO PERERA: «[...] quedan restos de separación y divorcio por culpa en el CC, como ocurre en la pérdida de derechos alimenticios entre cónyuges separados (art. 155 CC), en las causas de desheredación (art. 855) o en la revocación de donaciones prematrimoniales entre los futuros contrayentes (art. 1343 CC)» (vid. *Derecho de familia, casos, reglas, argumentos*, Dilex, Madrid, 2006).

48. 1. por incumplimiento del esposo de alguna de las cláusulas estipuladas en el contrato matrimonial, 2. por perjuicio, 3. por falta de manutención (por el esposo), 4. por ausencia del cónyuge, 5. por la existencia de algún defecto (ayb) y/o enfermedad de uno de los cónyuges que hacen imposible la vida íntima entre ellos, 6. por juramento de continencia por parte del marido o desistimiento y abandono.

en su versión antigua. El acceso al divorcio y la facultad de presentar una demanda ante la autoridad judicial competente está garantizado para ambos cónyuges. Asimismo, las garantías de un procedimiento contradictorio y las financieras están garantizadas.

Si en Derecho español, cualquiera de los cónyuges tiene que pagar al otro los derechos que le corresponden (pensión compensatoria), en Derecho marroquí, el hombre o la mujer, según la forma que elijan para poner fin al matrimonio tienen que pagar cada uno al otro una cantidad de dinero como concepto de derechos, todo ello, bajo la supervisión del juez.

Capítulo 11

Las resoluciones sobre filiación y las relaciones paternofiliales dictadas por Las autoridades españolas y su incidencia en los ordenamientos jurídico español y marroquí: una perspectiva de género

M.^a DOLORES ADAM MUÑOZ
Catedrática de Derecho Internacional Privado
Universidad de Córdoba

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. II. RELACIONES ENTRE LOS PROGENITORES, ESPAÑOLES O MARROQUÍES A EFECTOS DE LA ATRIBUCIÓN DE LA FILIACIÓN.. 1. *El matrimonio*. 1.1. Matrimonio entre un español y una marroquí celebrado en España. 1.2. Matrimonio entre un hombre marroquí y una mujer española celebrado en España.. 1.3. Matrimonio en España cuando los dos contrayentes son marroquíes.. 2. *Uniones de hecho registradas o sin registro*. 2.1. Unión de hecho entre un español y una marroquí. 2.2. Unión de hecho entre un marroquí y una española o entre dos marroquíes. III. FLUCTUACIONES A LAS QUE LA FILIACIÓN PUEDE QUEDAR SOMETIDA COMO CONSECUENCIA DE LA REGULACIÓN EN LOS ORDENAMIENTOS ESPAÑOL Y MARROQUÍ. IV. ASPECTOS DE LAS RELACIONES PATERNOFILIALES COMO CONSECUENCIA DEL DIVORCIO DE UNA PAREJA FORMADA POR DOS MARROQUÍES O POR UN MARROQUÍ Y UNA ESPAÑOLA NO MUSULMANA. V. REFLEXIONES FINALES.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Es palpable que la inmigración de ciudadanos procedentes de Marruecos hacia nuestro país, fundamentalmente a partir de mediados de los años 80 a la actualidad, con un proyecto migratorio, generalmente de carácter permanente¹, ha dado lugar a que esa intención de estabilidad se consolide en España mediante la creación de lazos familiares, bien con compatriotas, bien con nacionales o bien con otros extranjeros residentes en nuestro Estado, ya que la familia supone uno de los vínculos más estrechos que una persona puede tener con un determinado país.

No somos ajenos a que en nuestro sistema no existe un único modelo de familia, bien al contrario, el desarrollo de la sociedad y la aparición de nuevos vínculos afectivos ponen de relieve el desarrollo ingente de diferentes modos familiares². De lo que no cabe duda y, tanto la ley, como la doctrina, como la jurisprudencia manifiestan es que allá donde exista una relación paternofamiliar, aunque no exista matrimonio, hay una familia. Por lo tanto, en nuestro ordenamiento la base de la familia ya no es el matrimonio, sino la filiación. En efecto, dos personas han podido estar unidas por matrimonio o pueden haber configurado una unión de hecho o, ni siquiera haber convivido de forma alguna, si como consecuencia de esa relación hubiera nacido un hijo, la relación jurídica entre los progenitores es muy posible que finalice; sin embargo, la relación jurídica entre el hijo y cada uno de los progenitores, la cual se concreta en una serie de derechos y obligaciones que afectan a todas las partes implicadas, no se extinguirá hasta la muerte de alguna de ellas, a excepción de ciertas causas establecidas legalmente y, todo ello por imperativo legal, sin tener en cuenta la voluntad de las partes³.

De esta forma, la filiación en el Derecho español, a tenor del art. 39 CE, se dirige a consagrar el *favor filii* y se fundamenta en la igualdad de los hijos ante la ley con independencia de su origen, matrimonial o extramatrimo-

1. Hoy en día la permanencia del proyecto migratorio va perdiendo consistencia debido, entre otras causas, a la crisis económica que está asolando los países de Occidente ya que, como consecuencia de la misma, las políticas migratorias que se van adoptando por parte de los mismos son cada día más restrictivas. No obstante, a pesar de estas restricciones, los desplazamientos de personas desde los países no desarrollados o, en vías de desarrollo, a los países desarrollados, sigue siendo una constante.
2. J. M. ESPINAR VICENTE, *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional privado*, Civitas, Madrid, 1996, *passim*.
3. Acerca del contenido de la filiación (relaciones paternofiliales) y su diferencia con la responsabilidad parental, *Vid.* M.D. ADAM MUÑOZ, «La nueva regulación de la filiación natural en el Derecho internacional privado español», *CDT*, vol. 8, n.º. 2, 2016, pp. 55 y ss.

nial⁴, y en la posibilidad de la investigación de la paternidad, la cual no se ciñe únicamente en relación con el hijo, sino que afecta también a los progenitores, a través, entre otras circunstancias, de la determinación de la verdad biológica⁵.

No sucede lo mismo en el Derecho marroquí, ya que, aunque, la filiación puede ser legítima o ilegítima, ésta segunda no tiene los mismos efectos jurídicos que la primera, que es aquella que tiene lugar, entre otras causas, dentro del matrimonio. De manera que la filiación ilegítima es como si en realidad no existiera, ya que no concede ningún derecho al hijo, art. 148 Código de Familia Marroquí (en adelante CFM)⁶. De este modo, el *favor filii* en el Derecho marroquí se orienta hacia el *favor legitimatis*, de manera que la protección jurídica del hijo dependerá del carácter legítimo de la filiación⁷, quedando la madre en una situación de inferioridad respecto al padre, ya que, en muy raras ocasiones se duda de la maternidad y la responsabilidad respecto al hijo recae en estos supuestos únicamente sobre la madre, la cual tendrá la obligación de alimentarlo y educarlo, quedando señalada de por vida en una sociedad en la que el patriarcado resulta ser la clave que fundamenta la vida social. De ahí que nuestro estudio aluda en numerosas ocasiones a la situación en la que queda la madre en cuanto al *favor legitimatis* se refiere.

Una vez analizados los principios antagónicos sobre los que se sustenta la filiación en uno y otro sistema, vamos a examinar las consecuencias que esta dicotomía lleva aparejadas en las relaciones paternofiliales hispano-marroquíes, toda vez que las mismas no son nada infrecuentes, teniendo en cuenta las relaciones personales que se constituyen entre la ciudadanía de uno y otro Estado, a la vez que vamos a tratar de aportar diferentes soluciones con la finalidad de que, una de las funciones que tiene asignada el Derecho internacional privado, cual es la de dotar de continuidad a través

4. El art. 108.2 del CC. recoge este mandato constitucional afirmando que: «La filiación matrimonial y no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código».
5. El art. 767.2 LEC señala que: «En los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas».
6. Art. 148 CFM «La filiación ilegítima en relación con el padre no producirá ninguno de los efectos de la filiación legítima». Este Código se puede consultar en AA.VV. *Matrimonio y divorcio en las relaciones hispano-marroquíes y compilación de legislación de derecho privado marroquí*, Vol. II, Madrid, FIIAP, 2009, pp. 7 y ss.; G. ESTEBAN DE LA ROSA (Dir.), *Código marroquí de la familia*, Blanca Impresiones, Jaén, 2009.
7. C. RUIZ SUTIL, «Efectos maliciosos de la paternidad legítima marroquí en España: una cuestión a resolver», en M. MOYA ESCUDERO (Dir.), *Familia y sucesiones en las relaciones hispano-marroquíes*, Tirant lo Blanch, Valencia 2015, p. 102.

de las fronteras a las relaciones jurídicas constituidas entre particulares en un determinado estado, se puedan materializar en las relaciones internacionales entre España y Marruecos.

Para llevar a cabo este estudio vamos a partir de las diferentes situaciones o relaciones que los progenitores (españoles y marroquíes) pueden configurar en nuestro Ordenamiento Jurídico a efectos de la procreación y de la atribución de la paternidad y la maternidad.

II. RELACIONES ENTRE LOS PROGENITORES, ESPAÑOLES O MARROQUÍES A EFECTOS DE LA ATRIBUCIÓN DE LA FILIACIÓN.

A mi juicio y, teniendo como objetivo la atribución de la filiación, las relaciones que los progenitores marroquíes y españoles pueden establecer en España son fundamentalmente dos: el matrimonio y la unión de hecho, ya sea ésta registrada o no y con independencia de su durabilidad en el tiempo. A continuación, pasamos a analizar cada una de ellas y las consecuencias que las mismas pueden tener sobre la filiación.

1. EL MATRIMONIO

Teniendo en cuenta que la validez del matrimonio constituye una *conditio sine qua non* para que en el ordenamiento jurídico marroquí el hijo se considere como legítimo, vamos a analizar qué requisitos ha de cumplir el mismo si éste se celebra en el extranjero, en este caso en España, siendo uno de los contrayentes de nacionalidad marroquí. La validez del matrimonio se alza por lo tanto como cuestión previa para determinar la legitimidad de la filiación. A tal efecto el CFM se pronuncia en su art. 14 señalando que los marroquíes podrán contraer matrimonio en el extranjero a tenor de las normas administrativas del país en el que residan si se cumplen una serie de condiciones: a) oferta y aceptación, b) capacidad, c) presencia del tutor matrimonial en el caso que fuera necesario (para menores de edad, según el art. 21 del CFM) d) que no existan impedimentos e) que no se estipule la supresión de la dote y f) que estén presentes dos testigos musulmanes (adules). Estas condiciones hemos de ponerlas en relación con las que nuestro ordenamiento exige para la validez de esta institución familiar. Partiendo de la base de que la capacidad, el consentimiento y la ausencia de impedimentos para contraer matrimonio se rigen en nuestro sistema por la ley nacional de los contrayentes en el momento en el que van a contraer matrimonio (art. 9.1 CC), contando esta norma de conflicto con un punto de conexión con un cúmulo distributivo; es decir, se han de observar los requisitos que establece la ley nacional de cada uno de los contrayentes para

que el matrimonio goce de validez, vamos a analizar seguidamente las diferentes situaciones que pueden tener lugar:

1.1. Matrimonio entre un español y una marroquí celebrado en España

Este matrimonio se podrá celebrar de forma civil ante las autoridades consignadas en el art. 51.2 CC⁸, habiendo realizado previamente el expediente matrimonial en el que se constate por la autoridad competente que no existe ninguna causa de incapacidad ni impedimento para contraer matrimonio en España⁹. No obstante, si el español no profesa la religión musulmana, el matrimonio no será válido a efectos del ordenamiento marroquí, de manera que el mismo podrá tener acceso al Registro Civil (RC) español¹⁰, pero no podrá ser inscrito en el consulado de Marruecos en España, como consecuencia de su invalidez por la existencia de impedimento de culto¹¹. Así, la mujer marroquí estará casada a tenor del ordenamiento jurídico español, pero permanecerá soltera desde la perspectiva del ordenamiento marroquí, con las consecuencias que esta dicotomía puede llevar aparejadas en relación con los hijos habidos en el seno de ese matrimonio en este último Estado, ya que el hijo gozará de legitimidad en cuanto a la madre, pero de ilegitimidad en cuanto al padre.

8. Estas autoridades son: 1.º El Juez de Paz o Alcalde del municipio donde se celebre el matrimonio o concejal en quien éste delegue. 2.º El Secretario judicial o Notario libremente elegido por ambos contrayentes que sea competente en el lugar de celebración. 3.º El funcionario diplomático o consular Encargado del RC en el extranjero.
9. El art. 51.1 CC establece que: «La competencia para constatar mediante acta o expediente el cumplimiento de los requisitos de capacidad de ambos contrayentes y la inexistencia de impedimentos o su dispensa, o cualquier género de obstáculos para contraer matrimonio corresponderá al Secretario judicial, Notario o Encargado del RC del lugar del domicilio de uno de los contrayentes o al funcionario diplomático o consular Encargado del RC si residiesen en el extranjero».
10. Las autoridades españolas permiten la celebración civil del matrimonio de ciudadanas musulmanas con varón no musulmán con independencia de que la ley nacional de éstas no lo admita al considerarse dicho impedimento de disparidad de culto contrario a nuestro orden público. Sobre esta cuestión, vid. Resolución de la DGRN de 10 de junio de 1999 en relación a un matrimonio entre ciudadana marroquí musulmana y ciudadano alemán ante las autoridades civiles en Palma de Mallorca.
11. En el derecho marroquí la norma religiosa contenida en la *Sharia* o normas del Corán, constituye la norma civil sobre la que se basan las relaciones privadas y sobre todo el Derecho de familia, de manera que un musulmán si puede contraer matrimonio con una mujer no musulmana, si bien la mujer ha de pertenecer a una *din samawi*, una de las religiones aceptadas o «del libro», es decir, el Islam, el Cristianismo o el Judaísmo (Sura II, aleya 221; Sura V, aleya 5; Sura DX, aleya 10), pero una musulmana no puede contraer matrimonio con un no musulmán. Ese matrimonio no sería válido e iría en contra del orden público internacional de nuestro país vecino, produciéndose lo que tradicionalmente conocemos como «un conflicto de civilizaciones», J. Y. CARLIER, «Quand l'ordre public fait désordre», *Revue générale de droit civil belge*, 2008, p. 526.

No obstante, si el español profesa la religión musulmana, este matrimonio también podrá celebrarse en España de forma religiosa islámica, previo expediente matrimonial al que nos hemos referido en el párrafo anterior, ya que esta religión ha sido admitida por nuestro ordenamiento como válida para contraer matrimonio (art. 49.1 CC)¹². En tal caso no existirá impedimento de culto, según exige el ordenamiento marroquí, con lo cual dicho matrimonio gozará también de validez en dicho Estado.

Una situación que ha tenido lugar en España es la celebración del matrimonio ante autoridad consular marroquí acreditada en nuestro país, cuando el hombre es español, pero ha adquirido la nacionalidad española de forma derivativa; es decir, siendo marroquí de origen y, como consecuencia de sus años de residencia en España¹³, ha podido adquirir la nacionalidad española¹⁴. Desde la perspectiva del ordenamiento marroquí, dicho individuo sigue ostentando la nacionalidad marroquí, ya que, a tenor de la ley sobre nacionalidad marroquí, el que es marroquí es muy difícil que pierda esa nacionalidad, aunque adquiriera otra distinta¹⁵. Sin embargo, desde la óptica de nuestro ordenamiento, aunque el individuo ostente dos nacionalidades de manera patológica¹⁶, si una de ellas es la española, pre-

12. Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España (BOE núm. 272, de 12 de noviembre de 1992).
13. El art. 22.1 CC señala como regla general para adquirir la nacionalidad española por residencia que ésta haya durado diez años. Este precepto en su párrafo segundo señala una serie de excepciones a esta regla general.
14. El art. 23.b) CC exige la renuncia de la nacionalidad que ostenta el individuo para adquirir de forma válida por residencia la nacionalidad española. A mayor abundamiento, el art. 25.2 a) CC.
15. Para que un marroquí pierda su nacionalidad de origen es necesario que sea autorizado por decreto, a tenor del art. 19.1 de la misma. Vid. dicha ley en C. RUIZ DE ALMODOVAR, *El derecho privado en los países árabes: códigos de estatuto personal*, Edición y traducción: Universidad de Granada y Fundación Euroárabe de Altos Estudios, 2005, pp. 225 y ss. A tenor de este precepto C. RUIZ SUTIL («A propósito del matrimonio consular en España de contrayente hispano-marroquí y la Resolución (41ª) de la DGRN de 4 de diciembre de 2018», *CDT*, vol. 12, nº 2, 2020, p. 1164), estima que es difícil su pérdida al amparo del principio de vinculación perpetua consagrado en el art. 15 de la Convención de Madrid de 19 de mayo de 1880, la cual ampara a todo marroquí que adquiere otra nacionalidad a ser respetado por Marruecos como propio nacional, de manera que tal renuncia es ineficaz para el sistema marroquí y meramente simbólica para el ordenamiento español. La autora opina que esta situación se podría solventar con un convenio de doble nacionalidad entre España y Marruecos.
16. Sobre estas situaciones de doble nacionalidad, *vid.* con carácter general, S. ADROHER BIOSCA, *La plurinacionalidad en el Derecho internacional privado español*, Reus editorial, Madrid 2019, pp. 50 y ss.

valecerá ésta ante las demás¹⁷. Para que en nuestro sistema el matrimonio consular sea válido, ha de cumplir una serie de requisitos, los cuales emanan del Convenio de Viena de 24 de abril de 1963 sobre relaciones consulares¹⁸: en primer lugar, que la legislación del Estado del Cónsul le atribuya a éste competencia para poder celebrar matrimonios en el extranjero, en nuestro sistema le viene conferida por los arts. 49.1 y 51.3 CC, en segundo lugar, que la legislación del Estado en el que está acreditado el cónsul no se oponga o prohíba expresamente esta función y aun admitiéndola no la limite a aquellos casos en que alguno de los contrayentes sea nacional del estado del cónsul, como sucede en nuestro derecho y, por último, que alguno de los contrayentes sea nacional del Estado de la misma nacionalidad del cónsul y que tenga su domicilio en España (art. 57 CC)¹⁹.

En este supuesto, como el individuo no ha perdido la nacionalidad de Marruecos y la mujer también es marroquí, a efectos del ordenamiento marroquí podrán contraer matrimonio válidamente ante el cónsul marroquí acreditado en España y que dicho matrimonio quede registrado como tal en dicho consulado²⁰. De esta manera, los hijos que nazcan fruto de esa unión conyugal serán hijos matrimoniales y gozarán de toda la legitimidad que les otorga el sistema marroquí. Sin embargo, según las normas que rigen la celebración del matrimonio consular en España, a las cuales nos hemos referido en líneas anteriores, éste no se podrá contraer si uno de los contrayentes tiene la nacionalidad del estado en el que está acreditado el cónsul. Desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español, el contrayente masculino ostenta la nacionalidad española, por lo tanto, dicho matrimonio no es válido según el ordenamiento español y no podrá tener acceso como tal al RC. Asistimos en este supuesto a una divergencia entre los dos sistemas en presencia en cuanto al estado de la prole que pueda haber fruto de esta relación, ya que, aunque nuestro sistema propugna que todos los hijos

17. Así se indica en el art. 9.9 CC, al establecer que: «Prevalecerá en todo caso la nacionalidad española del que ostente además otra no prevista en nuestras leyes o en los tratados internacionales (...)». A mayor abundamiento, el art. 25.2 a) CC señala que: «Quien adquiera la nacionalidad española habiendo renunciado previamente a su anterior nacionalidad, deberá procurar no hacer uso exclusivo de la de origen durante tres años, advirtiéndolo que podría dar lugar a la privación de la nacionalidad española».

18. BOE núm. 56, de 6 de marzo de 1970.

19. Son numerosas las resoluciones de la DGRN que se pronuncian en este sentido. *Vid.* el interesante estudio realizado por C. RUIZ SUTIL, «A propósito del matrimonio consular en España de contrayente hispano-marroquí...», *op. cit.*, pp. 1155 y ss. y las resoluciones que en el mismo cita (nota 6). En el caso de estudio la que adquiere la nacionalidad española es la mujer.

20. Sobre esta cuestión, *Vid.* C. RUIZ SUTIL, «A propósito del matrimonio consular en España de la contrayente hispano-marroquí...», *op. cit.*, pp. 1155 y ss.

son iguales ante la ley, la consideración que del mismo tendrá nuestro ordenamiento es que no es un hijo matrimonial, mientras que para el ordenamiento marroquí será un hijo matrimonial. En la práctica, en principio, no existirá ninguna diferencia en relación con los derechos y deberes que se derivan de esta relación paterno-filial, únicamente existirán en ambos ordenamientos, a efectos de la acción que se pueda ejercitar, y de quien está legitimado para ello en el caso de la impugnación de la paternidad y de las presunciones que la amparan, a las cuales nos referiremos más adelante.

1.2. Matrimonio entre un hombre marroquí y una mujer española celebrado en España.

Este matrimonio gozará de validez en nuestro país si se celebra de la misma manera que hemos señalado en el caso anterior. No obstante, en este supuesto si la mujer española no profesa la religión musulmana, este impedimento de culto no tendrá efecto en el ordenamiento marroquí y este matrimonio gozará de validez en Marruecos. Ello es así porque este impedimento solo actúa en relación con el hombre, ya que es el progenitor el que transmite su religión a la prole, de manera que si un hombre musulmán contrae matrimonio con una mujer que no sea musulmana, pero ésta profesa alguna de las religiones, denominadas de «El libro», dicho enlace matrimonial gozará de validez en el país Alahuita (art. 39.4 CFM)²¹. Esta situación nos da una idea de las diferentes exigencias que el CFM efectúa entre el hombre y la mujer a la hora de contraer matrimonio y la situación de prevalencia que éste ocupa en el ámbito familiar, al ser él necesariamente el que transmite su religión a la prole en detrimento de esta posibilidad por parte de la madre.

En este supuesto los hijos que nazcan fruto de esta unión tendrán la consideración de matrimoniales en ambos ordenamientos, de manera que gozarán de la cualidad de legítimos en el sistema marroquí.

1.3. Matrimonio en España cuando los dos contrayentes son marroquíes.

En este caso el matrimonio se podrá contraer de forma civil ante las autoridades señaladas anteriormente, incluido en cónsul marroquí acreditado en España, ya que ninguno de los dos contrayentes ostenta la nacio-

21. Este precepto señala que: «Los impedimentos temporales para el matrimonio son: matrimonio de una musulmana con un hombre no musulmán y el matrimonio de un musulmán con una mujer no musulmana, excepto si ella pertenece a alguna de las religiones del libro (cristiana o judía)».

nalidad española y también de forma religiosa que, consecuentemente será la forma islámica.

No obstante, y a tenor de la redacción que contiene el art. 7 de la Ley 26/1992 del acuerdo entre el Estado español y la confesión religiosa islámica²², existe, a nuestro juicio, la posibilidad de que se celebren matrimonios poligámicos en España. En efecto dicho precepto indica en su número 2 que las personas que deseen inscribir en el RC español el matrimonio celebrado según el rito islámico deberán acreditar previamente su capacidad matrimonial mediante expediente instruido por las autoridades a las que se refiere el art. 49.1 CC a las que ya hemos aludido en líneas anteriores, luego, *sensu contrario*, las personas que no deseen inscribir su matrimonio celebrado según la forma islámica, no tendrán que acreditar su capacidad en expediente previo, de manera que es posible que concurra en relación con el varón impedimento de *ligamem* porque existe un matrimonio previo del mismo en España, en Marruecos o en cualquier otro país y ese matrimonio celebrado en España goce de validez en Marruecos, país que admite la poligamia, aunque sea de forma restrictiva (art. 40 y ss. del CFM) y, sin embargo, dicho enlace no sea lícito a tenor de nuestro ordenamiento jurídico en tanto en cuanto nuestro sistema matrimonial se basa en la monogamia y nuestros tribunales se han pronunciado en numerosas ocasiones sobre la inconstitucionalidad de la poligamia al ser una institución que se opone de frente a la dignidad constitucional de la mujer²³.

En mi opinión, la posibilidad de contraer un matrimonio poligámico en España queda avalada por el modo en que está redactado el párrafo 2º del art. 7 del acuerdo entre el Estado español y la Federación islámica española. Esta redacción no se corresponde con la que se contienen en los acuerdos de nuestro Estado con las Confederaciones evangélica e israelita, aún habiéndose celebrado los tres acuerdos en la misma fecha: noviembre de 1992²⁴, ya que, para la confesión islamita no se establece con carácter imperativo obligación para las partes de solicitar la instrucción previamente del

22. BOE núm. 272, de 12 de noviembre de 1992.

23. Sentencia de la AN de 11 de septiembre de 2020 *Roj*: SAN 2424/2020 — ECLI: ES:AN: 2020:2424, la cual confirma la sentencia de instancia y no concede la nacionalidad española a un varón marroquí porque «...la poligamia es contraria al orden público español que constituye siempre un límite infranqueable a la eficacia del Derecho extranjero, por lo que resulta irrelevante que la poligamia esté admitida en el país de origen del solicitante. Y, además, el TS en las sentencias dictadas en fechas 14 de julio de 2004, 19 de junio de 2008, 14 de julio de 2009 y 13 de junio de 2011, entre otras, señala que ello es así porque la poligamia presupone la desigualdad entre mujeres y hombres, así como la sumisión de aquellas a estos.

24. Ley 24/1992, de 10 de noviembre. por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de entidades Religiosas Evangélicas de España y la Ley

expediente de capacidad ante la autoridad competente española, mientras esta obligación si se establece para las confesiones evangélica e israelita y a partir del 2015²⁵ para otras religiones que hayan adquirido en España un especial arraigo. No obstante, se podría argumentar en contra de esta posibilidad que el art. 14 del CFM, contiene una serie de exigencias, las cuales ya hemos comentado anteriormente, para que el matrimonio entre marroquíes celebrado en el extranjero goce de validez en Marruecos; sin embargo, el 16 de dicho Código admite una serie de excepciones al cumplimiento de estos requisitos y, en concreto, al registro del acta matrimonial, de manera que si razones de fuerza mayor impiden registrar dicho acta en el consulado de Marruecos en España (art. 15 CFM), el tribunal marroquí utilizará todos los medios de prueba para reconocer su existencia, tal como la experiencia (párrafo 2º), asimismo, el tribunal marroquí tomará en consideración en el procedimiento de reconocimiento, la existencia de niños o el embarazo resultantes de la relación conyugal y si el pleito se ha seguido en vida de los esposos (párrafo 3º).

Otra de las razones que fundamentan nuestra posición la constituye el hecho de que la modificación que se efectúa en el art. 7 de la Ley 26/1992 de cooperación entre el Estado español y las Confederaciones Islámicas de España a través de la Disposición final 5ª de la Ley 15/2015 de 2 de julio de La Jurisdicción Voluntaria²⁶, no se refiere para nada al carácter imperativo que ha de tener la instrucción previa del expediente matrimonial para la celebración del matrimonio en España según el rito islámico²⁷, sino que se

25/992 de 10 de noviembre por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España (BOE núm. 272, de 12 de noviembre de 1992). En ambas leyes el art. 7 en sus números 1 y 2 contienen un imperativo legal para las partes, las cuales han de promover la instrucción del expediente previo de capacidad ante las autoridades competentes españolas si desean que su enlace sea inscrito en el RC español. A tal efecto este precepto señala que: "1.—Se reconocen los efectos civiles del matrimonio celebrado ante los ministros de culto de las Iglesias pertenecientes a la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (o comunidad israelí en su caso). Para el pleno reconocimiento de tales efectos. será necesaria la inscripción del matrimonio en el RC. 2. Las personas que deseen contraer matrimonio en la forma prevista en el párrafo anterior promoverán el expediente previo al matrimonio, ante la autoridad competente...".

25. Vid. *Infra*.

26. BOE núm. 158, de 3 de julio de 2015; corr. de errores BOE núm. 210, de 2 de septiembre de 2015.

27. A tenor de esta modificación R. NAVARRO VALLS y A. PANIZO ROMO DE ARCE indican que por vez primera en nuestro sistema el matrimonio celebrado según el rito islámico alude a la necesidad de un expediente previo de capacidad para que pueda ser inscrito en el RC español. Vid. "Disposiciones finales, quinta, sexta y séptima" en J. A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, (Dir.), *Comentarios a la Ley 15/2015 de Jurisdicción voluntaria*, Civitas, Madrid, 2016, pp. 1398-1411.

limita a indicar que las personas que deseen inscribir el matrimonio contraído según el rito islámico deberán acreditar previamente su capacidad mediante expediente instruido por las autoridades que son competentes en nuestro país para la instrucción de dicho expediente²⁸, de forma que, el legislador lejos de zanjar las posibles dudas que cupieran en torno a la posibilidad de la celebración del matrimonio poligámico en nuestro territorio, ha optado por dejarlas vigentes²⁹, pudiendo contraer matrimonio en España los marroquíes que no deseen inscribir su matrimonio en el RC español.

En relación con esta cuestión se pronuncia la Sentencia del TC 194/2014 de 1 de diciembre³⁰, la cual rechaza la petición de pensión de viudedad que reclamaba una mujer marroquí casada en España con marroquí por el rito islámico, argumentando la invalidez de dicho matrimonio por falta de inscripción en el RC español³¹, aún cuando el mismo cumpliera todos los requisitos exigidos por el derecho islámico, ya que, según el *dictum* de la sentencia también ha de cumplir con las exigencias que fueron acordadas por el Estado español y la Comunidad islámica, reguladas en la Ley 26/1992, de 10 de diciembre. Así, el Alto Tribunal entiende que de esta norma se desprende que «(...) se establecen dos vías para el reconocimiento del matrimonio celebrado bajo del rito islámico. En primer lugar, la regla general es que la celebración del matrimonio requiere, con carácter previo, la instrucción de un expediente, para que el instructor del mismo se cerciore de que

28. Téngase en cuenta que esta última actualización de los apartados 2 y 3, establecida por la disposición final 7 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, entra en vigor en la fecha de la completa entrada en vigor de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del RC (BOE núm. 175, de 22 de julio de 2011), según establece la disposición final 21.4 de la Ley 15/2015, en la redacción dada por la Ley 4/2017, de 28 de junio, (BOE núm. 154, de 27 de junio de 2017), siendo aplicable hasta entonces la redacción anterior, conforme establece la disposición transitoria 5.3 de la Ley 15/2015, de 2 de julio.
29. Algunos autores manifiestan sus dudas acerca de la imperatividad del expediente previo de capacidad en el matrimonio celebrado por este rito. *Vid.* C. SANCINENA ASURMENDI, "Las recientes reformas legales en el sistema matrimonial español", *Ius Canonicum*, n.º 56 de 2016, pp. 673-674. J. R. POLO SABAU, "Las modificaciones en la forma civil y religiosa de celebración conyugal introducidas por la Ley de la Jurisdicción Voluntaria", en M. T. ARECES PIÑOL (Dir.), *Nuevos modelos de gestión del derecho privado: Jurisdicción voluntaria*, Aranzadi, Pamplona, 2016, pp. 87-89.
30. Sentencia del TC, Sala segunda, núm. 194/2014, de 1 de diciembre de 2014. Recurso de amparo 6654-2012. (BOE núm. 11, de 13 de enero de 2015). *Vid.* artículo sobre la misma de I. BLAZQUEZ RODRIGUEZ, "Matrimonio celebrado por el rito islámico, certificado de capacidad matrimonial y derecho internacional privado", *CDT*, vol. 7, n.º 2, 2015, pp. 382 y ss.
31. Este mismo pronunciamiento tiene lugar en el Auto del TS de 28 de marzo de 2017, *Roj*: ATS 3554/2017 — ECLI: ES:TS:2017:3554A, cuando deniega la pensión de viudedad a una mujer casada con un hombre, los dos de nacionalidad marroquí, que adquirieron por residencia en España la nacionalidad española y no inscribieron en el RC español el matrimonio celebrado por el rito islámico.

ambos solicitantes pueden contraerlo, y expida así el certificado de capacidad matrimonial cuando reúnan los requisitos señalados en el CC. La capacidad para contraer matrimonio tiene una importancia y complejidad añadidas cuando uno de los contrayentes es extranjero y la instrucción de este expediente previo garantiza en la generalidad de los casos que solo contraerán matrimonio, ya sea de forma civil o religiosa, aquéllos que cumplan los requisitos legales. En segundo término se establece una regla especial en el caso del matrimonio celebrado por el rito islámico, a diferencia de lo que sucede con otro tipo de matrimonios, consistente en que se permite excepcionalmente a los contrayentes celebrar la ceremonia religiosa sin la previa instrucción del expediente y, por tanto, sin que se haya comprobado la concurrencia de los requisitos civiles, aunque puedan cumplirse los establecidos por la ley islámica, pues no olvidemos que las normas civiles y religiosas difieren en lo que a la capacidad para contraer matrimonio se refiere, y, desde luego, lo es en esta forma de matrimonio islámico. En este caso excepcional en que se contrae matrimonio islámico sin previa instrucción de expediente, la inscripción registral adquiere una especial importancia dado que la misma trasciende de la mera formalidad registral, al encomendar al Juez encargado del RC la función de comprobar que los contrayentes de un matrimonio islámico ya celebrado reunían los requisitos de capacidad y validez exigidos por el CC, así como por las normas de derecho internacional privado cuando los contrayentes sean extranjeros (...) los contrayentes en ningún momento han cumplido los mencionados requisitos de capacidad, ni con carácter previo, ni con posterioridad a la celebración de su matrimonio, motivo por el cual no puede, de conformidad con la ley española, ser considerado válido y en consecuencia producir efectos jurídicos. El matrimonio del recurrente se celebró mediante el rito islámico sin la previa instrucción del expediente matrimonial, y aunque pudo haberse inscrito con posterioridad, acogiéndose para ello a la regla excepcional que hemos descrito con anterioridad, lo cierto es que el representante de la Comunidad Islámica que acreditó su celebración, sin embargo, no hizo constar expresamente las circunstancias exigidas por la legislación del RC»³².

Como consecuencia de la situación que analiza esta sentencia podemos deducir que en nuestro estado es posible la celebración de un matrimonio poligámico, ya que, si el mismo, una vez celebrado no se inscribe en el RC español, no goza de validez ni produce efectos jurídicos para el ordena-

32. Hemos de tener en cuenta que esta sentencia es anterior a la reforma operada en la Ley 26/1992, por este motivo el TC se refiere a que es el representante de la Comunidad Islámica que acreditó la celebración del matrimonio, el que debió hacer constar expresamente las circunstancias exigidas por la legislación del registro civil.

miento jurídico español; sin embargo dicho matrimonio sí que gozará de validez en Marruecos, ya que la exigencia de este ordenamiento es que el acta de matrimonio se inscriba en el plazo de tres meses desde la celebración del mismo en los servicios consulares marroquíes. Para este Estado, el acta de matrimonio no ha de estar expedida por las autoridades a las que se refiere el art. 49.1 CC, sino por la presencia de dos testigos (adules) que darán fe de que los contrayentes han procedido a la oferta y la aceptación y su legalización (art. 13.4 del CFM). No obstante, el estado español introduce en la Ley 26/1992 la figura del representante de la Comunidad islámica en España, como autoridad de referencia para llevar el control de los matrimonios islámicos celebrados en nuestro país³³; sin embargo, dentro de las competencias que nuestro estado atribuye a este representante para comprobar si los contrayentes reúnen los requisitos de capacidad, éste se ve condicionado únicamente por la religión islámica, de manera que si, el varón ya se encuentra unido por un matrimonio anterior, no existirá impedimento de *ligamem*, puesto que la poligamia se admite como matrimonio válido en el Derecho islámico y por ende en el CFM. Así las cosas, los hijos nacidos de este matrimonio, admitido por la ley nacional de los contrayentes, serán legítimos, pero los perjuicios para la mujer en nuestro sistema son patentes en tanto en cuanto, al no ser válido el matrimonio y, ni siquiera poder convalidarlo como una unión de hecho, ya que no es dable que se den en el mismo momento un matrimonio, el del varón, y una unión de hecho, no gozará de derecho alguno derivado de estas instituciones.

Esta posible interpretación de la Ley 26/1992 puede conducir a albergar dudas sobre los requisitos necesarios para que el matrimonio celebrado por el rito islámico sea válido en España. Por este motivo abogamos por su modificación, de manera que la misma ponga de manifiesto de forma clara los requisitos que han de concurrir en esta forma de celebración del matrimonio para que el mismo sea válido a efectos del Ordenamiento español, tal y como se efectúa en relación con las demás confesiones religiosas³⁴. De no ser así, es posible, que la mujer, que no está ligada por matrimonio ante-

33. Así, en la sentencia del TC objeto de nuestro comentario, la recurrente al solicitar su pensión de viudedad, adjunto un certificado de matrimonio expedido por el presidente y representante legal de la Comunidad Islámica de Galicia, en el que se hacía constar únicamente que "dicho matrimonio se celebró el día 15 de julio de 1999 con el consentimiento de ambas partes".

34. No ignoramos que la inscripción en el RC del matrimonio no tiene efectos constitutivos, ya que el mismo tiene efectos civiles desde su celebración (art. 61 CC y 70 LRC). Sin embargo, constituye la prueba fehaciente de la existencia del matrimonio, y en el caso en que no esté inscrito, alguno de los hechos que da lugar o modifica o extingue algún estado civil. Por todo ello es necesario promover expediente de inscripción, aunque sea fuera de plazo, y a partir de aquí podrá probarse su existencia o las modificaciones que ha sufrido el mismo.

rior y que cumple todos los requisitos de capacidad para contraer matrimonio, desconozca los requisitos que exige el ordenamiento español y confíe en que su matrimonio ha sido válidamente celebrado desde la perspectiva del Estado español y el marroquí.

Esta misma situación la podría configurar una mujer de nacionalidad española, pero hemos querido recalcar la situación de confusión en la que se podría encontrar una mujer de nacionalidad marroquí al considerar que las mismas son menos conocedoras de la legislación española que las españolas. Aunque el proyecto de la mujer marroquí sea de permanencia en nuestro país, los lazos con su país de origen siguen siendo bastante fuertes en cuanto a cultura, tradición, religión, costumbres, etc. se refiere.

Una vez puesta de manifiesto la dicotomía que puede existir en cuanto a la validez de este matrimonio en los ordenamientos español y marroquí, hemos de significar que los hijos habidos como consecuencia de esta unión, en España tendrán la consideración de hijos no matrimoniales, mientras que en Marruecos tendrán el reconocimiento de hijos matrimoniales y, por lo tanto, legítimos a todos los efectos.

2. UNIONES DE HECHO REGISTRADAS O SIN REGISTRO

De forma consciente no realizaremos un estudio separado de las diferentes uniones de hecho que puede haber en nuestro Estado porque, hasta el momento, no existe una legislación estatal al respecto, sino que la misma es fruto de la actividad legislativa de las diferentes Comunidades Autónomas³⁵ y tampoco existe un registro estatal central y especial en el que hayan de ser inscritas estas uniones³⁶. Ello tiene como consecuencia, por una parte, el diferente régimen jurídico al que se encontrarán sometidos los convivientes, dependiendo del territorio español en el que se encuentren y, por otra parte la imposibilidad de que las diferentes Comunidades Autónomas legislen en materias que no pertenecen a sus competencias delegadas, como sucede en materia de filiación³⁷, todo ello unido a la posibilidad de que una persona esté registrada conformando una unión de hecho en más de una Comunidad Autónoma. En efecto, el interés del Estado en la salvaguarda del interés superior del hijo, iguales éstos ante la ley, no ha permitido la

35. R. BERCÓVIZ RODRÍGUEZ-CANO, "La competencia para legislar sobre parejas de hecho". *Revista Derecho privado y Constitución*, nº. 17, 2003, pp. 61 y ss.

36. A. PEREZ UREÑA, *Normativa sobre las uniones de hecho. Cuestiones candentes*, Edisofer, Madrid 2002.

37. Esta falta de competencia no obsta para que las distintas legislaciones de la Comunidades Autónomas españolas se pronuncien sobre estas relaciones. Vid. A. PEREZ UREÑA, *Uniones de hecho, estudio práctico de sus efectos civiles*, Edisofer, Madrid, 2007, pp. 165 y ss.

delegación de competencias a las Comunidades Autónomas para legislar en este sector de la familia, de manera que, ante la disolución de una pareja de hecho si los derechos-deberes paternofiliales no quedan asegurados intervendrán los tribunales españoles y, sobre todo el Ministerio Fiscal para garantizar la protección de los mismos, amparados por la legislación estatal³⁸.

2.1. Unión de hecho entre un español y una marroquí

Teniendo en cuenta que no existe matrimonio y, a tenor del sistema de filiación marroquí, los hijos habidos fruto de esta unión serán iguales ante la ley en nuestro ordenamiento, pero en el sistema marroquí tendrán la consideración de hijos extramatrimoniales; es decir estarán sometidos al régimen jurídico de los hijos de madre soltera³⁹, ya que, a efectos de dicho ordenamiento la filiación, respecto de la madre se considerará legítima, en el caso en que exista matrimonio, o si se han mantenido relaciones sexuales por error (*subha*), o en el supuesto en que la misma haya sido violada⁴⁰.

En este supuesto y dado que el nacimiento podrá acceder al RC español, al ser hijo de español y haber acontecido el nacimiento en España, la práctica nos demuestra que la mujer marroquí, en la mayoría de las ocasiones, no tiene intención alguna de regresar a su país, ya que, los derechos y deberes para con su hijo se encuentran garantizados mientras permanezca en España.

2.2. Unión de hecho entre un marroquí y una española o entre dos marroquíes

La situación jurídica respecto a los hijos serán prácticamente igual que en el caso anterior, al igual que también lo será en el supuesto en que la unión de hecho tenga lugar entre dos marroquíes.

38. Nuestra jurisprudencia es clara y contundente en este sentido, entendiendo que, con independencia de que la filiación provenga de un matrimonio o de que ésta sea fruto de una relación extramatrimonial los preceptos aplicables a la misma cuando la unión de los progenitores se disuelve son los contenidos en el CC (arts. 92 a 96), lo cual no sucede en relación a la disolución del matrimonio y de la unión de hecho en lo que se refiere a las relaciones entre los miembros de dichas instituciones, ya que las normas que regulan las relaciones matrimoniales no son extensibles a otras uniones análogas. Vid. Sentencia AP de Granada de 22 de octubre de 2001.

39. El art. 147 del CFM establece que: "La filiación respecto de la madre se establece por: el hecho del parto, el reconocimiento de la madre o por resolución judicial".

40. Art. 147, párrafo 2º CFM.

III. FLUCTUACIONES A LAS QUE LA FILIACIÓN PUEDE QUEDAR SOMETIDA COMO CONSECUENCIA DE LA REGULACIÓN EN LOS ORDENAMIENTOS ESPAÑOL Y MARROQUÍ

A lo largo de estas páginas hemos puesto de relieve la diferencia entre el sistema español y el marroquí en relación con la filiación. A modo de síntesis podemos indicar que, mientras para el ordenamiento español todos los hijos son iguales ante la ley, para el ordenamiento marroquí solo tienen la condición de hijos los que procedan de una filiación legítima (*hijos al-firach*), constituyendo la base fundamental de la misma el matrimonio. Por ese motivo hemos analizado las diferentes relaciones, podemos llamarles de pareja, que pueden configurar españoles y marroquíes en nuestro Estado y basándonos en las mismas, como cuestión previa, hemos esbozado el estatuto jurídico del que gozaría la prole habida como consecuencia de esa relación tanto en el ordenamiento jurídico español, como en el marroquí.

No obstante, una vez constatado dicho estatuto de una forma general, vamos a referirnos seguidamente a determinados supuestos particulares que pueden tener lugar en el ámbito de la filiación como consecuencia de la relación constituida por los progenitores.

1º) En el caso en que un hombre español (que profesa la religión musulmana) casado con una mujer marroquí hemos de significar que el hijo habido fruto de esa relación, inscrito en el RC civil marroquí o consulado como matrimonial junto con el acta de matrimonio y también inscrito en el RC español será, en el primer caso y, desde el punto de vista del ordenamiento marroquí hijo legítimo y desde la óptica del ordenamiento español tendrá el carácter de un hijo matrimonial. Si el marido estima que ha de impugnar la filiación de un hijo habido durante la vigencia de ese matrimonio⁴¹ porque considere que no es el padre, deberá destruir las presunciones de paternidad establecidas en nuestra legislación (arts. 116 a 118 CC) y ello porque, a tenor del art. 9.4 del CC la determinación y el carácter de la filiación por naturaleza se regirán por la ley de la residencia habitual del hijo, la cual está fijada en España. Para el inicio de dicho procedimiento y, con el objetivo de destruir las presunciones de paternidad, el padre habrá

41. La acción de la impugnación de la filiación no la reserva nuestro derecho con exclusividad al supuesto padre, sino que también la puede ejercitar el hijo. (art. 137 CC), la cual podrá ser impugnada por el hijo durante el año siguiente a la inscripción de la filiación. Si fuere menor o tuviere la capacidad modificada judicialmente, el plazo contará desde que alcance la mayoría de edad o recobrar capacidad suficiente a tales efectos. El ejercicio de la acción, en interés del hijo que sea menor o tuviere la capacidad modificada judicialmente, corresponderá, asimismo, durante el año siguiente a la inscripción de la filiación, a la madre que ostente la patria potestad, a su representante legal o al Ministerio Fiscal.

de aportar un principio de prueba y será admisible también la prueba de ADN (art. 767.2 y 3 LEC). Si el tribunal determina que dicho individuo no es el padre del hijo en cuestión, la sentencia dictada a tal efecto por la autoridad española será objeto de inscripción en el RC español y lo mismo tendría que suceder en relación con su notificación al Consulado de Marruecos en España a efectos de la rectificación de la filiación en el RC marroquí. Asimismo, y, a tenor de esta resolución, desde el ámbito del derecho español el hijo perdería su carácter de matrimonial y, desde la perspectiva del ordenamiento marroquí el hijo no sería legítimo, de manera que las consecuencias para el hijo serían diferentes en uno y otro Estado. No obstante, esta afirmación ha de ser objeto de matización.

En ambos casos y, antes de la celebración del juicio de impugnación de la paternidad, el hijo menor de edad gozaría de doble nacionalidad, la marroquí y la española, ya que tanto el padre como la madre transmiten su nacionalidad *iure sanguinis* al hijo⁴², sólo en el caso en que ambos progenitores fueran marroquíes el hijo ostentaría únicamente la nacionalidad marroquí. En las relaciones conflictuales para el ordenamiento marroquí prevalece siempre la nacionalidad marroquí y, por lo tanto, la aplicación del derecho marroquí, de manera que difícilmente va a ser reconocida en Marruecos la sentencia dictada por los tribunales españoles, que han aplicado la ley española, a tenor del art. 9.4.I del CC, en tanto en cuanto se ha obviado la aplicación de la normativa de un estado de carácter confesional. Por este motivo, en el momento de la inscripción de la sentencia dictada por la autoridad española en el RC marroquí, la misma será objeto de un exhaustivo análisis por parte del juez requerido a fin de verificar que se ha respetado el orden público marroquí y, ello a tenor del art. 23.4 del Convenio de cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa entre el Reino de España y el Reino de Marruecos de 30 de mayo de 1997⁴³. Este mismo texto legal indica en su art. 24 que las resoluciones provenientes del estado requirente, en este caso España, no podrán dar lugar en Marruecos a que las autoridades de dicho país le otorguen publicidad o formalidad, tales como el registro, la inscripción o la rectificación en registros públicos hasta después de haber sido declaradas ejecutivas en el Estado requerido, el derecho de ejecución y el procedimiento por medio del cual se otorgue la misma se llevará a cabo de acuerdo con la legislación del Estado marroquí (estado requerido) (art. 25). En dicho procedimiento el tribunal marroquí

42. Una traducción y comentarios a esta ley se puede consultar en C. RUIZ DE ALMODOVAR, "La ley marroquí de nacionalidad", *Revista de la Universidad de Granada*, n.º 59, 2010, pp. 115 y ss.

43. BOE núm. 151, de 25 de junio de 1997.

deberá comprobar si la resolución española cumple con los requisitos establecidos en el art. 23 para gozar de autoridad de cosa juzgada.

A nuestro juicio, es aquí donde reside el *quic* de la cuestión, toda vez que el juez marroquí puede apreciar que la resolución española se opone al orden público marroquí al no haber tenido en cuenta las presunciones para determinar la filiación matrimonial contenidas en el CFM y que no se han respetado las reglas procedimentales básicas de dicho ordenamiento y, bajo este paraguas denegar la ejecución de la resolución española. En efecto, el art. 151 del CFM señala que la filiación se negará por decisión judicial y ésta se establece, según determina el art. 154 del CFM por la existencia de relaciones sexuales (*al-firas*) en los siguientes supuestos: el caso en que el hijo nazca a los seis meses desde la fecha del contrato matrimonial, si las mismas han sido posibles, ya sea el contrato válido o nulo o si el hijo nace durante el año de la fecha de disolución del matrimonio⁴⁴ y el art. 159 del CFM indica que solo un juicio puede impugnar la filiación paterna de un niño respecto al esposo (...). Por su parte, en el sistema español se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges (art. 116 CC). No obstante, si el hijo nace dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, podrá el marido destruir la presunción mediante declaración auténtica en contrario formalizada dentro de los seis meses siguientes al conocimiento del parto (art. 117 CC)⁴⁵.

Como podemos observar estas presunciones son similares en ambos derechos, aunque los plazos establecidos en uno y otro derecho son diferentes, siendo más amplios en el ordenamiento marroquí en relación con el plazo computado a partir de la disolución matrimonial⁴⁶.

La existencia de relaciones sexuales, según el derecho marroquí, se considera la prueba definitiva para establecer la filiación (art. 153.1 CFM), de manera que si el marido solicita la impugnación de la paternidad, deberá acreditar que él no fue sujeto activo del mantenimiento de dichas relaciones,

44. Periodo de *Idda* se fundamenta en asegurar que el hijo que nazca después de que pase un cierto periodo de tiempo, marcado por la ley desde la disolución del matrimonio, sea matrimonial y, por lo tanto, legítimo.

45. La impugnación de la paternidad en el derecho español por el presunto padre se puede realizar en el plazo de un año contado desde la inscripción de la filiación en el RC. Este plazo no correrá mientras el marido ignore el nacimiento del hijo (art. 136.1 CC).

46. Dejamos fuera de nuestro estudio las situaciones de que sea la madre o el hijo los que impugnen la paternidad, ya que esta posibilidad no se contempla en el Derecho marroquí.

acusando a su esposa de adulterio (*li-an*) o mediante prueba pericial la cual ha de reunir dos condiciones: en primer lugar que el esposo presente pruebas sólidas que refuercen sus pretensiones y, en segundo lugar, que el peritaje sea solicitado por orden judicial (art. 153.2 CFM). Los medios de prueba tradicionales que admite el derecho musulmán se encuentran recogidos en el CFM en el art. 158, los cuales se refieren al testimonio de dos testigos cualificados (*adules*), por notoriedad pública y por cualquier medio de prueba legalmente previsto, incluido el peritaje judicial. Si nos remitimos a nuestro ordenamiento jurídico los medios de prueba aceptados por nuestro derecho se contienen en el art. 299 LEC, y no difieren sustancialmente con los consignados por el Derecho marroquí⁴⁷.

El medio de prueba que quizás pueda presentar mayores dificultades, en cuanto a su aceptación por el Derecho marroquí, lo constituyen las pruebas biológicas admitidas por nuestro derecho como medio para investigar la paternidad (art. 767.2 LEC). No obstante, como muy bien nos expone C. RUIZ SUTIL, los tribunales marroquíes están experimentando un cambio aperturista hacia la aceptación de este tipo de pruebas, si bien, el mismo se va operando de manera muy limitada, referidos fundamentalmente a los supuestos en que el marido niega la paternidad del hijo cuando nace antes de los seis meses de la celebración del matrimonio. La Corte Suprema marroquí aplica dos argumentos para admitir esta prueba de la filiación: en primer lugar, el reconocimiento del padre según el rito *malekí* al comprobar a través de diversas pruebas que éste estuvo conforme con su paternidad hasta que se divorció de la madre y, en segundo lugar, el mantenimiento de las verdaderas relaciones conyugales de manera legal, ya que el consentimiento matrimonial se produce antes de la inscripción del enlace, de manera que la consignación del acta matrimonial no es un requisito esencial del acto⁴⁸. A la luz de esta nueva tendencia en el ordenamiento marroquí, si la prueba de ADN utilizada en el procedimiento sobre filiación seguido en España se corresponde con los casos en que la misma se admite en el

47. Dicho precepto señala que: "1. Los medios de prueba de que se podrá hacer uso en juicio son: 1.º Interrogatorio de las partes. 2.º Documentos públicos. 3.º Documentos privados. 4.º Dictamen de peritos. 5.º Reconocimiento judicial. 6.º Interrogatorio de testigos. 2. También se admitirán, conforme a lo dispuesto en esta Ley, los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso. 3. Cuando por cualquier otro medio no expresamente previsto en los apartados anteriores de este artículo pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes, el tribunal, a instancia de parte, lo admitirá como prueba, adoptando las medidas que en cada caso resulten necesarias".

48. C. RUIZ SUTIL, "Efectos maliciosos de la paternidad legítima marroquí en España...", *op.cit.*, pp. 107-110. La autora nos pone de manifiesto esta nueva línea jurisprudencial

proceso sobre filiación llevado a cabo en Marruecos, consideramos que no existiría impedimento alguno desde la perspectiva de nuestro país vecino para ejecutar e inscribir en el RC marroquí la sentencia emanada de los tribunales españoles sobre filiación, si bien, hasta el momento no tenemos información alguna sobre si este reconocimiento y ejecución ha tenido lugar en Marruecos.

Un asunto más controvertido, desde el punto de vista del posible reconocimiento de la resolución española en Marruecos, lo constituye la cuestión de la legitimación para interponer la demanda de impugnación de la paternidad, ya que, mientras que en el ordenamiento marroquí el único que puede ejercitar la acción de impugnación de la paternidad es el presunto padre (art. 153, párrafo 2º CFM), en el derecho español la misma se extiende a la madre, si ésta ejerce la patria potestad (como suele ser generalmente), al representante legal o al Ministerio Fiscal en representación del hijo si éste es menor de edad (art. 137.2 CC). Esta cuestión sí que podría afectar a la excepción de orden público internacional marroquí y, por esta causa denegar su reconocimiento y ejecución. No obstante, consideramos que esta situación se dará con más frecuencia respecto de las madres españolas y no de las marroquíes, a las cuales no les conviene en absoluto impugnar la paternidad de un hijo matrimonial, e iniciar un proceso en España de determinación de la paternidad de otro hombre, ya que ello conllevaría que en Marruecos dicho hijo se convirtiera en ilegítimo.

2º) En el supuesto de que no exista matrimonio entre dos marroquíes o entre un hombre marroquí y una mujer española a tenor de la normativa del Ordenamiento Jurídico español porque éste se ha celebrado en España por el rito islámico, pero no se ha inscrito el acta de la celebración del mismo en el consulado de Marruecos en España ni en el RC español (hemos de tener en cuenta que este rito exige el consentimiento de los cónyuges ante dos testigos musulmanes y que posteriormente el oficiante levante acta de dicho consentimiento), es posible que el hombre ya esté unido en España o en Marruecos por un anterior matrimonio, pero la nueva mujer esté en la creencia de que legalmente ha contraído matrimonio (art. 155). De esta manera, como ya hemos comentado anteriormente, asistimos a la posibilidad de que se celebren matrimonios poligámicos en nuestro país.

En este supuesto el hijo que nazca de esta unión entre ese hombre y esa mujer es legítimo a efectos del Ordenamiento jurídico marroquí ya que ha

a través de las sentencias marroquíes del TS de 9 de marzo de 2005, *Revue de la Cour Suprême*, nº. 63, p. 372 y de 16 de julio de 2008, (inérita, facilitada por el Juez A. Bouhya).

nacido en el seno de un matrimonio válido desde el punto de vista del ordenamiento alauita, siendo así aceptado por el padre. Sin embargo, cuando éste desea divorciarse y evitar las obligaciones para con su hijo, podrá alegar la invalidez del matrimonio, tanto en el Ordenamiento marroquí, como en el español, si bien las consecuencias paternofiliales son bien distintas en uno y otro sistema. En el primero de ellos, el hijo pasará de ser legítimo a ilegítimo, de manera que las obligaciones paternas no existirán; sin embargo, en nuestro ordenamiento es indiferente la legitimidad o no del hijo, ya que todos son iguales ante la ley⁴⁹.

No obstante, esta situación no es tan categórica, ya que el acta de matrimonio solo tiene la finalidad de prueba de su eficacia. Así, según nos indica C. RUIZ SUTIL, la Corte Suprema marroquí viene aplicando dos argumentos para admitir la prueba de la filiación: el primero de ellos el reconocimiento del padre fundamentándose en el rito *malikí*, al comprobar a través de diversas pruebas que éste siempre estuvo conforme con su paternidad hasta el momento del divorcio y, en segundo lugar, las verdaderas relaciones conyugales legales, ya que el verdadero consentimiento matrimonial se produce antes de la celebración del enlace, de forma que la consignación del acta matrimonial no es un requisito esencial del acto⁵⁰. De este modo, lo que verdaderamente prueba que el hijo es legítimo son las relaciones sexuales mantenidas por los progenitores, no el acta del matrimonio⁵¹. Si los progenitores demuestran al Cónsul marroquí que no están casados, según el derecho español, pero que su intención es casarse en un breve espacio de tiempo, el Cónsul en la práctica podrá inscribir al hijo fruto de esa relación como matrimonial, aunque luego no se contraiga el matrimonio. No obstante, aún cuando en España no se acredite que tampoco hay

49. No obstante, en nuestro sistema y, como consecuencia de la protección el *favor filii*, se ha admitido la poligamia, adaptando esta forma de matrimonio al "matrimonio putativo". Así, la Resolución de la DGRN de 10 de julio de 1996 (RJ 1996/9703) entiende que el hecho de que un matrimonio poligámico no pueda ser inscrito en el RC español, no ha de impedir conforme a los arts. 61 y 79 CC que el matrimonio islámico haya de surtir, al menos, los efectos del matrimonio putativo y por tanto, siempre el carácter de filiación natural del menor, cuya inscripción y mediatamente su filiación se pretende rectificar, al existir una apariencia objetiva de celebración de matrimonio y demás requisitos mínimos que deben exigirse para la existencia del matrimonio putativo».

50. C. RUIZ SUTIL, «Efectos maliciosos de la paternidad legítima marroquí en España: una cuestión a resolver», *op. cit.*, pp. 109-110. La autora nos señala dos sentencias en este sentido obtenidas por gentileza del juez A. Bouhya.

51. S. EL OUAZZANI CHAHDI, «La sentencia del tribunal de primera instancia de Tánger (Marruecos) de 30 de enero 2017 sobre filiación extramatrimonial: ¿afirmación de la tradición o un paso hacia la innovación?», *CDT*, vol. 11, nº. 2, 2019, pp. 592 y ss.

acta de matrimonio y que incluso existen relaciones poligámicas⁵², esta pareja se puede trasladar a Marruecos y casarse allí con autorización judicial.

52. En España, desde hace ya bastante tiempo han sido aceptados ciertos efectos atenuados de la poligamia, como por ejemplo el derecho a la pensión de viudedad de las mujeres con las que un varón ha estado casado. Fundamentalmente este reconocimiento tiene lugar en relación con el Estado Marroquí, a tenor del Convenio sobre Seguridad Social entre España y Marruecos de 8 de noviembre de 1979 (BOE núm. 245, de 13 de octubre de 1982) pionero en este reconocimiento fue el Juzgado de lo Social núm. 6 de Barcelona en su sentencia de 10 de octubre de 2001. Existe comentario a esta sentencia por M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, «Matrimonio poligámico, orden público y extranjería: a propósito de la sentencia del Juzgado de lo Social nº 6 de Barcelona de 10 de octubre de 2001», *Actualidad laboral*, 2003, pp. 15 y ss. Una sentencia más reciente, del TSJ de Andalucía, Sala de lo Social de 10 de junio de 2020 indica que: «Deben traerse a colación las conclusiones de la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2018 [RO]: STS 121/2018], a saber: 1º) que la constatación de una situación de poligamia de un súbdito marroquí no impide, por razones de orden público, el reconocimiento del derecho a una pensión de viudedad en el régimen de clases pasivas del Estado, regulado por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, a favor de todas las esposas que, de acuerdo con su ley personal, estuvieran simultáneamente casadas con el causante perceptor de una pensión con cargo al Estado español. 2º) que el artículo 23 del Convenio sobre Seguridad Social entre España y Marruecos, de 8 de noviembre de 1979, por la posición jerárquica que tiene en nuestro ordenamiento jurídico tras ser publicado en el Boletín Oficial del Estado de 13 de octubre de 1982 y por el reconocimiento que le otorga el artículo 96 de la Constitución Española, permite que por vía interpretativa se pueda ampliar o extender la condición de beneficiarias de pensión de viudedad en el régimen de clases pasivas del Estado a todas las esposas que, de acuerdo con su ley personal, estuvieran simultáneamente casadas, en una situación de poligamia, con el causante perceptor de una pensión con cargo al Estado español que tenga origen marroquí, y que fuesen beneficiarias de la pensión según la legislación marroquí. 3º) que el cálculo del importe de la pensión se efectuará partiendo de que la pensión se distribuye por partes iguales entre las viudas que hayan estado simultáneamente casadas con el mismo causante», *Vid. inter alia* sobre esta cuestión, M. GUTIERREZ PÉREZ, «La pensión de viudedad frente a las distintas realidades familiares y sociales: poligamia y violencia de género bajo el foco de los últimos pronunciamientos judiciales», *Revista española de derecho del trabajo*, 2018; M. SOTO MOYA, «Eficacia de las relaciones poligámicas en el orden social: derecho a la pensión de viudedad de varios cónyuges coetáneos del causante», *Revista Bitácora Millennium Dipr*, 2019. No obstante, nuestros tribunales no tienen un único criterio en cuanto a la parte proporcional que cada esposa ha de recibir. Sobre esta cuestión, *Vid.* J. MOLINS GARCÍA-ATANCE, «Aspectos críticos de la pensión de viudedad. especial mención al matrimonio poligámico y homosexual», *Aranzadi Social*, nº 5, 2005, pp. 1161 y ss.; P. JUAREZ PÉREZ, «La consolidación de una lúcida doctrina judicial sobre poligamia y pensión de viudedad: la STSJ de Andalucía de 24 de mayo de 2018», *CDT*, vol. 11, nº 1, 2019, pp. 801-806; M. J. CERVILLA GARZÓN, «Identidad islámica y orden público: los efectos del matrimonio poligámico en el sistema español de seguridad social», *CDT*, vol. 11, nº 1, 2019, pp. 235 y ss.

3º) Esta misma situación que hemos descrito en líneas anteriores puede tener lugar cuando se trata de una pareja de hecho registrada en una comunidad autónoma española o no registrada, formada por un hombre marroquí y mujer española o marroquí. El hijo habido no es legítimo desde el punto de vista del ordenamiento marroquí, pero esta pareja puede alegar en el consulado de Marruecos en España que tienen intención de contraer matrimonio más adelante. Lo hagan o no el cónsul puede inscribir al hijo como legítimo, ya sea la mujer marroquí o española. La inscripción en el RC español se puede hacer, aunque no sea hijo matrimonial con la declaración de ambos, ya que el nacimiento ha acaecido en España. (art 4 LRC)⁵³.

El problema surge cuando el padre no quiere reconocer la paternidad de ese hijo, de manera que, como el hijo es menor de edad, la madre puede interponer en su nombre demanda de atribución de la paternidad ante los tribunales españoles (art. 22 *quarter* d) LOPJ) utilizando las pruebas admitidas por nuestro derecho a tenor del aforismo *lex fori regit processum*, incluso si se entiende que dichas pruebas no pertenecen al ámbito procesal, sino que las mismas van íntimamente ligadas a la ley rectora del fondo de la determinación de la filiación, también serán de aplicación las pruebas contempladas por nuestro derecho, a tenor del art. 9.4.1º CC, ya que al tener el hijo su residencia habitual en España, será la ley española la que regule el fondo del asunto. Si los tribunales españoles determinan que el hombre marroquí es el padre del niño, esa sentencia tendrá todos sus efectos en el Estado español, pero no será reconocida en el Estado marroquí, toda vez que se opone a su orden público internacional de ese Estado al no atenerse a los preceptos del CFM e incluso ir en contra de los mismos. No obstante, esta situación claudicante, a la mujer, madre del niño, ya sea española o marroquí, le puede dar igual, ya que lo que guarda verdadera importancia para la misma es que los tribunales españoles establezcan las obligaciones de ese padre en relación con el hijo y, si el mismo, tiene su residencia habitual en España estará obligado a cumplirlas.

El problema se complica si el padre parte a Marruecos y no tiene intención de regresar a nuestro país. En el caso en que la madre se quede en España con el hijo, para que el padre cumpla con sus obligaciones paterno-filiales, la única solución que cabe es interponer una demanda extracontractual por los daños sufridos ante los tribunales marroquíes⁵⁴.

53. Ley 20/2011 de 21 de julio del Registro Civil. BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 1958 (legislación consolidada).

54. Esta solución se puede extraer de la explicación de la guía práctica del art. 148 del CFM, según la cual el nacido de relaciones sexuales ilícitas podría solicitar a su progenitor los daños morales ocasionados por este acto ilícito, conforme a la posibilidad

IV. ASPECTOS DE LAS RELACIONES PATERNOFILIALES COMO CONSECUENCIA DEL DIVORCIO DE UNA PAREJA FORMADA POR DOS MARROQUÍES O POR UN MARROQUÍ Y UNA ESPAÑOLA NO MUSULMANA

En el supuesto en que exista una crisis en un matrimonio formado por dos marroquíes o un marroquí y una mujer española, con residencia habitual en España, la competencia judicial internacional para conocer sobre el fondo de la misma recaerá en los tribunales españoles a tenor el art. 3.1 a) del R. 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 menores⁵⁵ ya que es en España el lugar en el que dicho matrimonio tiene su residencia habitual. Como se desprende del propio Reglamento la potestad de nuestros tribunales se limita a decretar la disolución del vínculo matrimonial, pero no a pronunciarse sobre otros aspectos de dicha disolución, como pensión compensatoria para la mujer, división de la comunidad de bienes, guarda y custodia y derecho de visita sobre los hijos comunes, atribución de la vivienda conyugal, etc. Para todas estas cuestiones se han de interponer las demandas correspondientes a los derechos que se deseen reclamar.

En el caso de las medidas a adoptar en relación con los hijos comunes fruto de ese matrimonio, junto al criterio general de la competencia a favor de los tribunales donde el menor tenga su residencia habitual (art. 7 R. 2019/1111) el Reglamento contempla dos posibilidades:

La primera posibilidad se refiere al ejercicio de la autonomía de la voluntad por parte de los progenitores a la hora de elegir el tribunal que va a dictar las medidas paternofiliales, ya que los mismos, a tenor del art. 10.1, b) apartados i e ii, podrán convenir libremente en dicha competencia, al menos en el momento de presentar el asunto ante el órgano jurisdiccional (i). La segunda opción posibilita que los progenitores hayan aceptado expresamente la competencia durante el procedimiento de divorcio de que sea ese órgano jurisdiccional en que conozca también de las relaciones paternofiliales y el órgano jurisdiccional se ha asegurado de que todas las partes han sido informadas de su derecho a no aceptar la competencia

de reclamo de una indemnización sobre la base de la responsabilidad civil. Para profundizar más en esta cuestión y obtener más información sobre las sentencias de filiación dictadas por los tribunales españoles y su eficacia en Marruecos, *vid.* C. RUIZ SUTIL, «Efectos maliciosos de la paternidad legítima marroquí...», *op cit.* p.p. 119-140.

55. DOUE núm. L 178, de 2 de julio de 2019.

(ii)⁵⁶. De esta forma, si los hijos tienen su residencia habitual en España, los tribunales españoles serán los competentes para adoptar las medidas que les afecten como consecuencia de la disolución del vínculo matrimonial de sus padres. Sin embargo, nuestros tribunales no gozarán de esta competencia si los progenitores, a tenor de su autonomía de la voluntad han designado como competentes a los tribunales de otro estado con el que el menor esté vinculado, o en el supuesto de que el menor no tenga su residencia habitual en España, con las salvedades que establecen los arts. 10 a 14 del R. 2019/1111.

Hemos de tener en cuenta que nuestro sistema contempla varias alternativas en relación con los hijos comunes como consecuencia del divorcio de sus progenitores. La primera de ellas puede ser la adopción de la custodia compartida entre los progenitores y la segunda la atribución del derecho de guarda y custodia para un progenitor y el derecho de visita para el otro, de manera que ambos progenitores conservan la patria potestad sobre los hijos comunes (art. 156.1 CC) a no ser que exista un motivo determinado por nuestro sistema jurídico que fundamente la pérdida de ese derecho en relación con uno de los progenitores (art. 170 CC).

La ley aplicable al fondo del contenido de la filiación y de la responsabilidad parental, será la que dispone el Convenio de La Haya de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños (art. 9.4, 2º CC). Este Convenio indica en su art. 15 que las autoridades competentes aplicarán su propia ley, de manera que el precepto hace coincidir el *forum* y el *ius*. Así, será la ley española la que determine las medidas de protección que los tribunales españoles adoptarán en relación con los hijos comunes habidos en ese matrimonio que ha sido disuelto por divorcio, si los hijos tienen su residencia habitual en España, de forma que la custodia podrá ser compartida o bien, el derecho de guarda y custodia podrá ser atribuido a un progenitor y el derecho de visita a otro. Incluso alguno de los progenitores podría ser privado de la patria potestad, si ha incurrido en algún ilícito penal, tal como la violencia doméstica ejer-

56. El antecesor de este Reglamento, el R. 2001/2003 en su art. 12 contemplaba la *prorrogatio fori* al señalar que: «Los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que se ejerza la competencia con arreglo al artículo 3 en una demanda de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial tendrán competencia en las cuestiones relativas a la responsabilidad parental vinculadas a dicha demanda: a) cuando al menos uno de los cónyuges ejerza la responsabilidad parental sobre el menor, y b) cuando la competencia de dichos órganos jurisdiccionales haya sido aceptada expresamente o de cualquier otra forma inequívoca por los cónyuges o por los titulares de la responsabilidad parental en el momento de someter el asunto ante el órgano jurisdiccional y responda al interés superior del menor».

cida sobre la madre o sobre ésta y los hijos. Todas estas medidas gozarían de eficacia en nuestro país y podrían ser cumplidas sin excesiva dificultad, si el padre permanece en nuestro territorio.

No obstante, la dificultad para el cumplimiento de las mismas se torna bastante complicada si contemplamos la situación, nada infrecuente en la actualidad, consistente en que, una vez que ya se ha iniciado un proceso de divorcio instado por la mujer en España, el marido marcha a Marruecos e interpone también en ese país demanda de divorcio. En este supuesto el R. 2019/1111 no contempla la litispendencia *ad extra*, como sí lo hacen otros Reglamentos Comunitarios⁵⁷, de manera que los tribunales marroquíes, a tenor de la nacionalidad del marido, asumirán la competencia judicial internacional para conocer del caso, pudiendo dictar una sentencia que contradiga el *dictum* de los tribunales españoles y que sea más beneficiosa para el padre, teniendo en cuenta que la interposición de la demanda de divorcio por parte del hombre requiere menos requisitos que por parte de la mujer, pudiendo además obtener el hombre la disolución del vínculo matrimonial de forma unilateral a través del repudio⁵⁸ y sin perder nunca la patria potestad sobre los hijos, la cual ejerce en solitario, mientras que en nuestro ordenamiento sí que es factible y además siempre es compartida con la madre (art. 156 del CC). De nuevo nos encontramos ante resoluciones judiciales claudicantes.

57. El art. 33.1 del R. 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil señala que: « Cuando la competencia se base en el artículo 4 o en los artículos 7, 8 o 9 y exista un procedimiento pendiente ante un órgano jurisdiccional de un tercer Estado en el momento en que se ejercita una acción ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro con el mismo objeto, la misma causa y las mismas partes que en un procedimiento que se esté tramitando ante el órgano jurisdiccional del tercer Estado, el órgano jurisdiccional del Estado miembro podrá suspender el procedimiento».

58. Sobre esta institución, Vid. *inter alia* M.D. ADAM MUÑOZ e I. BLÁZQUEZ RODRIGUEZ, *Inmigración magrebí y derecho de familia*, Sevilla, 2004, pp. 233 y ss.; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, «La disolución del matrimonio. Especial referencia al repudio islámico», *Cuadernos de derecho judicial*, n° 8, 2002; AA.VV. *Matrimonio y divorcio en las relaciones hispano-marroquíes y compilación de legislación de derecho privado marroquí*. Vol. II, Agencia Española de Cooperación Internacional (AECID). Madrid 2009; M.D. ORTIZ VIDAL, «El repudio en el Código de familia de Marruecos y la aplicación del derecho marroquí en la UE», *CDT*, vol. 6, n°. 2, 2014, pp. 201 y ss.; A. MOTILLA DE LA CALLE, «Multiculturalidad, Derecho Islámico y ordenamiento secular; los supuestos de poligamia y el repudio», en M. C. BARRANCO AVILÉS, O. CELADOR ANGÓN y O. VACAS FERNÁNDEZ (coords.), *Perspectivas actuales de las fuentes del derecho*, Ed. Dykinson, Madrid, 2011, p. 196; C. SOLÍS ZOILA, «Repudio islámico y la modernización del derecho en el mundo islámico», *Derecho y Religión*, n.º 1, pp. 223 y ss.

El art. 128 del CFM en su párrafo segundo nos indica que las distintas clases de divorcio contempladas en el mismo dictadas por tribunales extranjeros, resultarán aplicables si hubieran sido dictadas por jurisdicciones competentes y basadas en motivos compatibles con las disposiciones del presente Código en materia de disolución de matrimonio. Entendemos que el término «resultarán aplicables», se refiere a que serán reconocidas y ejecutables; sin embargo ese reconocimiento no carece de complicaciones, toda vez que el sistema marroquí contempla varias formas de divorcio, aunque en algunos casos exista mutuo acuerdo entre las partes (art. 114 CFM), a saber: el divorcio mediante compensación económica por parte de la mujer (art. 115 a 120 CFM), el divorcio bajo control judicial (art. 138 a 141 CFM), el divorcio revocable por parte del marido (Ray`l) o el irrevocable (Báin) (arts. 122 a 128 CFM). Asimismo, uno de los efectos del divorcio es el período de espera legal por parte de la mujer (*Idda*) (arts. 129 a 136 CFM). Además, en relación con el reconocimiento del divorcio pronunciado por las autoridades españolas en Marruecos, no es de aplicación el Convenio bilateral entre ambos países en materia Civil, Mercantil y Administrativa de 30 de mayo de 1997, ya que los efectos de esta institución están excluidos expresamente del mismo⁵⁹.

Sin embargo y, aún siendo las causas y las clases de divorcio tan diferentes en los dos países, no por ello ha de suponer el pleno rechazo del divorcio pronunciado en España por las autoridades marroquíes, ni la no aceptación del pronunciamiento realizado por las autoridades marroquíes por las españolas.

Así, y según indica la sentencia del TS de 25 de enero de 2006⁶⁰, «...la institución del repudio por regla general se deja en manos del esposo y tiene esa prerrogativa en detrimento de la mujer porque el Derecho islámico considera que el hombre es el responsable de la institución matrimonial, de las cargas que se derivan de la misma, de la manutención de los hijos, así como de correr con las cargas que se derivan del divorcio»⁶¹. Para que el repudio sea aceptado en España como modo de disolución del vínculo matrimonial, ha de ser irrevocable y, en sus distintas modalidades y, con arreglo al dere-

59. BOE núm. 151, de 25 de junio de 1997.

60. *Roj*: STS 1637/2006 — ECLI: ES:TS:2006:1637.

61. Sobre el repudio se pronuncia el Auto de la AP de Málaga de 29 de enero de 2015, *Roj*: AAP MA 19/2015 — ECLI: ES:APMA:2015:19A, indicando que: «...el derecho de repudio del marido reflejo de una posición legal de desigualdad entre el hombre y la mujer dentro del matrimonio, reconociendo el papel de supremacía del varón y sumisión de la mujer, los Jueces y Tribunales Españoles no pueden reconocer dicha orden por vulnerar el principio de igualdad que, dentro de los derechos y libertades fundamentales, consagra el artículo 14 de la Constitución, según el cual, no puede prevalecer

cho islámico, se ha de verificar previa autorización del juez y en presencia de dos adules para dar fe, una vez que se han agotado todos los medios de reconciliación. Para salvaguardar los derechos de la mujer, el juez ha de valorar si existe razón motivada del repudio, o, por el contrario, supone un simple abuso de poder del hombre, valorando los posibles daños o perjuicios que pueda sufrir la esposa. «Fracasados todos los intentos de reconciliación, el juez está obligado a autorizar el repudio ante los dos adules, fijando las obligaciones resultantes de tal acto como son la indemnización de consuelo, la pensión alimenticia de la esposa durante el período de continencia, el remanente de la dote, la pensión alimenticia de los hijos, la contrapartida por la custodia, la regulación del derecho de visita, etc. Consumado el repudio el juez ha de notificarlo a la esposa remitiéndole acta de divorcio en un plazo máximo de quince días, corriendo el esposo con los gastos resultantes (...) Pues bien, el conflicto surge cuando de este acto se pretende su reconocimiento por las autoridades españolas para su incorporación al RC español siendo, por tanto, el encargado del Registro el que ha de verificar si la resolución extranjera en cuestión —en este caso otorgada por un juez marroquí ante dos adules— reúne los requisitos que se exigen para desplegar su eficacia en el Estado donde se pretende su acceso al Registro (en este caso, eventualmente, España)...».

No obstante, el repudio también puede ser solicitado por la esposa, como resulta en el caso de la sentencia que estamos comentando, pero siempre mediante compensación económica por la dote y por los gastos que supuso el matrimonio al marido y si así se ha acordado en el contrato matrimonial, no siendo revocable en ningún supuesto; sin embargo «... no puede hacerse a costa de los derechos de los hijos si la esposa tiene dificultades económicas, y para que el esposo sea merecedor de tal compensación económica, ésta debe pagarse con el consentimiento y la opción de la esposa». Concluye el TS afirmando que, como existen diferentes tipos de repudio en

discriminación alguna por razón de sexo, y a estos efectos, resulta intrascendente que la esposa haya o no acatado ante dicho tribunal islámico el repudio realizado por el esposo, o alguna de sus consecuencias, incurriendo el auto recurrido en el error de considerar que fue voluntaria la rebeldía de la demandada en el *procedimiento* donde se emitió la orden religiosa cuya validez reconoce en España pues dicho procedimiento se limita a un acto de manifestación de voluntad unilateral del esposo en la que no tiene participación alguna la esposa, a la que ni se oye, lo que queda palpable en el documento nº 3 donde el tribunal ordena simplemente notificar a la esposa que el marido la ha repudiado y de su obligación de respetar la *Idda* (sometimiento de la mujer a un periodo de retiro legal que se extiende durante tres periodos menstruales o hasta el momento del parto si la mujer está encinta, tiempo durante el cual la mujer debe permanecer en el domicilio conyugal, mantiene el derecho a alimentos —*nafaqa*— y no puede contraer nuevo matrimonio, siendo la finalidad primordial de este retiro legal asegurar la determinación de la paternidad en caso de embarazo)».

el ordenamiento alauita, para que el mismo pueda gozar de reconocimiento y eficacia en España ha de haber sido dictado por la autoridad competente en el Estado de origen, mediante un procedimiento contradictorio en el que estén presentes el hombre y la mujer y en el que se hayan respetado las garantías procesales, para que el mismo sea conforme con nuestra Constitución, la cual en el plano internacional se refiere fundamentalmente al respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas contenidas en la misma.

Como podemos observar la coincidencia entre las causas y clases de divorcio, así como las medidas adoptadas en relación con los hijos fruto de ese matrimonio que ha sido declarado disuelto, pueden diferir bastante en el sistema español y en el marroquí dependiendo del tipo de disolución del vínculo matrimonial de que se trate, ya se llame repudio o divorcio ⁶², de manera que la mujer que, como consecuencia de la declaración de divorcio y las medidas adoptadas en relación con los hijos comunes como pueden ser la guarda y custodia de los mismos y su derecho a alimentos sufragados por el padre adoptadas por los tribunales españoles, va a tener muy complicado litigar ante los tribunales marroquíes solicitando el reconocimiento y ejecución de la sentencia española en Marruecos y que, por lo tanto, el padre haga frente a sus obligaciones paternofiliales determinadas por las

62. Así, la Sentencia de la AP de Málaga de 22 de abril de 2015 *Roj: SAP MA 1452/2014* — ECLI: ES:APMA:2014:1452 nos pone de relieve las diferentes clases de disolución del vínculo matrimonial que existen en Marruecos, algunas de las cuales se oponen al principio de igualdad del art. 14 de nuestra Constitución e indica que el repudio «...resulta discriminatorio, por razón de sexo, para la (ex) esposa demandante, ya que aunque dicha normativa legal reconoce el divorcio ("*tatliq*")", sin embargo, establece notas diferenciales según quién sea el ejercitante de la acción, de manera que, así como el hombre puede hacer uso del repudio, donde no tiene que acreditar justificación alguna para su decisión, si como en el caso, en cambio cuando es la mujer quien insta la disolución del vínculo matrimonial, se dispone imperativo intento de reconciliación, bien realizado por juez y/o por dos árbitros nombrados al efecto, lo que se justifica por el concepto que al matrimonio dan los textos sagrados como un deber de todo musulmán y la necesidad de evitar la ruptura, y así, además, sucede ser necesario la necesaria acreditación de causa o del motivo en cuestión que justifique su voluntad de dar por finalizada la unión conyugal, es decir, así como el marido puede dar por finalizada la unión matrimonial por su mera declaración de voluntad, la mujer necesita probar una causa para poder romper el contrato matrimonial, a no ser que el marido haya manifestado su consentimiento anterior o coetáneo, lo que supone estar ambos cónyuges en desigual situación, nota de quebranto del principio de no discriminación por razón de sexo que se pone de manifiesto a su vez en el hecho de admitirse la revocabilidad del divorcio en determinados casos (...), pero sólo a instancia del hombre, supuestos en los que la mujer, la esposa, queda a expensas de que el marido unilateralmente tome una nueva decisión, convirtiendo así el divorcio ejercitado por la mujer como una simple "*llamada de atención*" a que reconsidere el marido su comportamiento, que de no hacerlo, producirá como efecto la disolución del matrimonio,

autoridades españolas, si las autoridades de nuestro país vecino consideran que no se han cumplido los requisitos establecidos en el CFM. La posibilidad que entonces le queda a la mujer es litigar *ex novo* ante los tribunales marroquíes, solicitando la disolución del vínculo conyugal y las medidas de protección para con sus hijos.

V. REFLEXIONES FINALES

A lo largo de estas páginas hemos podido comprobar como las relaciones entre padre e hijo pueden variar en el sistema marroquí a tenor de las diferentes situaciones que este último puede configurar, existiendo un deber de atención, educación, alimentación, mantenimiento, etc. del padre hacia el hijo si éste es considerado legítimo en ese ordenamiento y cumple todas las condiciones establecidas en el CFM para gozar de esta situación; sin embargo, esta circunstancia no tiene lugar en cuanto a la madre, ya que las condiciones que contiene el CFM para dudar de la maternidad son bastante complicadas y difíciles de probar. No sucede así en nuestro Ordenamiento jurídico en el que se proclama la igualdad de los hijos, iguales éstos

pero que de actuar en tal sentido, amparado por disposición legal, el efecto es paralización del divorcio y restablecimiento de las relaciones personales y sexuales, basando con comunicar su decisión a dos adules que, a su vez, lo pondrán en conocimiento del juez (...) en los demás supuestos esa comunicación provoca que se deje sin efecto la sentencia de divorcio ya dictada, convivencia que caso de no ser deseada obliga a la mujer a iniciar contra su marido, si quiere divorciarse, nuevo procedimiento por discordia o "*chiqaq*", obligándola en tanto a una convivencia bajo un mismo techo, siendo consecuencia ineludible de lo expuesto que mientras que el repudio del varón es una fórmula que permite al marido disolver el matrimonio, por su mera voluntad y sin causa, sucede que también depende de su voluntad que prospere el procedimiento judicial instado por su esposa, con base en unas causas legales que se articulan sobre los derechos y deberes asumidos por el matrimonio y que el marido incumple, lo que conlleva dejar claras muestras de desigualdad y discriminación de la esposa dentro del matrimonio islámico, quebrantando así principios constitucionales básicos como el de igualdad —entre los cónyuges— (artículo 32.1) y el de no discriminación por razón de sexo (artículo 14) (...) en suma, lo que prohíbe el principio de igualdad son las desigualdades que resultan artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados, siendo también necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos, por lo que, en resumen, el principio de igualdad, no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad perseguida — TC SS. 22/1981, de 2 de julio, 49/1982, de 14 de julio, 2/1983, de 24 de enero, 23/1984, de 20 de febrero, 209/1987, de 22 de diciembre, 209/1988, de 10 de noviembre, 20/1991, de 31 de enero, 110/1993, de 25 de marzo, 176/1993, de 27 de mayo, 340/1993, de 16 de noviembre, 117/1998, de 2 de junio, entre otras más...».

ante la ley con independencia de su procedencia. Esta diferencia de tratamiento y consideración de la filiación va a tener como consecuencia que nos encontremos ante situaciones claudicantes, válidas y eficaces en nuestro Estado, pero carentes de valía y efectos jurídicos en el Estado vecino, repercutiendo esta confrontación fundamentalmente en el hijo y, como consecuencia en su madre, ya que en Marruecos su tratamiento jurídico será el de una madre soltera, con las consecuencias que dicha consideración tiene aparejadas y el hijo tendrá la condición de ilegítimo respecto de su padre, mientras que en España el hijo gozará de todas las prerrogativas que se derivan de su estado civil respecto al padre y la madre y podrá obligar judicialmente al padre a cumplir con sus deberes paternos.

Capítulo 12

El papel de las autoridades brasileñas en la lucha contra la sustracción internacional de niños

ALINE BELTRAME DE MOURA
Prof.^a de la Facultad de Derecho
Universidad Federal de Santa Catarina (Brasil)

FELIPE LEAL
Doctorando en Derecho
Universidad Federal de Santa Catarina (Brasil)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES EN BRASIL SOMETIDA A UN CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. III. AUTORIDADES BRASILEÑAS INVOLUCRADAS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE RESTITUCIÓN DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 1980. IV. LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS CONVENCIONALES POR LOS TRIBUNALES BRASILEÑOS. V. CONSIDERACIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN

Los niños sienten las crisis matrimoniales. Si el desacuerdo culmina con el fin de la relación, la seguridad emocional del niño se ve sacudida. El escenario es de incertidumbre. Mantener la convivencia con ambos padres es saludable para el desarrollo del niño. La custodia compartida es la regla general en el derecho interno brasileño, excepto cuando existen elementos que demuestran riesgo de violencia doméstica o familiar.

El conflicto familiar se intensifica cuando hay un elemento internacional. Las parejas formadas por ciudadanos de diferentes nacionalidades suelen fijar su residencia habitual en el país de origen de uno de ellos. Con el resultado, es común, que el residente en el exterior se interese en regresar a su país de origen. El deseo es volver y traer a los niños consigo. Al ceder a este impulso, se viola el derecho de custodia del otro progenitor, si existe y se ejerce. Esto caracteriza el traslado o retención ilícitos del niño. Este marco legal es sensible, particularmente para las madres en situación de vulnerabilidad y violencia en un país extranjero. En Brasil, el grupo «*Mães da Haia*»¹ enfatiza el riesgo de violencia doméstica para los niños devueltos a su padre, respaldado por el CH 80.

La sustracción se combate mediante el CH 80. El objetivo es garantizar el retorno inmediato de los niños transferidos o retenidos ilegalmente y garantizar el respeto del derecho de custodia y visitas de los padres abandonados. La regla de restitución inmediata tiene excepciones, enumeradas en los arts. 12, 13 y 20 de la Convención. El juez competente para decidir sobre el derecho de custodia es únicamente el del lugar de residencia habitual del menor antes de la sustracción o retención ilícita, de conformidad con el art. 16 de la Convención.

El objetivo de este artículo es comprender el papel de las autoridades administrativas y judiciales brasileñas en la aplicación de la Convención. La estructura del estudio se compone de tres partes. La primera aborda la aplicación del CH 80 en el ordenamiento jurídico brasileño y el desafío de sus disposiciones en el contexto del control de constitucionalidad. La segunda presenta las responsabilidades de las autoridades administrativas y judiciales en el cumplimiento del CH 80. La tercera analiza el fondo de las decisiones judiciales brasileñas con el objetivo específico de observar la aplicabilidad de las excepciones a la regla del retorno inmediato. Al final, pretendemos haber obtenido respuestas a tres preguntas: si la CH 80 es compatible con la Constitución Federal de Brasil; qué autoridades brasile-

-
1. El grupo *Mães de Haia* surgió en 2017, con perfil en la red social *Facebook*, y tiene como objetivo «trazer suporte e informações para mulheres que atualmente são reféns da Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças no Brasil e no exterior». Según este grupo: «A mãe brasileira residente no exterior que sofre violência doméstica será aquela com mais dificuldade para achar soluções favoráveis numa disputa internacional de guarda dos seus filhos. Nas relações abusivas, essas mulheres são isoladas da família, do convívio com amigos, julgadas por terem se relacionado com o agressor e estigmatizadas nos serviços sociais de ajuda. Ela é vítima duas vezes: de seu companheiro e do sistema. Ao se mudar sem autorização de viagem ou residência, elas pretendem se resguardar da convivência com o agressor e também proteger seus filhos». Disponible en: https://drive.google.com/file/d/1sHLeRuaSIWkrdma_2zstyWLRgn28_rCU/view

ñas están involucradas en el cumplimiento de la CH 80; y cuál es la interpretación que hace el poder judicial brasileño de las excepciones a la regla de retorno inmediato.

II. LA APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES EN BRASIL SOMETIDA A UN CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Brasil culminó el procedimiento de incorporación del CH 80 a su derecho interno con el Decreto n.º 3.413², de 14 de abril de 2000, de la Presidencia de la República. El Congreso Nacional lo aprobó mediante Decreto Legislativo n.º 79³ de 15 de septiembre de 1999. El instrumento de adhesión fue depositado por el Gobierno brasileño el 19 de octubre de 1999, con efectos a partir del 1 de enero de 2000.

Resulta que el 27 de mayo de 2009, el partido político Demócratas (DEM) interpuso la «Ação Direta de Inconstitucionalidade» (ADI) n.º 4245⁴ ante el Supremo Tribunal Federal (STF), máximo órgano del Poder Judicial. Los artículos fueron cuestionados: arts. 1º, «a»; 3º; 7º, *caput* e «f»; 11; 12; 13, «b»; 15; 16; 17; 18 y 21 del CH 80. Esta acción de control de constitucionalidad aún no ha sido juzgada. Sin embargo, es importante comprender los motivos del cuestionamiento de las normas de la Convención y conocer el contenido de las declaraciones ya adjuntas al proceso, incluyendo datos estadísticos sobre la sustracción internacional de menores que involucran a Brasil.

En resumen, el DEM se rebeló contra: i) medidas urgentes para la restitución del niño, sin contradicción previa, por violar el debido proceso legal; ii) que si no ha transcurrido un año se descarte la alegación de integración al nuevo entorno, por faltar el respeto al interés superior del niño;

2. BRASIL. Decreto n. 3.413, de 14 de abril de 2000. Promulga a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980. Disponible en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3413.htm
3. BRASIL. Decreto Legislativo n. 79, de 15 de setembro de 1999. Aprova o texto da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980, com vistas à adesão pelo Governo brasileiro. Disponible en: <https://legis.senado.leg.br/norma/581696/publicacao/15711579>
4. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4245. Ministro Relator: Luís Roberto Barroso. Disponible en: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2679600>

iii) la interpretación restrictiva de la excepción de riesgo grave de exponer al niño a peligros físicos y psicológicos, también por faltar al respeto al interés superior del niño; iv) la actuación de la Unión como Autoridad Central, en violación de los principios republicanos, la impersonalidad y la moralidad; v) el reconocimiento del derecho de custodia otorgado en país extranjero, sin la respectiva aprobación de los tribunales brasileños; vi) la competencia internacional exclusiva del lugar de residencia habitual antes del traslado o retención ilícitos para decidir sobre la custodia del niño, por violar el principio de acceso a la justicia; vii) la ineficacia de la decisión brasileña sobre custodia por incompetencia internacional, ya que desconoce el interés superior del niño y viola la separación de poderes y la cosa juzgada.

La «Advocacia-Geral da União» (AGU)⁵ presentó un pronunciamiento en la «Ação Direta de Inconstitucionalidade» (ADI) n.º 4245. Defendió la constitucionalidad de la totalidad de la CH 80, incluyendo los procedimientos de urgencia, la interpretación restrictiva de las excepciones, la asistencia directa que no requiere la ratificación de una decisión judicial extranjera y la jurisdicción del país de residencia habitual del menor para analizar el fondo del derecho de custodia. Destacó que las acciones de las autoridades brasileñas son compatibles con las disposiciones constitucionales y que la interposición de acciones judiciales para la búsqueda y restitución de menores por parte de la Unión surge del deber de cooperación entre los Estados.

La «Procuradoria-Geral da República» (PGR)⁶ también presentó un pronunciamiento en la ADI n.º 4245. Sostuvo que la CH 80 forma parte del proyecto constitucional de cooperación y protección de los derechos humanos en las relaciones internacionales. Sostuvo que las disposiciones convencionales son compatibles con la protección integral de niños, niñas y adolescentes que prevé el texto constitucional. Manifestó que el reconocimiento de la inconstitucionalidad implicaría un retroceso.

La «Autoridade Central Administrativa Federal» (ACAF)⁷, en colaboración con la AGU, elaboró cuadros estadísticos sobre sustracción interna-

5. La AGU es la institución que representa judicial y extrajudicialmente a la Unión y realiza actividades de asesoría jurídica para el Poder Ejecutivo Federal. En acciones de control de constitucionalidad se cita a la AGU para defender el texto impugnado.
6. La PGR es el máximo órgano del Ministerio Público Federal, institución que tiene independencia funcional y no está subordinada al Poder Ejecutivo Federal. El Fiscal General de la República es escuchado en acciones de inconstitucionalidad.
7. La ACAF es el órgano administrativo responsable de adoptar medidas para cumplir con las obligaciones del CH 80 en Brasil. Es responsable de manejar las solicitudes activas y pasivas.

cional de menores para la ADI n.º 4245, en cumplimiento de la solicitud judicial. Las solicitudes enviadas al extranjero (activas) son solicitudes en las que el niño fue llevado desde Brasil a otro Estado y ACAF contacta a la Autoridad Central extranjera para solicitar la restitución del niño. Las solicitudes provenientes del exterior (pasivas) son solicitudes en las que el niño se encuentra en Brasil y la Autoridad Central Extranjera solicita su restitución. Las tablas muestran el tiempo promedio en días y años entre la apertura y cierre de procesos de solicitudes enviadas al exterior (activos) y provenientes del exterior (pasivos).

Prazo entre abertura do processo e encerramento Processos encerrados entre janeiro de 2018 e março de 2020 (Dias)				
Categoria	2018	2019	2020	Total
Ativo (total)	363	317	281	552
Passivo (total)	882	907	927	897
Ativo - Autoridade Judicial	464	360	467	428
Passivo - Autoridade Judicial	1074	1104	1341	1103

Fuente: ADI 4245 — Direcciones de Asuntos Internacionales de la «Advocacia-Geral da União» (AGU) e ACAF.

Prazo entre abertura do processo e encerramento Processos encerrados entre janeiro de 2018 e março de 2020 (Anos)				
Categoria	2018	2019	2020	Total
Ativo	1,00	0,87	0,77	1,51
Passivo	2,42	2,48	2,54	2,46
Ativo - Autoridade Judicial	1,27	0,99	1,28	1,17
Passivo - Autoridade Judicial	2,94	3,02	3,67	3,02

Fuente: ADI 4245 — Direcciones de Asuntos Internacionales de la «Advocacia-Geral da União» (AGU) e ACAF.

Los datos estadísticos muestran que el procesamiento de solicitudes enviadas desde Brasil al exterior (activo) lleva, como promedio, menos de la mitad del tiempo del que lleva procesar solicitudes desde el exterior (pasivo). Los retrasos que se producen en Brasil afectan al objetivo del CH 80, que prevé en su art. 11 que, si la autoridad judicial o administrativa competente no hubiera llegado a una decisión en el plazo de seis semanas a partir de la fecha de iniciación de los procedimientos, el solicitante o la Autoridad Central del Estado requerido, por iniciativa propia o a instancia de la Autoridad Central del Estado requirente, tendrá derecho a pedir una declaración sobre las razones de la demora. Esta preocupación por la duración promedio del proceso llegó al «Conselho Nacional de Justiça» (CNJ), responsable de controlar el cumplimiento de las funciones de los jueces. La CNJ reemplazó la regulación genérica de la Resolución n° 257/2018⁸ por la regulación detallada de la Resolución n° 449/2022⁹. Entre los objetivos de esta Resolución está que haya un procedimiento judicial compatible con el deber de Brasil de responder rápidamente a las solicitudes de restitución.

El 3 de octubre de 2023, la Comisión Mixta Permanente de Migraciones debatió la sustracción internacional de niños en el Parlamento brasileño. La coordinadora general de «Autoridade Central Administrativa Federal» (ACAF), Michele Najara, presentó nuevos datos sobre las solicitudes¹⁰. Existe un equilibrio cuantitativo entre las solicitudes activas y pasivas, así como entre el retorno de los niños a otro país y su retorno o estancia en Brasil. Sumando las solicitudes activas y pasivas, los países con mayor número de casos que involucran a Brasil son Estados Unidos de América, Portugal, Argentina, Francia y Reino Unido.

-
8. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 257, de 11 de setembro de 2018. Dispõe sobre a aplicação da Convenção de Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de menores (1980). Estado: revocado. Disponible en: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2686>
 9. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 449, de 30 de março de 2022. Dispõe sobre a tramitação das ações judiciais fundadas na Convenção da Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças (1980), em execução por força do Decreto n° 3.413, de 14 de abril de 2000. Estado: vigente. Disponible en: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4458>
 10. Los debates completos están disponibles en: https://youtu.be/_TcHSI6U4rc

Sustracción en números		
Activos	Pasivos	Total
110	117	227

Fuente: Número de casos abiertos, según datos presentados en la Reunión de la Comisión Mixta de Migraciones sobre Sustracción Internacional de Menores del 10/03/2023¹¹

	Regreso a otro país	Regreso al Brasil	Estancia en Brasil
2023	17	10	9
2022	15	13	6
2021	10	13	9
2020	5	11	7

Fuente: Número de casos cerrados, según datos presentados en la Reunión de la Comisión Mixta de Migraciones sobre Sustracción Internacional de Menores del 03/10/2023¹²

2023



EUA: 51



Portugal: 29



Reino Unido: 9



Argentina: 10



França: 10

Fuente: Número de casos que involucran a Brasil con un país extranjero, según la Reunión de la Comisión Mixta de Migraciones sobre Sustracción Internacional de Menores del 03/10/2023¹³

11. *Ibidem.*

12. *Ibidem.*

13. *Ibidem.*

Los números refuerzan la relevancia de la CH 80 para el Estado brasileño, ya que 47 niños sustraídos regresaron a Brasil en los últimos 4 años, con solicitudes activas atendidas en el exterior. Casualmente, 47 niños traídos o retenidos ilícitamente en Brasil también regresaron al extranjero. Esta cantidad difícilmente sería posible a través únicamente de canales diplomáticos. Reconocer la inconstitucionalidad o denunciar el Convenio constituye un paso atrás, porque impide luchar contra el creciente número de sustracciones internacionales de menores.

Así, asumiendo la constitucionalidad de la CH 80, aunque aún esté pendiente de sentencia del Supremo Tribunal Federal (STF), se puede avanzar hacia la comprensión de las responsabilidades de las autoridades brasileñas en el combate a la sustracción internacional de niños.

III. AUTORIDADES BRASILEÑAS INVOLUCRADAS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE RESTITUCIÓN DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 1980

El art. 6 del CH 80 estableció el deber de los Estados Contratantes de designar la Autoridad Central responsable del cumplimiento de las obligaciones impuestas en las normas convencionales. Permitió a los Estados federales nombrar más de una Autoridad Central. A pesar de ser una muestra de federalismo, caracterizado por tres esferas gubernamentales y parlamentarias (federal, estatal y municipal) y dos esferas judiciales (federal y estatal), Brasil nombró sólo una Autoridad Central. Esto se debe a que la Constitución Federal reservaba a la Unión la competencia exclusiva de representar al Estado brasileño en las relaciones internacionales. Los Estados y Municipios no están autorizados. Esta exclusividad de la Unión para representar a Brasil repercute en el celo por cumplir la Convención y en la competencia judicial interna (justicia federal) para atender solicitudes provenientes del exterior (pasiva). La competencia de la justicia federal, a su vez, define las autoridades brasileñas que actúan en casos de sustracción de menores.

Las funciones de la «Autoridade Administrativa Central Federal» (ACAF) fueron especificadas en el Decreto n° 3.951, de 4 de octubre de 2001¹⁴. A partir del 1 de enero de 2023, ACAF forma parte de la estructura del Departamento de Recuperación de Activos y Cooperación Jurídica Internacional (DRCI) de la Secretaría Nacional de Justicia (Senajus) del Ministerio de Justicia y Seguridad Pública (MJSP) del Gobierno Federal, ubicado en Brasilia.

14. BRASIL. Decreto 3.951, de 4 de outubro de 2001. Designa a Autoridade Central para dar cumprimento às obrigações impostas pela Convenção sobre os Aspectos Cívicos

En los casos en que un niño con residencia habitual en Brasil sea transferido o retenido en violación de un derecho de custodia en un Estado extranjero parte de la CH 80, el progenitor abandonado puede contactar a la «Autoridade Administrativa Central Federal» (ACAF). Esta Autoridad Central prepara y envía una solicitud activa de cooperación jurídica a la Autoridad Central del Estado donde probablemente se encuentre el niño, con la solicitud de retorno a Brasil. En solicitudes activas, ACAF realiza el seguimiento del caso ante la Autoridad Central extranjera o, en caso de que se encuentre judicializado, ante el poder judicial extranjero. Desempeña el papel de interlocutor entre la persona que solicita la restitución y la Autoridad Central extranjera. Si se ordena el regreso a Brasil, le corresponde confirmar el retorno efectivo del niño y promover los mecanismos de protección necesarios.

En los casos en que el Estado brasileño reciba, a través de una Autoridad Central extranjera, una solicitud pasiva de cooperación jurídica internacional, proveniente del Estado de residencia habitual del niño indebidamente retenido en Brasil, la «Autoridade Administrativa Central Federal» (ACAF) debe localizar al niño, evaluar su situación y promover medidas de protección. La solicitud de devolución debe revisarse en un plazo de 6 semanas y se podrán solicitar información o documentos adicionales. La ACAF debe promover la mediación entre las partes involucrada en busca de un acuerdo y, una vez alcanzada una solución amistosa, el menor es devuelto a su domicilio habitual. En caso contrario, la ACAF remite la solicitud de cooperación al Departamento de Asuntos Internacionales (DAI) de la «Advocacia-Geral da União» (AGU) para la evaluación jurídica del caso y para la evaluación de los requisitos para emprender acciones legales. La AGU podrá solicitar a ACAF que complemente documentos e información.

La «Advocacia-Geral da União» (AGU)¹⁵ representa judicial y extrajudicialmente a la Unión, cuya función es representar al Estado brasileño en las relaciones internacionales y hacer cumplir el CH 80. La acción de búsqueda del menor es interpuesta por la «Unión», o directamente por el progenitor abandonado. Independientemente de quién presente la solicitud

do Sequestro Internacional de Crianças, cria o Conselho da Autoridade Central Administrativa Federal contra o Sequestro Internacional de Crianças e institui o Programa Nacional para Cooperação no Regresso de Crianças e Adolescentes Brasileiros Sequestrados Internacionalmente. Disponible en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3951.htm

15. Sobre las acciones de la «Advocacia-Geral da União» (AGU), *vid.* C.E. REGILIO, «Sequestro internacional de crianças: Decreto 3.413/2000 — Convenção sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças — Haia 1980», Salvador, JusPodivm, 2016, pp. 76-78.

judicial, los tribunales competentes son los mismos¹⁶: los tribunales federales. Según la Constitución Federal, la competencia para juzgar casos que involucran a Estados extranjeros o tratados internacionales corresponde a los tribunales federales¹⁷. Sin embargo, los asuntos familiares, incluidos los derechos de custodia y visitas, caen bajo la jurisdicción de los tribunales estatales. En este contexto, se pueden interponer dos acciones simultáneamente en dos segmentos de la justicia brasileña para atender la situación de un mismo menor. Un caso presentado por la Unión o por el padre abandonado en un tribunal federal para obtener la restitución inmediata del niño; y otro caso presentado por el padre que sustrajo al niño en un tribunal estatal para reclamar la custodia.

El «Superior Tribunal de Justiça» (STJ) es el tribunal competente para resolver situaciones de conflicto de competencia y, en su caso, determinar la acumulación de casos por conexión. Previamente, el STJ entendía que existía relación entre la localización y devolución del menor y la acción de custodia y visita, determinando la concentración de los procesos en el fuero federal. A partir de 2015, al juzgar el «Conflito de Competência» n.º 132.100/BA¹⁸, el STJ pasó a entender que no existe conexión entre estas acciones y que la acción de custodia y regulación de visitas deberá suspenderse hasta la resolución definitiva sobre la devolución del menor. Esta otra interpretación es compatible con el art. 16 CH 80, que impide la decisión sobre la custodia por parte del Estado requerido hasta que se tome una decisión sobre la restitución del menor.

Según el procedimiento judicial trazado por el «Conselho Nacional de Justiça» (CNJ)¹⁹, en las acciones de restitución basadas en el CH 80, la Unión

16. La organización judicial en Brasil se puede dividir en dos partes: especial y común. En la parte especial se encuentran los tribunales para la materia laboral, electoral y militar. En la parte común se sitúan los tribunales federales y estatales. Los tribunales federales tienen competencia exhaustiva regida por el texto constitucional, mientras que los tribunales estatales tienen competencia residual.
17. Según la Constitución Federal Brasileña: Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: III — as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional;
18. C.E. REGILIO, *op. cit.*, pp. 73-75. Según el Autor: «Atualmente, prevalece no STJ o entendimento de que não há conexão entre a ação de busca e apreensão proposta na Justiça Federal e a ação de guarda e regulamentação de visitas ajuizada na Justiça Estadual, ante a impossibilidade de serem proferidas decisões conflitantes. Trata-se de hipótese de prejudicialidade externa [...]».
19. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 449, de 30 de março de 2022. Dispõe sobre a tramitação das ações judiciais fundadas na Convenção da Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças (1980), em execução por força do Decreto n.º 3.413, de 14 de abril de 2000. Estado: vigente. Disponible en: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4458>

será citada en los casos en que no sea actora y podrá asumir cualquiera de las posiciones procesales o actuar como *amicus curiae*. La citación obligatoria de la Unión obedece a su deber de garantizar el cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos por Brasil. Se corresponde con el interés político del Estado brasileño, que no puede confundirse con el interés privado del progenitor abandonado.

Al tratarse de una acción que involucra el interés de un menor de hasta 16 años, absolutamente incapaz según la legislación civil brasileña, también es obligatorio que el «Ministério Público Federal» (MPF) sea notificado de todos los actos procesales, bajo pena de nulidad. El MPF es responsable²⁰ de actuar como supervisor del sistema jurídico (*custos legis*) y velar por el respeto del principio del interés superior del niño. No puede realizar actos típicos de parte, como la confesión y el reconocimiento de la procedencia de la solicitud, pero sí puede realizar todos los demás actos, como reunir documentos, solicitar la práctica de pruebas, formular alegaciones preliminares y apelar. El MPF debe ser consultado antes de la ratificación del acuerdo.

La «Defensoria Pública da União» (DPU²¹) también puede actuar en acciones legales basadas en el CH 80. Su misión constitucional es brindar orientación jurídica, promover los derechos humanos y ejercer la defensa plena y gratuita de los derechos de los necesitados. Como regla general, los miembros de la DPU actúan en defensa del progenitor que cometió el traslado o retención ilícita del menor en territorio brasileño. Sin embargo, excepcionalmente también puede actuar en defensa del progenitor abandonado. Entre los objetivos de la DPU se encuentran ofrecer asistencia a las mujeres víctimas de violencia que han sido procesadas por sustracción internacional de menores en virtud del CH 80 y promover el bienestar de los menores que viven en situación de ruptura familiar y que fueron desplazados abruptamente de su país de residencia habitual.

Las otras autoridades brasileñas involucradas en la sustracción internacional de menores son judiciales, con la misión de procesar y juzgar las solicitudes de restitución inmediata: jueces federales que conocen de las acciones judiciales interpuestas, evalúan medidas urgentes y dictan sentencias; «Tribunais Regionais Federais» que conocen de recursos contra decisiones sobre medidas urgentes y de recursos contra sentencias; «Superior Tribunal de Justiça» que juzga los conflictos de competencia entre jueces

20. Sobre las acciones del «Ministério Público Federal» (MPF), C.E. REGILIO, *op. cit.*, pp. 80-82.

21. Sobre las acciones de la «Defensoria Pública da União» (DPU), C.E. REGILIO, *op. cit.*, pp. 78-80.

federales y estatales y los recursos especiales y el Supremo Tribunal Federal que juzga los recursos extraordinarios. Y, finalmente, al «Conselho Nacional de Justiça» (CNJ) le corresponde promover la mejora del trabajo del Poder Judicial.

Definidas las autoridades brasileñas involucradas en el cumplimiento de la CH 80, es interesante analizar el contenido de las decisiones judiciales a través de consulta pública en los sitios web del «Superior Tribunal de Justiça» y de los «Tribunais Regionais Federais».

IV. LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS CONVENCIONALES POR LOS TRIBUNALES BRASILEÑOS

La investigación jurisprudencial comprende las decisiones del «Superior Tribunal de Justiça» y de los «Tribunais Regionais Federais» publicadas en sus sitios web oficiales, considerando que el «Conselho Nacional de Justiça» (CNJ) aprobó, el 30 de marzo de 2022, la Resolución n. 449/22 que prevé la tramitación de acciones judiciales basadas en el CH 80. La investigación analiza los casos juzgados a partir de la fecha de entrada en vigor de la citada Resolución, esto es, entre los meses de abril de 2022 y noviembre de 2023 (fecha de finalización de este trabajo).

Los criterios de búsqueda empleados han sido las palabras *sequestro internacional* e *criança*, intercaladas con el aditivo conectivo *y*. Dos observaciones lingüísticas son relevantes. El primero es lo inadecuado de la expresión *sequestro* en la traducción brasileña. En el derecho penal brasileño, el secuestro constituye un delito penal. Sin embargo, ni la CH 80 ni la legislación interna brasileña consideran como delito el desplazamiento ilegal de un niño por parte de sus padres o familiares cercanos. En la versión inglesa, *abducción*. significa transferencia ilícita; en francés, *enlèvement* significa retirada, eliminación; en Portugal, *secuestro* significa expulsión²². La Resolución no. 449/2022 del «Conselho Nacional de Justiça» (CNJ) acordó calificar la materia objeto del proceso bajo el CH 80 como

22. C.E. REGILIO, *op. cit.*, pp. 73-75. Según el Autor: «Como observa o Grupo Permanente de Estudos sobre a Convenção de Haia de 1980 do Supremo Tribunal Federal, nos países de língua inglesa utilizou-se o termo *abduction*, que significa o traslado ilícito de uma pessoa (no caso, uma criança) para outro país mediante o uso de força ou fraude. A versão francesa da Convenção adota o termo *enlèvement*, que significa retirada, remoção. Em Portugal, o termo foi traduzido como *rapto*, o que tem cabimento na legislação portuguesa, mas não na brasileira, onde o significado é também diverso. No Brasil, curiosamente, optou-se pela utilização do termo *sequestro* o que, por não corresponder ao tipo previsto em nossa legislação civil ou penal, tem causado certa perplexidade entre os operadores do Direito e mesmo um pouco de incompreensão no plano interno».

restitución de menores, por su *sustracción o retención* ilícita. A pesar de ello, las decisiones judiciales analizadas aún incluyen la expresión *secuestro* en su desarrollo. La segunda observación lingüística se refiere a la distinción entre el concepto de *niño* en la legislación interna brasileña y la CH 80. Según el «Estatuto da Criança e do Adolescente» (ECA), un niño es una persona menor de 12 años y un adolescente es aquella persona entre 12 y 18 años. Para la Convención, un niño es una persona menor de 16 años. En la legislación civil brasileña, los menores de 16 años son absolutamente incapaces de realizar actos de la vida civil. En cierto modo, existe identidad entre el concepto de niño de la Convención y el de absolutamente incapaz según la legislación civil brasileña.

En la investigación jurisprudencial se han seguido dos criterios de selección. El primero ha sido restringir la investigación al resumen de decisiones colegiadas de los tribunales. Por tanto, quedan excluidas las decisiones de órganos unipersonales y el análisis de la totalidad de la resolución. La delimitación se justifica por la posibilidad de divergencia en las decisiones colegiadas, lo que presupone una mayor profundidad jurídica de las cuestiones debatidas. Además, una búsqueda directa en todo el contenido de las sentencias podría incluir referencias superficiales al CH 80, sin que ésta constituya el objeto principal del caso. El segundo criterio de selección ha sido restringir el análisis jurisprudencial al tema de las excepciones del CH 80 a la regla de la restitución inmediata del niño. Los Tribunales han tenido que decidir reiteradamente sobre dos excepciones: el art. 12.2 CH 80, sobre la integración del niño en el nuevo entorno; y el art. 13.1.b) CH 80 sobre el grave riesgo de que el niño, al ser restituido, quede expuesto a peligros físicos o mentales, o, de cualquier forma, quede en una situación intolerable.

En definitiva, se definieron los criterios *temporales* (período comprendido entre abril de 2022 y noviembre de 2023), *lingüísticos* (términos de investigación *secuestro*, *internacional* e *infantil*), *funcionales* (solo decisiones colegiadas) y *temáticos* (solo sobre las excepciones). En el ámbito del «Superior Tribunal de Justiça» (STJ), la investigación se limita a la sentencia de recursos especiales. En los «Tribunais Regionais Federais» (TRF) se limitó a la sentencia de los recursos civiles. Ello obedece a la necesidad de filtrar las decisiones, descartando decisiones provisionales, reexaminadas en el marco de un recurso de apelación. Los datos se presentan en el siguiente cuadro, atendiendo al tribunal y a la decisión de fondo, con referencia en una nota a pie de página al número de casos encontrados y clasificados.

Sentencias de los Tribunales brasileños del 04/2022 al 11/2023 sobre el CH 80			
Tribunales	Cuantitativo	Quedarse en Brasil	Regresar a otro país
TRF de la 1ª Región	7	4 ²³	3 ²⁴
STJ	3	2 ²⁵	1 ²⁶
Total	10	6	4

Fuente: informaciones disponibles en www.stj.jus.br e www.trf1.jus.br

Algunas sentencias encontradas fueron desestimadas porque se referían a otras materias, estaban publicadas por duplicado o porque no se había evaluado el fondo del asunto, ya fuese porque el niño se encontraba en otro país o había cumplido 16 años, o por un litigio de carácter procesal relativo a la competencia, la validez de una citación o la aportación de pruebas. En los «Tribunais Regionais Federais» (TRF) de la 2ª, 3ª, 4ª, 5ª y 6ª Región no se encontraron resultados con los parámetros de búsqueda establecidos, ya sea por secreto procesal, por la falta de juicios en el período investigado o por la reciente inauguración de la Corte en la VI Región.

Desde una perspectiva cuantitativa, a pesar del restringido ámbito de decisiones colegiadas disponibles para consulta pública con los rígidos parámetros establecidos (temporales, lingüísticos, funcionales y temáticos), se observa que los tribunales brasileños han aplicado mayormente las

23. Permanencia del menor en Brasil (TRF1): Apelação Cível n. 1002159-06.2020.4.01.3500, juzgado el 22/05/2023, informado por el Desembargador Federal Carlos Augusto Pires Brandão; Apelação Cível n. 0018685-07.2016.4.01.3500, juzgado el 26/04/2023, informado por la Desembargadora Federal Daniele Maranhão Costa; Apelação Cível n. 1034722-19.2021.4.01.3500, juzgado el 07/11/2022, informado por el Desembargador Federal Jamil Rosa de Jesus Oliveira; y Apelação Cível n. 0001209-53.2016.4.01.3500, juzgado el 04/05/2022, informado por el Desembargador Federal Souza Prudente.
24. Retorno del menor a otro país (TRF1): Apelação Cível n. 0006173-83.2016.4.01.3502, juzgado el 07/06/2022, informado por el Desembargador Federal Jamil Rosa de Jesus Oliveira (publicado por duplicado, con fecha de sentencia 10/04/2023); Apelação Cível n. 0004558-82.2016.4.01.3300, juzgado el 14/11/2022, informado por el Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro; y Apelação Cível n. 1015887-53.2021.4.01.3800, juzgado el 21/09/2022, informado por el Desembargador Federal Souza Prudente.
25. Permanencia de menores en Brasil (STJ): REsp 1842083/BA., juzgada el 18/10/2022, con informe del Ministro Benedito Gonçalves; y REsp 2053536/SP, juzgado el 14/03/2023, informado por el Ministro Sérgio Kukina.
26. Retorno del menor a otro país (STJ): REsp 1959226/SP, juzgado el 23/06/2022, con informe de la Ministra Regina Helena Costa.

excepciones del CH 80 frente a la regla de devolución inmediata. En el 60% de las decisiones publicadas, equivalente a 6 de cada 10 casos, se determinó que el menor permanecería en Brasil. En el 40% de las decisiones, es decir, en 4 de cada 10 casos, hubo orden de regreso a otro país.

Desde una perspectiva cualitativa, en particular en lo que respecta al debate sobre la aplicabilidad de las excepciones previstas en el CH 80, el análisis se limitó al contenido de las sentencias dictadas por el «Superior Tribunal de Justiça» (STJ), porque es el Tribunal competente para juzgar los recursos extraordinarios interpuestos contra las decisiones de los «Tribunais Regionais Federais» (TRFs) en los recursos de apelación. La misión del STJ es uniformar la interpretación de la legislación federal.

En cuanto a la aplicabilidad de la excepción prevista en el art. 12, punto 2²⁷, del CH 80, sobre la integración del niño en el nuevo entorno, existe divergencia entre las sentencias del «Superior Tribunal de Justiça» (STJ). La controversia gira en torno a la viabilidad de aplicar la excepción de integración del menor al nuevo entorno cuando ha transcurrido menos de 1 año entre la fecha del traslado/retención indebida y el inicio del proceso.

Por un lado, en la sentencia del Recurso Especial n.º 1.959.226/SP²⁸, la Ministra Regina Helena Costa limitó la excepción de integración del menor al nuevo entorno al supuesto en que el progenitor perjudicado ejerce la

27. Art. 12: (1) Cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el art. 3 y, en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado contratante donde se halle el menor, hubiera transcurrido un período inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor. (2) La autoridad judicial o administrativa, aún en el caso de que se hubieren iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un año a que se hace referencia en el párrafo precedente, ordenará asimismo la restitución del menor salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente. (3) Cuando la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido tenga razones para creer que el menor ha sido trasladado a otro Estado, podrá suspender el procedimiento o rechazar la solicitud de retorno del menor.

28. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 1959226. Relatora: Ministra Regina Helena Costa, 23 de junio de 2022. Disponible en: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202102883738&dt_publicacao=27/06/2022. En su votación, la Ministra Relatora Regina Helena Costa cita trabajos académicos para sustentar su entendimiento: «Noutro trabalho, conjuntamente com a Professora Carmem Tiburcio, o Desembargador Guilherme Calmon, em alusão às diretrizes estabelecidas por Elisa Pérez-Vera, esclarece que a exceção constante da parte final do art. 12 da Convenção restringe-se aos casos nos quais tenha havido a extrapolação do lapso de um ano para a provocação dos procedimentos oficiais de repatriação da criança».

acción de restitución una vez ha pasado más de un año. Precisamente por ello, consideró innecesario realizar un estudio psicosocial, al no poder influir en la decisión del caso. Sin embargo, en la sentencia del Recurso Especial n.º 2.053.536-SP²⁹, el Ministro Sérgio Kukina entendió la posibilidad de aplicar la excepción de integración del niño en su nuevo entorno, incluso si la acción fue propuesta dentro del plazo de 1 año. Sostuvo que el art. 12, punto 2, en una perspectiva vinculada con los arts. 13 y 20, consiente la no restitución del niño en caso de integración al nuevo entorno, independientemente de que el progenitor perjudicado tomó medidas antes del plazo de un año o de que tardase más de un año en hacerlo, atendiendo al interés superior del menor.

Al decidir sobre la tramitación de acciones judiciales con base en el CH 80, el Consejo Nacional de Justicia (CNJ) se alineó con el entendimiento de la ministra Regina Helena Costa. Esto se debe a que, expresamente, reconoció la inadmisibilidad de presentar pruebas sobre la adaptación del niño a Brasil, si transcurrió menos de un año entre la fecha de la sustracción o retención ilegal y la recepción de la solicitud de cooperación jurídica internacional por parte de la Autoridad Central brasileña, o el inicio del proceso judicial³⁰. Según la CNJ, en estas circunstancias, la prueba relativa a la integración en el nuevo entorno es inadmisibile.

Respecto a la excepción prevista en el art. 13, punto 1, «b», de la Convención, sobre el grave riesgo de que el niño, al ser restituido, quede expuesto a peligros físicos o psíquicos, o se encuentre en una situación intolerable, la orientación del «Superior Tribunal de Justiça» (STJ) es utilizar

29. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 2053536. Relator: Ministro Sérgio Kukina, 14 de marzo de 2023. Disponible en: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202102012597&dt_publicacao=04/04/2023. En un extracto de su voto, el Ministro Relator Sérgio Kukina señaló: «Todavía, a sistemática exegese dos regramentos acima transcritos revela a possibilidade de se poder excepcionar a restituição da criança, mesmo quando solicitada dentro do mencionado interregno anual, em hipóteses nas quais, dentre outras, o menor já estiver integrado ao novo local de residência, a restituição acarretar risco à integridade física ou psíquica da criança ou, ainda, o retorno implicar violação a direitos humanos e liberdades fundamentais».

30. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 449, de 30 de março de 2022. Dispõe sobre a tramitação das ações judiciais fundadas na Convenção da Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças (1980), em execução por força do Decreto nº 3.413, de 14 de abril de 2000. Estado: vigente. Disponible en: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4458>. De conformidad con el art. 14, §3º: «É inadmissível a prova sobre a adaptação da criança ao Brasil, se transcorrido menos de um ano entre a data da subtração ou retenção ilícita e o recebimento do pedido de cooperação jurídica internacional pela Autoridade Central brasileira, ou o início do processo judicial no caso de a demanda ser ajuizada pela pessoa deixada no Estado da residência habitual da criança, devidamente representada por advogado».

una interpretación restrictiva, a fin de cumplir el propósito del CH 80. En la sentencia del Recurso Especial n.º 1.842.083-BA, el Ministro Benedito Gonçalves puso de manifiesto el uso de una interpretación extensiva de la excepción³¹ en la decisión apelada, bajo el pretexto de atender al interés superior del niño.

El análisis jurisprudencial revela, por tanto, que la justicia brasileña utiliza en ocasiones el interés superior del niño para modificar normas expresas del CH 80, como la excepción prevista en el art. 12, punto 2, o interpretar extensivamente las demás excepciones, especialmente la del art. 13, punto 1, «b». La consecuencia es la posibilidad de reciprocidad por parte de los demás Estados Contratantes de la Convención, que pueden, en las solicitudes activas de cooperación internacional de Brasil, relativizar las excepciones en la misma medida que los tribunales brasileños.

V. CONSIDERACIONES FINALES

En cuanto a la compatibilidad del CH 80 con el ordenamiento jurídico brasileño, prevalece la presunción de constitucionalidad. Esto se debe a que, por ahora, no hay ninguna decisión del Supremo Tribunal Federal, máximo órgano del Poder Judicial de Brasil, en sentido contrario. Es probable que esta presunción de constitucionalidad sea expresamente reconocida en la sentencia ADI n.º 4245, interpuesta por el partido político Demócratas (DEM). Esta afirmación está respaldada por las peticiones de todas las autoridades brasileñas que se pronunciaron en el ámbito de esta «Ação Direta de Inconstitucionalidade» (ADI). Al unísono, refutaron la tesis de inconstitucionalidad y enfatizaron que sería un paso atrás si el juicio iba en la dirección postulada por el DEM.

En cuanto a las autoridades brasileñas involucradas en los procedimientos de aplicación del CH 80, se examinaron las funciones de la Autoridad Central Brasileña (ACAF), la «Advocacia-Geral da União» (AGU), el

31. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 1842083. Relator: Ministro Benedito Gonçalves, 18 de octubre de 2022. Disponible en: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201903002490&dt_publicacao=27/10/2022. En un extracto de su voto, el Ministro Ponente Benedito Gonçalves destacó el uso de la interpretación extensiva por parte del Tribunal Regional Federal: «Ainda, o acórdão recorrido fundou-se na possibilidade de se interpretar, extensivamente, o disposto no art. 13, b, do Tratado Internacional em comento, entendendo demonstrada, por prova produzida nos autos, em especial o laudo de avaliação psicossocial levado a termo por perito designado pelo Juízo Federal de origem, e na avaliação do contexto fático do conflito interparental, que uma determinação de retorno para os Estados Unidos da América, com o genitor, sem o acompanhamento da mãe, poderia sujeitar a criança a graves prejuízos de ordem psicológica».

«Ministério Público Federal» (MPF) y la «Defensoria Pública da União» (DPU). ACAF desempeña un papel eminentemente administrativo, actuando tanto en solicitudes activas como pasivas de cooperación jurídica internacional, con especial foco en la búsqueda de una solución extrajudicial amistosa. La AGU, responsable de la representación judicial y extrajudicial de la Unión, desempeña el papel de velar por el cumplimiento del CH 80 y, por regla general, propone acciones judiciales para buscar y restituir al menor en los casos remitidos por ACAF en los que no se ha llegado a un acuerdo. El MPF, órgano supervisor del sistema jurídico brasileño, protege los derechos de los menores incapacitados. La DPU, aunque sin participación obligatoria, tiene la misión de ofrecer asistencia jurídica plena y gratuita a los necesitados y, como norma en estas acciones judiciales, de defender al progenitor requerido, buscando probar la existencia de excepciones a la regla de la restitución inmediata.

En cuanto al contenido de las decisiones judiciales, el recurso al principio del interés superior del menor se utiliza para justificar la extensión de las excepciones al retorno inmediato, sin que ello se caracterice por la mejor forma de interpretar las disposiciones del CH 80. El principio del interés superior del niño debe tenerse en cuenta al interpretar las normas, no para apartarse de ellas. Al aplicar la excepción de integración del niño en un nuevo entorno a casos de traslado o retención ilícitos cuando ha transcurrido menos de un año desde que se produjeron, se viola la norma del Convenio. Si el tiempo que permitió la adaptación se debió a una demora judicial, la gravedad de la violación de la Convención es aún mayor. Al extender la excepción de riesgo grave de exposición del niño a peligros físicos o psíquicos a los casos de probables dificultades para readaptar al niño al regresar a su residencia habitual, también se viola el Convenio.

Por lo tanto, dado lo anterior, Brasil viola el CH 80 al aplicar la excepción del art. 12, punto 2, a los casos que, por regla general, no lo admiten; y cuando interpreta de manera amplia otras excepciones, como la prevista en el art. 13, punto 1.b. El riesgo es la reciprocidad de los Estados contratantes y, en consecuencia, la imposibilidad de repatriar a los menores brasileños menores de 16 años que han sido trasladados ilegalmente al territorio de otros Estados contratantes.

VI Parte

Menores, familia, Derecho de extranjería y protección internacional

Capítulo 13

¿Novedades en el Derecho de familia de los extranjeros en España? Un nuevo derecho «de familias» también para los extranjeros en España

ELENA LÓPEZ BARBA
Prof.^a Titular de Derecho Civil
Universidad de Huelva

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. PRINCIPALES NOVEDADES ACONTECIDAS EN LA MATERIA. 1. *Los cambios más recientes en la LOEx y en su Reglamento de desarrollo.* 2. *Cambios en los regímenes particulares.* III. ESPECIAL MENCIÓN A LOS CAMBIOS PRODUCIDOS POR LA LEY 8/2021. UNA REFLEXIÓN SOBRE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EXTRANJERAS Y SU REAGRUPACIÓN FAMILIAR. IV. ESPECIAL MENCIÓN, TAMBIÉN, A LOS CAMBIOS ACONTECIDOS EN ORDEN A LA REGULACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA.

I. INTRODUCCIÓN

Quienes desde hace años se dedican al estudio del Derecho de extranjería y se enfrentan al inicio de un nuevo trabajo sobre la materia, antes que sucumbir a la idea de que a estas alturas estuviera ya todo dicho, probablemente rememoren el pensamiento del filósofo griego, tan popular, sobre la imposibilidad de bañarse dos veces en el mismo río. Y la razón es obvia, toda norma, incluso en el caso de que su texto permaneciera inalterado, por el mero hecho de tener que aplicarse a una realidad tan variada y dispar, como cambiante, justificaría la continuidad en el estudio y la novedad de

los resultados obtenidos, pero, si además, el legislador¹ no cesa en su empeño de modificar la regulación existente, en un intento, más o menos atinado, de adaptarse a las nuevas circunstancias y de contener, en cada momento, la que sea la realidad migratoria, explica sobradamente la constante atención a estos temas, en nuestro caso: a los aspectos relacionados con el derecho a la vida en familia y a la familia de los extranjeros en España.

Cabe también indicar que, a la fluctuación normativa a la que habitualmente se ha visto sometida esta materia, hay que sumar, como un nuevo elemento distorsionante, el cambio del que está siendo objeto la propia configuración de la familia, no solo por la vía natural, consecuencia de la evolución y las mutaciones sociales, sino, también, por la vía de las reformas legislativas que recientemente se van superponiendo en el ámbito estatal y autonómico, en el seno de normas generales o especiales. En este sentido, y aun tratándose de una mera tentativa, porque el proyecto de Ley se frustró con la disolución de Las Cortes españolas, resulta especialmente revelador, ya desde su título, el texto presentado en abril de 2023²: *Ley de Familias*.

Con estos mimbres nos encontramos, de nuevo, ante el reto de analizar, por cuanto novedosa, la actual configuración del Derecho de familia en el colectivo de las personas extranjeras en España.

De manera preliminar, es oportuno insistir, también en estas páginas, en la necesidad de diferenciar entre el derecho a la vida en familia y el derecho a la reagrupación familiar siendo este último una derivación del primero³, pese a la tendencia generalizada, incluso por el propio legislador,

1. La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, desde su primera redacción, publicada en el BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000, se ha visto sometida, hasta el momento, a un total de 27 textos de reforma, es cierto que algunas de escaso calado, pero otras, en cambio, resultan especialmente relevantes, sobre todo en una Ley con la categoría de Ley Orgánica destinada a regular derechos y libertades de carácter fundamental para un colectivo importante de personas, por lo que fuera deseable, además de esperable en buena técnica legislativa, un mínimo de estabilidad. Sin embargo, hemos debido presenciar un baile de cambios legales, tan poco gratificante, como el que se produjera atendiendo a las sucesivas redacciones dadas al reconocimiento y disfrute de derechos y libertades de los extranjeros en España desde el primer cambio por la Ley Orgánica 8/2000 hasta la Ley Orgánica 2/2009 tras su paso por el TC.
2. Proyecto de Ley 121/000151, presentado el 30 de marzo de 2023 y publicado BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 151-1, de 14 de abril de 2023.
3. Pese a la afirmación realizada en el texto, conviene advertir que no es indiscutida la relación de pertenencia, al menos, no a la luz de lo previsto en el CEDH y la interpretación de su art. 8 realizada por el TEDH, véase en este sentido I. PADILLA ESPI-NOSA, «El Convenio Europeo de Derechos Humanos y su incidencia en el derecho a la vida familiar de las personas extranjeras», *Latin American Journal of European Studies*, vol. 3, nº 1, 2023, pp. 16 y ss. (<https://dx.doi.org/10.51799/2763-8685v3n1001>)

de confundir la parte con el todo. Claro ejemplo de lo que decimos es la redacción que da título al capítulo II *Reagrupación familiar* dentro del título primero sobre *Derechos y libertades de los extranjeros* donde, como si de una parte de aquel se tratara, en el artículo 16 se refiere al derecho a la intimidad familiar y a la vida en familia. Sin duda esto se explica por la importancia indiscutible de la figura de la reagrupación en el ámbito de la extranjería.

Aunque con el fenómeno de la reagrupación familiar y su relevancia se nos ocurre que, quizás, pueda existir un paralelismo con lo que sucede con la común percepción en la sociedad sobre la realidad del grupo de personas de otras nacionalidades en situación irregular en España. Si hiciéramos el ejercicio de preguntar, incluso entre especialistas en la materia, qué forma entendemos sea la más frecuente por la que se genera el colectivo de personas en situación administrativa irregular en España, muy probablemente, y de manera inconsciente, rememoraríamos la imagen de personas desembarcando de una patera, cuando en realidad, sabemos que el método más frecuente resulta de la entrada de forma regular por los aeropuertos, normalmente dotado de un visado de estancia que luego, de manera más o menos premeditada, se deja caducar. Del mismo modo, si preguntásemos cuál pensamos que es la forma más numerosa de entrada regular con deseo de permanencia en nuestro territorio, se nos vendría a la mente la llegada de personas extranjeras, normalmente solas, provistas de un visado con la intención de trabajar. Sin embargo, en según qué años, los estudios revelan que la forma más numerosa de entrada regular de extranjeros en España se produjo por la vía de la reagrupación familiar, aunque *a priori* se sugiriera como una forma menor de entrada y permanencia. De ahí, la importancia de atender a los últimos cambios en su regulación, por cuanto de su configuración depende muy directamente el disfrute del derecho a la vida en familia, además de lo que deba entenderse por familia(s) para el extranjero en cada momento y, como hemos dicho, la posibilidad más o menos amplia de entrada regular al territorio español.

II. PRINCIPALES NOVEDADES ACONTECIDAS EN LA MATERIA

Valga este epígrafe como recopilación, ordenada y razonada, de las principales novedades acontecidas.

1. LOS CAMBIOS MÁS RECIENTES EN LA LOEX Y EN SU REGLAMENTO DE DESARROLLO

Comenzaremos dando cuenta de los últimos cambios producidos en la regulación especial, en concreto, en la Ley Orgánica 4/2000⁴, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social⁵, además de en su Reglamento de desarrollo del año 2011⁶, tomando como espacio temporal los años transcurridos desde el inicio de la segunda década del presente siglo.

El año 2023 trae dos nuevos cambios sobre la LOEx, el primero por efecto de la aprobación de la Ley Orgánica 2/2023⁷, de 22 de marzo, del Sistema Universitario y el segundo, por la Ley 11/2023⁸, de 8 de mayo, que modifica aspectos de la Ley Orgánica de extranjería «de naturaleza no orgánica».

En el año 2022 las reformas se originan con la aprobación del texto de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual⁹.

En los años 2020¹⁰ y 2021¹¹ le corresponde el turno a dos Sentencias del TC relativas ambas a la forma de interpretación, acorde a la CE, de la nueva Disposición adicional décima de la Ley Orgánica 4/2000¹².

4. BOE núm. 10, de 12 enero de 2000 (en adelante LOEx).

5. En concreto, nos centraremos en las reformas más recientes, tomando como punto de partida las introducidas desde el año 2020 hasta el momento de finalización de este estudio (30 de noviembre de 2023).

6. Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por la Ley Orgánica 2/2009 (BOE núm. 103, de 30 de abril de 2011). En esta ocasión tomaremos como referencia las reformas acontecidas desde el año 2021 al 2023, dado que en 2020 no se produjo ninguna. En adelante RLOEx.

7. BOE núm. 70, de 23 de marzo de 2023.

8. Ley 11/2023, de 8 de mayo, de trasposición de Directivas de la Unión Europea en materia de accesibilidad de determinados productos y servicios, migración de personas altamente cualificadas, tributaria y digitalización de actuaciones notariales y registrales; y por la que se modifica la Ley 12/2011, de 27 de mayo, sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radioactivos (BOE núm. 110, de 9 de mayo de 2023).

9. BOE núm. 215, de 7 de septiembre de 2022.

10. Sentencia 172/2020, de 19 de noviembre de 2020. Recurso de inconstitucionalidad 2896-2015. Voto particular (BOE núm. 332, de 22 de diciembre de 2020).

11. Sentencia 13/2021, de 28 de enero de 2021. Recurso de inconstitucionalidad 3848-2015. Votos particulares (BOE núm. 46, de 23 de febrero de 2021).

Un papel destacado en la reforma de los derechos familiares de los extranjeros en España se corresponde con los últimos cambios obrados en el Reglamento de desarrollo, merced a las reformas introducidas en esta segunda década, la primera se produjo en virtud del Real Decreto 903/2021, de 19 de octubre, por el que se modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril¹³.

En el año 2022 de la mano del Real Decreto 629/2022, de 26 de julio, por el que se modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril¹⁴.

Y más recientemente, en el año 2023, merced a la Ley 11/2023 ya mencionada, por cuanto también sirviera para modificar el texto de la Ley Orgánica 4/2000 en preceptos carentes del carácter de Ley Orgánica, además, modifica su Reglamento de desarrollo.

2. CAMBIOS EN LOS RÉGIMENES PARTICULARES

Como si de una constante se tratara, parece tomar fuerza en estos años los cambios normativos que inciden en remarcar la diferencia de trato entre el régimen general de la reagrupación familiar y los regímenes particulares para según qué extranjeros nacionales de terceros Estados. Esta distinción, entre el régimen general y los regímenes especiales, es visible en el seno del propio cuerpo normativo de la LOEx y su Reglamento de desarrollo, donde coexisten una disparidad de sistemas, si bien, llama la atención el fenómeno de «desbordamiento» que se está evidenciando en cuanto a la reagrupación familiar hacia otros ámbitos normativos, ajenos, *a priori*, a la regulación de la entrada y permanencia de nacionales de terceros Estados y su familia.

12. Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana (BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015), en su disposición final primera, *Régimen especial de Ceuta y Melilla*, adiciona una disposición adicional décima a la Ley Orgánica 4/2000, que es objeto de dos recursos de inconstitucionalidad resueltos por sendas sentencias del TC de 2020 y 2021 en orden a reconocer su constitucionalidad, siempre que sea interpretado conforme a los términos expresados en la sentencia de 2020 a la que expresamente hace referencia, para resolver en el mismo sentido, la sentencia de 2021.
13. BOE núm. 251, de 20 de diciembre de 2021.
14. BOE núm. 179, de 27 de julio de 2022.

Este es el caso de los estudiantes, que ya desde la primera redacción de la Ley Orgánica 4/2000¹⁵ son objeto de un tratamiento propio¹⁶, por cuanto no precisan de estancia previa de un año para poder reagrupar, pudiendo, además, gestionarse el visado, conjuntamente con el del reagrupante, el de su «cónyuge, pareja de hecho, e hijos menores de dieciocho años o que tengan una discapacidad y no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud»¹⁷. Queda fuera la figura del ascendiente que sí se incluye, sin embargo, en el régimen general. Esta regulación especial, inserta en la LOEx para el estudiante y los miembros de su familia, ha ido mutando en el tiempo por la necesidad, entre otras, de adaptación a los mandatos previstos en la Directiva de la UE¹⁸, padeciendo en los últimos años un fenómeno añadido, como resulta de su «trasvase» casi imperceptible a otras normativas ajenas a la LOEx. Así sucede con el extranjero que permanece regularmente en España por motivos de estudios en atención a la figura del teletrabajo¹⁹, o en los supuestos en los que el estudiante extranjero forme luego parte en una *startup*²⁰, o la situación generada tras la finalización de su formación en aras a la búsqueda de empleo o para el emprendimiento²¹. Todas ellas surgen de una situación regular inicial a partir de un visado de estudio conforme a la LOEx, pero finalmente transitan a otro tipo de regulación fuera de esta Ley.

15. Art. 33 LOEx.

16. Capítulo II *Autorización de estancia por estudios, movilidad de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado*, arts. 37 a 44 del RLOEx.

17. Art. 41 RLOEx.

18. Directiva (UE) 2016/801 del Parlamento y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativa a los requisitos de entrada y residencia de los nacionales de países terceros con fines de investigación, estudios, prácticas, voluntariado, programas de intercambio de alumnos o proyectos educativos y colocación *au pair* (versión refundida del año 2021).

19. Tal y como se ejemplifica en el texto del preámbulo de la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes (BOE núm. 306, de 22 de diciembre de 2022) «(...). Además, la autorización de residencia para el teletrabajo internacional permite a los extranjeros que ya se hallan de forma regular en España, por ejemplo, aquellos que están estudiando en España o los que siendo titulares de un visado de teletrabajo vayan a agotar dicho año de residencia y quieran continuar en España, solicitar una autorización por un período máximo de tres años, renovable por un período de dos años, pudiendo obtener la residencia permanente a los cinco años».

20. Conforme a la disposición adicional cuarta relativa a la *startup de estudiantes*, Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes.

21. Disposición adicional decimoséptima de la Ley 14/2013 en su redacción dada por la Ley 28/2022 «1. Una vez finalizados los estudios en una institución de educación superior, los extranjeros que hayan alcanzado como mínimo el Nivel 6 de acuerdo con el Marco Europeo de Cualificaciones, correspondiente a la acreditación de grado, podrán permanecer en España durante un periodo máximo improrrogable de veinticuatro meses con el fin de buscar un empleo adecuado en relación con el nivel de los estudios finalizaos o para emprender un proyecto empresarial».

Otros casos de disfrute de un régimen especial para el extranjero de terceros Estados y su familia previstos dentro de la propia LOEx son o, mejor dicho, fueron: el de los investigadores y el de los profesionales altamente cualificados. A diferencia de los estudiantes, ninguno de estos regímenes estaba contenido en la inicial redacción de la LO del año 2000, sino que se incorporaron más tarde, merced a la redacción dada a la LOEx por la Ley Orgánica 2/2009²², que introdujera dentro del capítulo de las autorizaciones para la realización de actividades lucrativas dos nuevos regímenes especiales: el propio de los investigadores (art. 38 *bis*) y el de los profesionales altamente cualificados (art. 38 *ter*). Si bien, en la actualidad ambos preceptos están derogados, aunque no por la pérdida de su carácter de especial situación dentro del trato ofrecido a los nacionales de terceros Estados y su familia, sino porque se ha optado por dejarlos fuera del ámbito de regulación de la Ley Orgánica de extranjería y su Reglamento de desarrollo para regularse en normas no directamente relacionadas, al menos en apariencia, con la cuestión de la extranjería.

También a la Ley Orgánica 2/2009 de reforma de la Ley Orgánica 4/2000 se debe la introducción de la especial situación de los extranjeros titulares de Tarjeta azul-UE, cuyos familiares, por ejemplo, resultan habilitados para iniciar por sí mismos el procedimiento de reagrupación, a diferencia de lo previsto en el régimen general²³.

La Ley 14/2013²⁴ es la artífice de un supuesto de reagrupación familiar generado al margen de la Ley de extranjería, y ello pese a aplicarse a ciudadanos de terceros Estados y su familia. La norma nace, tal y como en su preámbulo se explica, en un contexto de recuperación económica tras la crisis del año 2008, *para el apoyo a los emprendedores y su internacionalización*. Llama la atención que a lo largo de todo el texto de la inicial redacción dada a la Ley en el año 2013 no se hiciera mención o remisión alguna a la Ley Orgánica 4/2000, pese a que uno de sus capítulos se intitula *Facilitación de entrada y permanencia*, con el objeto de potenciar la llegada y permanencia de extranjeros a España por razones de interés económico, en concreto, tal y como se contenía en la inicial redacción del art. 61.1: *inversores*²⁵, *emprendedores*²⁶, *profesionales altamente cualificados*²⁷, *investigadores*²⁸ y *trabajadores*

22. BOE núm. 299, 12 de diciembre de 2009.

23. Véase el contenido del art. 56.2, párrafo segundo RLOEx.

24. Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. BOE núm. 233, de 28 de septiembre de 2013.

25. Arts. 63 y ss. Ley 14/2013 *Visado de residencia para inversores*.

26. Art. 69 y ss. Ley 14/2013 *Residencia para emprendedores*.

27. Arts. 71 y ss. Ley 14/2013 *Autorización de residencia para profesionales altamente cualificados*.

que efectúen movimientos intraempresariales dentro de la misma empresa o grupo de empresa. De acuerdo con esta norma, se dota a estos extranjeros y sus familiares de un régimen propio, ajeno a la LOEx, pese a su condición de nacional de tercer Estado y pese a la presencia en el año 2013 en el texto de la Ley Orgánica 4/2000 de los preceptos 38 *bis* (Régimen especial de los investigadores²⁹) y 38 *ter* (Residencia y trabajo de profesionales altamente cualificados³⁰), incorporados ambos, como ya hemos señalado, por la reforma acometida en el año 2009 sobre la Ley Orgánica 4/2000 sobre *derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*.

Más adelante, merced a la redacción dada al art. 61.1 de la Ley 14/2013 por la Ley 28/2022 se cambia la redacción del último de los supuestos anteriormente mencionados, por la simple referencia a los *trabajadores que efectúen movimientos interempresariales*³¹ y se añade un nuevo grupo, el de los *teletrabajadores de carácter internacional*³². Quedan fuera de esta especial regulación los ciudadanos de la UE y «aquellos extranjeros a los que les sea de aplicación el derecho de la Unión Europea por ser beneficiario de los derechos de libre circulación y residencia», conforme a la redacción dada al art. 61.2 en 2013, que ha sido modificada en 2023, de suerte que el texto anteriormente entrecomillado se sustituye por «aquellos extranjeros que disfruten de derechos de libre circulación equivalentes a los de los ciudadanos de la Unión con base en acuerdos entre la Unión Europea y los Estados miembros, por una parte, y terceros países, por otra».

Como indicábamos, llama la atención que originariamente, en el texto de la norma aprobado en 2013, se evitase mencionar la existencia de la Ley Orgánica 4/2000, pese a que se regulara un régimen paralelo para un con-

28. Art. 72 Ley 14/2013 *Formación, Investigación, desarrollo e innovación*.

29. Desarrollado en el capítulo IV conforme a la inicial redacción dada en 2011 al RLOEx, arts. 73 y siguientes, relativos a *Residencia temporal y trabajo para investigación*, en especial, lo previsto en el art. 83. Artículos en vigor hasta su derogación por la disposición derogatoria única del Real Decreto-ley 11/2018, de 31 de agosto (BOE núm. 214, de 4 de septiembre de 2018).

30. Desarrollado en el capítulo V conforme a la inicial redacción dada en 2011 al RLOEx, arts. 85 y siguientes, relativos a *Residencia temporal y trabajo de profesionales altamente cualificados titulares de una Tarjeta azul-UE*, en especial, lo previsto en el art. 94. Artículos en vigor hasta su derogación por la disposición derogatoria única b) de la Ley 11/2023, de 8 de mayo.

31. Arts. 73 y ss. Ley 14/2013 Autorización de residencia por traslado interempresarial. Directiva 2014/66/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014 relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países en el marco de traslados intraempresariales (DOUE núm. L 157, de 27 de mayo de 2014).

32. Nuevo capítulo V *Bis*, arts. 74 *bis* y ss. Ley 14/2013 Teletrabajadores de carácter internacional.

junto de sujetos nacionales de terceros Estados y su familia. La referencia a la Ley Orgánica 4/2000 en el cuerpo de la Ley 14/2013 no llegará hasta una posterior reforma operada por el Real Decreto Ley 11/2018 (tres reformas previas de por medio). Esta norma es la misma norma que deroga el art. 38 bis LOEx, e incorpora, además de la remisión a la LOEx en el art. 72, la disposición adicional decimoséptima, y la disposición final decimotercera que instaura la aplicación de la Ley Orgánica 4/2000 en lo no previsto en esta Ley en relación con la movilidad internacional.

Pero lo auténticamente relevante en orden a la materia que nos ocupa es que con la regulación de este colectivo de personas extranjeras nacionales de terceros Estados al margen de la legislación sobre extranjería, no solo se implementan medidas para facilitar o agilizar la obtención de visados y autorizaciones de residencia para ellos y sus familias, cual fuera el objetivo perseguido por la norma, sino que también resulta alterada la configuración de la familia, por cuanto el derecho a la reagrupación se proyecta sobre un número mayor de familiares, a día de hoy, de los que sería posible a través de la LOEx³³ para el resto de extranjeros nacionales de terceros Estados. No obstante, hay que advertir que este cambio se ha ido fraguando progresivamente. Así, mientras en 2013 la primera redacción de la norma se refería al cónyuge, en 2015 ya incluye la referencia a la persona con análoga relación de afectividad, presente en la LOEx desde su reforma en 2009. En el caso de los hijos, en la redacción inicial tan solo mencionaba a los hijos menores de 18 años, y a los mayores de edad que no fueran capaces objetivamente de proveer sus propias necesidades debido a su estado de salud, para en 2015 referirse a los «hijos menores de edad o mayores que, dependiendo económicamente del titular, no hayan constituido por sí mismos una unidad familiar»³⁴, redacción que parece querer aproximarse más (incluso supe-

33. Mayor, también, que lo previsto conforme a la Directiva 2003/86/CE, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar (DOUE de 3 de octubre de 2003).

34. Llegados a este punto, nos gustaría manifestar una propuesta de *lege ferenda*, toda vez que consideramos que ha llegado el momento de elevar la edad para la posible reagrupación de los hijos, también, en el cuerpo de la LOEx, en atención a que la inicial diferencia entre los ciudadanos de terceros Estados regidos por la Ley Orgánica 4/2000 y el Real Decreto 240/2007, no pudiendo superar la edad de 18 años en el primero, o los 21 años o más en el segundo, resulta aún más gravoso, si cabe, si se valoran los cambios introducidos en la Ley 13/2014, o en el propio RLOEx, *ex art.* 124.3.b). De ser admitida esta reforma legislativa, además de un tratamiento más igualitario y generoso con todos los descendientes, se conseguiría evitar situaciones de desamparo en el país de origen de todos aquellos descendientes que de acuerdo con su Ley personal continúan siendo menores de edad por encima de los 18 años, pero que no pueden ser ya reagrupados conforme a la LOEx. Y, sobre todo, se reduciría la potencial entrada

rándola) a lo previsto en el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero³⁵, *sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estado miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo*³⁶ que al régimen propio de los ciudadanos nacionales de terceros Estados, LOEx³⁷.

Por otro lado, a la reforma operada en el año 2015 se debe la incorporación de los ascendientes a cargo, que habían sido omitidos en la redacción inicial del año 2013. Ascendientes a cargo, pero sin hacer mención al requisito de la edad, ni a la exigencia de la falta de posibilidad de mantenerlo en su país de origen, como sí sucede en la LOEx.

En definitiva, se ofrece una redacción más favorable para estos reagrupantes, lo que les permite disfrutar de su derecho a la vida en familia en el seno de una familia diferente, más amplia, de la que hubiese resultado de la simple aplicación de la Ley Orgánica de extranjería.

Una última reforma, en el año 2023, nuevamente afecta al número 4 del art. 62, pero esta vez no para ampliar la lista de familiares, sino para advertir de que «En el caso de que las solicitudes de los familiares se presenten simultáneamente con la del titular, la autorización y, en su caso, el visado, se resolverán también de forma simultánea».

También el art. 38 ter LOEx, incorporado al texto de la Ley en la reforma operada en el año 2009, relativo a la *residencia y trabajo de profesionales altamente cualificados* fue posteriormente derogado, por derogación expresa, conforme a lo ordenado en la Ley 11/2023. La clave hay que buscarla en la

irregular de los hijos de nacionales de terceros Estados que, pese a haber alcanzado ya los 18 años, no fueran capaces de proveer a sus propias necesidades, por ejemplo, porque no han culminado su periodo de estudio y formación o porque no consiguen acceder dignamente al mercado laboral en su país de origen. Además de evitar la separación entre hermanos, unos mayores de 18 y otros menores, cuando el momento en el que los progenitores alcanzan a cumplir con los requisitos para la reagrupación familiar, fundamentalmente las exigencias relativas a vivienda e ingresos, se encuentran que solo pueden reagrupar a unos hijos sí a otros no, pese a que los mayores de 18 años no hubieran constituido aún su propia unidad familiar en el país de origen, antes al contrario, se han estado encargando del cuidado y atención de los hermanos menores mientras que sus progenitores residían en España y trabajaban en jornadas o empleos de difícil conciliación con la vida familiar.

35. BOE núm. 51, 28 de febrero de 2007.

36. Art. 2 del Real Decreto 240/2007 que, refiriéndose a los descendientes directos, y a los de su cónyuge o pareja registrada, determina que sean «menores de veintidós años, mayores de dicha edad que vivan a su cargo, incapaces».

37. Art. 17.1. b) «Los hijos del residente y del cónyuge, incluido los adoptados, siempre que sean menores de dieciocho años o personas con discapacidad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud».

Directiva (UE) 2021/1883 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de octubre de 2021 *relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países con fines de empleo de alta cualificación, y por el que se deroga la Directiva 2009/50/CE del Consejo*³⁸. La Ley 11/2023³⁹, tal y como explica en su preámbulo⁴⁰, deja sin trasponer «los arts. 3.2d), 17.7, 18 y 19 de la directiva, relativos a la introducción de excepciones a la aplicación del estatuto de residente de larga duración y a la expedición de autorizaciones de residencia autónomas a los miembros de la familia de los titulares de la Tarjeta azul-UE, que se prevén trasponer en un futuro real decreto de modificación del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero», reforma que al cierre de estas líneas no se ha producido, pese a la finalización del plazo de trasposición el 18 de noviembre de 2023⁴¹ y cuando en el preámbulo de la norma se argumentaba la importancia de cumplir con los compromisos adoptados, máxime en un período en el que España ocuparía la presidencia de la UE (en el segundo semestre de 2023), al menos sea de manera ejemplarizante.

De acuerdo con lo anterior, el régimen relativo a los profesionales altamente cualificados y su familia queda regulado en adelante, de forma exclusiva, por la nueva redacción dada a la Ley 13/2014 por la Ley 11/2023 que, a modo de breve resumen, y tal y como expone en su preámbulo:

« El título II, que consta de un solo artículo, el 32, con el objeto de transponer de forma parcial la Directiva (UE) 2021/1883 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2021, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países con fines de empleo de alta cualificación y por el que se deroga la Directiva 2009/50/CE del Consejo, introduce las correspondientes modificaciones en la Ley 14/2013, de 27 de septiembre; en concreto, en los artículos 22, 61, 62, 71, 73, 74 y 76, añadiendo un nuevo artículo 71 *bis* y una nueva disposición adicional vigésima. En su

38. DOUE núm. L 382, de 28 de octubre de 2021.

39. Derogación expresa conforme al contenido de la Disposición derogatoria única letra a) Ley 11/2023.

40. Se traspone «de forma parcial la Directiva (UE) 2021/1883 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2021, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países con fines de empleo de alta cualificación, y por el que se deroga la Directiva 2009/50/CE del Consejo, cuyo artículo 31 establece como fecha límite para la trasposición el 18 de noviembre de 2023».

41. Si bien fue objeto de tramitación previa y reconducido al cuerpo de la Ley Orgánica 11/2023. Por su parte, el anteproyecto de ley de modificación de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, procedía a la trasposición de la Directiva (UE) 2021/1883, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2021, aunque no fue elevado al Consejo de Ministros a los efectos del citado art. 26.4 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, también siguió tramitación urgente, en virtud de Acuerdo de 1 de agosto de 2022.

nueva redacción, la citada ley establece la complementariedad del régimen nacional de autorización de entrada y residencia de profesionales altamente cualificados respecto al régimen de Tarjeta azul-UE, introduce los requisitos documentales y las garantías procedimentales y de movilidad requeridos por la Directiva 2009/50/CE, de 25 de mayo de 2009. Asimismo, y por cuestiones de sistemática normativa, se incluye la modificación de la letra a) del artículo 22.1 de la mencionada Ley 14/2013, de 27 de septiembre, que amplía los trámites que podrán realizarse por vía telemática a través del Punto de Atención al Emprendedor; modificación que guarda relación con las previsiones que contiene el título IV, por el que se acomoda la regulación actualmente vigente a lo establecido en la Directiva (UE) 2019/1151 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que respecta a la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades».

A la luz de lo expuesto hasta ahora, parece quedar clara la falta de homogeneidad en la configuración de la familia con la que tiene la posibilidad de disfrutar un nacional de un tercer Estado del derecho a la vida en familia articulado a través de la figura de la reagrupación familiar.

Siguiendo con la relación de cambios introducidos en los últimos años, cabe señalar que no siempre estos van dirigidos a determinar la condición del sujeto reagrupable y los potenciales reagrupables, también, muchas de las novedades van destinadas a intentar mejorar los procedimientos seguidos hasta la definitiva reagrupación, suponiendo, en nuestra opinión, un avance en cuanto a la forma de tramitación. Cabe así destacar que en lo relativo a las gestiones que han de seguirse por el familiar reagrupable en el país de origen, en orden a la obtención de visado por reagrupación familiar, la reforma operada en la legislación de extranjería merced a la Ley Orgánica 2/2023 posibilita la realización de estas gestiones por proveedores de servicios externos, a favor de los cuales deberá aprobarse un sistema de cobro de tasas por tramitación de las solicitudes de visado, todo ello conforme a normativa. Este cambio, que abre las puertas a la actuación de estos proveedores de servicios externos, obliga a mudar una pauta hasta ahora esencial en el desarrollo del proceso para la definitiva reagrupación familiar, previsto en la Disposición adicional tercera relativa, entre otros, a los *Lugares de presentación de las solicitudes*.

También en esta misma disposición se prevé la *exigencia de comparecencia personal*, circunstancia que ahora merece una relectura, pues a la luz de lo previsto en la Disposición Adicional tercera, en su nueva redacción dada al párrafo primero del número 2: «Cuando el sujeto legitimado se encuentre en territorio extranjero, la presentación de solicitudes de visado y su recogida se realizarán personalmente ante la misión diplomática u oficina con-

sular en cuya demarcación aquél resida. Excepcionalmente, cuando el interesado no resida en la población en que tenga su sede la misión diplomática u oficina consular y se acrediten razones que obstaculicen el desplazamiento, como la lejanía de la misión u oficina o dificultades de transporte que hagan el viaje especialmente gravoso, podrá acordarse que la solicitud de visado pueda presentarse por representante debidamente acreditado. Las solicitudes relativas a los visados también podrán presentarse electrónicamente mediante las aplicaciones específicas de tramitación que existan. Asimismo, se podrán presentar en los locales de un proveedor de servicios externo con el que el Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación mantenga un contrato de concesión de servicios, con sujeción a las condiciones previstas en la normativa comunitaria sobre visados»

Continúa vigente el criterio general de la necesidad de comparecencia personal, a la que la propia redacción original ya incorporaba la excepción, que aún permanece en el párrafo transcrito, y la propia del párrafo segundo, referente a los menores de edad que en la tramitación del visado pueden actuar a través de representante debidamente acreditado.

Ya en el año 2009 se reformó en el sentido de advertir de que todas estas previsiones se entenderían «sin perjuicio de lo establecido en la normativa comunitaria que desarrolla la política común de visados en lo relativo a la posibilidad de celebrar acuerdos con otros Estados miembros de la Unión Europea a efectos de representación en terceros Estados, en cuanto a procedimientos de solicitud de visados en tránsito o estancia». Pero el cambio más reciente, al tiempo que significativo, radica en la posibilidad de presentación de solicitudes de manera telemática⁴², lo que, sin duda, facilitará enormemente los trámites, conjuntamente con la posibilidad, ya expuesta, de actuación ante proveedores de servicios externos. Todo ello contribuye a ampliar las formas y lugares de presentación de solicitudes, aligerando la exigencia de comparecencia personal, algunas veces tan gravosa, no solo por la lejanía, o las dificultades de conexión, sino por cuestiones de edad (en caso no solo de menores, sino también en personas de avanzada edad), o por precariedad económica que impida hacer frente a los gastos que con-

42. Cabe destacar la decidida apuesta en estos últimos años por el seguimiento de los trámites por vía telemática, lo que es una constante no solo en el ámbito de la extranjería tras la reforma acometida por la Ley Orgánica 2/2023, también en otros órdenes, merced al cumplimiento de lo previsto en diferentes Directivas comunitaria, tal como refleja lo previsto en la Ley 11/2023 que afecta a cuestiones tan diversas como a la *accesibilidad de determinados productos y servicios, migración de personas altamente cualificadas, tributaria y digitalización de actuaciones notariales y registrales...*, que ha llevado, por ejemplo, a la previsión de la desaparición de la llevanza en papel de los Libros registrales a partir del 9 de mayo de 2024 y la apuesta decidida por la relación telemática con los Registros públicos.

lleven los traslados y posibles pernoctaciones, o por dificultades de salud o discapacidad. Se mantiene, no obstante, la posibilidad de que, en cualquier momento de la tramitación, y siempre que se estime necesaria, pueda requerirse la comparecencia del solicitante ante la misión diplomática u oficina consular, se nos ocurre que así sea en los casos en los que se sospeche que el reagrupable se encuentra en el país de destino y no en el país de origen al tiempo de la presentación de su solicitud de visado a la espera de lo que pudiera suceder con ella.

Una vez más, conviene destacar el trato particular y preferente, también en la tramitación, del que vienen siendo objeto un grupo de nacionales de terceros Estados y su familia. Así, cabe advertir de los posibles beneficios que el desarrollo del sistema de «ventanilla única» pudiera reportar también en estos trámites, sin perjuicio, de las ventajas ya recogidas desde el original texto de la Ley 14/2013 y sus sucesivas reformas que, entre otras, incorpora la posible aplicación supletoria de la LOEx en todo lo no previsto para la movilidad internacional, por ejemplo, la Ley de 2013 no incluye, por el momento, además de las Misiones diplomáticas y Oficinas Consulares, a los proveedores de servicios externos que acabamos de comentar. Pero sí deja patente un sistema, como explica en su preámbulo, por el que se pretende facilitar y agilizar la concesión de visados y autorizaciones de residencia, por razones de interés económico, por un procedimiento *ante una única autoridad, y por un plazo variable en función de los distintos casos. Estas autorizaciones de residencia tendrán validez en todo el territorio nacional.* En esta línea, especial mención merece lo contenido en los arts. 75 y 76 de esta norma en orden a la concesión de autorizaciones.

Conforme a lo previsto en la Disposición Adicional vigésima, en su actual redacción dada por Ley 11/2023, «se habilita a los órganos competentes para dictar unas instrucciones con los requisitos específicos que deberán cumplir los solicitantes de visados y de las autorizaciones de residencia regulados en la sección 2.ª del título V», esto es, para los casos de movilidad internacional. «Para la elaboración de estas instrucciones técnicas, el Gobierno constituirá un grupo de trabajo en el que participarán representantes de los ministerios y de las comunidades autónomas con competencias en la materia». Incluidas ventajas en la disposición adicional vigesimoprimera, también, para la obtención del Número y Tarjeta de Identidad de Extranjero, conforme a la reforma introducida Ley 28/2022.

En otro orden de cosas, cabría simplemente reseñar en este análisis sobre las recientes modificaciones, la que en el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica de extranjería se ha producido en aras a facilitar el acceso al trabajo, por cuanto tiene de mecanismo de continuidad de la necesaria inte-

gración socio/laboral y evita, también, situaciones futuras que pudieran avocar a una situación administrativa irregular, así en el caso de la reciente redacción dada al art. 61.11 *in fine*, cuando para el caso de la obtención de la autorización de reagrupación familiar renovada (hasta la misma fecha que la autorización de que sea titular el reagrupante en el momento de la renovación) habilita para trabajar por cuenta propia y ajena. Caso distinto es el del supuesto del art. 59 del Reglamento, relativo a lo que se dio en llamar la reagrupación familiar en cadena, en la que los familiares previamente reagrupados podían convertirse, a su vez, en reagrupante, circunstancia que se condicionó, luego, a la obtención de una autorización de residencia independiente, lo que más tarde, también supuso la facilitación de la autorización de residencia y trabajo por cuenta propia o ajena, recientemente modificado en el reglamento de extranjería.

III. ESPECIAL MENCIÓN A LOS CAMBIOS PRODUCIDOS POR LA LEY 8/2021. UNA REFLEXIÓN SOBRE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EXTRANJERAS Y SU REAGRUPACIÓN FAMILIAR

Mención destacada en este estudio sobre las novedades legislativas y su impacto en la configuración de la familia y el fenómeno de la reagrupación familiar merece el panorama generado tras la entrada en vigor, el 3 de septiembre de 2021, de la Ley 8/2021, de 2 de junio, *por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*⁴³.

De acuerdo con esta norma, ya no es factible iniciar procesos judiciales que persigan la modificación de la capacidad de las personas mayores de edad, por cuanto ya no es viable la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, toda vez que esta distinción encontraba como único sostén la propia discapacidad padecida por el sujeto⁴⁴. Esta forma de actuación, en consonancia con los mandatos previstos en la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad⁴⁵, resultaba inadmisibles, entre otras, sobre la base de lo recogido en su art. 5, que pone coto a cualquier forma de discriminación por razón de la discapacidad, incluidos los casos en los que, aun manteniéndose el reconocimiento de la titularidad, sin embargo, se eliminara o restringiera el efectivo ejercicio de las libertades o

43. BOE núm. 132, de 3 de junio de 2021.

44. Tal y como se desprende de la redacción dada a los arts. 199 y ss. del CC desde su inicial redacción en 1889 hasta la reforma de 2021.

45. Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. Instrumento de Ratificación de la Convención publicado en el BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008, en vigor desde el 3 de mayo de 2008.

derechos. Así, en el ámbito de la titularidad y disfrute de la capacidad jurídica, el art. 12.2 de la Convención ordena que «las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida». Consecuencia de esta afirmación, aunque con más de una década de demora, la Ley 8/2021 pone fin en España a la declaración judicial de incapacitación, por cuanto el objetivo que se perseguía no era otro que la eliminación, total o parcial, de la posibilidad de ejercicio efectivo de la capacidad jurídica (antes de obrar) sobre la base de la discapacidad padecida, originando situaciones de incapacitación judicial total, para las que se nombraba un tutor (representante o sustituto de la capacidad), o parcial, en las que se designaba judicialmente un curador (completando o sustituyendo, en según qué casos, la capacidad de la persona con discapacidad)⁴⁶.

Qué duda cabe que legislar en el ámbito de la extranjería acarrea una notabilísima complejidad, máxime si se está regulando sobre aspectos relacionados con los derechos personales y familiares del extranjero, que de acuerdo con lo previsto en el art. 9 CC se regirán por su Ley personal, determinada por su nacionalidad. Ello obliga a, sin perder nunca de vista los marcos constitucionales de nuestro ordenamiento, considerar lo que resulte legislado en cada caso en el país de origen.

Un ejemplo paradigmático de cuanto intentamos exponer en el ámbito de la reagrupación familiar es lo que sucede con la figura de los menores en Kafala, en tanto en cuanto en su Ley personal no se contempla la figura de la adopción, dado que no prevé la pérdida de la filiación biológica de los menores en situación de desamparo que están bajo la protección de un adulto, contrariamente a lo que sucede en el ordenamiento español, que como consecuencia de la adopción, y como regla general, tiene por efecto, *ex art.* 178.1 CC, «la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de origen», al tiempo que la CE iguala a todos los hijos «con independencia de su filiación» biológica o adoptiva. Ante esta disyuntiva, imposible de resumir en estas líneas⁴⁷, saltan infinidad de resortes que cuestionan la idoneidad del reconocimiento de esta figura, pese a ser la

46. Para una primera aproximación a la materia, I. LORA-TAMAYO RODRIGUEZ, *Guía rápida reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad*, Francis Lefebvre, 2021.

47. De reciente publicación, puede consultarse la obra colectiva dirigida por M.D. CERVILLA GARZÓN e I. ZURITA MARTÍN (dirs.), *Identidad islámica y orden público en una sociedad inclusiva*, Thomson Reuters Aranzadi, 2023, en particular el capítulo de I. PADILLA ESPINOSA, «El papel de la Kafala en el ordenamiento jurídico español y el derecho a la vida en familia de los menores», pp. 547 y ss.

institución propia al amparo de su Ley personal, entre otros, en orden a prevenir, por ejemplo, una posible sustracción internacional de menores⁴⁸.

Otro caso de falta de paralelismo en el discurrir de las instituciones previstas en la norma del país de origen y la del país de destino sería el que se produce a propósito de los matrimonios poligámicos, perfectamente válidos conforme a la legislación del país de origen⁴⁹ (Ley personal), pero inadmisibles en el país de destino (España), por cuanto contrarios a nuestro orden público, cuestión esta sobradamente tratada⁵⁰.

Nos interesa ahora valorar si pudiera sostenerse una posible semejanza entre los argumentos esgrimidos, por ejemplo, para no admitir la poligamia, por considerarse contraria a nuestro orden público, y los supuestos de personas con discapacidad que en su país de origen hubiesen sido objeto de un proceso de privación de su capacidad jurídica sobre la única base de la discapacidad que padecen, cuando el acto en el que se fundamenta implique la propia negación de la titularidad de los derechos o, respetando la titularidad, signifique la merma del efectivo ejercicio de los mismos en primera persona, por cuanto su ejercicio se dejare en manos de otra persona con funciones representativas, en nuestro caso, en manos del reagrupante, que actuaría en sustitución de la persona mayor de edad con discapacidad.

Desde nuestro punto de vista, y a la luz del panorama normativo generado tras la aparición de la Ley 8/2021, admitir y reconocer efectos a estas situaciones resultaría contrario a nuestro orden público, por cuanto, y como

48. Problema estudiado recientemente en la obra colectiva dirigida por B. CAMPUZANO DÍAZ (Dir.), *Estudio del Reglamento (UE) 2019/1111 sobre crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*, Thomson Reuters Aranzadi, 2022.

49. E. ROCA TRÍAS, «Familia, familias y derecho de familia», *Anuario de Derecho civil*, vol. 43, n.º. 4, 1990, pp. 1055 y ss., esp. p. 1065. «No existe la familia sino familias, formadas de acuerdo con modelos distintos y que no todas tienen traducción en el mundo jurídico (...). Es evidente que si tenemos en cuenta la realidad anteriormente descrita (ante la que no cabe cerrar los ojos, porque es una realidad) resulta absolutamente cierta la afirmación de que la familia no es un producto natural, sino cultural, y que las diversas culturas (incluyendo aquí también los aspectos económicos), llevan a la creación de un modelo no uniforme, de forma que en una sociedad concreta, en un momento histórico concreto, están presentes diversos tipos de familias y eso es una verdad incontestable. Otra cuestión distinta es si el derecho debe estar en disposición de ofrecer una respuesta a todos y cada uno de los modelos».

50. I. ZURITA MARTÍN, «La aplicación judicial de la excepción de orden público internacional en casos de poligamia», en M.D. CERVILLA GARZÓN e I. ZURITA MARTÍN, I. (dirs.), *Identidad islámica y orden público en una sociedad inclusiva, op. cit.*, pp. 313 y ss.; S. ADROHER BIOSCA, «Poligamia potencial: orden público y derechos fundamentales», en A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (dirs.), *El derecho de familia internacional del siglo XXI en la práctica judicial*, Thomson Reuters Aranzadi, 2022, pp. 101-115.

hemos visto, vulneraría el art. 5 de la Convención ratificado por España, en vigor, desde mayo de 2008, además de contradecir lo ordenado en el art. 12.2 de la misma norma, que pese a haber sido largamente ignorado, tras las reformas introducidas en 2021 no cabe duda que se encuentra definitivamente en vigor.

Tras lo expuesto, sostenemos que permitir la reagrupación familiar sobre la base de un *acto* originado en el país de origen que suponga la pérdida del efectivo ejercicio de la capacidad (el paralelo a nuestras anteriores sentencias de incapacitación o modificación de la capacidad), para ser entregada a un tercero que actúe en nombre y representación de la persona con discapacidad en la búsqueda de su mejor interés, pero sin tener en cuenta a la persona con discapacidad (nuestras anteriores figuras de tutor, patria potestad prorrogada o patria potestad rehabilitada) supondría una inadmisibles afectación al principio del libre desarrollo de la personalidad y, en paralelo, una inasumible perpetuación de situaciones discriminatorias padecidas por las personas con discapacidad contrarias al necesario respeto a su dignidad como persona. La discapacidad, desde el nuevo enfoque social, ya no puede ser valorada con criterios estrictamente médicos, debe entenderse como una característica propia de la persona, «una muestra de la diversidad del ser humano y, por tanto, rasgo integrante de su dignidad (...) tratamiento normativo de las personas con discapacidad basado en la integración y participación plenas y efectivas a partir de la igualdad de trato como regla general»⁵¹.

Antes de la modificación introducidas por la Ley 8/2021 (y pese a que la Convención estuviera en vigor en nuestro país, tras la publicación de su Instrumento de ratificación, desde mayo de 2008) el necesario paralelismo en orden a la Ley personal, propia del país de origen, y los principios y valores de nuestro ordenamiento jurídico, se procuraba por parte del legislador de una manera, a nuestro entender, adecuada, al permitir, en lo formal, no solo el reconocimiento de situaciones de tutela o representación originadas en resoluciones judiciales firmes (a la manera de nuestro anterior Derecho) sino que quedaba abierto al reconocimiento de modelos de representación o sustitución de las personas con discapacidad adoptados a través de un «acto jurídico», permitiendo así los casos fundados en una decisión proveniente no solo del poder judicial, sino, también, de actos de la administración, o de un funcionario altamente cualificado, lo que en nuestro Derecho podría ser el equivalente al Notario. En el ámbito sustancial, la

51. F. PÉREZ DOMÍNGUEZ, «La noción de discapacidad a efectos de discriminación: valoraciones en clave constitucional de un debate abierto», *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. especial, pp. 111-149 DOI: <https://doi.org/10.22201/ij.24487899e.2022.34e.16816>

referencia era, y es, a «Los menores de dieciocho años y los mayores de esa edad que no sean capaces de proveer a sus propias necesidades, debido a su estado de salud», *a priori* parecerían incluidas cualquier tipo de discapacidad, a la manera de lo previsto en la Convención de 2006, las determinadas por «deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales», si bien, a ello hay que sumar el requisito legal previsto de que este tipo de discapacidad origine en el país de origen un acto jurídico que otorgue la facultad de representación al reagrupante, por lo que reconduce el supuesto de hecho a los casos de discapacidad que afecten al discernimiento en orden al saber, entender, querer..., pero siempre con el límite, indicado de manera expresa, de que el acto adoptado no sea contrario *a los principios del ordenamiento español*.

Antes de la reforma introducida por la Ley 8/2021, se nos ocurre, a modo de ejemplo, que esta contrariedad anunciada por el legislador, relativa a los principios del ordenamiento español, sucedería todas las veces que la causa que motivara la pérdida de la titularidad del derecho, o la posibilidad de una merma en su ejercicio efectivo, proviniera del hecho de ser mujer, a la manera de cuando en nuestro Código civil, hasta la reforma operada en el año 1975, afirmaba en el art. 60.1 CC que «El marido es el representante de su mujer (...)», o el art. 61 CC mandaba que «Tampoco puede la mujer, sin licencia o poder de su marido, adquirir por título oneroso ni lucrativo, enajenar sus bienes, ni obligarse, sino en los casos y con las limitaciones establecidas por la Ley».

De vuelta al tema que nos ocupa, hasta la reforma del año 2021 (pese a la vigencia ya indicada de la Convención desde 2008) nada hacía pensar en un posible choque con los principios del ordenamiento jurídico español de aquellos actos jurídicos adoptados en países terceros a fin de nombrar al residente en España como representante de la persona con discapacidad, posibilitando así que el representante, sobre la base del acto jurídico que lo nombra representante de la persona con discapacidad, pudiera reagruparla en España. Y ello, no porque esta forma de actuar no nos pareciera contraria a la Convención, sino porque era la forma en la que se estaba actuando en nuestro propio país en ese preciso momento, conforme a la entonces regulación de los procesos de modificación judicial de la capacidad, entre otros cuerpos legales, en el CC y en la LEC.

En consonancia con los últimos cambios legales operados en materia de capacidad, además de las necesarias precauciones adoptadas hasta la fecha, habría que sumar la observancia de que el acto jurídico nacido en el extranjero y que se quiere hacer valer en España, no suponga un choque con los principios de nuestro ordenamiento, leídos estos ahora bajo el influjo de la

nueva realidad propiciada por la Ley 8/2021 para las personas con discapacidad.

Cabe pensar, que cuando se trate de considerar decisiones tomadas por países de origen donde ya se haya adaptado su ordenamiento jurídico a los principios de la Convención de 2006, no deberían generar, *a priori*, ninguna dificultad, por cuanto se entienden sustentadas sobre la base de las oportunas medidas de apoyo y la imposibilidad de pérdida del ejercicio efectivo de la capacidad jurídica, sirvan como ejemplo las legislaciones de países como Costa Rica⁵², Perú⁵³ o Colombia⁵⁴. La cuestión se torna muy distinta, cuando el acto jurídico a valorar provenga de un Estado que, por ejemplo, no haya firmado la Convención, no la haya ratificado, haya salvado la aplicación del art. 12.2 de la Convención o, simplemente, lo ignore en su ordenamiento, a la manera de lo sucedido en España hasta 2021. En todos estos casos se corre el riesgo de que, de acuerdo con su Ley personal, se quiera hacer valer como base de la reagrupación familiar un acto jurídico que se sustenta en la pérdida de la titularidad de un derecho o su efectivo ejercicio en primera persona, que se entrega a un tercero para que, como su representante, actúe en su nombre. Toda vez que este representante sea el solicitante de la reagrupación familiar y la persona con discapacidad el eventual reagrupado ¿debería darse valor a estos actos jurídicos generados en el país de origen y permitir sobre los mismos la entrada y permanencia regular en España por reagrupación familiar?

La respuesta es compleja, y nuevamente volvemos la vista al punto de partida cuando hicimos referencia a la Kafala o a la concurrencia de más de una esposa en un matrimonio poligámico, a la que ahora se suma, a nuestro entender, y a pesar de las diferencias en cada uno de estos casos, los actos jurídicos nacidos en el país de origen, que negando la titularidad o el ejercicio efectivo de la capacidad jurídica por la persona mayor de edad por razón de la discapacidad, entregan la representación o sustitución de su voluntad al solicitante de la reagrupación familiar en España.

Todo ello conduce a la necesidad de un examen mucho más minucioso que el seguido hasta ahora sobre los actos jurídicos en los que se sustentan la representación, se nos ocurre, porque tal y como sucede en nuestro Derecho, la representación pudiera estar justificada, bien en un hecho voluntario, a la manera de nuestros poderes preventivos, o bien en una medida excep-

52. Ley núm. 7699, Ley de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad.

53. Ley núm. 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad, año 2012.

54. Ley estatutaria 1618 de 2012 por medio de la cual se establece la disposición para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad.

cional, extraordinaria, proporcional, revisable..., en una resolución judicial que nombra un curador con facultades representativas (pero incluso en estos casos, intentará proceder conforme a la que hubiese sido la forma de actuar de la persona con discapacidad en atención a su voluntad, deseos y preferencia, por encima de lo que se pudiera considerar su mejor interés⁵⁵).

A la luz de lo expuesto, lo previsto en la Ley Orgánica de extranjería en el art. 17.1c) ha dejado de casar con la configuración prevista en nuestro propio ordenamiento jurídico, que imposibilita, a nuestro entender, el reconocimiento de todos aquellos actos jurídicos adoptados en el país de origen tendientes a eliminar o reducir la capacidad jurídica de la persona, siempre que fueren adoptados sobre la única base de padecer una discapacidad, entregando sin atender a la voluntad, deseos y preferencia de la persona, la capacidad de la que se ha visto privada a un tercero que actuará representando o sustituyendo a la persona y adoptando decisiones conforme a lo que se entiende sea el mejor interés para la persona representada o sustituida. Esta forma de actuación, común en nuestro Derecho hasta el 3 de septiembre de 2021, se concibe desde ese momento como discriminatoria, contraria a la dignidad del sujeto, y, por ende, inadmisibile.

Entendemos que en este nuevo escenario, lo que procede es, como hasta ahora, el análisis caso a caso de cada una de las solicitudes, pero advirtiendo de la novedad que supone que solo deberían ser atendidas las solicitudes que se fundamenten en un acto jurídico que en ningún caso presupongan la pérdida involuntaria total o parcial de la facultad de ejercicio de la capacidad, que su origen sea respetuoso con la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad y, en definitiva, que resulte compatible con el nuevo sistema previsto en relación a las medidas de apoyo en nuestro país. La cuestión radica en saber si se podría rechazar la aplicación de lo ordenado en el art. 17.1.c) LOEx (norma interna) directamente sobre la base de su contradicción con lo ordenado en una norma internacional relativa a los Derechos Humanos vinculante para nuestro Estado, en concreto en la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad en su art. 12.2. O si, por el contrario, deberíamos plantearnos que para poderse predicar el efecto de la inaplicación de lo ordenado en la norma interna (art. 17.1.c LOEx) como consecuencia del mandato previsto en el art. 12.2 de la Convención se precisaría de un previo desarrollo o concreción de la norma interna a los mandatos de la norma internacional. Para, en último lugar,

55. Artículo 249.3 CC «(...) se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación».

cuestionarnos si esta exigencia no se habría ya cumplido como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, pese a su condición de norma ordinaria, por cuanto precisa y aclara la norma internacional.

Cuestión distinta es si este control de convencionalidad, dado que pueda suponer la inaplicación del Derecho interno, en concreto, lo previsto en el art. 17.1.c LOEx, y la aplicación, en su lugar, de lo ordenado en la Convención, debería hacerse desde la Oficina de Extranjería, órgano encargado de recibir y resolver las solicitudes de reagrupación familiar, o si debiera realizarse desde la jurisdicción ordinaria o, reservarse al propio Tribunal Constitucional⁵⁶. De forma, quizás, osada⁵⁷, nos atrevemos a sugerir que en este caso la decisión de inaplicación del Derecho interno la pudiera adoptar el propio órgano administrativo competente, por cuanto el necesario principio de seguridad jurídica en su actuación queda salvado por la existencia previa de un desarrollo o concreción normativa. La situación actual, qué duda cabe, ha cambiado en orden a lo previsto en el art. 12.2 de la Convención tras la aprobación y entrada en vigor de la Ley 8/2021. Esta norma aclara el sentir y el camino de la Convención y, debiera propiciar la inaplicación, en lo sucesivo, del mandato contenido en el art.17.1.c) LOEx, todas las veces que el acto jurídico presentado como base para la reagrupación conculque el Derecho humano a no ser privado del efectivo ejercicio de la capacidad jurídica sobre la base de padecer una discapacidad.

Llama la atención que una vez producida la entrada en vigor de la Ley 8/2021, el 3 de septiembre, y acometidas diferentes reformas sobre el texto de la Ley Orgánica de extranjería en fechas posteriores, se haya dejado pasar la oportunidad de poner en orden esta cuestión, que evitaría tener que

56. Sentencia del TC 140/2018, de 20/12/2018 (BOE núm. 22, de 25 de enero de 2019) «En suma, el análisis de convencionalidad que tiene cabida en nuestro ordenamiento constitucional no es un juicio de validez de la norma interna o de constitucionalidad mediata de la misma, sino un mero juicio de aplicabilidad de disposiciones normativas; de selección de derecho aplicable, que queda, en principio, extramuros de las competencias del Tribunal Constitucional que podrá, no obstante, y en todo caso por la vía procesal que se pone a su alcance a través del recurso de amparo constitucional, revisar la selección del derecho formulada por los jueces ordinarios en determinadas circunstancias bajo el parámetro del art. 24.1 CE, que garantiza "que el fundamento de la decisión judicial sea la aplicación no arbitraria ni irrazonable de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente con relevancia constitucional, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (por todas, SSTC 25/2000, de 31 de enero, FJ 2; 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6, y 308/2006, de 23 de octubre, FJ 5)" (STC 145/2012, de 2 de julio, FJ 4)».

57. Para un mejor y acertado conocimiento puede consultarse la obra de R. L. CANOSA USERA, *El control de convencionalidad*, Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2015.

recurrir a un control de convencionalidad. Pero este desajuste aún se hace más llamativo, si cabe, tras la reforma llevada a cabo en el cuerpo del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica de extranjería, lógicamente no a propósito de los artículos que se refieren a la reagrupación familiar, arts. 52 y ss., toda vez que el texto de los artículos sobre reagrupación familiar contenidos en la Ley Orgánica han permanecido inalterados, sino a propósito de la nueva regulación dada al art. 124 del Reglamento, por virtud del Real Decreto 629/2022, relativo a la autorización de residencia temporal por razones de arraigo. Es en este artículo, en concreto, en su número 3 donde se prevé el supuesto del arraigo familiar, refiriéndose en su letra a) «Cuando se trate de padre o madre, o tutor, de un menor de nacionalidad española, siempre que la persona progenitora o tutora solicitante tenga a cargo al menor y conviva con este (...). Asimismo, cuando se trate de persona que preste apoyo a la persona con discapacidad de nacionalidad española para el ejercicio de su capacidad jurídica, siempre que la persona solicitante que presta dicho apoyo tenga a cargo a la persona con discapacidad y conviva con ella (...)».

Es cierto que el art. 124 RLOEx no se está refiriendo a la figura de la reagrupación familiar, pero no deja de ser desconcertante que a lo largo de la lectura de un único cuerpo normativo, en este caso, el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica de Extranjería, se esté haciendo referencia a las personas con discapacidad, a un tiempo, de una manera respetuosa y coherente con los mandatos de la Convención, caso de la nueva redacción dada al art. 124.3, y a la versión desfasada, por cuanto discriminatoria, que resulta del texto del art. 53.d).

IV. ESPECIAL MENCIÓN, TAMBIÉN, A LOS CAMBIOS ACONTECIDOS EN ORDEN A LA REGULACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA

Antes de poner fin a estas consideraciones sobre el nuevo estado de la cuestión tras las recientes reformas normativas, nos gustaría llamar la atención, como ya hicieramos al principio de nuestra reflexión, sobre el cambio producido en orden a la consideración de qué sea familia, no en atención a los naturales cambios propios de la evolución social en cada momento, sino desde la propia aportación del legislador. Comenzaremos, aunque conscientes de que no superó su mera condición de Proyecto, con la malograda Ley de Familias, lógicamente, no porque suponga variación o modificación legal alguna, sino por cuanto pueda resultar reveladora de una nueva perspectiva que marque las claves, o no, de futuras reformas. De una parte, el proyectado art. 60 extendía la necesidad de apoyo no solo al extranjero residente en España y sus familiares que con él conformaran la unidad

familiar dentro de nuestro territorio, sino que plantea la necesidad de apoyo en atención a las dificultades que genera que algunos familiares permanezcan en el país de origen «Las personas residentes en España que formen parte de situaciones familiares en que alguno o algunos de sus integrantes residen fuera del territorio nacional tienen derecho a medidas de apoyo para atender las dificultades personales y relacionales que se deriven de la separación», llegando más allá en esa nueva panorámica conforme a lo expresado en el número 2 «Las políticas migratorias deberán tener en cuenta de forma específica la dimensión y los lazos familiares de las personas migrantes a fin de permitirles elegir si mantener la relación familiar transnacional o reunirse a través de la reagrupación familiar, especialmente en el caso de niños, niñas y adolescentes que se ven separados de sus respectivas familias cuando están inmersos en un proceso migratorio, de acuerdo con lo previsto en la legislación de extranjería», lo que parece trascender la idea de la simple reagrupación familiar. Sirvan estas como meras pinceladas del cambio de perspectiva al que invita este texto que, como ya hemos dicho, no llegó a más tras la disolución de las Cortes en 2023.

Pero no solo en forma de tentativa, también como derecho vigente, recientemente se han visto aprobadas normas⁵⁸ que atañen a la persona individualmente, e indirectamente a la conformación de una eventual familia⁵⁹, este es el caso de la constitución de la denominada familia LGTBI definida por la Ley (art. 3.1) aplicable sin discriminación por razón de nacionalidad (art. 2), con pleno respeto *con independencia de su situación administrativa* (art. 72). Especialmente significativo resulta, por cuanto afecta a la documentación precisa en los procesos previstos en la Ley Orgánica de extranjería, entre otros, el de reagrupación familiar, lo establecido en orden a la *Adecuación de los documentos expedidos a personas extranjeras* (art. 50).

De todo lo expuesto hasta ahora cabe concluir la variedad y trascendencia de los cambios producidos, pese a la brevedad del período de estudio escogido, tan solo los años transcurridos de la segunda década del siglo XXI (hasta 2023), pudiendo presagiar, casi sin margen a equivocarse, que estos no cesarán, ni en número, ni en intensidad, antes de la finalización del primer lustro de la presente década, otorgando la oportunidad de la publicación de nuevos estudios sobre la materia que resultarán igualmente novedosos.

58. Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI (BOE núm. 51, de 1 de marzo de 2023).

59. G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, «Una "nueva" ley "trans" para España (luces, sombras,... y una mirada más allá del sexo)», *Actualidad civil*, nº. 4, 2023.

Capítulo 14

Menores refugiados, una aproximación a las medidas de protección: del Reglamento Dublín al Reglamento Bruselas, pasando por Ucrania

CASILDA RUEDA FERNÁNDEZ
Prof.^a Titular de Derecho Internacional Público
Universidad de Sevilla

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. MENORES REFUGIADOS EN LA UNIÓN EUROPEA... PUEDE SER PEOR. NECESITAN MEDIDAS DE PROTECCIÓN. 1. *Menores refugiados, sistema europeo común de asilo: Reglamento Dublín III*. 2. *Menores refugiados y desplazados internacionalmente: R. 2019/1111*. III. MENORES UCRAÑANOS RECIBIDOS EN TERRITORIO DE LA UNIÓN EUROPEA: DIRECTIVA DE PROTECCIÓN TEMPORAL... NO SÓLO. 1. *Protegidos temporalmente: las mismas medidas de protección*. 2. *Más cuestiones por decidir....* IV. REFLEXIÓN FINAL.

I. INTRODUCCIÓN

Las presentes líneas tienen como objetivo analizar la situación en la que se encuentran menores que llegan al territorio de la UE bajo la necesidad de protección especial como solicitantes de asilo o de la denominada protección subsidiaria. Junto a esta situación en estas líneas nos vamos a centrar en aquellos menores refugiados que se caracterizan por formar parte de la categoría de menores no acompañados y menores separados. Estos menores tendrán una respuesta europea tanto desde el derecho internacional público como desde el derecho internacional privado. Mientras que en el primero, estos menores son objeto de atención especial en el llamado Sistema Euro-

peo Común de Asilo (SECA), en el derecho internacional privado son igualmente objeto de atención en el novedoso R. 2019/1111.

Este colectivo de especial vulnerabilidad es objeto de una protección especial, en el ámbito de los cinco principales instrumentos normativos del SECA que ofrece respuesta a cinco preguntas esenciales ¿Quién es el Estado responsable de examinar la solicitud de protección internacional de estos menores?, ¿Cómo deben recogerse las huellas dactilares?, ¿Cuáles son las condiciones de acogida que se les ofrecen?, ¿Cuál es su tratamiento en el procedimiento a seguir?, ¿Qué peculiaridades presenta su reconocimiento como refugiado o en su caso beneficiario de protección subsidiaria?

Por su parte, los menores refugiados son objeto de una protección general desde el punto del Derecho internacional privado con relación a las medidas de protección, la competencia judicial y ley aplicable.

Igualmente, el desplazamiento masivo de menores originados tras la agresión de Ucrania por parte de Rusia ha tenido como consecuencia una respuesta diferente y única con la aplicación de la Directiva de Protección Temporal (DPT) junto con la aplicación a estos menores de la CH 96.

A lo largo de estas líneas, y obligadamente de forma escueta, exponemos las principales medidas a adoptar con la aplicación de las distintas normas centrándonos en el obligado nombramiento de representante y el alojamiento de estos menores.

II. MENORES REFUGIADOS EN LA UNIÓN EUROPEA... PUEDE SER PEOR. NECESITAN MEDIDAS DE PROTECCIÓN

Los menores son uno de los colectivos más vulnerables en el fenómeno migratorio que caracteriza la actual sociedad internacional. Esta vulnerabilidad viene determinada por diferentes rasgos como la carencia de conocimientos, la carencia de recursos propios, el drama de tener que abandonar su casa y afrontar los diferentes peligros y riesgos que ello conlleva. Vulnerabilidad extrema cuando se trata de menores refugiados que implica una justificada protección reforzada en todos los ordenamientos teniendo como partida el ordenamiento jurídico internacional.

El marco internacional para la protección del menor lo componen especialmente, entre otros, los tres siguientes instrumentos: la Convención sobre los Derechos del Niño¹ (CNUDN), la Convención sobre el Estatuto de los

1. Convención de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.

Refugiados², la CH 96³. Por su parte, en el marco normativo europeo cabe mencionar el SECA, la Directiva de protección temporal (DPT)⁴ y el R. 2019/1111.

Entre estos instrumentos la CNUDN es el punto de partida al establecer cuatro principios fundamentales en la protección del menor: el principio de no discriminación, el derecho a la vida y al desarrollo, el principio de participación o derecho del menor a ser escuchado, y la brújula de referencia en protección de la infancia como es el principio del interés superior del menor.

Bajo la protección especial de estos principios, es necesario señalar la distinción entre diferentes realidades a las que corresponden las expresiones menores extranjeros no acompañados y menores separados todas ellas realidades que tristemente pueden situarse dentro de la realidad de menores refugiados.

Los menores refugiados acompañados son aquellos niños, menores de dieciocho años, que se encuentran con sus progenitores y que son sus responsables en el país distinto al de su nacionalidad donde se encuentre el menor; estos menores reciben una consideración específica, en tanto en cuanto el régimen jurídico aplicable es el mismo correlativo a las personas con las que viajan.

Los menores extranjeros no acompañados, negativamente conocidos como MENAS y de aparición más tardía, tanto en el lenguaje migratorio como jurídico, son objeto de una protección especial frente al especial riesgo y vulnerabilidad en la que se encuentran. La protección de estos menores se concreta en su ingreso en un centro dependiente del servicio de protección de menores con el objeto de realizarle las pruebas de determinación de la edad y abrirle un eventual expediente de repatriación o tramitación de residencia según proceda. Esta categoría será objeto de una especial regulación en el ámbito del denominado SECA.

-
2. Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, de 28 de julio de 1951.
 3. Convención 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.
 4. Directiva de Protección Temporal 2001/55/CE del Consejo de 20 de julio de 2001 relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogimiento, DOCE núm. 212, de 7 de agosto de 2001.

Junto a estas dos categorías especialmente consolidadas, la práctica reciente pone de manifiesto la existencia de una realidad creciente en el actual fenómeno migratorio y que responde a la expresión menor separado⁵. Los menores separados son aquellos menores que viajan acompañados de un adulto con el que no tienen un vínculo biológico ni directo ni legal conforme a la normativa del país de recepción, pero que se comporta como responsable del menor y le presta asistencia y cuidado.

Si el Derecho internacional público es ajeno al concepto de menor extranjero no acompañado, su uso común en las dos últimas décadas ha llevado a su consideración conceptual en documentos internacionales considerados de *soft law*. Estos documentos han introducido la dualidad de menor no acompañado y menor separado; esta dualidad conceptual no ha comportado un tratamiento diferenciado ni en términos de política migratoria ni de régimen jurídico aplicable a cada categoría.

Por su parte, en el ámbito de la UE se hace especial referencia a esta dualidad de conceptos que puede darse en torno a la figura de un menor solicitante de protección internacional, dando un concepto específico de menor no acompañado frente a la ausencia de definición de menor separado que se considera siempre como definición de menor no acompañado. Será sólo en la Comunicación de la Comisión Europea sobre protección de menores migrantes, de 2017, donde se hace referencia a un concepto independiente de menor separado⁶.

En esta Comunicación la Comisión distingue tres situaciones diferentes de menores: menores no acompañados, menores separados y menores en familia, señalando una definición simplificada de menor separado basado en la Observación General núm. 6⁷. Así cabe señalar como si bien en el ya mencionado SECA se hacen distintas referencias al menor no acompañado, esta figura junto a la de menor separado no es objeto de una regulación especial en el ámbito de las normas que conforman el Derecho internacional privado.

5. Respecto a la figura de menores separados *vid.* E. W. PETIT DE GABRIEL, «Separated Minors or the Dilemma Between General and Individual Interest in European Union Migration Law Compliance», *Deusto Journal of European Studies*, nº. 6, December, 2022, pp. 87 y ss.; «Sobre la ceguera de la ley o la desprotección por desconocimiento: menores separados e indivisibles» en J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES y D. GONZÁLEZ HERRERA (coords.), *Desafíos jurídicos en la gestión internacional y europea de los flujos migratorios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 89 y ss.
6. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo «Protección de los menores migrantes», COM (2017) 211 final.
7. *Observación general nº 6 (2005) Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, U.N. Doc. CRC/GC/2005/17.5-3.6.2005).

En el ámbito europeo existe un umbral diferente para determinar que menores se consideran MENAs en el marco de la protección de carácter permanente regulada en los cinco instrumentos principales del SECA y en el marco de la protección de carácter temporal regulado en la Directiva de Protección Temporal (DPT).

La primera definición de MENA, en el marco del SECA, se encuentra en la Directiva 2001/55 de protección temporal⁸:

«(...) los nacionales de terceros países o apátridas menores de dieciocho años que lleguen al territorio de los EM sin ir acompañados de un adulto responsable de los mismos, ya sea legalmente o con arreglo a los usos y costumbres, en la medida en que no estén efectivamente bajo el cuidado de un adulto responsable de ellos, o los menores que queden sin compañía después de su llegada al territorio de los Estados miembros.»

Con posterioridad el término diferente pero único en el conjunto de normas aprobadas entre 2011 y 2013 en el marco del Reglamento Dublín, La Directiva sobre Acogida, y la Directiva sobre Reconocimiento. En estos textos, se entiende por MENA:

«el menor que llega al territorio de los EM, sin ir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a los usos del Estado miembro de que se trate, y mientras no esté efectivamente al cuidado de tal adulto; este concepto incluye a los menores que quedan sin compañía después de su llegada al territorio de los Estados miembros».

Por su parte, en el ámbito del Derecho internacional privado, la normativa a nivel internacional y europeo delimita su ámbito de aplicación «*ratione personae*» haciendo una especial mención a menores refugiados y menores desplazados internacionalmente, no haciendo referencia expresa a los menores no acompañados y menores separados.

Mientras que con relación al concepto de menor refugiado se hace referencia al concepto aceptado de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, el concepto de desplazado internacionalmente se utiliza para facilitar la aplicación más amplia tal y como se señala en el Manual práctico del CH 96.

Por su parte, los menores ucranianos en territorio de la Unión Europea beneficiarios de la DPT no son refugiados, al ser una figura independiente de la posible solicitud de protección internacional, siendo de aplicación el concepto de desplazados internacionalmente expresamente mencionado en los textos de Derecho internacional privado.

8. Art. 2.f Directiva de Protección Temporal.

La protección a estos menores en el ámbito de la UE va a ser objeto de una doble dimensión desde el punto de vista del SECA y del reciente R. 2019/1111 al tratarse de una materia en la que convergen normas de ambas regulaciones; así, es necesario examinar la aplicación de las normas de Derecho internacional público con las normas de Derecho internacional privado y la relación de las posibles normas de Derecho internacional privado entre sí en torno al nombramiento de representante y la obligación de alojamiento como dos de las principales medidas señaladas en los dos ámbitos⁹.

1. MENORES REFUGIADOS, SISTEMA EUROPEO COMÚN DE ASILO: REGLAMENTO DUBLÍN III

El denominado SECA sitúa sus orígenes en 1990, en la normativa sobre asilo recogida en el Convenio de aplicación del acuerdo *Schengen*, y el Convenio relativo a la determinación del Estado responsable de las solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros de las Comunidades Europeas, Convenio de Dublín, en vigor desde 1997. La evolución del SECA se ha producido en dos etapas: la primera tenía como base jurídica la competencia limitada prevista en el art. 63.2 TCE, la segunda y actual se encuentra en el Tratado de Lisboa, art. 78 TFUE (en el momento de cierre de estas líneas el SECA está siendo objeto de una compleja y tortuosa reforma en el marco del Nuevo Pacto Europeo sobre Migración y Asilo)¹⁰.

En la actualidad, el SECA¹¹ está conformado principalmente por cinco instrumentos, que, siguiendo el orden de una solicitud de asilo, son los

9. Entre otros autores que han escrito de esta dualidad puede verse: M. REQUEJO ISIDRO, «La protección del menor no acompañado solicitante de asilo: entre Estado competente y Estado responsable», *CDT*, vol. 9, nº.2, 2017, pp. 482 y ss.; M. C. CHÉLIZ INGLÉS, «El laberinto jurídico de la protección de los menores migrantes abandonados», *REDI*, 2021, vol. 73, nº. 2, pp. 37 y ss.
10. En 2020 la Comisión propuso un Nuevo Pacto Europeo sobre Migración y Asilo, ofreciendo un enfoque integral destinado a fortalecer e integrar políticas claves de la UE sobre migración, asilo y gestión de fronteras. El Pacto se basa en las reformas iniciadas en 2016 y las modifica; a fecha de cierre de estas líneas el Nuevo Pacto se está caracterizando por una negociación especialmente tortuosa, compleja e inacabada. *Vid.* Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativa al Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo, COM/2020/609 final, de 23 de septiembre de 2020.
11. Para un estudio global del SECA actual pueden verse, entre otros, M. L. MARTÍNEZ ALARCÓN, *La política europea de protección internacional. Sistema Europeo Común de Asilo*, Madrid, Thompson-Aranzadi, 2018; J. A. JIMÉNEZ CARRERO, *La complicada reforma del SECA (Sistema Europeo Común de Asilo) Un camino todavía por transitar para la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2022.

siguientes: Reglamento Dublín, Reglamento Eurodac, Directiva Condiciones de Acogida, Directiva de Procedimiento, Directiva de Reconocimiento.

El Reglamento Dublín III¹², por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del EM responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o por un apátrida.

El Reglamento Eurodac¹³, por el que se amplía Eurodac como base de datos biométricos de toda la UE. El objetivo fundamental es facilitar la responsabilidad del examen de una solicitud de asilo mediante la comparación de las impresiones dactilares de los solicitantes de asilo y nacionales de fuera de la UE o del EEE con una base de datos central.

La Directiva 2013/33¹⁴ enmarca las condiciones de acogida de los solicitantes de protección internacional a fin de garantizarles una vida digna y concederles condiciones de vida comparable en todos los EEMM; regula la situación de los solicitantes de asilo durante el tiempo en el cual se estudia su solicitud; entre ellas cabe señalar el derecho a alimentos, asistencia sanitaria junto a la atención médica y psicológica.

La Directiva 2013/32¹⁵ fija las normas de todo el procedimiento de asilo, entre estas normas cabe señalar la presentación de la solicitud, su examen, la asistencia prestada, las vías de recurso, las condiciones en las que el

12. Reglamento (UE) N° 604/2013 del Parlamento y del Consejo de 26 de junio de 2013 por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o apátrida (Texto refundido), DOUE núm. L 180, de 29 de junio de 2013.
13. Reglamento (UE) N° 603/2013 del Parlamento y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativo a la creación del sistema «Eurodac» para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Reglamento (UE) N° 604/2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida, y a las solicitudes de comparación con los datos de Eurodac presentadas por los servicios de seguridad de los Estados miembros y Europol a efectos de aplicación de la ley, y por el que se modifica el Reglamento (UE) N° 1077/2011, por el que se crea una Agencia europea para la gestión operativa de sistemas informáticos de gran magnitud en el espacio de libertad, seguridad y justicia vigente, DOUE núm. L 180, de 29 de junio de 2013.
14. Directiva 2013/33/EU del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional, DOUE núm. L 180, de 29 de junio de 2013.
15. Directiva 2013/32/EU del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, DOUE núm. L 180, de 29 de junio de 2013.

recurso permite al solicitante permanecer en el territorio, las medidas procedentes en caso de fuga o el procedimiento aplicable en los casos de reiteración de la solicitud.

La Directiva 2011/95¹⁶ comporta dos elementos claves como son en primer lugar, los motivos por los que se puede considerar que una persona puede optar a la protección (refugiado estatutario o beneficiario de protección subsidiaria); y, en segundo lugar, el contenido de dicha protección y los derechos afines (entre estos derechos, permiso de residencia, protección social, acceso al empleo, vivienda).

La norma fundamental para analizar, en el tema que nos ocupa, es el controvertido Reglamento Dublín III¹⁷; este Reglamento tiene como objeto establecer que EM es responsable de examinar una solicitud de protección internacional que variará en el caso de menores y según su condición de menor acompañado y no acompañado. Los menores acompañados, en virtud del art. 4.3 seguirán la misma determinación para el Estado responsable del examen de solicitud de sus progenitores quienes serán también los encargados de tramitar la solicitud del menor.

Para los menores no acompañados, se prevén criterios específicos en el art. 8, cada uno subsidiario del precedente, y todo siempre que ello redunde en el interés superior del menor; en su carácter de ley especial los criterios del art. 8 prevalecen sobre las generales. Conforme a este artículo el Estado responsable es el Estado en el que se encuentre legalmente un miembro de su familia; en su defecto, el Estado en el que el menor tenga un pariente que este legalmente presente allí, siempre que se compruebe que dicho pariente puede ocuparse del menor. En el caso de que existan miembros de la familia y parientes presentes en más de un Estado miembro, el Estado miembro responsable se determinará en función del interés superior del menor.

Finalmente, a falta de un miembro de la familia o de un pariente el EM responsable será aquel en el que el menor no acompañado haya presentado su solicitud de protección internacional. Esta última regla se aplicará tam-

16. Directiva 2011/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida (refundición), DOUE núm. L 337, de 20 de diciembre de 2011.

17. De la vasta bibliografía en torno al Reglamento Dublín, *vid.* S. MORGADES GIL, *De refugiados a rechazados, el sistema de Dublín y el derecho a buscar asilo en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

bién en el caso de que existiendo miembros de la familia o parientes la reunión con ellos no opera en beneficio del interés superior del menor.

Una de las carencias actuales es la ausencia de mención sobre que sucede si ninguno de los criterios señalados opera a favor del interés superior del menor.

Con independencia de otras cuestiones, igualmente de especial relevancia como los derechos reconocidos, nos centraremos en las principales medidas de protección que deben ser adoptadas en el marco de una solicitud de protección internacional respecto a los menores objeto de análisis.

La principal decisión es conceder o no dicha protección, pero de forma previa a esa posible decisión deben adoptar otras decisiones asociadas como el nombramiento de un representante que lo acompañe y de forma posterior el nombramiento de un tutor en caso de reconocimiento de la condición de refugiado; igualmente es necesario determinar el posible alojamiento del menor.

De esta forma, el nombramiento de un representante legal es una medida de protección regulada en tres de los instrumentos SECA como son el Reglamento Dublín, la Directiva de Condiciones de Acogida y la Directiva de Procedimiento. Tanto el Reglamento como las dos Directivas regulan la figura del representante legal como la persona o la organización designada por las autoridades competentes para que asista y represente al menor en los procedimientos previstos en el instrumento correspondiente.

Por su parte, la Directiva sobre Reconocimiento exige que tan pronto como sea posible una vez reconocida la protección internacional los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para asegurar la representación de los menores mediante un tutor legal.

En los tres textos señalados, se entiende por representante la persona o la organización designada por las autoridades competentes para que asista y represente al menor en los procedimientos previstos en el instrumento correspondiente, con vistas a garantizar el interés superior del menor y ejercer la capacidad jurídica en su nombre cuando sea necesario.

El objeto de esta representación es permitir al menor disfrutar de los derechos reconocidos en las directivas y cumplir con las obligaciones previstos en ellas¹⁸.

18. Art. 6, Reglamento Dublín III; art. 24, Directiva Condiciones de Acogida; art. 25, Directiva Procedimiento.

Por su parte, la Directiva de Reconocimiento señala como todo menor, acompañado o no, tiene derecho a una entrevista personal; los menores no acompañados requieren obligatoriamente la asistencia y orientación de un tutor durante el procedimiento de solicitud. Esta preceptiva asistencia por parte de tutor conlleva que no se podrá presentar la solicitud efectiva hasta el nombramiento del tutor y la realización de la entrevista¹⁹.

Las funciones del tutor pueden centrarse en: salvaguardar el interés superior del menor y su bienestar durante la tramitación de la solicitud; podrá ejercer la capacidad jurídica del menor cuando sea necesario y se establezca en la legislación nacional del Estado donde se solicite protección. Para garantizar el pleno desempeño de sus funciones, el tutor solo se hará responsable de un número determinado de niños. La labor de estos tutores será supervisada por parte de las entidades o personas responsables determinadas por el Estado.

Junto al nombramiento de representante legal o tutor, las diferentes Directivas establecen la necesidad de alojar a estos menores, así la Directiva Condiciones de Acogida establece como desde el momento en que sean admitidos en el territorio de un EM hasta el momento en que se les obligue a abandonar el EM de acogida en el que se haya formulado o se esté examinando la solicitud de protección internacional se alojaran: con los parientes adultos, con una familia de acogida, en centros de acogida con instalaciones para menores, en otros centros adecuados para menores²⁰.

2. MENORES REFUGIADOS Y DESPLAZADOS INTERNACIONALMENTE: R. 2019/1111

El R. 2019/1111²¹, que derogó el R. 2201/2003, proporciona el marco legal de la UE para las crisis matrimoniales, la responsabilidad parental y la sustracción de menores, de modo que constituye un instrumento normativo fundamental para garantizar la protección de los derechos de los meno-

19. Art. 31, Directiva Reconocimiento.

20. Art. 24.2, Directiva Condiciones de Acogida.

21. El R. 2019/1111 sustituye al Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. Un análisis detallado del proceso de reforma puede verse en B. CAMPUZANO DÍAZ, «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», *CDT*, vol. 12, nº. 1, 2020, pp. 97 y ss.

res²². Este Reglamento se aplica a todos los Estados miembros de la UE, excepto Dinamarca, como señala el *Considerando 96* del R. 2019/1111.

El R. 2019/1111 tiene como referencia fundamental la CH 96; partiendo del carácter complementario de ambas normas²³, cabe detenerse en la categoría de menor objeto de protección, las medidas de protección, la competencia judicial internacional y la ley aplicable.

Previamente al planteamiento de estas tres cuestiones señaladas resulta fundamental determinar en qué medida a un mismo menor le es aplicable junto a la normativa del SECA, señalada en el epígrafe anterior, las distintas normas en la materia del DIPr, concretamente del R. 2019/1111 y del CH 96. En este sentido, es preciso señalar como si la normativa señalada en el Reglamento Dublín permite determinar el Estado responsable de examinar la solicitud de protección internacional²⁴, una vez determinado dicho Estado, a ese mismo menor le serán de aplicación las cuestiones reguladas tanto en el CH 96 como en el R. 2019/1111 referidas a la cuestión de quien es el Estado competente y la ley aplicable con relación a las medidas de protección.

De esta forma ambos textos señalan, de forma diferente, como si bien la concesión o no de protección internacional está sujeta a las normas concierne en materia de protección internacional, una vez determinada esa posible condición al menor le son aplicables las normas señaladas en el CH 96 y en el R. 2019/1111.

Mientras que la exclusión expresa de las medidas en materia de asilo en inmigración aparece expresamente en el art. 4.j) del CH 96, la aclaración sobre la pertinencia del resto de medidas reguladas en los textos también era objeto de una mención especial en el Reglamento antecesor (R.

22. Para un análisis global de las principales novedades del R. 2019/1111 ver, entre otros, M. HERRANZ BALLETEROS, «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», *REDI*, 2021, vol. 73, nº. 2, pp. 229 y ss.; B. CAMPUZANO DÍAZ (Dir.), *Estudio del Reglamento (UE) 2019/1111 sobre crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022; G. PALAO MORENO (Dir.) y M. GONZÁLEZ MARIMÓN (ed. lit), *El nuevo marco europeo en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción de menores: Comentarios al Reglamento (UE) nº 2019/1111*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

23. B. CAMPUZANO DÍAZ, «El nuevo Reglamento (UE) 2019/1111...» *op. cit.*, pp. 98-100.

24. P. LAGARDE, *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*, Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado 1998.

2201/2003) en su *Considerando 10*. El R. 2019/1111 en su *Considerando 4* indica que dicha normativa se aplicará a aquellas medidas de responsabilidad parental del menor, incluso las consideradas por el Derecho nacional como medidas de Derecho público, como puede ser las derivadas de la protección internacional.

Respecto a la categoría de menores, ambos textos identifican su ámbito de aplicación «*ratione personae*» entendiendo como menor toda persona con una edad inferior a 18 años²⁵, con una mención específica al grupo de «refugiados y desplazados internacionalmente»²⁶.

Las medidas de protección que puede adoptar el Estado contratante que el Derecho internacional privado determine que es competente vienen señaladas en los arts. 1.2 y 1.3 del R. 2019/1111 de forma no exhaustiva; así, en cuanto a la lista de materias incluidas y excluidas del concepto de responsabilidad parental y de medidas de protección del menor se hace una enumeración en ambos instrumentos muy parecida²⁷. El CHaya, 96 también se refiere, entre las materias incluidas, a las medidas de supervisión que puedan desarrollar las autoridades públicas, del cuidado dispensado al niño por toda persona que lo tenga a su cargo (art. 3.f). Ello no supone una diferencia con el Reglamento, que también se aplica a las medidas que puedan adoptar las autoridades, a pesar de referirse en su art. 1 a materias civiles, tal como el TJUE ha tenido ocasión de aclarar en diversas ocasiones. Esta jurisprudencia se ha incorporado ahora además al Preámbulo del R. 2019/1111, cuando se refiere a su ámbito de aplicación en el *Considerando*²⁸

Entre las medidas de protección cabe señalar las reguladas, como medidas coincidentes en el ámbito SECA, en los apartados c) y d) del art. 1.2: la designación y las funciones de toda persona u organismo encargado de ocuparse de la persona o de los bienes de un menor, de representarlo de prestarle asistencia y el acogimiento de un menor en un establecimiento o un hogar de acogida.

Respecto a la competencia judicial, el R. 2019/1111 establece reglas para determinar la competencia de los órganos jurisdiccionales en materia de medidas de protección del menor. La regla general es que el órgano juris-

25. A diferencia del R. 2201/2003, el R. 2019/1111 identifica como menor a toda persona que tenga menos de 18 años (art. 2.6).

26. *Manual práctico sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de niños*, Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, 2014.

27. Arts. 1.2 y 1.3 del R. 2019/1111 y arts. 3 y 4 CH 96.

28. Vid. B. CAMPUZANO DÍAZ, «El nuevo Reglamento (UE) 2019/1111...», *op. cit.*, p. 103.

dicional del Estado miembro en el que reside habitualmente el menor es competente para conocer de los asuntos relativos a las medidas de protección.

En relación con los menores refugiados o desplazados internacionalmente el art. 11.2 del R. 2019/1111 otorga competencia por la presencia del menor en el caso de ambos menores. Por su parte, el *Considerando* 25 del R. 2019/1111, que debe interpretarse en relación con el art. 52.2 del CH 96, aclara que esta competencia solo debe aplicarse a los menores que tuviera su residencia habitual en un EM antes del desplazamiento.

Si la residencia habitual de un menor antes del desplazamiento estaba en un tercer Estado debe aplicarse la norma sobre la competencia relativa a los menores que figura en el CH 96, según la cual para niños refugiados y desplazados internacionalmente las autoridades del Estado contratante en cuyo territorio se encuentren ejercerán la competencia prevista en el art. 5.1.

En relación con la ley aplicable la ausencia de esta cuestión en el R. 2019/1111 determina acudir al CH 96 en cuyo art. 15 se señala como los Estados contratantes en el ejercicio de su competencia para adoptar medidas de protección aplicarán su propia legislación, si bien, como establece el art. 15.2 las autoridades de un Estado podrán tener en cuenta la legislación de otro Estado para evitar adoptar una medida de protección que no pueda ser ejecutada en este último.

III. MENORES UCRANIANOS RECIBIDOS EN TERRITORIO DE LA UNIÓN EUROPEA: DIRECTIVA DE PROTECCIÓN TEMPORAL...NO SÓLO

1. PROTEGIDOS TEMPORALMENTE: LAS MISMAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN

La invasión de territorio ucraniano por tropas militares rusas, en febrero de 2022, ha vuelto a poner a la Unión Europea frente a una especial crisis de refugiados con una respuesta tan necesaria y única como diferente. Millones de personas se vieron obligadas a salir urgentemente de territorio ucraniano, siendo en su mayoría mujeres y niños.

La respuesta, sin precedentes, ha sido la activación por primera vez de la Directiva de Protección Temporal 2011/55 mediante la Decisión de Ejecución (UE) 2022/82 del Consejo, de 4 de marzo de 2022 (Decisión de Ejecución). Esta Decisión de Ejecución confirma la existencia de una afluencia

masiva en el sentido del art. 5 de la DPT, dando lugar al inicio de la protección temporal de los desplazados ucranianos.

La protección temporal debe ser concebida como un mecanismo de emergencia para proporcionar a las personas desplazadas protección inmediata y colectiva con el fin de evitar la saturación de los sistemas de asilo de los EM, permitiendo así que los desplazados disfruten de un conjunto de derechos armonizados en todo el territorio de la UE.

Las grandes características de la DPT²⁹, por primera vez activada en la crisis de Ucrania, pueden centrarse en las siguientes: su objetivo principal es establecer un dispositivo para afrontar las llegadas masivas a la UE de nacionales extranjeros que no pueden volver a sus países, especialmente por motivos de guerra, violencia o violaciones de los derechos humanos. Establece una protección inmediata y de carácter temporal para las personas protegidas. Fomenta un equilibrio entre los esfuerzos realizados por los EM en la acogida de personas sin exigir la distribución obligatoria de los solicitantes de asilo entre todos los EM.

El ámbito de aplicación determina que no tengan la consideración de refugiados, los beneficiarios de la protección temporal siguen teniendo derecho a solicitar protección internacional.

Los menores no acompañados, junto a personas que hayan sufrido torturas, violaciones u otras formas graves de violencia moral, física o sexual, tienen derecho a protección especial; el art. 16 de la DPT regula medidas de protección específicas para los menores no acompañados beneficiarios de protección temporal: en primer lugar, garantía de representación a través de un tutor legal, de una organización encargada del cuidado y del bienestar de los menores de edad, o de otro tipo adecuado de representación. En segundo lugar, estos menores tendrán asimismo derecho a alojarse, durante el período de protección temporal, con miembros adultos de su familia, en una familia de acogida, o bien en centros de acogida con instalaciones especiales para menores u otro alojamiento con instalaciones adecuadas para menores; o con la persona que se ocupaba del menor en el momento de la huida, comprobando que la persona adulta o las que se encarguen del menor están de acuerdo y escuchando la opinión del menor en función de su edad y grado de madurez.

29. Un estudio especialmente pormenorizado de la Directiva de Protección Temporal puede verse en N. ARENAS HIDALGO, *El sistema de protección temporal de desplazados en la Europa comunitaria*, Servicio de Publicaciones Universidad de Huelva, 2005.

Por su parte, en la Decisión de Ejecución³⁰ la protección de los menores se ha convertido en una de las prioridades absolutas teniendo que dar respuesta a cuestiones especialmente novedosas como pueden ser, entre otras, el necesario registro de estos menores y el reconocimiento al posible tutor que lo acompañe en cuanto posible nacional de un Estado no miembro de la UE como es Ucrania.

Igualmente, las dos medidas de protección señaladas han sido especialmente desarrolladas por la Comisión subrayando de forma especialmente acertada como la solidaridad ofrecida debe entenderse sin perjuicio de la obligación de las autoridades de los Estados miembros de cumplir los requisitos específicos establecidos en la DPT y en el art. 24 de la CDFUE al aplicar dicha DPT y la Decisión de Ejecución³¹.

Respecto al nombramiento de un representante legal o tutor³², la Comisión reitera que esta representación podrá asegurarse a través de un tutor legal, una organización encargada del cuidado y del bienestar de los menores u otro tipo adecuado de representación, señalando distintas obligaciones con relación al EM de primera entrada y al EM de destino³³.

Respecto al EM de primera entrada la representación debe estar garantizada cuanto antes mediante la presencia de un representante de los servicios de protección del menor, o, en su caso, las personas u organizaciones designadas para actuar en nombre de dichos servicios, en todas las fases de

30. La activación de la DPT ha sido analizada, entre otros, por N. ARENAS HIDALGO, «La primera activación de la Directiva 2001/55/CE. Entre los límites restrictivos de su ámbito de aplicación personal y las bondades de su modelo de solidaridad interestatal en la acogida de las personas desplazadas desde Ucrania», *REEI*, nº. 44, 2022; G. MILLIOS, «La activación de la DPT para las personas desplazadas de Ucrania como consecuencia de la guerra», *REEI*, nº. 44, 2022; F.J. DURÁN RUIZ, «La regulación de la protección temporal de los desplazados por la guerra de Ucrania y su compatibilidad con otras formas de protección internacional en el contexto de una nueva política migratoria de la UE», *RDCE*, 2022, 73, pp. 951 y ss.

31. DOUE 2022/C 126 I/01 Comunicación de la Comisión relativa a las directrices operativas para la aplicación de la Decisión de Ejecución 2022/382 del Consejo por la que se constata la existencia de una afluencia masiva de personas desplazadas procedentes de Ucrania en el sentido del artículo 5 de la Directiva 2001/55/CE y con el efecto de que se inicie la protección temporal.

32. Respecto a esta obligación cabe mencionar «Herramienta para tutores. Protección temporal para menores no acompañados que huyen de Ucrania», *Agencia de Asilo de la Unión Europea*, Oficina de publicaciones de la Unión Europea, noviembre 2022.

33. La situación respecto a los menores ucranianos ha originado la elaboración de diferentes informes entre los que destacamos *Discussion Paper on guardianship, care arrangements and custodial responsibilities for unaccompanied and separated children fleeing Ukraine and arriving in the European Union*, Eurochild, ChildCircle, UNICEF, mayo 2022.

los procedimientos en los que deba tenerse en cuenta el interés superior del menor para la toma de decisiones que le afecten.

Especialmente oportuna resulta la mención hecha a: primero, los menores no acompañados que vayan a continuar su viaje hacia otro EM para reunirse con un familiar, entendido este en el sentido del art. 15 de la Directiva de Protección Temporal; segundo, los menores no acompañados que estén a cargo de personas conocidas que no sean familiares (y ya se encontrasen con ellos en la parte anterior del viaje), u organizaciones públicas o privadas de otros Estados miembros con vistas a que el menor sea atendido en estos últimos.

En ambos supuestos el EM de primera entrada debe garantizar, como mínimo, que las autoridades competentes registrarán de conformidad con el derecho interno, en el Estado miembro de primera entrada, la identidad de los menores y de los adultos con los que vayan a proseguir su viaje, así como el Estado miembro de destino declarado, antes de que los menores y los adultos acompañantes continúen el viaje. Igualmente, estos estados definirán y llevarán a cabo controles rápidos en el momento del citado registro con el fin de prevenir o detectar los posibles casos o el riesgo de abuso o trata de seres humanos.

En el caso de los menores no acompañados que tengan familiares en otros Estados miembros que disfruten también de la protección temporal, debe procederse a reagruparlos con esos familiares tomando en consideración la opinión del menor, de acuerdo con su edad y su grado de madurez, y siempre y cuando la reagrupación redunde en el interés superior del menor.

Respecto de los menores no acompañados que tengan familiares residentes en otros Estados miembros a los que se aplique un régimen jurídico diferente, también será posible la reagrupación de conformidad con otros instrumentos pertinentes del Derecho de la Unión.

Igualmente, para los EM de destino, la Comisión recomienda que pongan en marcha un procedimiento rápido para registrar la presencia de menores no acompañados que se establezcan en su territorio y que inicien con la mayor brevedad los procedimientos para designar al tutor o representante legal y confiar el cuidado del menor, según lo previsto en el Derecho interno y con sujeción a las comprobaciones pertinentes.

El derecho interno puede prever que los procedimientos para confiar el cuidado del menor sean independientes de los procedimientos para la designación del tutor o representante legal del mismo menor. En caso nece-

sario, las funciones de tutor o representante legal podrán garantizarse igualmente a través de una organización que se encargue del cuidado y del bienestar de los menores o mediante otro tipo adecuado de representación, como se establece en el art. 16 de la DPT. Asimismo, las familias de acogida y las comunidades u organizaciones a las que se confíe, en virtud del Derecho interno, el cuidado de menores no acompañados que sean beneficiarios de la protección temporal debe recibir subsidios familiares y de apoyo por los menores a su cargo, según lo previsto en el Derecho interno del EM de acogida.

Respecto al alojamiento de estos menores conforme al art. 16, apartado 2, de la DPT, durante el período de la protección temporal, los Estados miembros han de disponer que los menores no acompañados se alojen con miembros adultos de su familia, en una familia de acogida, en centros de acogida con instalaciones especiales para menores o en otro alojamiento con instalaciones adecuadas para menores. Lo anterior es válido tanto para el EM de primera entrada como, en su caso, para el EM al que se traslade al menor no acompañado.

Los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para posibilitar el alojamiento. A los efectos, no solo ha de tenerse en cuenta la opinión del menor, con arreglo a su edad y a su grado de madurez, sino que también es preciso velar por que la forma de alojamiento sea la más adecuada para el menor y para su interés superior. Por otra parte, los Estados miembros han de comprobar, en su caso, que el adulto o los adultos de que se trate estén de acuerdo con alojar al menor no acompañado.

Cuando se trate de un menor no acompañado que no vaya a continuar su viaje hacia otro EM en una de las dos circunstancias descritas anteriormente, el EM de primera entrada, además de designar al tutor o representante legal, debe garantizar cuanto antes que el menor disponga de un alojamiento adecuado y tenga acceso a la escolaridad obligatoria o a formación profesional y a servicios de asistencia sanitaria (en particular, asistencia sanitaria preventiva y servicios de salud mental) y psicosocial.

Junto a estas dos obligaciones fundamentales de registrar y alojar, de acuerdo con el art. 16 de la DPT, aun en el caso de que el menor no acompañado no vaya a proseguir su viaje después de haber sido acogido en una de las circunstancias mencionadas anteriormente, será posible trasladarlo al EM que se considere que ofrece las mejores condiciones para hacerse cargo de él, previa evaluación del interés superior del menor que habrá de realizarse en el EM de primera entrada.

2. MÁS CUESTIONES POR DECIDIR...

Los menores ucranianos una vez protegidos por la aplicación de la DPT no en cuanto refugiados sino desplazados son objeto de las distintas medidas de protección entrando en juego tanto el R. 2019/1111 como el CH 96 con diferentes singularidades al no ser Ucrania EM de la UE, pero si Estado contratante del CH 96³⁴.

En relación a la competencia judicial internacional cabe mencionar que, como hemos señalado anteriormente, los órganos jurisdiccionales de un EM son competentes respecto de un menor que resida habitualmente en dicho EM en el momento que se acuda al órgano jurisdiccional, en virtud del mencionado Convenio. Esto determina que los órganos jurisdiccionales ucranianos sigan siendo competentes en el caso de que el menor tuviera su residencia habitual en Ucrania antes del desplazamiento a territorio de la UE.

Respecto a los menores refugiados y desplazados internacionalmente, el art. 11.2 del R. 2019/1111, como igualmente hemos señalado, otorga competencia en base a la presencia del menor; por su parte, el *Considerando 25* del Reglamento determina que esta regla de competencia en base a la presencia del menor sólo debe aplicarse a los menores que tuvieran su residencia habitual en un EM antes del desplazamiento.

Si la residencia habitual del menor antes del desplazamiento estaba en un tercer Estado, como Ucrania, debe aplicarse la norma sobre competencia relativa a menores refugiados y desplazados internacionalmente del art. 6.1 del CH 96, según la cual será Estado competente donde se encuentre el menor.

Los arts. 8 y 9 del CH 96, así como los arts. 12 y 13 del R. 2019/1111 contemplan la remisión a un órgano jurisdiccional mejor situado para conocer del asunto. Esta situación es aplicable a la protección de un menor no acompañado procedente de Ucrania si la autoridad competente tiene conocimiento de que el menor tiene familiares en otro EM. El primer EM puede solicitar que se le remita el asunto si el menor tiene un vínculo particular con el segundo EM y si la remisión responde al interés superior del menor.

34. Desde la invasión de Ucrania por parte de tropas rusas en febrero de 2022 ha sido aplicable el R. 2201/2003 hasta la entrada en vigor del R. 2019/1111 en agosto de dicho año; el R. 2201/2003 sigue aplicándose a los procesos judiciales incoados antes del 1 de agosto de 2022.

IV. REFLEXIÓN FINAL

La protección de los menores es, sin duda, una de las principales obligaciones de una comunidad internacional comprometida con valores tan necesarios como esenciales. La situación de los menores que se ven obligados a salir del territorio del Estado que debía protegerle los convierte en un grupo de especial vulnerabilidad, aún más cuando ese menor lo hace sin un adulto familiar o un adulto responsable de su protección.

La presencia de estos menores en territorio de la UE pone en marcha la puesta en práctica de la protección específica regulada en el ámbito del Derecho internacional público, mediante el SECA, junto a la protección de carácter general en el ámbito del Derecho internacional privado.

En los dos ámbitos, Derecho internacional público y Derecho internacional privado, se establece la representación y el alojamiento como principales medidas de protección; así el nombramiento del representante legal, del tutor o la determinación del acogimiento del menor no acompañado solicitante de protección internacional se adoptan en el marco de esta solicitud; igualmente estas medidas quedan incluidas del R. 2019/1111.

Esta concurrencia determina que al mismo menor le sea de aplicación la normativa sobre protección internacional y la normativa de Derecho internacional privado en relación con las concretas medidas de protección.

Una de las situaciones ideales será aspirar a una coordinación legislativa que determine en primer lugar el interés del menor no acompañado que presente una solicitud de protección internacional y, que posteriormente ese interés se traduzca en la determinación de la competencia judicial internacional.

La protección ofrecida a los menores ucranianos recibidos en territorio de la UE puede valorarse de forma especialmente positiva en aras a la necesaria coordinación de los distintos Estados que puedan verse implicados en la protección de los menores con relación a cuestiones fundamentales como el registro, la representación y el alojamiento de los menores.

Capítulo 15

El derecho de la infancia migrante no acompañada a reunirse con sus familiares en situaciones transfronterizas

LUCÍA PADILLA ESPINOSA
Investigadora predoctoral
Universidad de Huelva

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. DERECHOS DE LOS Y LAS MENORES A NO SER SEPARADOS DE SUS PROGENITORES. III. EL DERECHO A VIVIR EN FAMILIA DE LA INFANCIA MIGRANTE NO ACOMPAÑADA. 1. *El retorno al país de origen.* 2. *La reagrupación familiar.* IV. CONSIDERACIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN

La propia naturaleza y la experiencia seculares muestran que el mejor entorno para un adecuado y armonioso desarrollo de la infancia es la propia familia. Así, lo manifiesta la Convención sobre los Derechos del Niño (CNUDN)¹ en los párrafos quinto y sexto de su Preámbulo, y de su articulado se colige que la infancia es siempre contemplada en el contexto de la unidad familiar. Si bien, es una realidad contrastable que cada año llegan al territorio europeo muchos/as menores extranjeros/as que se encuentran separados/as de sus progenitores y que tampoco están bajo el amparo de

1. Adoptada por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Ratificada por España el 30 de noviembre de 1990 (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990) y vigente en nuestro país desde el 5 de enero de 1991.

ningún otro familiar o adulto/a responsable de su cuidado². Entre los motivos que llevan a estos niños y niñas a salir de sus países de origen se encuentran la pobreza y la falta de futuro y expectativas; situaciones de desestructuración familiar y desprotección institucional; catástrofes naturales; la guerra, la persecución, la violencia y situaciones de violación generalizada de los Derechos Humanos³. En el caso de España, a finales del año 2022, se encontraban inscritos en el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados 11.417 menores⁴. Nos situamos, por tanto, ante un fenómeno creciente de desplazamientos forzados, cuya situación ha de ser analizada desde una triple perspectiva, esto es, la de personas menores de edad, extranjeras y no acompañadas. Todas ellas determinan que estas personas se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad que requiere de una particular protección.

Habida cuenta de que el interés general del/a menor reside en permanecer con su familia, cabe preguntarse de qué forma pueden reunirse nuevamente estos/as menores con sus familiares de los que se han visto separados/as. Así pues, nuestro estudio se sitúa a aquellas situaciones en las que, una vez localizada la persona menor en territorio nacional, se ha podido identificar a la persona, así como a sus progenitores, tutores, representantes legales o adultos responsables, y el lugar dónde se localizan estos últimos⁵. El objeto de la presente contribución se centra en analizar las posibilidades previstas por el ordenamiento jurídico nacional para proceder a la reunificación de estos/as menores con sus familiares. Para ello, se reflexiona

2. La llegada al territorio europeo de menores y de menores no acompañados/as es un fenómeno que, aunque no es nuevo, en los últimos años ha aumentado exponencialmente con la mencionada «crisis de refugiados». Solo en Europa Occidental hay más de 100.000 menores separados/as de sus progenitores. Datos obtenidos del portal del ACNUR, disponibles en: <https://www.acnur.org/5cf926764.pdf> (última consulta en noviembre de 2023).
3. Causas recogidas por la organización ACCEM, disponibles para su consulta en: <https://www.accem.es/vulnerables/menores-extranjeros-no-acompanados-mena/> (última consulta en noviembre de 2023).
4. En 2022, han sido localizados/as 2.375 menores extranjeros/as no acompañados /as llegados/as a España por vía marítima. Mayoritariamente son del sexo masculino (2.265), dado que sólo se han detectado 110 niñas. El mayor número procede de Marruecos (1.235) seguido por naturales de Argelia (402), República de Guinea (216) y Senegal (126). [FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria 2022*, pág. 733. Disponible en: https://www.fiscal.es/memorias/memoria2023/FISCALIA_SITE/recursos/pdf/MEMFIS23.pdf (última consulta en noviembre de 2023)].
5. El procedimiento de actuación cuando se localiza a una persona menor de edad extranjera y no acompañada se divide en cuatro fases, de conformidad con lo dispuesto en el Protocolo marco sobre determinadas actuaciones en relación con los menores extranjeros/as no acompañados/as (en adelante, el Protocolo) (BOE núm. 251, de 16 de octubre de 2014) y la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE de 12 de enero de

sobre si la normativa estatal aplicable respeta las obligaciones de los Estados relativas a los Derechos Humanos de la infancia en el contexto de la migración internacional y, en particular, el alcance que el criterio del interés superior del menor, en calidad de principio rector en la adopción de toda medida referente a la infancia, desempeña con respecto al respeto a la vida familiar. En este sentido, es fundamental subrayar que, con independencia de su estatuto, nacionalidad u orígenes, todos/as los/as menores deben ser tratados, en principio y, ante todo, como menores, de forma que prevalezca esta condición sobre su situación administrativa, incluso en los procedimientos en los que se determine el retorno o repatriación.

II. DERECHOS DE LOS Y LAS MENORES A NO SER SEPARADOS DE SUS PROGENITORES

El punto de partida del presente estudio es el art. 9.1 de la CNUDN⁶ que parte de la premisa de que los/as menores deben vivir, ser criados/a y desa-

2000), (en adelante LOEx), con su respectivo reglamento [Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 (BOE núm. 103 de 30 de abril de 2011) (en adelante RLOEx)], saber: la fase de intervención; la fase de investigación; la fase de decisión; y la fase de ejecución. La competencia en la identificación del perfil de la persona menor la tiene atribuida la autoridad encargada de la identificación en fronteras, o una vez que ha cruzado la frontera sin ser detectado por las autoridades fronterizas en el seno del territorio español. En España, quien ejerce el control fronterizo principalmente es la Comisaría General de Extranjería y Fronteras (Policía nacional) y la Dirección General de la Guardia Civil (Guardia Civil), aunque, debido a las últimas crisis migratorias, en muchas ocasiones es asistida por Agentes de la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas. En todo caso, las autoridades migratorias al ejercer la competencia de control fronterizo estén adscritas o a la Agencia europea, deberán identificar a las personas vulnerables, menores no acompañados, víctimas de trata, personas traficadas, y a quienes necesitan o desean pedir protección internacional. Sin embargo, uno de los principales inconvenientes que presentan las autoridades migratorias españolas a la hora de identificar correctamente el perfil de estos/as menores es la falta de una guía en la que se establezca la diversidad de perfiles de menores migrantes, instrucciones para su correcto reconocimiento, derechos de los/as menores, y deberes de las autoridades que intervienen en el procedimiento de identificación tal y como ponen de manifiesto en, L. SERRANO SÁNCHEZ: «Capítulo XIX: Competencia y cooperación internacional de autoridades. El interés superior de la y el menor no acompañado como eje en la identificación y reubicación», en A. LARA AGUADO (Dir.), *Protección de menores en situaciones transfronterizas: análisis multidisciplinar desde las perspectivas de género, de los derechos humanos y de la infancia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 704.

6. Art. 9.1 CNUDN: «Los Estados Parte velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño».

rollarse en el seno de su familia de origen y solamente, la autoridad nacional competente puede proceder a separarlos/as cuando dicha separación sea precisa para asegurar el interés superior del/a menor⁷. Por consiguiente, se deduce un derecho de los/as menores a permanecer con sus progenitores. No obstante, conviene subrayar que no nos encontramos ante un derecho absoluto, es decir, de ningún modo cabe hablar de un derecho del menor a permanecer bajo cualquier circunstancia y a toda costa bajo la custodia de sus progenitores. Lo que el precepto impone es que la separación solamente se dé cuando las circunstancias concurrentes revelen que ésta es absolutamente necesaria de acuerdo con el bienestar o interés superior del/a menor en cuestión. En efecto, como puede observarse, este derecho de los/as menores pivota, como casi todo lo que les afecta, en torno a la noción de preservar su interés superior. Si bien, estamos en presencia de un concepto jurídico indeterminado que, aunque difícil de concretar en un caso concreto, prefigura la privilegiada relevancia que debe darse al bienestar del/a menor en la ponderación que, en su caso, deba realizarse.

Cabe detenernos en aquellos supuestos que pueden ocasionar la separación de los/as menores de sus progenitores, en concreto, nos referimos a los supuestos en los que se acuerda la deportación o expulsión del progenitor del Estado en el que reside junto con su hijo/a. En efecto, la expulsión de una persona del territorio nacional puede comprometer su vida familiar, más aún, cuando esta persona mantiene una estrecha relación con sus hijos/as menores. A tal respecto, se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en diferentes ocasiones en las que ha puesto de manifiesto que cuando se constata la existencia de una vida familiar efectiva entre el/la progenitor y su descendiente menor de edad, la expulsión de la persona debe supeditarse al interés superior del menor, de forma que dicho

7. Incluso en el supuesto de que el/la menor se encuentre separado/a de uno de sus progenitores, debe preservarse el derecho «a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño» (artículo 9.3 CNUDN). También tiene derecho el/la menor a conocer el paradero o fallecimiento, en su caso, de sus progenitores cuando la separación traiga causa de una medida estatal como puede ser el exilio, la deportación, el encarcelamiento, salvo que ello resulte perjudicial para el bienestar del/a menor, así como para el desarrollo armonioso de su personalidad, de conformidad con lo dispuesto en el apartado cuarto del referido artículo. En el plano doctrinal, *vid.* F. J. MATIA PORTILLA, «¿Los menores tienen un derecho a no ser separados de sus progenitores? Hacia una necesaria redefinición de la intimidad familiar constitucionalmente protegida», en F.J. MATIA PORTILLA, G. LÓPEZ DE LA FUENTE (Dir.), *De la Intimidad a la vida privada y familiar: un derecho en construcción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 232 y ss.; M. SALANOVA VILLANUEVA, «El derecho del menor a no ser separado de sus padres», *Derecho Privado y Constitución*, n.º 7, 1995, pp. 231 y ss.

interés podría hacer prevalecer el respeto del derecho a la vida familiar del menor por encima de otros intereses en juego⁸.

Ahora bien, para que la vida familiar sea tomada en consideración debe acreditarse una situación efectiva de convivencia o asistencia material⁹. Además, deberá analizarse el impacto que la expulsión pueda tener en la familia de la persona afectada y, especialmente, en los/as menores. En este aspecto deberán ponderarse diversos factores tales como la duración de la residencia, la edad de las personas involucrada, la situación de dependencia que pueda tener con respecto a sus familiares, los vínculos con el país de

8. La importancia de la jurisprudencia del TEDH requiere de poca explicación: constituye la vía autorizada de interpretación de las disposiciones del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) de 4 de noviembre de 1950, ratificado por España por instrumento de 29 de septiembre de 1979 (BOE, de 10 de octubre de 1979), de acuerdo al cual, y en virtud de lo dispuesto por el art. 10.2 de la CE, habrán de interpretarse las normas relativas a los derechos y libertades que la Constitución reconoce. Han sido múltiples las ocasiones en las que, el Tribunal de Estrasburgo ha debido pronunciarse en controversias en torno a la separación de un/a menor de sus progenitores como consecuencia de la intervención de las autoridades a las que en cada país se halla confiado la protección de la infancia. A tal respecto, el Tribunal ha sentado que para progenitores e hijos/as, el estar juntos constituye una injerencia grave en la misma que habrá de ser satisfactoriamente fundamentada de acuerdo con el art. 8.2 CEDH (*Vid.*, a modo de ejemplo, STEDH, caso *Eriksson v. Suecia*, de 22 de junio de 1989, TEDH 1989\12; caso *Olsson v. Suecia*, de 24 de marzo de 1988, TEDH 1988\2; *W v. Reino Unido*, de 8 de julio de 1987, TEDH 1987\13; *Hokkannen v. Finlandia*, de 23 de septiembre de 1994, TEDH 1994\35, entre muchas otras). Así, el TEDH ampara en el art. 8 CEDH (respeto a la vida familiar) el derecho de aquellos que han visto su núcleo familiar disgregado como consecuencia de una separación a que se desplieguen todos los medios posibles de cara a propiciar una reunión tan pronto como sea posible. El derecho de los/as menores a no ser separados/as de sus progenitores, por el contrario, no se encuentra recogido expresamente en la Constitución, ni ha sido integrado, por vía interpretativa, en el art. 18.1 CE. No obstante, sí que ha tenido un relevante reconocimiento la jurisprudencia del TEDH en la materia. Para profundizar en la materia, se recomienda la lectura de M. I. ÁLVA-REZ VELEZ, *La protección de los derechos del niño en el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional español*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1994; C. FORDER, «Legal Protection Under Article 8 ECHR: Marckx and Beyond». *Netherlands International Law Review*, 37 (2), 2009, pp. 162 y ss.; S. SANZ CABALLERO, *La familia en perspectiva internacional y europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006; F. SUDRE, «À propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme», *La semaine juridique, Doctrine*, Paris, 75^e année, n.º 28, 11 Juillet 2001, pp. 106 y ss.
9. Tal examen no solamente procede ser realizado en el momento de la condena, sino que también debe realizarse en el momento en el que se va a producir la expulsión efectiva. *Vid.* SSTEDH *Emre c. Suiza*, de 11 de octubre de 2011, JUR 2011\355365; *Onur c. Reino Unido*, de 17 de febrero de 2009, JUR 2009\58365; *Baghli c. Francia*, de 30 de noviembre de 1999, TEDH 1999\61; *Amrollahi c. Dinamarca*, de 11 de julio de 2002, JUR 2002\181196; *Ezzouhdi c. Francia*, de 13 de febrero de 2001, TEDH 2001\85; *Yilmaz c. Alemania*, de 17 de abril de 2003, TEDH 2003\18; *Khan c. Reino Unido*, de 12 de enero de 2010, JUR 2010\6513, entre otras.

destino, así como las dificultades que los/as cónyuges o descendientes puedan tener si deciden seguir a la persona expulsada al Estado de recepción¹⁰.

Habida cuenta de que España debe respetar siempre y en todo caso los derechos recogidos tanto en los Tratados internacionales suscritos en la materia, esto es, de un lado, en el artículo 9.1 CNUDN y, de otro, en el artículo 8 del CEDH, así como aquellos derivados del Derecho de la UE¹¹,

10. STEDH *Mehemi c. Francia*, de 10 de abril de 2003, JUR 2004\73104; *Boultif c. Suiza*, de 2 de agosto de 2011, JUR 2011\14112; *Khan c. Reino Unido*, de 12 de enero de 2010; *Nasri c. Francia*, de 13 de julio de 1995, TEDH 1995\23, entre otras. En nuestro ordenamiento nacional conviene señalar el art. 57.5 b) de la LOEx, que recoge que «antes de adoptar la decisión de la expulsión de un residente de larga duración, deberá tomarse en consideración el tiempo de su residencia en España y los vínculos creados, su edad, las consecuencias para el interesado y para los miembros de su familia, y los vínculos con el país al que va a ser expulsado». No obstante, el Tribunal Supremo ha señalado que sí procede la expulsión «automática» de aquellas personas extranjeras residentes de larga duración que hayan sido condenados/as por delitos dolosos con penas superior a un año, sin que sea de aplicación lo dispuesto en el art. 57.5 ni en el art. 12 de la Directiva 2003/109/CE (STS de 31 de mayo de 2018, RJ 2018\2630). Por su parte, el TEDH se ha opuesto a esta interpretación (STEDH, asunto *saber y Boughassal c. España*, de 18 de diciembre de 2018, TEDH 2018\135).
11. La UE ha desarrollado un conjunto normativo a través del cual se deducen diferentes límites a la actuación de los Estados miembros en materia de extranjería y especialmente con respecto a la expulsión de personas extranjeras del territorio europeo. Nos referimos principalmente a la Directiva 2008/115/CE relativa a normas y procedimientos comunes para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (DOUE de 24 de diciembre de 2008); Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países de larga duración (DOUE de 23 de enero de 2004); Directiva 2004/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (DOUE de 30 de abril de 2004); la Directiva 2001/40/CE, de 28 de mayo, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países (DOUE de 2 de junio de 2001). Esta normativa se completa con la alusión contenida en la Recomendación (UE) 2017/2338 de la Comisión, de 16 de noviembre de 2017, por la que se establece un «Manual de Retorno» (DOUE de 19 de diciembre de 2017). A tal respecto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en consonancia, con la jurisprudencia dictada por el TEDH, se ha encargado de delimitar el alcance de dichas restricciones a través de su muy interesante jurisprudencia de la que se deriva que la existencia de un derecho efectivo a la vida familiar puede condicionar la expulsión de personas extranjeras que se encuentran en situación administrativa irregular (STJUE de 7 de diciembre de 2017, asunto C-636/16, TJCE 2017\232; de 8 de diciembre de 2011, asunto C-371/08, TJCE 2011\393; de 22 de diciembre de 2010, asunto C-303/08, TJCE 2010\413; de 8 de mayo de 2018, asunto C-82/16, TJCE 2018\101, entre otras). Para profundizar en este aspecto, nos remitimos al estudio realizado por F.J. MATIA PORTILLA, «¿Los menores tienen un derecho a no ser separados de sus progenitores? Hacia una necesaria redefinición de la intimidad familiar constitucionalmente protegida», *op.cit.*, pp. 255-264.

resulta evidente que el derecho de los/as menores a no ser separados/as de sus progenitores debe ser respetado por nuestras autoridades competentes. Por consiguiente, la intervención estatal en la vida familiar a través de la separación del/a menor de su núcleo familiar de origen es una solución extrema que requiere la necesaria gravedad de las circunstancias que autoricen dicha separación¹².

Las referencias examinadas a la primacía del rol de la vida familiar en el desarrollo integral de la infancia nos conducen a preguntarnos sobre las opciones de reintegración de los/as menores en la propia familia como objetivo a perseguir tras las separaciones, especialmente, aquellas ocasionadas en situaciones transfronterizas como consecuencia de la migración.

III. EL DERECHO A VIVIR EN FAMILIA DE LA INFANCIA MIGRANTE NO ACOMPAÑADA

España, por su situación geográfica constituye un enclave idóneo para los flujos migratorios¹³. En este contexto, el número de menores extranjeros/as no acompañados/as¹⁴ que llegan a nuestro país es muy elevado por lo que resulta necesario configurar un sistema de protección de la infancia que

12. A esta conclusión podemos llegar tras la lectura de los párrafos quinto y sexto del Preámbulo de la Convención, cuyo valor interpretativo no debe perderse de vista, donde se consagra a la familia de origen como hábitat natural e idóneo para el desarrollo de la infancia. Además, el principio de subsidiariedad de la responsabilidad del Estado en la crianza aparece reflejado en el art. 3.2 CNUDN, en cuya virtud las acciones por parte del Estado en garantía del bienestar de los/as menores tendrán en cuenta los derechos y deberes de sus progenitores, entre los que ocupa lugar destacado el derecho a la vida familiar, así como en otros preceptos de la Convención (arts. 5, 7, 8,16, 18.1,19).
13. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, Plan de acción sobre los menores no acompañados (2010-2014), SEC (2010) 534 (Bruselas, 6 de mayo de 2010, COM (2010) 213 final).
14. La primera cuestión que debe resolverse en definir la noción de infancia extranjera no acompañada. El art. 189 del RLOEx define al/a menor extranjero/a no acompañado/a como aquel/la menor extranjero/a de dieciocho años que «llegue a territorio español sin venir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, apreciándose riesgo de desprotección del menor, mientras tal adulto responsable no se haya hecho cargo efectivamente del menor, así como a cualquier menor extranjero que una vez en España se encuentre en aquella situación». Para una primera aproximación al régimen jurídico aplicable a estos menores *vid.*: I. CLARO QUINTÁNS, I. LÁZARO GONZÁLEZ, «Cuestiones de derecho de extranjería y de la protección internacional en la vida de los niños», en C. MARTÍNEZ GARCÍA (coord.), *Tratado del Menor. La protección jurídica a la infancia y a la adolescencia*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 765 y ss.

respete los intereses de este colectivo¹⁵. A tal respecto, es sabido que los/as menores extranjeros/as no acompañados/as¹⁶ se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad debido, entre otras razones, a su edad, a la lejanía de sus hogares y a la separación de los miembros de su familia¹⁷. Por ello, resulta esencial asegurar una protección efectiva a todo niño, niña y adolescente migrante no acompañado/a en su condición de menores de

15. Cualquier menor extranjero/a no acompañado/a que sea localizado/a en nuestro país debe inscribirse en el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados, cuya titularidad corresponde a la Dirección General de la Policía Nacional, su gestión a la Comisaría General de Extranjería y Fronteras y su coordinación a la Fiscalía General del Estado (arts. 35 LOEx y 215 RLOEx). Sin embargo, en la actualidad, los datos que existen sobre este colectivo son escasos y poco fiables. Prueba de ello es que las cifras que figuran en el Registro y las que publica la Fiscalía General del Estado en su Memoria anual, con frecuencia, no coinciden. Valga como ejemplo la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2022, que señalaba que 2.375 menores extranjeros/as no acompañados/as llegaron a España por vía marítima en pateras. Por el contrario, en el Registro figuraban inscritos, ese mismo año, a fecha 31 de diciembre, 11.417.
16. L. SERRANO SÁNCHEZ pone de manifiesto que se pueden identificar hasta seis categorías jurídicas de menores migrantes no acompañados/as. A pesar de las diferentes clasificaciones, en la práctica administrativa española se aplica y reconoce tan solo una categoría jurídica de menor no acompañado/a, y es la categoría jurídica «MENA». Una práctica amparada en la laguna legal existente respecto al procedimiento de identificación del perfil del/a menor extranjero/a no acompañado/a. Al subsumirse las diferentes categorías jurídicas de menores no acompañados/as bajo la de «MENA», los/as menores quedan bajo la presión de los instrumentos coercitivos contenidos en la normativa de extranjería, cuyo fin está orientado al alejamiento, o, lo que es lo mismo, al mantenimiento del orden público, ignorando la condición de menor de estos sujetos, así como sus Derechos Humanos y las obligaciones internacionales adquiridas por España. Una situación que, según la autora, los/as aleja del acceso al procedimiento específico que les corresponde y del catálogo de derechos que poseen en atención a su situación y estatus jurídico específico (vid. L. SERRANO SÁNCHEZ, *Vulneración y acceso a los sistemas de protección de los derechos de la niñez y adolescencia inmigrante no acompañada en España y el Salvador*, Universidad Pública de Navarra, 2021, pp. 219-222).
17. Nos gustaría señalar que esta situación de vulnerabilidad aumenta si necesitan algún estatuto de protección internacional. Los datos muestran que los/as menores extranjeros, especialmente los/as no acompañados, padecen graves problemas de acceso al procedimiento de protección internacional. Son varios los factores que explican esta situación y que necesitan ser resueltos con urgencia y que pusimos de manifiesto en la contribución «El acceso efectivo al procedimiento de protección internacional en España: espacial consideración a la situación de los menores solicitantes», en E. LÓPEZ BARBA (Dir.) *Estudios jurídicos sobre el bienestar social para una Andalucía más inclusiva*, Dykinson, Madrid, 2023, pp. 237 y ss. Igualmente, se recomienda la lectura de N. ARENAS HIDALGO, «El derecho de acceso al procedimiento de protección internacional de la infancia extranjera no acompañada. Interés superior del menor y enfoque de género en el sistema europeo de asilo», en Á. LARA AGUADO (Dir.) *Protección de menores en situaciones transfronterizas: análisis multidisciplinar desde las perspectivas de género, de los derechos humanos y de la infancia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 1419 y ss.

edad¹⁸. Cabe reflexionar sobre si la normativa estatal aplicable a este colectivo respeta los principios establecidos en la CNUDN, especialmente, el interés superior del/a menor¹⁹.

1. EL RETORNO AL PAÍS DE ORIGEN

Una vez determinado que la persona en cuestión se trata de un/a menor extranjero/a no acompañado²⁰, se debe proceder a la determinación de una

18. Con carácter general, la Ley española será la aplicable para adoptar las medidas de carácter protector respecto de los/as menores extranjeros/as no acompañados/as que se hallen en territorio español [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 (BOE núm. 291, de 2 de diciembre de 2010)]. No obstante, en la disciplina de Derecho Internacional privado existen otras normas en materia de protección de menores, como el Reglamento (UE) 2019/1111, de 25 de junio de 2019, sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental y la sustracción internacional de menores (DOUE núm. L 178, de 2 de julio de 2019), en vigor desde el 1 de agosto de 2022. Sin embargo, ninguno de los instrumentos anteriores se pronuncia expresamente sobre la situación de los/as menores extranjeros/as no acompañados/as no solicitantes de protección internacional, tal y como pone de manifiesto M. MOYA ESCUDERO, «Igualdad versus seguridad y control: los menores extranjeros en Europa», en P. J. MARTÍN RODRÍGUEZ (Dir.), *Nuevo Mundo, Nueva Europa. La redefinición de la Unión Europea en la era del Brexit. XXVIII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 219 y ss.

Para profundizar sobre los principales instrumentos reguladores de la competencia judicial internacional recomendamos la lectura de: B. CAMPUZANO DÍAZ y M.ª A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, «Capítulo IX: Las autoridades competentes para la protección de los niños y niñas: un análisis comparado de las normas aplicables a nivel europeo y en las relaciones con terceros Estados», en A. LARA AGUADO (Dir.), *Protección de menores en situaciones transfronterizas: análisis multidisciplinar desde las perspectivas de género, de los derechos humanos y de la infancia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 353 y ss.

19. De acuerdo con el art. 3 CNUDN, «En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño». Si se trata de un/a menor desplazado/a, el principio ha de respetarse durante todos los momentos de la situación de desplazamiento. En todos esos momentos, al preparar una decisión que tenga repercusiones fundamentales en la vida del/a menor no acompañado/a, se deberá motivar la determinación del interés superior, lo que exige una evaluación clara y a fondo de la identidad de éste/a y, en particular, de su nacionalidad, crianza, antecedentes étnicos, culturales y lingüísticos, así como las vulnerabilidades y necesidades especiales de protección.

20. La primera cuestión relevante es comprobar la minoría de edad, ya que condicionará el régimen legal aplicable y, si es menor, la obligatoria declaración de desamparo y posterior asunción de la tutela por la Administración. Cuando los Cuerpos y Fuerzas

solución duradera que comienza con un análisis sobre las posibilidades de reunificación familiar. Con objeto de respetar plenamente la obligación que impone a los Estados el art. 9 de la Convención de impedir que un/a menor sea separado/a de sus progenitores contra su voluntad, debe procurarse que el/la menor no acompañado/a se reúna con sus progenitores lo antes posible. Haciendo eco de dicho mandato, el art. 35.5 de la LOEx recoge que la Administración del Estado resolverá lo que proceda sobre el retorno del/a

de Seguridad del Estado localizan a un/a extranjero no acompañado/a cuya minoría de edad es indubitada, bien por su documentación o por su apariencia física, será puesto a disposiciones de los servicios de protección de menores competentes (art. 190.1 RLOEx). La edad se prueba normalmente, al igual que su identidad, con un documento como el pasaporte o cualquier otro documento al que la legislación nacional del/a extranjero/a otorgue eficacia en tal sentido. Si, por el contrario, el/la menor está indocumentado/a y no puede establecerse con seguridad su minoría de edad, los servicios autonómicos de protección de menores le darán la atención inmediata que requiere, de acuerdo con lo previsto en la legislación de protección jurídica del menor. En ambos casos hay que informar inmediatamente al Ministerio Fiscal de la presencia del/a menor. En el segundo supuesto, el Ministerio Fiscal dispondrá la determinación de su edad con la colaboración de las instituciones sanitarias para la realización de las correspondientes pruebas de determinación de la edad. En la práctica, son numerosas las quejas relacionadas con la incoación de procedimientos de determinación de la edad a personas extranjeras indocumentadas cuya minoría de edad no puede establecerse con seguridad. A tal efecto, en octubre de 2020, el Comité de los Derechos del Niño comunicó que se habían adoptado 14 decisiones contra España, desde 2019, sobre la cuestión de la determinación de la edad de los/as menores extranjeros/as no acompañados/as, en concreto, se apreciaron violaciones de diferentes derechos de los/as menores recogidos en la Convención. Las garantías exigidas por el Comité de Derechos del Niño se recogen en diferentes resoluciones, tales como los dictámenes respecto de las comunicaciones 38/2017 de 28 de septiembre de 2020; 40/2018 de 28 de septiembre 2020; 22/2017 de 31 de mayo de 2019; 16/2017 de 31 de mayo de 2019; 11/2017 de 27 de septiembre de 2018. Igualmente, han sido recogidas por el Defensor del pueblo (Vid. DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe Anual 2021*, Informe de Gestión, Madrid). El Tribunal Supremo también ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre esta cuestión doctrina a raíz de la Sentencia núm. 307/2020 de 16 junio, RJ 2020\2274. Todo ello, ha impulsado un Anteproyecto de ley por el que se regula el procedimiento de evaluación de la edad y que pretende dar respuesta, por un lado, a las observaciones hechas a España por el Comité de Derechos del Niño, y por otro lado, para dar cumplimiento a lo dispuesto en la Disposición final vigésimo cuarta de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral a la Infancia y a la Adolescencia frente a la violencia (BOE núm. 134, de 5 de junio de 2021). Dicho Anteproyecto puede consultarse en:

https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/APL_procedimiento_evaluacion_de_la_edad.pdf (última consulta en noviembre de 2023). La Secretaría de Estado de Justicia ha comunicado al Defensor del Pueblo en enero de 2023 que este Anteproyecto de Ley está pendiente de recibir el dictamen del Consejo de Estado y el informe del Consejo General del Poder Judicial. Hasta tanto la citada norma sea una realidad, la jurisprudencia del Tribunal Supremo en esta materia

menor a su país de origen, a aquel donde se encontrasen sus familiares²¹ o, en su defecto, sobre su permanencia en España. Para ello, en primer lugar, se procurará la búsqueda de los miembros de su familia y el restablecimiento de la convivencia familiar, iniciando el procedimiento correspondiente²². Por consiguiente, puede deducirse que, *a priori*, la normativa nacional identifica el interés superior del/a menor extranjero/a no acompañado/a con la repatriación que se efectuará bien mediante la reagrupación

mantiene el criterio de que, si el/la interesado/a aporta un acta de nacimiento y un pasaporte que no han sido impugnados, no es razonable considerarlo indocumentado, a efectos del art. 35.3 de la LOEx. A pesar de lo anterior, durante 2022, el Defensor del Pueblo ha recibido quejas en las que se exponía que, a pesar de la existencia de documentación identificativa, el menor había sido considerado indocumentado y sometido al procedimiento de determinación de la edad. Durante el último, según la Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 2022 se han incoado un total de 4.805 diligencias pre-procesales de determinación de la edad. De ellas, 1.264 han resultado ser mayores, 2.163 eran menores o existían posibilidades de que lo fueran y 1.378 han concluido sin determinación de la edad por abandono de los centros antes de poder practicarse diligencias. En el caso de Canarias, la situación es especialmente preocupante, ya que cientos de menores permanecen a la espera de que la fiscalía dicte el decreto de determinación de la edad. El Defensor del Pueblo ha solicitado ampliación de la información remitida, en relación con las actuaciones que se realicen para dotar, con carácter de urgencia, de los medios humanos necesarios a la Fiscalía Provincial de Las Palmas, al objeto de agilizar la resolución de la gran cantidad de expedientes de determinación de la edad que se encuentran en curso [Vid., DEFENSOR DEL PUEBLO, Informe Anual 2022, Informe de Gestión, Madrid, pág. 733 y ss., disponible en: <https://www.defensordelpueblo.es/informe-anual/informe-anual-2022/> (última consulta en noviembre 2023)].

Para una mayor aproximación a la problemática actual, la postura del Comité de los Derechos del Niño y la aprobación del Anteproyecto de ley se recomienda la lectura de: A. SOLARES CORELLA, N. HERNÁNDEZ MORENO, «El controvertido procedimiento determinación de la edad: la necesidad de una reforma legal a partir de los dictámenes del Comité de Derechos del Niño», *Revista de estudios Europeos*, vol. 80, 2022, pp. 273 y ss.

21. El reasentamiento en un tercer país puede ofrecer una solución del/a menor no acompañado/a que no pueda retornar a su país de origen y para el que no sea posible contemplar una solución duradera en el país de acogida. La decisión de reasentar al/a menor no acompañado/a debe basarse en una evaluación actualizada, exhaustiva y fundada en el interés superior, habida cuenta en particular de las circunstancias internacionales del momento y demás imperativos de protección. El reasentamiento está particularmente indicado si constituye el único medio para proteger efectiva y establemente al/a menor contra la devolución o la persecución u otras graves violaciones de los derechos humanos en el país de estancia (Vid. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Observación General núm. 6 sobre el trato de los menores no acompañado y separados de su familia fuera de su país de origen, 2005, CRC / CG/ 2005/ 6, aptdo. 27).
22. Una vez localizado/a y asumida por las autoridades competentes la protección de un/a menor extranjero/a no acompañado/a, las Delegaciones o Subdelegaciones de Gobierno competentes en razón de su territorio, tramitarán conforme al art. 191 del RLOEx las actuaciones necesarias para determinar y asegurar la efectiva protección

familiar, bien mediante la puesta a disposición del/a menor ante los servicios de protección de menores del Estado receptor, si se dieran las condiciones adecuadas para su tutela (art. 35.3 *in fine* LOEx). Por lo tanto, se observa que, la retórica que impregna la normativa española de extranjería es que el interés superior del/a menor está en su reintegración familiar en el Estado donde se encuentre su familia o existan servicios de protección que se hagan cargo de este/a. En definitiva, el fin es reintegrarlo en un entorno fuera de las fronteras españolas²³.

Ahora bien, pueden darse los casos en los que el retorno de estos/as menores no sea adecuado²⁴. Por ello, la Observación General n.º 6 del

del/a menor, tanto en la incoación del procedimiento como en la tramitación y resolución del mismo, mediante intervención garantista de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, la cual emitirá informe de idoneidad de la representación diplomática del país de origen del/a menor sobre las circunstancias familiares de éste/a, ya que por resolución entendemos que la administración deberá garantizar la correcta recepción por sus progenitores o representantes legales que garanticen los derechos e intereses del/a menor repatriado/a. En caso de haberse determinado la repatriación del/a menor, el procedimiento a seguir sería la incoación de la repatriación siempre que se considere interés superior del/a menor, es decir, que la reagrupación con sus progenitores es la mejor decisión a favor del menor, y en aras de la protección de semejante principio, deberán estar en consonancia todas las administraciones intervinientes, tanto las administrativas como las judiciales de que la procedencia de dicha decisión es lo más beneficioso para el/la menor o se procederá esta medida cuando se hubiera verificado la existencia de riesgo o peligro para la integridad del/a menor, de su persecución o la de sus familiares. Además, el órgano administrativo competente deberá acreditar que el procedimiento está sometido a las garantías procesales tipificadas en el art. 193 RLOEx que consisten básicamente en otorgarle al/a menor trámite de audiencia conforme a derecho, asistido en su caso de intérprete que garantice su entendimiento, con el fin de que exprese cualquier alcance o circunstancia que pudiera dar lugar a la alteración de la declaración de idoneidad presumida de que tal procedimiento es la mejor opción para garantizar la integridad y garantía de los derechos fundamentales del/a menor.

23. Tal es la intención del legislador nacional que en el aptdo. 8 del artículo 35 se establece que: «La concesión de una autorización de residencia no será obstáculo para la ulterior repatriación cuando favorezca el interés superior del menor, en los términos establecidos en el aptdo. cuarto de este artículo», por lo que se deduce que la prioridad es la repatriación del menor. En el mismo sentido se muestra el art. 196 .3 RLOEx.

24. No solo nos referimos al retorno a Estados donde acontecen situaciones de violencia indiscriminada, sino también a Estados en los que la propia familia anima al/a menor a emigrar. Este es el supuesto que el TEDH analizó en el asunto *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique* (STEDH núm. 13178/03, de 12 de octubre de 2006, JUR 2006 \244338), en el que señaló que la reagrupación familiar no es una solución compatible con el interés superior del/a menor en el supuesto de que los miembros de la familia inciten u obliguen al/a menor a emigrar. Además, consideramos que en la misma situación se situarían aquellos/as menores que han sufrido violencia de género o que padecen alguna discapacidad física, psíquica o sensorial. Estos sujetos se caracterizan por ser especialmente vulnerables y por requerir un nivel de protección aún

Comité de los Derechos del Niño señala²⁵ expresamente que, la repatriación del/a menor extranjero/a no acompañado/a será conforme con el principio del «interés superior» si el Estado receptor dispone de mecanismos suficientes para poder garantizar la seguridad personal del/a menor, así como atender a sus necesidades individuales. A tal respecto, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha precisado en el asunto C-441/19, de 14 de enero de 2021, que el Estado de acogida, antes de dictar una decisión de retorno respecto de un/a menor extranjero/a no acompañado/a, debe realizar una apreciación exhaustiva, caso por caso, de la situación de dicho/a menor, comprobando que en el país de retorno se encuentra disponible una acogida adecuada para el/la menor²⁶.

Así pues, la reunificación familiar a través del retorno del/a menor no debe entrar en consideración si existe un riesgo razonable de violación de los derechos fundamentales del/a menor y, en particular, si es aplicable el principio de no devolución²⁷. En este contexto, debe recordarse que la supervivencia del/a menor es primordial y presupuesto del disfrute de los

mayor. Su particular vulnerabilidad debería ser argumento más que suficiente para comprender que la repatriación de estas personas supondría un menosprecio al interés superior del menor.

25. Observación General N° 6, *op.cit.*, apartados 27, 84 y 86.

26. STJUE, caso *TQ c. Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*, de 14 enero 2021(TJCE 2021\6). El Estado miembro de que se trata ha de tener debidamente en cuenta varios factores para decidir si adopta o no una decisión de retorno contra un/a menor no acompañado, a saber, la edad, el sexo, la especial vulnerabilidad, el estado de salud física y mental, la estancia en una familia de acogida, el nivel de escolarización y el entorno social de dicho menor (par. 47). Esta obligación de realizar tal investigación solo existiría en la fase de expulsión del territorio del Estado miembro y no dispensa de otras obligaciones de comprobación impuestas por la Directiva 2008/115, en particular, la exigencia de tener en cuenta el interés superior del menor en todas las fases del procedimiento (par. 50 y 51). El hecho de que el Estado miembro de que se trate adopte una decisión de retorno sin haberse asegurado previamente de la existencia de una acogida adecuada en el Estado de retorno para el menor no acompañado tendría como consecuencia que ese menor, aunque haya sido objeto de una decisión de retorno, no podría ser expulsado en caso de inexistencia de una acogida adecuado en el Estado de retorno, con arreglo al art. 10.2 de la Directiva 2008/115 (par. 52), porque el menor no acompañado se encontraría en una situación de gran incertidumbre en cuanto a su estatuto jurídico y a su futuro, en particular, en cuanto a su escolarización, a su relación con una familia de acogida o a la posibilidad de permanecer en el Estado miembro de que se trate, lo cual sería contrario a la exigencia de proteger el interés superior del menor en todas las fases del procedimiento (par. 53 y 55). En el mismo sentido, *vid.* STJUE de 11 de diciembre de 2014, C-249/12, TJCE 2014\400; de 8 de mayo de 2018, C-82/16, TJCE 2018\101, entre otras.

27. Con respecto, al respeto al principio de no devolución, debe subrayarse que, en el marco del trato adecuado de los/as menores no acompañados/as, los Estados deben respetar íntegramente las obligaciones de no devolución resultantes de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos y del Derecho Internacional de las

demás derechos, incluido el derecho a la vida familiar. En síntesis, el retorno al país de origen o la repatriación a un Estado diferente sólo podrá contemplarse si redundará en el interés superior del/a menor en cuestión²⁸. En suma, el Estado debe cerciorarse de que el/la menor será entregado a un miembro de su familia, a un tutor designado o a unos servicios de acogida adecuados en el Estado de retorno.

Así pues, aunque el objetivo del Estado español es que estos/as menores sean retornados/as, lo cierto es que la mayoría de los/as menores extranjeros/as no acompañados/as que llegan a España son menores de imposible

personas refugiadas, en particular, este principio se encuentra consagrado, en particular, en el art. 33 de la Convención de Ginebra, si bien se considera una norma de Derecho internacional consuetudinario, con valor de norma de *ius cogens*. En el ámbito regional art. 19 CDFUE amplía el ámbito de aplicación del principio de no devolución, de conformidad con las obligaciones adquiridas en este ámbito. A su vez, es considerado uno de los principios informadores del sistema europeo común de asilo (art. 28.2 Directiva 2013/32). Al respecto, *vid.* J. ALLAIN, «The Jus Cogens Nature of Non-refoulement», *International Journal of Refugee Law*, vol. 13, 2001, pp. 533-538. Así pues, en cumplimiento de dichas obligaciones, los Estados no trasladarán al/a menor a un Estado en el que haya motivos racionales para pensar que existe un peligro real de daño irreparable para el/la menor, sea en el país hacia el que se efectuará el traslado, sea a todo país al que el/la menor pueda ser ulteriormente trasladado/a. La evaluación del riesgo de dichas violaciones graves deberá efectuarse teniendo en cuenta la edad y el género y tomando asimismo en consideración, por ejemplo, las consecuencias particularmente graves para los/as menores que presenta la insuficiencia de servicios alimentarios o sanitarios.

28. A fin de determinar esta circunstancia, se tendrá en cuenta, entre otras cosas: la seguridad personal y pública y otras condiciones, en particular socioeconómicas, que encontrará el/a menor a su regreso, efectuando, en su caso, las organizaciones sociales un estudio sobre las condiciones en el país; la existencia de mecanismos para la atención individual del/a menor; las opiniones del/a menor manifestadas al amparo de su derecho en virtud del artículo 12 CNUDN, así como las de las personas que le atienden; el nivel de integración del/a menor en el país de acogida y el período de ausencia de su país de origen; el derecho del/a menor a «preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares» (art. 8 CNUDN); la «conveniencia de que haya continuidad en la educación del/a menor» y se preste atención «a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico» (art. 20 CNUDN).

Si los progenitores o miembros del círculo familiar ampliado no estuvieran en condiciones de atender al/a menor, el retorno al país de origen no se efectuará, en principio, sin tomar previamente disposiciones seguras y concretas de atención y custodia al regreso al país de origen. Excepcionalmente, el retorno al país de origen podrá decidirse, una vez ponderados debidamente el interés superior del/a menor y otras consideraciones, si estas últimas están fundadas en derechos y prevalecen sobre el interés superior del menor. Así puede suceder cuando éste/a representa un grave peligro para la seguridad del Estado o de la sociedad. Los argumentos no fundados en derechos, por ejemplo, los basados en la limitación general de la inmigración, no pueden prevalecer sobre las consideraciones fundadas en el interés superior (*Vid.* Observación General N° 6, *op.cit.*, aptdo. 24).

repatriación, bien por desconocimiento de progenitores o bien, por incertidumbre de garantías de la protección del/a menor en caso de retorno. Prueba de ello es el escaso número de repatriaciones realizadas. Durante el año 2022, a diferencia del año anterior, en el que no se produjo ninguna repatriación, se han tramitado por la fiscalía de menores dos expedientes de repatriación de menores con resultado favorable a la repatriación²⁹.

Por tanto, puede deducirse que, de conformidad con lo estipulado en el art. 10 de la CNUDN y en el art. 8 del CEDH³⁰, existe una obligación para los Estados de búsqueda activa de los familiares de los/as menores no acompañados/as para cuyo cumplimiento sería recomendable contar con un protocolo de actuación para la reunificación familiar que resulte eficaz y garante con el respeto del interés superior de la infancia. No obstante, en el supuesto de que las autoridades nacionales no puedan asegurar dichas condiciones o ante la existencia de riesgo o peligro para la integridad del/a menor, de su persecución o la de sus familiares, cabe admitir la permanencia del/a menor extranjero/a no acompañado/a en nuestro país³¹.

2. LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR

Ante el supuesto de que las autoridades competentes no puedan asegurar el retorno de la persona menor de edad al Estado donde residan sus familiares, se debe admitir la permanencia de la persona en el territorio

29. Memoria de la Fiscalía General del Estado, *op.cit.*, p. 736.

30. Para que se respete el derecho de los/as menores a la vida en familia es necesario crear mecanismos efectivos para la búsqueda de los familiares del/a menor que se encuentran en país seguro (*vid.* I. LÁZARO GONZÁLEZ, «La acogida en España de los niños refugiados», en J. M. VELASCO RETAMOSA (Dir.), *Menores extranjeros: problemas actuales y retos jurídicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 180).

31. De forma paralela a la realización de los trámites analizados hasta ahora con respecto a la reunificación del/a menor con sus familiares, el/la menor debe ser protegido durante el tiempo en el que se resuelva su situación administrativa para, ser retornado a su Estado o de origen, o bien, residir en España. Por ello, en el Capítulo VII del Protocolo se prevé la guarda y tutela de estos/as. En este respecto, se comienza señalando que la Entidad pública de protección de menores prestará la atención inmediata y el acogimiento que el/la menor requiera. Se trata de analizar la acogida de los/as menores extranjeros/as no acompañados/as y los procedimientos a seguir para la declaración de su situación de desamparo, establecimiento de tutela que corresponderá, por ministerio de la Ley, a la Administración Pública que en el respectivo territorio tenga encomendada la protección de menores y acogimiento en una familia o, como suele suceder, en un centro residencial. El estudio de estas cuestiones desborda los límites del presente trabajo por lo que nos remitimos a lo analizado por C. VARELA GIL, «tutela y guarda de menores no acompañados en Andalucía», en AAVV, *Tutela multinivel de los mena y cooperación al desarrollo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 123 y ss.

nacional, regularizando su situación administrativa³². En este contexto, cabe preguntarse si el/la menor, en calidad de extranjero/a residente en España, podría hacer venir a sus familiares, a través del procedimiento de reagrupación familiar, ya que, la lógica aspiración del inmigrante que permanece en el Estado de acogida es la normalización de su vida familiar y, en consecuencia, traer consigo a los miembros de su familia³³.

32. De conformidad con lo establecido en el artículo 35.7 LOEx, se considerará regular, a todos los efectos, la residencia de los/as menores que sean tutelados/a en España por una Administración o en virtud de resolución judicial, por cualquier otra entidad. La integración en el país de acogida se basaren un régimen jurídico estable a través del otorgamiento de una autorización de residencia, cuyos efectos se retrotraen al momento en el que el/la menor hubiese sido puesto/a a disposición de los servicios de protección de menores. El Comité de los Derechos del Niño ha mostrado su preocupación por el hecho de que las autoridades españolas incumplen la obligación de proporcionar a estos/as menores la autorización de residencia, en tiempo y forma. En la actualidad, la Oficina de Extranjería de la Delegación o Subdelegación del Gobierno de la provincia correspondiente tramitará el expediente por el que se otorga la autorización de residencia, una vez haya quedado acreditada la imposibilidad de repatriación del menor y, en todo caso, transcurridos noventa días desde que haya sido puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores (art. 196.1 RLOEx). Este precepto ha sido reciente modificado a través del Real Decreto 903/2021, de 19 de octubre, por el que se modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril (BOE núm. 251, de 20 de octubre de 2021). En la anterior regulación, el art. 196 del Reglamento concretaba un plazo de nueve meses desde que el/la menor ha sido puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores a partir del cual se entiende que queda acreditada la incapacidad de repatriación para proceder a otorgar su autorización de residencia. Si bien, tal y como reflejaban diversos informes del Defensor del Pueblo ello suponía un período que había demostrado ser excesivamente largo y suponía que muchos de estos/as menores accedieran a la mayoría de edad sin la debida documentación, lo que les abocaba a una situación irregular, que podría comportar su expulsión del territorio nacional de conformidad con lo dispuesto en los arts. 57 y 58 LOEx. Ello podría evitarse, tal y como destaca M.D. ORTIZ VIDAL, si la persona, durante su minoría de edad, adquiere la nacionalidad española en virtud de lo recogido en el art. 22.2 c) del Código Civil (*vid.* M.D. ORTIZ VIDAL, «Los retos que debe asumir España tras las recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño en el marco de los menores extranjeros no acompañados: hacia un nuevo sistema de protección de la adolescencia», *REEL*, n.º. 41, 2021, p. 22).

A la vista de los datos facilitados por la Dirección General de Migraciones, el impacto de la citada reforma un año después de su aprobación puede considerarse muy positivo. Se han concedido 6.507 autorizaciones de residencia a menores extranjeros/as no acompañados/as (*vid.* DEFENSOR DEL PUEBLO, *op.cit.*, 2022, p. 734).

33. Debe tenerse en cuenta que, aunque el art. 35 de la LOEx, en los términos ya examinados, alude a la «reagrupación familiar», lo hace con el único propósito de materializarla en los lugares de origen y no en el Estado de acogida. A tal respecto, la Directiva

A pesar de que la situación administrativa de estos/as menores es regular (art. 35.7 LOEx), los/as mismos no son titulares del derecho a la reagrupación familiar, de conformidad con la regulación de este derecho en los arts. 16 y 17 LOEx³⁴. De dichas disposiciones se desprende una noción de la «reagrupación familiar» patriarcal que impide que los/as menores sean contemplados como posibles reagrupados, pero no como reagrupantes, salvo que siendo residentes en situación administrativa legal en España contraigan matrimonio durante su minoría de edad con una persona extranjera o en el caso de que el ascendiente mayor de sesenta y cinco años se encuentre a cargo del/a menor³⁵. Este vacío jurídico impide el derecho de entrada y residencia en el Estado de acogida a los progenitores del/a menor no acompañado/a. De ahí que el único resquicio que quede sea que, una vez que alcancen la mayoría de edad, y siempre que cumplan los requisitos previstos para su ejercicio, puedan reagrupar a sus familiares conforme a la regulación ordinaria³⁶.

Sin embargo, en el caso de menores extranjeros/as no acompañados/as refugiados/as, el art. 10.3 de la Directiva 2003/86/CE recoge la posibilidad

2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar, (DOUE núm. L. 251, de 3 de octubre de 2003), es el principal instrumento con relación a la reunificación familiar de personas extranjeras.

34. En el Derecho de extranjería se conoce como «reagrupación familiar» la reunificación con una persona residente en un Estado del que no es nacional de los miembros más próximos de su familia residentes en un país distinto. Se entiende, por tanto, por reagrupación familiar el procedimiento que las normas de extranjería ofrecen a ciertos familiares de la persona extranjera que reside en España con el fin de facilitar el reencuentro de la familia en el país de acogida. La LOEx reconoce a las personas extranjeras residentes en España este derecho a la vida en familiar (art. 16.1) que podrán reagrupar a los familiares a que se refiere el art. 17.1 de la Ley (vid. I. CLARO QUINTÁNS, I. LÁZARO GONZÁLEZ, «Cuestiones de derecho de extranjería y de la protección internacional en la vida de los niños», *op. cit.*, p. 765).
35. A nuestro juicio, estas disposiciones generan un perfil determinado de familias que no responde a todas las realidades familiares migrantes posibles, ni se ajusta a las posibilidades previstas por el Estado de acogida para tutelar la protección y bienestar social de estas familias, sino que, más bien, buscan restringir sobre la llegada, la permanencia, y la integración de los inmigrantes y sus familiares en los Estados de acogida.
36. Para que sea posible la reagrupación familiar no basta con la existencia del vínculo familiar, sino que es necesario el cumplimiento de otros requisitos que se establecen en el artículo 18 LOEx cuyo estudio desbordan los límites del presente trabajo y para lo que recomendamos la lectura de: P.A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, «El derecho de reagrupación familiar de los extranjeros», *Derecho y conocimiento*, vol. 1, 2001, pp. 375 y ss.; C. BLANCO FERNÁNDEZ DE VALDERRAMA, «Familias transnacionales y derechos humanos. Reflexiones sobre el derecho a la reagrupación familiar en España», *Deusto Journal of Human Rights*, 2017 (1), pp. 77 y ss.; M.N. ARRESE IRIONDO, *El derecho a la reagrupación familiar de las personas extranjeras*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2011.

de que el/la mismo pueda ser sujeto titular del derecho a la reagrupación familiar. En estos casos, los Estados miembros estarán obligados a autorizar la entrada y residencia, con fines de reagrupación familiar, a los ascendientes en línea directa y en primer grado de estos/as menores³⁷. No obstante, cabe advertir que, a pesar de que la normativa europea reconozca como sujeto titular del derecho a la reagrupación familiar a la persona extranjera menor de edad no acompañada refugiada, España no reconoce en su normativa interna la titularidad de este derecho a este colectivo³⁸. Esto se debe a que la reagrupación familiar es contemplada como un mecanismo de entrada sujeta a la soberanía del Estado cuyos requisitos para su ejercicio no son flexibles, sino que se aprecia un excesivo rigor en la aplicación de la normativa de extranjería respecto a la esfera familiar de los/as inmigrantes³⁹. Por tanto, esta situación genera inseguridad jurídica y vulnerabilidad al/a menor extranjero/a no acompañado/a de su entorno familiar, y, en particular, al/a menor refugiado/a. Por ello, abogamos por que los Estados interpreten el derecho a la reagrupación familiar de una forma flexible y expansiva utilizando criterios que atiendan a las situaciones específicas de estos/as menores y, especialmente, a su interés superior.

-
37. El art. 10.3 de la Directiva 2003/86/CE manifiesta que, si la persona menor de edad no acompañada fuera refugiada, los Estados miembros autorizarán la entrada y la residencia, con fines de reagrupación familiar, de sus ascendientes en línea directa y en primer grado, sin aplicar los requisitos establecidos en la letra a) del aptdo. 2 del artículo 4, esto es, sin necesidad de que los/as descendientes estén a cargo del menor y carezcan del apoyo familiar adecuado en el país de origen. Además, en el supuesto de que el/la menor no tenga estos ascendientes o no se localicen, de conformidad con lo previsto en la letra b) del mismo precepto, el Estado podrá autorizar la entrada y residencia de su tutor legal o de cualquier otro miembro de la familia, con fines de reagrupación familiar. En cuanto se refiere a los/as menores no acompañados/as solicitantes de asilo, el concepto de reagrupación varía y este caso se trasladaría al/a menor de un Estado miembro a otro Estado donde residieran legalmente miembros de la familia o parientes, en virtud de lo dispuesto en el art. 8 del Reglamento 604/2013. Se deduce que el concepto de «familia» empleado en el caso de los/as menores no acompañados/as solicitantes de asilo es más amplio que el supuesto de los/as menores acompañados/as refugiados.
38. Los/as menores no son contemplados como posibles reagrupantes tanto en la normativa española de extranjería como en la de asilo [arts. 40 y 41 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria (BOE, núm. 263, de 31 de octubre de 2009)]. En el caso de los/as menores refugiados/as, se estarían violando las bases mínimas impuestas por el Derecho europeo en el 10.3 de la Directiva 2003/86/CE.
39. *Vid.* al respecto: E. LA SPINA, «La reestructuración ideal de las familias migrantes en la ley de extranjería», *Athenea Digital*, vol. 13(3), 2013, p. 154.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

Aunque los niños y niñas, adolescentes y jóvenes son titulares de los derechos reconocidos en la Constitución y en los Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos ratificados por España, lo cierto es que no siempre tienen garantizada la efectividad de tales derechos, en especial, cuando protagonizan situaciones de movilidad internacional. Así, con frecuencia, las autoridades competentes en materia de menores no realizan la interpretación de las normas destinadas a la defensa de sus intereses de la forma más adecuada para optimizar el principio del «interés superior del menor» y garantizar la mejor efectividad de sus derechos, entre ellos, el derecho al respeto a su vida familiar.

En este contexto, resulta preocupante la infancia migrante no acompañada de adultos/as que se responsabilicen de forma adecuada de sus necesidades y atenciones. En estas situaciones, la entrada en España de estos/as menores no siempre se produce rodeada de todas las garantías necesarias. En efecto, se aprecian múltiples obstáculos en el ejercicio de sus derechos en las diferentes fases del procedimiento en virtud del cual se decide una solución duradera con el fin de resolver la situación de desprotección en la que se encuentran. El principal impedimento está relacionado con la ausencia de una entrevista personal e individual que posibilite la correcta categorización jurídica. La asignación automática en una única categoría legal como «menores extranjeros/as no acompañados/as» no se corresponde con las diferentes realidades migratorias y provoca que estos/as menores queden bajo la presión de los instrumentos coercitivos contenidos en la normativa de extranjería, cuyo fin está orientado al mantenimiento del orden público, ignorando su condición de menor, así como sus Derechos Humanos y las obligaciones internacionales adquiridas por España en la materia. Esta situación, a la postre, los/as aleja del acceso al procedimiento específico que les corresponde y del catálogo de derechos que poseen en atención a su situación y estatus jurídico específico.

En lo referente a la vida familiar, nuestro ordenamiento jurídico también adolece de fallos que impiden garantizar la efectividad del respeto al derecho a la vida familiar de las personas menores. Habitualmente, la primera respuesta comienza con el análisis de la posibilidad de reunificación familiar a través del retorno del menor al Estado de origen o a un tercer Estado donde se encuentren sus familiares. No obstante, en múltiples ocasiones, la falta de unas condiciones idóneas de acogida en el Estado de retorno, la prevalencia de su integridad física o el respeto de sus derechos fundamentales, desaconsejan el retorno del menor a su unidad familiar. Tal sería el caso de aquellos/as menores que han sufrido violencia de género o que

padecen alguna discapacidad física, psíquica o sensorial. Su particular vulnerabilidad debería ser argumento más que suficiente para comprender que la repatriación de estas personas supondría un menosprecio a su interés superior. Por consiguiente, se resalta la necesidad de realizar una ponderación exhaustiva, por parte de las autoridades nacionales, de los intereses en juego en cada caso, así como de las circunstancias específicas de cada menor, de forma que se garantice la primacía del interés superior del/a menor sobre cualquier otro.

Así pues, con independencia de la situación administrativa de estos/as menores, debe garantizárseles una protección inmediata, no basada en el cuestionamiento de su edad, sino en su máxima protección. Para ello, deberá ponerse el acento en la necesidad de garantizarles la efectividad y optimización de los derechos de la infancia migrante, corrigiendo, en particular, la interpretación de las normas en materia de reagrupación familiar que contravengan la efectividad de su derecho a la vida familiar, y reconduciendo su aplicación hacia la satisfacción del mejor interés del/a menor.

Protección de menores víctimas de matrimonios forzados en el derecho migratorio de la Unión Europea. Especial referencia al derecho de reagrupación familiar

CRISTINA MARÍA ZAMORA-GÓMEZ

*Profesora-ayudante doctora de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales
Universidad de Alicante*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LOS MATRIMONIOS FORZADOS INFANTILES: UNA CUESTIÓN DE DERECHOS HUMANOS. III. NIÑAS REFUGIADAS VÍCTIMAS DE MATRIMONIO FORZADO BAJO EL DERECHO DE UNIÓN EUROPEA. CASO DE ESTUDIO C-230/21. 1. *El modelo de la niña individual: cómo llenar de contenido el interés superior de las niñas víctimas de matrimonio forzado.* 2. *Matrimonio forzado: forma de persecución específica de género e infancia en la Directiva de Reconocimiento.* 3. *La reagrupación familiar de las refugiadas no acompañadas víctimas de matrimonio forzado: Directiva 2003/86 sobre reagrupación familiar y Reglamento Dublín III.* IV. IDEA FINAL.

I. INTRODUCCIÓN

En esta contribución se plantea la problemática entorno al derecho a la reagrupación familiar de menores no acompañadas refugiadas que han sido víctimas de matrimonio forzado. Para ello, por un lado, se parte de analizar

los matrimonios forzados desde la óptica del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, catalogándose como una violación de derechos humanos que, en el caso de los matrimonios infantiles, tiene carácter de género y edad. A continuación, por otro lado, se examina la situación de las niñas refugiadas víctimas de matrimonio forzado y su derecho a la reagrupación familiar, ello se hace a través del examen de un caso de estudio del TJUE, C-230/21. El caso aborda una cuestión prejudicial planteada por el Consejo de lo Contencioso de Extranjería de Bélgica, sobre el derecho de reagrupación familiar de una menor no acompañada refugiada víctima de matrimonio forzado. En este contexto, se plantea la duda de si, para ser reagrupante de su ascendente ha de no estar casada. En el estudio de este caso que constituye esta contribución, se dirime en primer lugar, la investigación del *Model of Individual Child*. Y, en segundo lugar, cómo se aplica la Directiva de reconocimiento para el caso de los matrimonios forzados para catalogarlos como forma de persecución con un claro componente de género y, en este caso, de infancia. En tercer lugar, esta contribución esboza la disyuntiva en torno a la Directiva de reagrupación familiar y cómo interpretarla en beneficio del interés superior de la menor. Finalmente, se recogen ideas finales a modo de reflexión para dejar abierta la posibilidad de nuevas líneas de investigación.

II. LOS MATRIMONIOS FORZADOS INFANTILES: UNA CUESTIÓN DE DERECHOS HUMANOS

El matrimonio infantil representa un persistente desafío de derechos humanos que ha sido objeto de discusión en repetidas ocasiones. A pesar de los acuerdos internacionales vigentes y las reflexiones teóricas al respecto, lamentablemente, esta práctica sigue prevaleciendo a nivel global. En 2021, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) calculó que unos 650 millones de las niñas y mujeres que vivían en todo el mundo se habían casado antes de cumplir los 18 años¹.

La CNUDN insta a los Estados Parte a adoptar todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños². La misma prohibición se extrae del

1. UNICEF, «Towards ending child marriage: global trends and profiles of progress», Nueva York, 2021, p. 12. Available at: <https://data.unicef.org/resources/towards-ending-child-marriage/>
2. Convención sobre los Derechos del Niño, AGNU Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989.

art. 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³ y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su art. 10, de la lectura conjunta de los párrafos primero y tercero⁴.

La Asamblea General de Naciones Unidas, en su Resolución 75/167 en diciembre del 2020, recordó que el matrimonio infantil, temprano y forzado constituye una transgresión a los derechos fundamentales que se origina en las disparidades de género y las normas culturales y sociales discriminatorias que subyugan a las mujeres y niñas ante los hombres y niños. Con frecuencia, se recurre a tradiciones antiguas para legitimar estas prácticas perjudiciales, pasando por alto la discriminación y la violencia que engendran, las cuales en sí mismas representan graves violaciones de los derechos humanos y manifestaciones de violencia de género⁵. El Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en su Informe del Relator Especial sobre las formas contemporáneas de la esclavitud, incluidas sus causas y

3. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el art. 49. Disponible en: https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/ccpr_SP.pdf. El art. 23 en su cuarto párrafo dispone: «Los Estados Parte en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos».
4. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 Entrada en vigor: 3 de enero de 1976, de conformidad con el art. 27. Disponible en su versión online: https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/cescr_SP.pdf. Se reproduce aquí el art. 10: «Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen que: 1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges. 2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social. 3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.»
5. Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución 75/167 de 16 December 2020, Child, early and forced marriage. Available at: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N22/457/05/PDF/N2245705.pdf?OpenElement>

consecuencias, se enfocó en el matrimonio forzado infantil como una forma de servidumbre⁶. La explotación y el control coercitivo característicos tanto del matrimonio infantil como de la esclavitud moderna trascienden religiones, culturas, regiones y fronteras, tal y como establece la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud de 7 de septiembre de 1956⁷. Además de ello, la Agenda 2030 elaborada por las Naciones Unidas, tiene marcado como una de las metas del objetivo quinto «Lograr la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y las niñas», eliminar todas las prácticas nocivas, como el matrimonio infantil, precoz y forzado y la mutilación genital femenina⁸.

La CEDAW prohíbe expresamente en su art. 16.2 el matrimonio precoz. Advierte a los Estados para que adopten todas las medidas necesarias, incluidas de carácter legislativo, para fijar la edad mínima de celebración del matrimonio y hacer obligatoria la inscripción del matrimonio en un registro oficial⁹. La CEDAW remite a la Convención de las NNUU sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios¹⁰. En su Recomendación General 21 sobre la igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares, el Comité de la CEDAW considera que la edad mínima para contraer matrimonio debe ser de 18 años¹¹. El Comité de la CEDAW junto con el Comité sobre los Derechos del niño, determinaron en su Recomendación conjunta n.º 31 que los matrimonios infantiles son una forma de matrimonio forzado ya

-
6. Asamblea General de Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, «Report of the Special Rapporteur on contemporary forms of slavery, including its causes and consequences», 10 July, 2012, A/HRC/21/41, available at: https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session21/A-HRC-21-41-Corr1_en.pdf
 7. Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud de 7 de septiembre de 1956, Resolución 608 (XXI), de 30 de abril de 1956. Disponible en: Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud | OHCHR
 8. Meta 5.3
 9. CEDAW, art. 16.2.
 10. Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios, AGNU Resolución 1763 A (XVII), de 7 de noviembre de 1962, entrada en vigor: 9 de diciembre de 1964, de conformidad con el artículo 6. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-consent-marriage-minimum-age-marriage-and>.
 11. Comité CEDAW, Recomendación General 21 sobre la igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares, 4 febrero 1994, disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org/es/docid/5d7fc3885.html>

que al menos una de las dos partes no ha expresado su consentimiento libremente e informado¹².

El matrimonio forzado supone una violación de los derechos humanos de las niñas que adquiere un nivel de severidad tal que constituye persecución en el sentido del Derecho Internacional de las Personas Refugiadas. El matrimonio forzado viola, entre otros derechos, el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad (art. 3 DUDH); derecho a no ser sometida a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 5 DUDH); principio de igualdad ante la ley y derecho a igual protección de la ley (art. 7 DUDH); derecho a recurrir a un tribunal imparcial (arts. 8 y 10 DUDH); derecho a circular libremente (art. 13 DUDH), libertad de reunión y asociación (art. 20 DUDH).

En el ámbito del Consejo de Europa, el Convenio sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (Convenio de Estambul)¹³, dedica varios artículos a la condena de los matrimonios forzados. El Convenio de Estambul insta a los Estados a que los matrimonios forzados puedan ser anulables, anulados o disueltos sin que esto suponga para la víctima cargas económicas o administrativas excesivas (art. 32); para que sea tipificado como delito en los ordenamientos jurídicos nacionales (art. 37); insta a que los Estados reconozcan los matrimonios forzados como una forma de violencia de género encuadrable como una forma de persecución en el sentido del art. 1, A (2) del Convenio, relativo al estatuto de los refugiados de 1951 y como una forma de daño grave que da lugar a una protección complementaria o subsidiaria (art. 60). La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en su Resolución 2233 (2018)¹⁴, insta a los Estados de nuevo a reconocer el matrimonio forzado como motivo de protección (7.8.); así como a abstenerse de reconocer matrimonios forzados contraídos en el extranjero, pero, cuando redunde en el interés superior de la víctima, reconocer los efectos del matrimonio en la medida en que ello permita a la víctima para asegurar derechos que de otro modo no podrían reclamar (7.9).

12. Comité CEDAW, Comité Derechos del Niño, Recomendación general núm. 31 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y observación general núm. 18 del Comité de los Derechos del Niño sobre las prácticas nocivas, adoptadas de manera conjunta, 14 de noviembre de 2014, <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9925.pdf>

13. Council of Europe Treaty Series, Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, - No. 210, Estambul 2011.

14. Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Resolution 2233 (2018) «Forced marriage in Europe», 2018. Available at: PACE website (coe.int).

Debido a la toma de poder por el ejército talibán de Kabul el pasado agosto del 2021, y la actual situación en territorio Palestino, se están sucediendo matrimonios forzados de niñas afganas y palestinas por parte de sus familias. Afganistán y Palestina no son los únicos territorios en los que este fenómeno se da: India, Bangladesh, Nepal, Nigeria, Etiopía, República Democrática del Congo y Mali, legitiman la celebración de matrimonios forzados¹⁵. A partir de enero de 2019, 170 Estados habían promulgado leyes que establecían la edad mínima para el matrimonio en 18 años, pero solo 34 de ellas no incluían excepciones a esta regla¹⁶. Sin embargo, existen influencias significativas que complican la implementación de dicha legislación. Por ejemplo, se puede autorizar uniones con menores bajo el consentimiento paterno o mediante una aprobación judicial. Además, persisten leyes consuetudinarias o religiosas que permiten casarse con personas menores de 18 años, y existe una aceptación social de las uniones no oficializadas¹⁷.

En esta contribución no vamos a detenernos en investigar las razones por las que el matrimonio forzado se da en todo el mundo. Sabemos que éstos suceden por una combinación de elementos económicos y sociales. Un matrimonio forzado puede ser impuesto por una tradición cultural, puede constituir una estrategia de supervivencia económica familiar¹⁸. La finalidad de esta forma de violencia es que la mujer conserve su virginidad antes de contraer el matrimonio y asegurar un período largo de fecundidad para engendrar descendencia. Ello conduce a embarazos forzados por parte de las niñas, disminuyendo así su esperanza de vida. La principal causa es la tradición; las familias acuerdan con el futuro esposo el contrato a cambio de un reporte económico¹⁹. Y, en caso de que la mujer o niña se oponga a esta situación, será víctima de violencia física y psíquica²⁰.

15. Women for Afghan Women, Atlas de matrimonios forzados en el mundo: <https://atlas.girlsnotbrides.org/map/>

16. World Policy Analysis Center, «Matrimonio infantil», base de datos de WORLD, disponible en www.worldpolicycenter.org/topics/child-marriage/policies.

17. Save the Children, «Preventing Responding to Child, Early, and Forced Marriage and Unions», Technical Guidance, 2021.

18. Committee on Equality and Non-Discrimination. Rapporteur: Gisela Wurm, Doc. 13890. Reference 4161 of November 2015.2017 second part. Available at: <https://pace.coe.int/en/files/24279/html>

19. Es muy común que los países en los que aún se practica el matrimonio forzado el coste de la vida asociado a la crianza de una niña sea más elevado que el de un niño. En el norte de Ghana los matrimonios forzados aún se practican a pesar de que su Constitución los prohíbe expresamente. Los matrimonios forzados son la vía que algunas familias toman para salir de la pobreza y asegurar a sus hijas cierto grado de educación. Sobre este particular *vid.* E. ALHASSAN, «Early marriage of young females: a

Un apunte relevante al que la Prof. CISNEROS ÁVILA siempre alude es que, en la condena de los matrimonios forzados se pretende huir de la categoría «tradición» para enmarcar la práctica de los matrimonios forzados porque con ello se desarrolla una narrativa en la que la violencia de género se atribuye a «culturas atrasadas» y, por tanto, puede, bien desviar la atención de otros factores más específicos y también alimentar una narrativa racista, que trata a las culturas como monolíticas e inmutables, y establezca una jerarquía entre culturas²¹. En el mismo sentido, ANITHA y GILL señalan los peligros de abordar el fenómeno del matrimonio forzado desde enfoques esencialistas que puedan: i) asociar el problema del matrimonio forzado con los procesos de reunificación familiar, lo que vincula el control de estos matrimonios con el control migratorio; ii) percibir el matrimonio forzado como un asunto cultural y vincularlo con la idea de culturas problemáticas; iii) confundir el matrimonio forzado con el matrimonio arreglado; iv) rechazar cualquier forma de matrimonio que no se ajuste al modelo socialmente construido del amor romántico; y v) aumentar actitudes hostiles hacia las minorías, al mismo tiempo que se propicia la invisibilidad de formas similares de violencia perpetradas por miembros de la cultura dominante²². La conexión entre diversas formas de violencia de

panacea to poverty in the northern region of Ghana.» *Research on humanities and social sciences* 3, 2013, pp. 18 y ss.. La EUAA alerta en su Informe de 2022 sobre la situación de personas refugiadas en la UE que las familias desplazadas a veces venden a sus hijas a otras familias para asegurarles un futuro mejor. Entre las personas desplazadas internas y refugiadas, los matrimonios forzados e infantiles se practican como una forma de reducir las dificultades económicas de la familia. También hay informes de casos en que las niñas son obligadas a un «matrimonio temporal», practicado como un instrumento para facilitar la prostitución. Véase EUAA, Guía 2022. Disponible en: [Foreword | European Union Agency for Asylum \(europa.eu\)](#). Sobre los factores no legales que contribuyen a la ineficacia en la condena y persecución de los matrimonios forzados: S. DARAKHSHAN KISHWAR, «The persisting menace of child marriage: an account of non-legal factors contributing to ineffectiveness of legal frameworks», *The Age of Human Rights Journal*, 19 (December 2022), pp. 93 y ss.

20. Recientemente saltaba la noticia de que Anisa y Uruj Abbas, dos hermanas nacionales de Pakistán de 21 y 24 años fueron torturadas hasta su muerte por su negativa a contraer matrimonio forzado con dos allegados. Las hermanas viajaron engañadas hasta Pakistán desde España, donde tenían su residencia. En Pakistán, sus familiares varones las estrangularon y las mataron de dos disparos. La fuente de la noticia: El Correo, «Torturadas hasta la muerte por romper sus matrimonios: las hermanas de Terrasa viajaron engañadas a Pakistán», 25 mayo 2022, disponible en: <https://www.elcorreo.com/sociedad/sucesos/hermanas-terrasa-estranguladas-20220524170004-nt.html>.
21. F. CISNEROS ÁVILA, «Violencia de género y diversidad cultural el ejemplo de los matrimonios forzados», *Revista Penal*, n° 42, 2018, pp. 43 y ss.
22. S. ANITHA y A. GILL, «A moral panic? The problematization of Forced Marriage in Brithis newspapers». *Violence Against Women*, vol. 21, n° 9 (2015), pp. 1123 y ss.

género y el estatus migratorio se entiende mejor a través de una relación compleja y multifacética que opera en varios niveles interconectados²³. Nussbaum, por su parte, en relación con los derechos de las mujeres y las niñas, defiende intensamente que la discriminación brutal y opresiva por motivos de raza se considera inaceptable en la comunidad global; pero la discriminación brutal y opresiva por motivos de sexo a menudo se considera una expresión legítima de diferencias culturales²⁴.

III. NIÑAS REFUGIADAS VÍCTIMAS DE MATRIMONIO FORZADO BAJO EL DERECHO DE UNIÓN EUROPEA. CASO DE ESTUDIO C-230/21

Casi dos tercios de todos los matrimonios forzados, aproximadamente 14,2 millones de personas, se producen en Asia y el Pacífico. Le sigue el 14,5 por ciento en África (3,2 millones) y el 10,4 por ciento en Europa y Asia Central (2,3 millones)²⁵. Según la Agencia de la UE para los Derechos Fundamentales, existe poca información sobre la persistencia del matrimonio forzado y las circunstancias bajo las cuales se practica en los países de la UE. Esta brecha se debe en parte a las limitaciones de los datos disponibles²⁶.

El asunto que traemos a análisis trata una petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Contencioso-Administrativo de Extranjería de Bélgica ante TJUE²⁷. Las preguntas que el Tribunal nacional le hace al TJUE son dos:

En primer lugar, se plantea si una refugiada menor no acompañada debe estar no casada para tener derecho a la reagrupación familiar. Y, en segundo lugar, en caso de que el Tribunal entendiera que, en efecto, debe no estar casada para ser titular de tal derecho, si cabe la posibilidad de que siga siendo catalogado como menor no acompañada teniendo en cuenta que su matrimonio no se reconoce en el estado de Bélgica por razones de orden público.

23. S. PARELLA, B. GÜELL y P. CONTRERAS, «Los matrimonios forzados como una forma de violencia de género desde un enfoque interseccional». *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, nº 133 (abril de 2023), pp. 137 y ss.

24. M.C. NUSSBAUM, *Frontiers of Justice. Disability, Nationality, Species Membership*, Belknap Press, 2007, p. 260.

25. International Labour Organization (ILO), Walk Free, and International Organization for Migration (IOM) «Global Estimates of Modern Slavery Forced Labour and Forced Marriage», 2022, p. 5. Available at: <https://reliefweb.int/report/world/global-estimates-modern-slavery-forced-labour-and-forced-marriage-september-2022>

26. European Union Agency for Fundamental Rights, *Addressing forced marriage in the EU: legal provisions and promising practices*, 2014, pp. 11-12.

27. Sentencia del TJUE de 17 de noviembre de 2022, asunto C-230/21.

La demandante en el caso es una señora nacional de Palestina, Luisa, cuya hija menor de edad, Elisa, fue objeto de un matrimonio forzado en el Líbano con un señor, Y. B. que tenía un permiso de residencia en Bélgica²⁸. La Administración belga catalogó a Elisa como menor no acompañada y le designó una tutora, en el entendimiento que el matrimonio infantil en Bélgica es contrario al ordenamiento jurídico²⁹. Elisa solicita protección internacional y las autoridades belgas le otorgan el estatuto de refugiada³⁰. Su madre, Luisa, solicita ante las autoridades belgas visado con fines de reagrupación familiar para reunirse con Elisa, así como visados por razones humanitarias de sus otros dos hijos (Y y Z)³¹. En el ínterin, Elisa, con 17 años, da a luz a una niña belga³².

Los visados son denegados en primera y segunda instancia por el Ministerio de Asuntos sociales, Salud Pública, Asilo e Inmigración de Bélgica³³. El delegado del mismo alegó que según la Ley de Extranjería belga y el art. 4, apartado 1, de la Directiva 2003/86 sobre reagrupación familiar, el núcleo familiar sobre el que recae el derecho de reagrupación está constituido por los cónyuges y los hijos menores de edad solteros³⁴ y que, por consiguiente, Elisa, cuyo matrimonio es válido en su país de origen, ya no pertenece al núcleo familiar de sus progenitores³⁵. Específicamente, el art. 4, aptdo. 1, en su segundo párrafo, dispone que «los hijos citados en el presente artículo deberán tener una edad inferior a la mayoría legal en el Estado miembro en cuestión y no estar casados»³⁶

La demandante plantea recurso ante el Tribunal Contencioso de Extranjería de Bélgica. De su recurso es interesante destacar dos puntos³⁷:

- En primer lugar, Luisa alega que ni la ley de Extranjería belga ni la Directiva 2003/86 sobre reagrupación familiar exigen que un refugiado menor de edad reagrupante no esté casado para ejercer el derecho de reagrupación con sus progenitores.

28. *Ibidem*, § 12 y 13.

29. *Ibidem*, § 14 y 16.

30. *Ibidem*, § 17.

31. *Ibidem*, § 18.

32. Asunto C-320/21. Conclusiones del Abogado General Sr. Maciej Szpunar, presentadas el 16 de junio de 2022. § 15.

33. Sentencia del TJUE de 17 de noviembre de 2022, asunto C-230/21; *op.cit.*, § 19.

34. Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar, DO núm. L 251, de 3 de octubre de 2003.

35. Sentencia del TJUE de 17 de noviembre de 2022, asunto C-230/21; *op.cit.*, §20.

36. *Ibidem*, art. 4.1.

37. Sentencia del TJUE de 17 de noviembre de 2022, asunto C-230/21; *op.cit.*, §22.

- Y, en segundo lugar, dado que Bélgica no reconoce el matrimonio de Elisa, y por tanto no produce ningún efecto jurídico en su ordenamiento jurídico, arguye que, para poder beneficiarse del derecho de reagrupación familiar con ella, su hija Elisa tan solo debe cumplir con los dos requisitos que diluce el art. 2 letra f) de la Directiva 2003/86 sobre reagrupación familiar, a saber: ser menor de edad y no estar acompañada. Luisa, la demandante, asegura que ambos requisitos los cumple su hija.

El art. 2.f) define al menor no acompañado como: «el nacional de un tercer país o el apátrida menor de 18 años que llegue al territorio de los Estados miembros sin ir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, mientras tal adulto responsable no se haya hecho cargo efectivamente del menor, o cualquier menor al que se deje solo tras su entrada en el territorio de los Estados miembros»³⁸.

El Tribunal de lo Contencioso de Bélgica discierne que la Directiva de reagrupación familiar, no contiene ninguna indicación en relación con el estado civil del «menor no acompañado», sin embargo, el régimen de reagrupación familiar que establecen los arts. 8 y 9 del Reglamento Dublín III exige que el refugiado menor de edad no esté casado para que el Estado miembro en el que reside sea responsable del examen de la solicitud de protección internacional de sus padres³⁹.

En este contexto, el Tribunal Contencioso plantea la primera cuestión prejudicial que podemos resumir en la siguiente pregunta: El hecho de que una refugiada menor de edad residente en un Estado miembro esté casada, ¿impide que pueda ser considerada «menor no acompañada» -en el sentido del art. 2, letra f), de la Directiva 2003/86 de reagrupación familiar- y pueda beneficiarse del derecho a la reagrupación familiar con su ascendiente, conforme a las disposiciones de la Directiva de reagrupación familiar -art. 10, aptdo. 3, letra a)-?⁴⁰

38. Directiva 2003/86/CE *op.cit.* art. 2. f).

39. DOUE núm. L 180/31 Reglamento (UE) n ° 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida.

40. Sentencia del TJUE de 17 de noviembre de 2022, asunto C-230/21; *op.cit.*, § 1 y 25.

1. EL MODELO DE LA NIÑA INDIVIDUAL: CÓMO LLENAR DE CONTENIDO EL INTERÉS SUPERIOR DE LAS NIÑAS VÍCTIMAS DE MATRIMONIO FORZADO

El *model of the individual child (MIC)* es un enfoque metodológico elaborado por la Prof. KRUTZINNA que se centra en la menor⁴¹. La autora sostiene que del principio del interés superior del menor promulgado en el art. 3 de la Convención para los Derechos del Niño⁴², se tiene bien apuntalado y trabajado doctrinalmente el significado de «interés superior», también de «consideración primordial», pero no así el tercer elemento: «menor»⁴³. Este enfoque se basa en la comprensión fundamental de cada menor como un individuo único, que tiene relación con la determinación de su interés superior y se aleja de formular una lista de necesidades concretas y universales.

El MIC refleja las diferentes perspectivas teóricas, que pueden adoptarse al conceptualizar a un niño/a, una triple dimensión para definir y evaluar el interés superior del menor en cada caso concreto. Cada dimensión contribuye a delinear las condiciones que han de protegerse en cada caso concreto para velar por el interés superior de la menor.

En este sentido, la Prof. KRUTZINNA señala⁴⁴:

- a) La menor universal: caracteriza a las/os menores en función de su condición de niños y niñas, esto supone una similitud suficiente en términos de necesidades que todos los menores comparten.
- b) La menor categórica: agrupa a los niños y niñas en función de algunas características sociales, que varían según el contexto sociocultural. Algunas de las categorías que señala KRUTZINNA incluyen: género, edad temprana, el origen étnico minoritario, pobreza y discapacidad.

41. J. KRUTZINNA, «Who is «The Child»? Best Interests and Individuality of Children in Discretionary Decision-Making», *The International Journal of Children's Rights* 30, 1, 2022, pp. 120 y ss.

42. Convención sobre los Derechos del Niño, Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el art. 49. Art. 3.1: «En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño».

43. J. KRUTZINNA, *op.cit.* p.121.

44. *Ibidem*, p. 123.

- c) La menor individual: tiene en cuenta las categorías previas como vulnerabilidades específicas en la medida en que son relevantes para el niño/a concreto. Y va un paso más allá al conceptualizar a la persona en su totalidad como un individuo único⁴⁵.

Trasladando la propuesta metodológica al estudio de caso C-230-21, la menor, Elisa, como menor universal está caracterizada por ser una niña que necesita protección, un espacio de bienestar en el cual poder desarrollarse. Está en una posición de vulnerabilidad en tanto menor que la hace más susceptible de sufrir tipos de violencias específicas.

Como menor categórica, Elisa, nacional de Palestina, a los 15 años de edad vivió una situación de sometimiento y violación de sus derechos humanos que se mantiene: fue víctima de un matrimonio forzado. En situación de matrimonio forzado de niñas, los Fondos de las Naciones Unidas para la Infancia y Población (UNICEF y el UNFPA) recuerdan que, cuando los menores de edad, especialmente las niñas se casan y tienen descendencia, ven afectada su salud desfavorablemente y se entorpece su educación. Como resultado, se restringe su autonomía económica. Su desarrollo físico incompleto las expone a mayores riesgos durante el embarazo y el parto, incrementando la posibilidad de mortalidad materna. Este daño tiene repercusiones a lo largo de generaciones, pues una madre joven cuyo propio crecimiento se ve limitado tendrá dificultades para asegurar el pleno desarrollo de su propia descendencia⁴⁶. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de NNUU viene recordando desde 1999 que existe una relación directa entre el nivel de matrícula de niñas en la escuela primaria y una disminución considerable de los matrimonios infantiles⁴⁷. Elisa nació en Palestina, por los datos de la sentencia no podemos obtener información sobre su grupo étnico, pero sí es condicionante que pertenezca al pueblo palestino. La EUAA advirtió en 2017 que varias organizaciones denuncian secuestros, arrestos y detenciones de personas refugiadas palestinas, incluidas mujeres, niñas, así como torturas de palestinos en prisiones gubernamentales, a menudo por razones desconocidas⁴⁸. Además, es relevante para categorizar a Elisa que el reconocimiento de la población palestina como

45. *Ibidem*.

46. Programa Mundial del UNFPA y UNICEF para acelerar las medidas para poner fin al matrimonio infantil: <https://www.unicef.org/es/proteccion/programa-mundial-unfpa-unicef-para-acelerar-medidas-poner-fin-al-matrimonio-infantil>

47. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, (en adelante «CESCR», por sus siglas in inglés), Observación general n° 11: Planes de acción para la enseñanza primaria (art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/1992/23, 10 de mayo de 1999, <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=47ebcd1c2>, párrafo 4.

48. EUAA, Country Guidance Syria; Refugee status for Ethno-religious groups (4.10).

apátridas varía de un país a otro de la UE. Según la Red Europea sobre Apatridia, varios países de la UE no reconocen a los palestinos como apátridas durante el procedimiento de asilo⁴⁹.

Como niña individual: Elisa ha vivido también un proceso de movilidad humana forzada, es hija, hermana y a su vez es madre a causa de una violación. Además, se encuentra en un Estado del que no es nacional sin red familiar, aunque con grado de protección ya que tiene reconocido el estatuto de refugiada.

En el *iterin* de la sentencia, se ponen en marcha los instrumentos de protección que deviene del SECA, en primer lugar, la Directiva de reconocimiento, la aplicación del reglamento Dublín III y, separado de este sistema, la Directiva de reagrupación familiar. A continuación, haremos un análisis valorativo de la normativa, así como de la aplicación para el caso concreto desde el enfoque *model of the individual child* de Elisa.

2. MATRIMONIO FORZADO: FORMA DE PERSECUCIÓN ESPECÍFICA DE GÉNERO E INFANCIA EN LA DIRECTIVA DE RECONOCIMIENTO

El matrimonio forzado equivale a persecución en el sentido del Derecho Internacional de las Personas Refugiadas. La Directiva de Reconocimiento mantiene el concepto de «persona refugiada» de la Convención de Ginebra (CG) del art. 1 A 2), y dispone que:

«Un nacional de un tercer país que, debido a fundados temores a ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas o pertenencia a determinado grupo social, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país, o un apátrida que, hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual por los mismos motivos que los mencionados, no puede o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él, y al que no se aplica el artículo 12»⁵⁰.

La definición de persecución en el sentido de la CG viene dada en el art. 9 de la Directiva de reconocimiento. En el supuesto de matrimonios forza-

49. European Network on Statelessness. (2022, July 14). Briefing: Palestinians and the search for protection as refugees and stateless persons in Europe.

50. DOUE, núm. L 337, de 20 de diciembre de 2011, Directiva 2011/95 de reconocimiento del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida. Directiva de Reconocimiento, art. 2 d).

dos, son actos que revisten la suficiente gravedad por su naturaleza que constituye una violación de derechos fundamentales⁵¹. Y, respecto a las formas que pueden revestir la persecución, el mismo artículo dispone en su segundo apartado f) actos dirigidos contra las personas por razón de su sexo o por ser niños⁵².

En el mismo sentido, el art. 60 del Convenio de Estambul reitera el deber de los Estados parte de garantizar que la violencia de género pueda ser reconocida como una forma de persecución⁵³. El ACNUR, en sus Directrices de sobre la persecución por motivos de género proporciona orientación a los Estados sobre cómo interpretar el término «persecución» en el contexto de las solicitudes de protección internacional relacionadas con el género y señala que «los solicitantes, tanto hombres como mujeres, [...] pueden [...] enfrentar formas de persecución específicas de su sexo» y el matrimonio forzado figura como una de esas posibles formas de persecución⁵⁴. Las directrices también sugieren una serie de garantías procesales para el examen de reclamaciones basadas en género. Además, ACNUR en sus Directrices sobre solicitudes de asilo de niños de 2009 determina que el matrimonio forzado es una forma de persecución específica de la infancia⁵⁵.

Para que dichas prácticas constituyan persecución con arreglo a la Directiva de Reconocimiento de la UE⁵⁶ y la Convención de Ginebra sobre el estatuto de las personas refugiadas de 1951⁵⁷ y su Protocolo de Nueva

51. *Ibidem*, art. 9.1 a).

52. *Ibidem*, art. 9.2 f).

53. Council of Europe Treaty Series, Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, - n.º. 210, Estambul 2011.

54. ACNUR, *Directrices de Protección internacional No. 1: La persecución por motivos de género en el contexto del Artículo 1A(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, y/o su Protocolo de 1967*, 7 de mayo de 2002, HCR/GIP/02/01. Párrafo 36 (vii).

55. ACNUR, *Directrices de Protección Internacional No. 8: Solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, 22 diciembre 2009, HCR/GIP/09/08.

56. Directiva de Reconocimiento, art. 2 d).

57. Convención sobre el estatuto de los refugiados, Adoptada en Ginebra, Suiza, el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas (Naciones Unidas), convocada por la Asamblea General en su resolución 429 (V), del 14 de diciembre de 1950. Entrada en vigor: 22 de abril de 1954, de conformidad con el artículo 43; Serie Tratados de Naciones Unidas, N.º. 2545, Vol. 189, p. 137.

York de 1967⁵⁸, se requiere la evaluación individual que estime que existe un grado razonable de probabilidad de que la solicitante enfrente dicha persecución. Para ello, EASO, en diferentes guías país en las que los matrimonios forzados suceden con mayor frecuencia, propone tener en cuenta circunstancias que influyen en el riesgo; tales como: la edad joven (en particular, menores de 16 años), la zona de origen (que afecta especialmente a las zonas rurales), la etnia (por ejemplo, pastún), la percepción de los roles de género tradicionales en la familia, mala situación socioeconómica de la familia, poder / influencia local del (potencial) esposo y su familia o red, etc.⁵⁹.

Además, para ser reconocida como refugiada, la persecución debe estar fundamentada en uno de los cinco motivos delineados en el art. 1A 2. de la Convención de Ginebra: raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social determinado u opinión política. Las formas de persecución asociadas al género suelen ser consideradas en el contexto de «pertenencia a un grupo social específico», si bien existe extensa doctrina que se posiciona en encuadrarla como motivo político⁶⁰.

A la hora de reconocer a Elisa como refugiada por el Ministerio de Migración de Bélgica, se pone en marcha el interés superior de la menor a través de la niña categórica del *model of the individual child*. En este sentido, por la lectura de la sentencia y las conclusiones del abogado general, se tiene en cuenta el reconocimiento de Elisa, víctima de matrimonio forzado, como

-
58. Protocolo sobre el estatuto de los refugiados, del Protocolo tomaron nota con aprobación el Consejo Económico y Social en su resolución 1186 (XLI), de 18 de noviembre de 1966, y la Asamblea General en su resolución 2198 (XXI), de 16 de diciembre de 1966. En la misma resolución, la Asamblea General pidió al Secretario General que transmitiera el texto del Protocolo a los Estados mencionados en su artículo V a fin de que pudieran adherirse al Protocolo Firmado en Nueva York el 31 de enero de 1967 Entrada en vigor: 4 de octubre de 1967, de conformidad con el artículo VIII Serie Tratados de Naciones Unidas N.º. 8791, Vol. 606, p. 267.
59. EUAA, Country Guidance Afghanistan 2021, 2.9.2. Harmful traditional marriage practices; Country Guidance Iraq 2022, 2.16.2. Forced and child marriage; Country Guidance Somalia 2023, 3.13.5. Child marriage and forced marriage.
60. C. MIGUEL JUAN, *Pandataria: Una Mirada Feminista al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al Derecho Internacional de las Personas Refugiadas*, Tesis doctoral, Universidad de Valencia, 2014; K. MUSALO, «The Developing Jurisprudence of Gender-Based Claims», en *Immigration and Nationality Law Handbook* 513 (Amer. Immigration Lawyers Ass'n 1997); T. SPIJKERBOER, *Women and refugee Status: Beyond the public/private distinction*, La Haya, Emancipation council, 1994; R. HAINES, «La persecución por motivos de género (Artículo 1A (2))», en E. FELLER, V. TÜRK y F. NICHOLSON (eds.), *Protección de los Refugiados en el Derecho Internacional. Consultas Globales de ACNUR sobre Protección Internacional*, Barcelona, Icaria editorial, 2010, pp. 349 y ss.; D. ANKER, P.T. LUFKIN, «Gender and the symbiosis between refugee law and human rights law», in *Migration Information Source*, March, 2003.

refugiada. Por la información primaria de la sentencia desconocemos dentro de qué motivo de los tasados en la Directiva de Reconocimiento, el Ministerio de Migración de Bélgica otorga la protección.

3. LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR DE LAS REFUGIADAS NO ACOMPAÑADAS VÍCTIMAS DE MATRIMONIO FORZADO: DIRECTIVA 2003/86 SOBRE REAGRUPACIÓN FAMILIAR Y REGLAMENTO DUBLÍN III

La Directiva de reagrupación familiar está pensada, en todo caso para que sea aplicada a la familia nuclear, que ésta la define como: al cónyuge y a los hijos/as menores de edad⁶¹.

En su art. 4, aptdo. 5, expresamente dispone, en relación con los matrimonios forzados que «Con objeto de garantizar un mayor grado de integración y de evitar los matrimonios forzados, los Estados miembros podrán exigir que el reagrupante y su cónyuge hayan alcanzado una edad mínima, sin que ésta exceda los 21 años, antes de que el cónyuge pueda reunirse con el reagrupante»⁶².

Esta directiva, define en su art. 2, letra f) al «menor no acompañado» como «el nacional de un tercer país o el apátrida menor de 18 años que llegue al territorio de los Estados miembros sin ir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, mientras tal adulto responsable no se haya hecho cargo efectivamente del menor, o cualquier menor al que se deje solo tras su entrada en el territorio de los Estados miembros»⁶³. Y en su art. 10, aptdo. 3, letra a) en relación con la reagrupación familiar de un menor no acompañado refugiado insta a los Estados miembros a autorizar la entrada y residencia, con fines de reagrupación, de sus ascendientes en línea directa y en primer grado.

Por tanto, la interpretación sistemática de la Directiva de reagrupación familiar en lo concerniente a la reagrupación de una menor no acompañada

61. DOUE núm. L 251, de 3 de octubre de 2003. Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar. EUAA Fact sheet EUAA/2023/22, Family reunification for beneficiaries of international protection, October 2023. Available at: Family reunification for beneficiaries of international protection | European Union Agency for Asylum (europa.eu)

62. *Ibidem*, art. 4, apartado 5.

63. *Ibidem*, art. 2.

refugiada, no impone como requisito que no deba estar casada⁶⁴. Es más, tal como señala el TJUE, la propia Directiva de reagrupación sí exige en otras disposiciones que el menor no esté casado para beneficiarse de la reagrupación familiar -art. 4, apartados 1 y 5-. Por lo tanto, al no exigir el requisito expresamente de no estar casada, para los casos de las menores refugiadas no acompañada debe interpretarse que no es un requisito⁶⁵.

El Reglamento Dublín III, al definir «los miembros de la familia» en relación con la reagrupación de personas beneficiarias de protección internacional, hace un apunte para los menores casados, así, dispone: «siempre que la familia ya existiera en el país de origen, los siguientes miembros de la familia del solicitante que estén presente en el territorio de los Estados Miembros: [...] cuando el beneficiario de protección internacional es un menor no casado, el padre, la madre u otro adulto responsable de él según el Derecho o la práctica del Estado miembro en el que esté presente el beneficiario»⁶⁶. Y el art. 8, en su primer aptdo. establece que, si el solicitante es un menor no acompañado, el Estado responsable de conocer de la solicitud de protección internacional será aquel en el que se encuentre legalmente un miembro de la familia o un hermano del menor. «Cuando el solicitante sea un menor casado cuyo cónyuge no esté presente legalmente en el territorio de los Estados miembros, el Estado miembro responsable será aquel en el que estén presentes legalmente el padre, la madre y otro adulto responsable del menor, ya sea conforme a la ley o a la práctica de dicho Estado miembro, o un hermano»⁶⁷.

La duda que plantea el delegado del Ministerio de Asuntos sociales, Salud Pública, Asilo e Inmigración de Bélgica reside en el artículo 8, aptdo. 1 del Reglamento de Dublín, que alude a menor casado. Lo que supone un error ya que entiende que este Reglamento es de aplicación para los menores no acompañados. El abogado general hace una excelente aclaración al explicar que la situación de un menor que se reúne con su progenitor reagrupante o con su cónyuge reagrupante es muy distinta desde un punto de vista objetivo, a la de una menor no acompañada que se encuentra en el territorio de un Estado miembro con la que su progenitor puede reunirse. En ambos casos, señala Szpunar, el menor es vulnerable, pero sin duda en el segundo de ellos, el menor no acompañado se encuentra en una situación de especial

64. Sobre esta cuestión véase S. VIDO, «Against a Girl's Will: Child Marriages, Immigration and the Directive on Family Reunification.», en E. BERGAMINI, C. RAGNI (eds.), *Fundamental Rights and Best Interests of the Child in Transnational Families*, Intersentia, 2019, pp. 115 y ss.

65. Sentencia del TJUE de 17 de noviembre de 2022, asunto C-230/21; *op.cit.*, § 35.

66. Reglamento (UE) n.º 604/2013 Dublín III, *op.cit.* art. 2, letra g).

67. *Ibidem*, art. 8, aptdo. 1.

vulnerabilidad⁶⁸. En el mismo sentido el TJUE dictamina que una refugiada menor no acompañada que reside solo en el territorio de un Estado distinto de su Estado de origen se encuentra en una situación de especial vulnerabilidad que justifica que se favorezca la reagrupación familiar con sus ascendientes en línea directa y en primer grado, que se encuentran fuera de la Unión⁶⁹. En este caso, tanto el TJUE como el Abogado General, atienden a la niña categórica del MIC (*model of the individual child*) al tener presente la situación de no acompañamiento y de refugiada.

En el argumentario del delegado del Ministerio de Asuntos sociales belga, al denegar la reagrupación e interpretar el art. 4.1 de la Directiva de reagrupación familiar en el sentido de que la menor, al estar casada, no pertenece al núcleo familiar de la madre, está validando el matrimonio infantil. Detectamos que analiza el mismo desde una perspectiva cultural y/o religiosa. Tal como argumenta, desde la doctrina ALSTON «just as culture is not a factor which should be excluded from the human rights equation, so too must it not be accorded the status of a metanorm which trumps rights»⁷⁰. Resulta paradójico que el escenario imaginado por el Ministerio de Asuntos Sociales al permitir al validar el matrimonio contribuye a seguir violando los derechos de los niños⁷¹

En aplicación del MIC, la postura del delegado del Ministerio de Asuntos Sociales supone no tener en cuenta a la niña categórica: menor no acompañada refugiada. El argumento del delegado iría en contra de la Resolución 65/167 de la AGNU, que específicamente insta a los Estados a garantizar el acceso a la justicia y a mecanismos de rendición de cuentas y recursos para la implementación y el cumplimiento efectivos de las leyes destinadas a prevenir y eliminar el matrimonio infantil, precoz y forzado, incluso informando a las mujeres, las niñas y los niños sobre sus derechos en virtud de las leyes pertinentes⁷². Tampoco se tuvo presente por parte del delegado del Ministerio, la Directiva 2012/29 sobre normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos que, expresamente dispone que los matrimonios forzados son una forma de violencia de género y que las víctimas y sus hijos requieren con frecuencia especial apoyo y

68. Asunto C-320/21. Conclusiones del Abogado General Sr. Maciej Szpunar, *op.cit.* § 37.

69. Sentencia del TJUE de 17 de noviembre de 2022, asunto C-230/21; *op.cit.*, § 35.

70. P. ALSTON, «The best interest principle towards a reconciliation of culture and human rights», *International Journal of Law, Policy and the Family*, Volume 8, nº.1, 1994, p. 8.

71. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, «Non-Recognition of Child Marriages: Sacrificing the Global for the Local in the Aft Ermath of the 2015 "Refugee Crisis"» en G. DOUGLAS, M. MURCH, S. V. STEPHEN (ed.), *International and National Perspectives on Child and Family Law: Essays in Honour of Nigel Lowe*, Intersentia, 2018, p. 270.

72. AGNU, Resolución 75/167 de 16 December 2020, *op.cit.* par. 20.

protección debido al elevado riesgo de victimización secundaria. Es primordial proteger la autonomía y libre voluntad de las menores, además de combatir el matrimonio forzado⁷³.

El TJUE interpretó que los arts. 2.f) y 10.3.a) de la Directiva sobre reunificación familiar en el sentido que los y las menores no acompañadas no tienen que estar solteras para ser reagrupante de sus padres en un procedimiento de reunificación familiar. De acuerdo con la opinión del Abogado General, el tribunal señaló que la vulnerabilidad de los menores no se ve mitigada por el matrimonio y puede, por el contrario, indicar una exposición a un matrimonio infantil o a un matrimonio forzado⁷⁴.

IV. IDEA FINAL

El interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado, una norma flexible que permite cierto margen de discrecionalidad en su determinación para garantizar la protección de los y las menores en los casos concretos. En cualquier caso, siempre exige motivación jurídica. En el caso de estudio analizado, el derecho que se litiga es el de la reagrupación familiar de una menor refugiada no acompañada víctima de matrimonio forzado. El Estado de Bélgica, que entiende que los matrimonios forzados son contrarios a su orden público, caería en incoherencia al otorgar validez a dicho matrimonio únicamente respecto al derecho de reagrupación familiar, precisamente, para dar la opción de que la menor refugiada no acompañada pueda reagruparse con su madre.

Para llenar de contenido ese interés superior de, en este caso, Elisa, el paradigma de la niña universal se activa mediante el hecho de ser menor, y, por tanto, como tal, estar expuesta a un mayor nivel de vulnerabilidades. Su niña categórica viene determinada por varios factores: es nacional de palestina, desconocemos su origen étnico, su género, el hecho de haber vivido una situación de movilidad forzada, haber sido víctima de un matrimonio forzado y de violación, por tanto, ser una niña víctima de violencia de género en múltiples formas. Además, bajo su categoría en territorio belga, Elisa es una menor no acompañada que ha obtenido el estatuto de refugiada. Como niña individual, es hija, hermana y también a su vez, madre siendo aún menor de edad.

73. Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, DOUE núm. L 315, de 14 de noviembre de 2012.

74. *Ibidem*, § 49.

Los matrimonios forzados suponen una violación de derechos humanos, y es, además, una forma de persecución específica de género e infancia, como ha señalado ACNUR. El propio debate que plantea la cuestión prejudicial es, en esencia, una cuestión de categorías de protección en el que cada nivel del *Model of individual child* requiere un análisis de los diferentes tipos de opresión social: edad, género, la circunstancia de movilidad humana, menor no acompañada, víctima de violencia de género. Todas ellas vienen a complementar la teoría de la interseccionalidad. En esta contribución, hemos querido dar respuesta a todas las opresiones que condicionan la niña individual a proteger en términos de reagrupación familiar de su ascendiente.

El Derecho Internacional Privado y su incidencia en la protección jurídica de las mujeres víctimas de violencia de género. Especial referencia al Reglamento 2019/1111

JUANA DE LOS ÁNGELES TOLEDO LARREA*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA VIOLENCIA DE GÉNERO, PERSPECTIVAS DE REGULACIÓN EN LA UE. III. MUJER EXTRANJERA, VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO EN ESPAÑA. RECONOCIMIENTO DE SU CONDICIÓN DE VÍCTIMA. IV. REGULACIÓN DE SUS RELACIONES FAMILIARES EN RELACIÓN CON EL R. 2019/1111. V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

En este trabajo se pretende analizar los cambios que experimentan las mujeres migrantes víctimas de violencia de género en los Recursos Integrales de Atención y Acogida¹ con base en la evolución de la normativa española en materia de violencia de género y, todo ello, como consecuencia del impacto originado por la legislación en esta materia a nivel mundial y

* ASESORA LEGAL DE LOS RECURSOS INTEGRALES DE ATENCIÓN Y ACOGIDA PARA MUJERES VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO EN CÓRDOBA.

1. Recursos Integrales de atención y acogida para víctimas de violencia de género en el ámbito familiar. La tipología de estos recursos se organiza de acuerdo con tres niveles de atención que son: los Centros de Emergencia, Casa de Acogida, y Pisos Tutelados. Así mismo se facilitará el ingreso preferente a mujeres que, además de sufrir violencia de género, tengan problemáticas añadidas, en particular: enfermedad mental, prostitución, mujeres inmigrantes, con discapacidad, mujeres mayores sin recursos y mujeres con problemas de adicción.

en especial en Europa. Cabe destacar que, en la actualidad, el porcentaje de mujeres inmigrantes que utilizan estos recursos es significativamente más alto que el del colectivo de mujeres autóctonas.

Las mujeres extranjeras son las más vulnerables a la violencia machista. Ellas fueron las que presentaron el 35% de las denuncias², aun siendo el 11 '51% de la población femenina en España. También resulta significativo que, de las 4.054 renuncias a seguir con el procedimiento judicial, el 42% fueron de mujeres extranjeras, un porcentaje superior al de las denuncias presentadas por ellas mismas.

Las razones principales que explican estas cifras son debidas, entre otras causas, a que las mujeres extranjeras se van a enfrentar a una serie de obstáculos específicos, tanto personales como sociales, que se suman a los condicionantes que encuentra cualquier mujer a la hora de pedir ayuda y denunciar la violencia familiar. Entre los obstáculos personales están fundamentalmente el desconocimiento o poco dominio del idioma del país de acogida, la falta de información sobre los recursos, instituciones y organismos de ayuda a las víctimas de violencia y la posibilidad de acceso a los mismos, la mayor dependencia económica del agresor, la desconfianza a las instituciones y fuerzas policiales (sobre todo si la mujer extranjera se encuentra en España de una manera irregular) y la ignorancia de sus propios derechos. Entre los obstáculos sociales se encuentran el tener menos redes sociales y familiares de apoyo, la escasa adaptación hasta hace pocos años de los recursos institucionales específicos para atender a las mujeres foráneas, y la idea de que determinadas conductas por parte de su pareja están permitidas por el hecho de que en su país de origen son aceptadas socialmente o por la ley.

En los Recursos Integrales de atención y acogida, la población extranjera supone el 85% de las personas acogidas. Estos servicios de atención, emergencia, apoyo, acogida y de recuperación integral, que se encuentran ubicados en cada provincia andaluza, tienen como objetivos principales: atención inmediata, protección y seguridad, cobertura de las necesidades básicas y proporcionar información y apoyo integral a las mujeres víctimas de violencia de género y a los hijos que las acompañan. Esto se lleva a cabo mediante un equipo multidisciplinar formado por auxiliares sociales, trabajadoras sociales, psicólogas y abogadas, que trabajan con las mujeres y sus hijas e hijos desde una metodología de intervención individual y grupal.

El grupo más numeroso que acceden a nuestros Recursos son las mujeres procedentes de África Blanca o Magreb. El segundo grupo destacado,

2. Según informe de 2021 del Observatorio de la Violencia de Género.

en mayor número de población acogida, es el formado por las mujeres de países como Colombia, Ecuador, Perú y Cuba. Un tercer grupo lo componen las mujeres provenientes de Europa del este (Polonia, Rusia, Ucrania, Bulgaria y Rumanía).

Todo este panorama favorecedor a la protección de las víctimas tuvo su origen en la toma de conciencia de que existe la violencia contra las mujeres y que es consecuencia de las discriminaciones y de las condiciones de desigualdad entre los sexos que afectan a las mujeres de todas las partes del mundo.

El reconocimiento de la mujer como parte integrante de la sociedad tuvo su comienzo en la I Conferencia mundial en México en 1975³ que abordó como objetivo tratar de impulsar la participación de las mujeres en el desarrollo, reconociendo la discriminación estructural e histórica de las mujeres como una violación de los derechos humanos. La importancia de esta Conferencia radica en que consiguió la aprobación por la Asamblea General de Naciones Unidas de la Convención para la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) 1979⁴. La CEDAW toma como punto de partida la discriminación estructural e histórica hacia las mujeres, reconociendo y protegiendo sus derechos. Además, la CEDAW incide sobre la responsabilidad que tiene el Estado más allá de los límites propios de la esfera pública como necesario impulsor de políticas públicas para erradicarla.

Ha habido en el panorama internacional sucesivas Conferencias internacionales (Copenhague 1980, Nairobi 1985) que han centrado su objeto de estudio en abordar los obstáculos que existen por parte de los Estados para aplicar y respetar la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, evidenciando que la igualdad formal no coincide con la igualdad real entre las mujeres y hombres.

3. INFORME DE LA CONFERENCIA MUNDIAL DEL AÑO INTERNACIONAL DE LA MUJER. México, D.F., 19 de junio a 2 de julio de 1975. Naciones Unidas. Nueva York. 1976.

4. El 18 de diciembre de 1979, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que entró en vigor como Tratado internacional el 3 de septiembre de 1981 tras su ratificación por 20 países. En 1989, décimo aniversario de la Convención, casi 100 naciones han declarado que se consideran obligadas por sus disposiciones. En España, se publicó en el BOE núm. 69, de 21 de marzo de 1989, el Instrumento de ratificación de 16 de diciembre de 1983 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer hecho en Nueva York el 18 de diciembre de 1979.

En 1993, la II Conferencia Mundial de Viena de Derechos Humanos⁵ reconoció por primera vez los derechos de las mujeres y niñas como parte integrante de los derechos humanos analizando el escaso nivel de protección de estas, manifestando que la violencia contra las mujeres constituye una violación de los derechos humanos.

En diciembre de este mismo año, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer de 1993⁶ que constituyó el primer instrumento internacional que abordó de forma explícita la violencia contra las mujeres, estableciendo un marco para la acción nacional e internacional, y definiéndola como *«todo acto de violencia de género, basado en la pertenencia al sexo femenino, que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada»*. De esta declaración podemos destacar que, indica explícitamente que es el hecho de ser mujer lo que origina dicha violencia.

Por su importancia, la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Beijing en 1995⁷, constituye un programa en favor del empoderamiento femenino, y, en este ámbito, la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing va a establecer una serie de objetivos estratégicos y medidas para el progreso de las mujeres y el logro de la igualdad de género.

La Plataforma de Acción desencadenó una voluntad política notable y una visibilidad a escala mundial, tejiendo redes de actuación y reforzando el movimiento asociativo de las mujeres en todo el mundo.

En la escala europea, destacamos el Convenio del Consejo de Europa para prevenir y combatir la violencia contra la mujer y la violencia domés-

5. La Conferencia Mundial de Derechos Humanos se celebró en Viena (Austria) del 14 al 25 de junio de 1993. El resultado final de la conferencia fue la Declaración y Programa de Acción de Viena estableciendo un plan común para el refuerzo de la protección de los derechos humanos en todo el mundo.

6. Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer. Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 48/104 del 20 de diciembre de 1993.

7. IV Conferencia Mundial de Mujer, celebrada en Beijing en el año 1995, representó un punto de inflexión en el tratamiento de la igualdad, ya que por primera vez el protagonismo estuvo en el tejido asociativo y permitió que la Conferencia representara un encuentro mundial no solo de delegaciones oficiales o institucionales sino de un gran número de feministas y organizaciones de mujeres. La conferencia aprobó por unanimidad la Declaración y Plataforma de acción de Beijing, que incorporó un nuevo mecanismo *gender mainstreaming* o transversalidad de la perspectiva de género, esto es, la incorporación de la sensibilidad de género como una herramienta para el diseño, la ejecución y la evaluación de todas las políticas públicas.

tica (Convenio de Estambul)⁸ por ser el primer instrumento europeo vinculante, en materia de violencia contra la mujer y la violencia doméstica, siendo considerado el tratado internacional de mayor alcance para hacer frente a esta grave violación de los derechos humanos, estableciendo una tolerancia cero con respecto a la violencia hacia la mujer.

Así, el Convenio contempla como delito todas las formas de violencia contra la mujer: la violencia física, psicológica y sexual, incluida la violación, la mutilación genital femenina, el matrimonio forzado, el acoso, el aborto y la esterilización forzados. Todo ello implica que los Estados deberán introducir en sus sistemas jurídicos todos estos delitos y las consecuencias que ello implica.

En España, con el fin de hacer efectiva la lucha contra la violencia hacia las mujeres, se determinó que era necesario formular medidas legislativas que dieran una respuesta integral frente a la violencia de género lo que llevo a la promulgación de la Ley 27/2003, de 31 de julio⁹, reguladora de la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica. La orden de protección es un instrumento que aúna las distintas medidas cautelares, civiles, penales o administrativas, de amparo y tutela a las víctimas de violencia doméstica o de género, con el fin de otorgar a las mismas un estatuto integral de protección a través de un único procedimiento judicial sustanciado ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer.

Sin embargo, en este panorama era necesario dar un paso decisivo en la lucha contra la violencia hacia las mujeres. La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre¹⁰, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante Ley Integral) ofreció una respuesta efectiva y contundente al problema de la violencia de género en España e influyó para que se llevaran a cabo las distintas reformas en el Código Penal, con la finalidad de prever y sancionar la violencia contra las mujeres en el ámbito de las relaciones afectivas, como también la asistencia a las víctimas.

8. El 11 de mayo de 2011, nació el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, más conocido como Convenio de Estambul. Es el instrumento jurídico internacional de ámbito continental más importante y específico para prevenir y luchar contra todas las formas de discriminación y violencia contra las mujeres. Está en vigor desde el 1 de agosto de 2014. Lo han firmado 46 países europeos y ratificado 34. Para estos países es vinculante.

9. Ley Orgánica 27/2003, de 31 de julio (BOE núm. 183, de 1 de agosto 2003).

10. LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género (BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2004).

No obstante, era necesario reforzar la respuesta ante este tipo de agresiones por lo que la promulgación de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo¹¹ llevó a cabo modificaciones en el Código Penal incorporando en el artículo 22, dentro de su aptdo. 4, la circunstancia agravante (circunstancia de género): «Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad», contemplada ya por algunas sentencias del TS.

II. LA VIOLENCIA DE GÉNERO, PERSPECTIVAS DE REGULACIÓN EN LA UE

En la actualidad, no existe ningún instrumento legal a escala de la UE que aborde la violencia contra la mujer de manera integral y que incluya todas sus formas. No obstante, se ha promulgado legislación que contempla formas específicas de violencia como el acoso sexual en el lugar de trabajo y la trata de seres humanos.

El Convenio de Estambul es el marco internacional más amplio para afrontar de forma integral la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, con un objetivo doble. En primer lugar, dicho texto internacional aborda el problema urgente de la erradicación de los abusos físicos y psicológicos contra las mujeres, en particular en el ámbito del hogar. En segundo lugar, el Convenio tiene como objetivo promover la igualdad sustantiva entre mujeres y hombres, incluso mediante el empoderamiento de las mujeres. En este sentido, plantea erradicar todas las formas de discriminación contra la mujer.

El instrumento de Estambul también contiene una definición de violencia doméstica¹², fenómeno muy diferente y complejo, aunque relacionado con los estereotipos de género, y las desigualdades resultantes¹³.

11. Ley Orgánica 1/2015, de 30 marzo, por lo que se modifica la ley 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015).

12. Según el Convenio de Estambul, la violencia doméstica es un término neutro, ya que comprende la violencia del marido contra la mujer y la violencia de la mujer contra el marido. También la ejercida sobre los hijos y personas que convivan en el entorno familiar.

13. I. PRETELLI, «Una reinterpretación del Convenio de La Haya sobre la sustracción de menores para proteger a los niños de la exposición al sexismo, la misoginia y la violencia contra las mujeres», *CDT*, vol. 14, n.º. 2, 2022, pp. 1310 y ss.

En el Convenio de Estambul¹⁴ se identifican como actos con los que se ejerce la violencia contra las mujeres los siguientes:

- La violencia en la pareja o expareja, ejercida contra una mujer por el hombre que sea o haya sido su cónyuge o con el que mantenga o haya mantenido relaciones de afectividad, con o sin convivencia, cualquiera que sea el entorno en el que se produzca.
- El feminicidio, entendido como los homicidios o asesinatos de las mujeres motivados por una discriminación basada en el género. Se incluyen los homicidios o asesinatos cometidos en el ámbito de la pareja o expareja, así como otros crímenes que revelan que la base de la violencia es la discriminación por motivos de género, entendiéndose por tales, el infanticidio de niñas por estos motivos, el homicidio o asesinato vinculado a la violencia sexual y el homicidio o asesinato en el ámbito de la prostitución y la trata, los homicidios de honor.
- Las agresiones y abusos sexuales realizados por hombres contra las mujeres mediante la utilización del sexo como arma de poder sobre aquellas, cualquiera que sea el ámbito en el que se produzcan.
- El acoso sexual, entendiéndose por tal los comportamientos de tipo verbal, no verbal o físico de índole sexual realizados por el hombre contra la mujer, que tengan como objeto o produzcan el efecto de atentar contra su dignidad, o crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo, cualquiera que sea el ámbito en el que se produzca, incluido el laboral.
- El acoso por razón de sexo, referido a comportamientos que tengan como causa o estén vinculados con la condición de mujer y tengan como propósito o produzcan el efecto de atentar contra la dignidad de las mujeres y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo, cualquiera que sea el ámbito en el que se produzca, incluido el laboral.
- La violencia contra los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, entendida como actuaciones que restrinjan el libre ejercicio de su derecho a la salud sexual o reproductiva, que nieguen su libertad de disfrutar de una vida sexual plena y sin riesgos para su

14. BOE núm. 137, de 6 de junio de 2014. Instrumento de Ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo del 2011.

salud, el derecho a decidir, el derecho a ejercer su maternidad y el derecho a no sufrir esterilizaciones forzadas.

- La trata de mujeres y niñas, conceptuada como la captación, transporte, traslado, acogimiento o recepción de mujeres, incluido el intercambio o la transferencia de control sobre estas personas, por medio de amenazas o uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios con la finalidad de explotación sexual, laboral, matrimonio servil y cualquier otra que pudiera estar relacionada con esta tipología de vulneración de los derechos humanos.
- La explotación sexual de mujeres y niñas, consistente en la obtención de beneficios de cualquier tipo, mediante la utilización de violencia, intimidación, engaño o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, aun con el consentimiento de esta, en el ejercicio de la prostitución, la servidumbre sexual u otros tipos de servicios sexuales, incluidos actos pornográficos o la producción de material pornográfico.
- La mutilación genital femenina, entendida como conjunto de prácticas que suponen la extirpación total o parcial de los genitales externos femeninos o produzcan lesiones en los mismos por motivos no médicos ni terapéuticos sino, generalmente, culturales, aunque exista consentimiento expreso o tácito de la mujer, adolescente o niña.
- El matrimonio precoz o forzado, entendido como un matrimonio en el que no haya existido un consentimiento libre y pleno de la mujer para su celebración, bien porque haya sido fruto de un acuerdo entre terceras personas, ajeno a la voluntad de aquella, bien porque se celebre bajo condiciones de intimidación o violencia o porque no se haya alcanzado la edad prevista legalmente para otorgar dicho consentimiento o se carezca de capacidad para prestarlo, incluso si en el momento de la celebración no se hubiera procedido a su incapacitación judicial.
- Las violencias originadas por la aplicación de tradiciones culturales que atenten contra los derechos de las mujeres, tales como crímenes por honor, crímenes por la dote, ejecuciones extrajudiciales, ejecuciones o castigos por adulterio o violaciones por honor.

- La violencia derivada de conflictos armados, incluyendo todas las formas de violencia posible: asesinato, violación, embarazo forzado, aborto forzado o esterilización forzosa, entre otras.
- La ciberviolencia contra las mujeres, es decir, toda aquella violencia en la que se utilizan las redes sociales y las tecnologías de la información como medio para ejercer daño o dominio, entre las que figuran el ciberacoso, ciberamenazas, ciberdifamación, pornografía no consentida, insultos y acoso por motivos de género, extorsión sexual, difusión de imágenes de la víctima y amenazas de violación y de muerte.
- La violencia vicaria, entendiendo como tal la ejercida sobre los hijos e hijas, así como sobre las personas mayores, con discapacidad o en situación de dependencia, que incluye toda conducta ejercida por el agresor que sea utilizada como instrumento para dañar a la mujer.
- La violencia que se ejerce a través de medios de comunicación o publicidad, que fomente o incentive la discriminación por razón de sexo o utilice la imagen de la mujer con carácter vejatorio o discriminatorio o incorporando mensajes que la promuevan.
- Cualquier otra forma de violencia contra las mujeres que lesione o sea susceptible de lesionar la dignidad, la integridad o la libertad de las víctimas.

Con este reconocimiento internacional de las distintas tipologías de violencia contra la mujer pudieron identificarse formas de violencia que no habían sido consideradas hasta ese momento, influyendo en la puesta en marcha de medidas legislativas para poder abarcarla de una manera global.

El convenio de Estambul es el punto de referencia para las normas internacionales en este ámbito, por dicho motivo se elaboró la Propuesta de la «Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica»¹⁵, con el propósito de alcanzar los objetivos del Convenio dentro del ámbito de competencias de la UE complementando el acervo de la UE y la legislación nacional de los Estados miembros vigentes en los ámbitos cubiertos por dicho Convenio.

La presente Directiva será el primer instrumento legislativo que regule la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, estableciendo medidas específicas sobre infracción penal, tipificando penalmente determina-

15. Estrasburgo, 8.3.2022 COM (2022) 105 final 2022/0066.

das formas de violencia, incluyendo la violación basada en la falta de consentimiento, la mutilación genital femenina y determinadas formas de ciberviolencia, marcando unas normas mínimas que permitirán a los Estados fijar normas más estrictas y dejar flexibilidad para que tengan en cuenta las situaciones específicas de cada país.

También tendrá como objetivo reforzar el acceso de las víctimas a la justicia y a sus derechos, garantizando su protección, facilitando el acceso a líneas telefónicas nacionales de ayuda, mayor accesibilidad a los Recursos de acogida y proporcionar un apoyo a las víctimas adaptado a las necesidades específicas en los casos de violencia sexual y mutilación genital femenina y grupos de riesgo, como las mujeres que huyen de conflictos armados.

Esto permite que se refuercen todos los recursos asistenciales para apoyo a las víctimas de violencia de género y doméstica. En España, las políticas sobre igualdad y violencia de género se encuentran descentralizadas¹⁶, y cada Comunidad Autónoma posee un organismo de igualdad que las gestiona e impulsa. En Andalucía, el Instituto Andaluz de la Mujer pone en marcha el Plan de Actuación del Gobierno Andaluz a través del Acuerdo de 13 de octubre de 2020, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la formulación del Plan integral de sensibilización y prevención contra la violencia de género en Andalucía 2021-2025, «para avanzar en la erradicación de la violencia contra las mujeres»¹⁷ con un objetivo principal: luchar para acabar con la violencia de género mediante el aumento cuantitativo y cualitativo de medidas económicas y sociales para ayudar a las víctimas y el reforzamiento de los centros para las víctimas de malos tratos extendidos por todas las provincias de la Comunidad Autónoma andaluza.

Este Plan de Actuación supuso un punto de inflexión en la ampliación y mejora de los Centros de Acogida, como centros para atender y acoger con carácter temporal a las mujeres víctimas de violencia de género y a sus hijos e hijas.

Estos Centros que en un principio acogían solo a mujeres víctimas de violencia de género en el ámbito familiar, han ampliado el perfil de las usuarias, a mujeres que han sido víctimas de cualquier forma de violencia contra la mujer, gracias a la visualización de las distintas formas de violencia recogidas en los Convenios internacionales y en la normativa comunitaria, amparando de una manera igualitaria su protección.

16. Competencia delegada por el Estado a las Comunidades Autónomas.

17. BOJA núm. 202, de 19 de octubre de 2020.

III. MUJER EXTRANJERA, VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO EN ESPAÑA. RECONOCIMIENTO DE SU CONDICIÓN DE VÍCTIMA

Como ya hemos indicado, el impacto de la violencia de género es mayor entre las inmigrantes que entre las españolas, según los datos oficiales sobre denuncias. Sin embargo, las extranjeras se acogen a la dispensa a declarar en los juicios con una tasa ligeramente superior. Podríamos pensar que puede ser por el desconocimiento de acceso a los recursos existentes o porque tienen dudas sobre la protección social y jurídica; así como el temor de enfrentarse muchas veces solas al maltratador sin contar con redes familiares y sociales de apoyo.

En Andalucía, podemos destacar que, desde la puesta en funcionamiento de los recursos de acogida, la presencia de las mujeres extranjeras ha ido creciendo cuantitativamente hasta la actualidad. En un principio, entre los años 1995-1999 no podemos hablar de población extranjera acogida debido a que no existe en los registros oficiales¹⁸. Es a partir del año 2000, cuando se registran las primeras mujeres extranjeras, en su mayoría de nacionalidad marroquí, población que sigue creciendo, siendo su presencia muy representativa a nivel de población acogida en general.

Gracias a la modificación de la Ley Orgánica 2/2009 de 11 de diciembre¹⁹, operada por la Ley Integral²⁰, a través de la obtención de la Orden de protección, las mujeres extranjeras puedan regularizar su situación administrativa obteniendo de manera temporal una autorización de residencia y trabajo²¹, condición que contribuye a que las mujeres inmigrantes hagan pública su situación de violencia vivida en silencio dentro de su entorno familiar.

Podemos considerar que una mujer extranjera que se encuentre en nuestro país en situación de regularidad administrativa, en el caso de ser víctima de violencia de género, podrá ser beneficiaria del conjunto de medidas de protección recogidas en la Ley Orgánica 1/2004, de Protección Integral contra la Violencia de Género. El problema, por tanto, surgía cuando la mujer

18. Datos registrados por el Instituto Andaluz de la Mujer 1995-1999.

19. LO 2/2009, de 11 de diciembre de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, BOE núm. 299, de 12 de diciembre de 2009.

20. LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección integral contra la violencia de género, BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2004.

21. Art. 31 *bis* cuyo aptdo. 2º y siguientes de la LO 2/2009, de 11 de diciembre. (BOE núm. 299 de 12 de diciembre de 2009) sobre Derechos y Libertades de los extranjeros y su integración social.

extranjera víctima de violencia de género, se encontraba en nuestro país en una situación de irregularidad administrativa. Para cubrir esta carencia, la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, introduce un nuevo precepto de gran importancia, el art. 31 *bis*, en cuyo aptdo. 1 señala de forma expresa que las mujeres extranjeras víctimas de violencia de género, con independencia de su situación administrativa, tienen garantizados los derechos reconocidos en la citada Ley Orgánica 1/2004, así como las medidas de protección y seguridad establecidas en la legislación vigente. Por tanto, todas las medidas de información, de asistencia jurídica, sanitarias, formativas, institucionales, penales, judiciales, etc., contempladas en la mencionada Ley, son universalmente reconocidas a toda víctima de violencia de género que se encuentre en España, con independencia de su nacionalidad y de su situación administrativa, quedando así relegadas las autorizaciones administrativas a un plano secundario, frente a la protección social contra la violencia de género ejercida a favor de las mujeres extranjeras. A todo esto, hay que añadir, tal y como recoge el precepto, que las mismas pueden solicitar, tanto una autorización de residencia, como de trabajo por circunstancias excepcionales, a partir del momento en que se hubiera dictado una orden de protección a su favor o, en su defecto, informe del Ministerio Fiscal indicando la existencia de indicios de violencia de género, no resolviéndose dicha autorización hasta la conclusión del procedimiento penal.

No obstante, el tratamiento de esta cuestión ha sido muy tardío, hemos tenido que esperar no sólo a la última reforma de la Ley de Extranjería y a su posterior Reglamento de desarrollo aprobado mediante Real Decreto 557/2011, de 20 de abril²², sino también, a la Ley Orgánica 10/2011, de 27 de julio²³ que ha venido a modificar la redacción inicialmente otorgada al artículo 31 *bis* de la Ley de Extranjería, bajo la rúbrica «*Residencia temporal y trabajo de mujeres extranjeras víctimas de violencia de género*», con el fin de cubrir algunas de las lagunas que en su regulación dejaba el citado precepto.

Por este motivo, el 90% de las mujeres extranjeras acogidas en los Recursos Integrales de atención y acogida²⁴ regulan su situación administrativa en España permitiéndole tener acceso a los recursos asistenciales como las otras mujeres nacionales víctimas de dicha violencia. Otro dato a destacar

22. Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social tras su reforma por la Ley orgánica 2/2009 (BOE núm. 103, de 30 de abril de 2011).
23. Ley Orgánica 10/2011, de 27 de julio, de modificación de los artículos 31 bis y 59 bis de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE núm. 180, de 28 de julio de 2011).
24. Según valoración de los datos recogidas en el Informe anual (2019- 2021) del IAM.

es que, a consecuencia del cambio en su situación administrativa, solicitan la regulación administrativa de sus hijos, creando una conexión más próxima con el país de acogida, ayudando a crear un clima de seguridad y confianza a la hora de poder plantear procesos de familia ante los Tribunales españoles.

IV. REGULACIÓN DE SUS RELACIONES FAMILIARES EN RELACIÓN CON EL R. 2019/1111

Las cuestiones que se puedan plantear en el Derecho de familia cuando concurren elementos extranjeros nos trasladan al ámbito del DIPr en el que la normativa internacional y comunitaria desplazan a nuestro Derecho interno, bien porque ambos cónyuges tengan nacionalidades diferentes, se hayan casado o constituido como pareja de hecho en el extranjero (o en España o residan en el extranjero) o porque residan en España, pero ambos sean extranjeros.

Además, los instrumentos de la UE adoptados en el Derecho de familia internacional privado varían no solo en cualquiera de los temas que abarca sino también por el alcance de sus normas. Algunos instrumentos son complejos y como tales incluyen normas sobre competencia, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de resoluciones dictadas por autoridades extranjeras. Otros instrumentos solo cubren una parte de la normativa (competencia, reconocimiento, y ejecución o ley aplicable). Si bien los instrumentos del derecho de familia de la UE están fuertemente interrelacionados y en muchos casos se aplican conjuntamente ya que sus ámbitos de aplicación se complementan entre sí²⁵.

En el contexto al que nos estamos refiriendo, podemos constatar que las mujeres extranjeras regulan en España su situación en relación con los procesos civiles (divorcio y medidas paternofiliales) debido, entre otras causas, a que tienen su residencia en España y han iniciado un proceso penal por malos tratos; sin embargo, la protección que les supone el estar bajo la tutela institucional por ser víctimas de violencia de género, no les ofrece suficientes garantías de restitución de los hijos cuando tengan que cumplir el régimen de visitas con el cónyuge no custodio fuera del territorio español.

En este sentido, España, como miembro de la UE, aplicará todo lo relacionado con la regulación de la normativa emanada de las instituciones europeas y de los Convenios internacionales en los que España es miembro

25. A. LIMANTÉ, «Derecho Intencional privado de Derecho de Familia: un análisis de los instrumentos interrelacionados de UE», *Revista internacional de la doctrina y jurisprudencia*, vol. 25 monográfico 2021.

de pleno derecho y que les obliga. Por este motivo, el Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019²⁶, 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 –en adelante, R. 2019/1111– que reforma el R. 2201/2003,²⁷ contiene una serie de disposiciones finales para regular sus relaciones con otros instrumentos internacionales, y entre ellos, el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños -en adelante CH 96- para las disposiciones que tengan que surtir efecto fuera de UE.

La residencia habitual del menor juega un papel importante, tanto para determinar la competencia judicial internacional, como la ley aplicable al fondo de la adopción de las medidas de protección. En cuanto al primer aspecto, el R. 2919/1111²⁸, indica que serán competentes para tomar las medidas de protección del menor, las autoridades de la residencia habitual del menor (art. 7), al igual que lo hace el CH 96 en su art. 5, si la residencia habitual del menor se encuentra en un estado que no es miembro de la UE. En cuanto a la ley aplicable al fondo de las medidas de protección del menor, a tenor del art. 9.6, 1º del Cc, será también la ley de la residencia habitual del mismo (art. 16 y 17 del CH 96, al cual remite dicho precepto). Teniendo en cuenta que la normativa de nuestro Estado es cada vez más protectora con los menores, las mujeres extranjeras acogidas tienden a regular la situación administrativa de sus hijos en España, ya que, consideran que la protección que en nuestro país se le concede es mayor que en la que se le otorga en su lugar de origen²⁹, y en el caso en que los hijos sean trasladados o retenidos ilícitamente a su país de origen por su progenitor no custodio pueden solicitar su restitución a través de nuestros tribunales, ya que éstos son los que conservan la competencia judicial internacional (art. 9 R.

26. DOUE núm. L 178, de 2 de julio de 2019.

27. DOUE núm. L 338, de 23 de diciembre de 2003.

28. Art. 7. «Los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro serán competentes en materia de responsabilidad parental respecto de un menor que resida habitualmente en dicho Estado miembro en el momento en que se acuda al órgano jurisdiccional. 2. El aptdo. 1 del presente artículo estará sujeto a lo dispuesto en los artículos 8 a 10».

29. B. CAMPUZANO DIAZ, M. A. RODRIGUEZ VAZQUEZ, «Autoridades competentes para la protección de los niños y niñas: Un análisis comparado de las normas aplicables a nivel europeo y en las relaciones con los terceros Estados», en A. LARA AGUADO (Dir.), *Protección de menores en situaciones transfronterizas: Análisis multidisciplinar desde la perspectiva de género, de los Derechos humanos y de la Infancia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 357 y ss.

2019/1111)³⁰ porque el menor sigue teniendo su residencia habitual en España. Esta es una constante preocupación de las mujeres extranjeras acogidas, cuando se produce el traslado del hijo en un régimen de visitas con el progenitor no custodio a un país distinto de la residencia habitual del menor. Los instrumentos internacionales mencionados abogan por la inmediata restitución del menor e instan a tomar medidas de protección para ese menor.

En España, lugar de la residencia habitual del menor siguiendo las recomendaciones del Convenio de Estambul³¹, nuestro ordenamiento jurídico regula el régimen de visitas en el art. 94 CC, que ha sido recientemente modificado a raíz del mandato incluido en el art. 2.10 de la Ley Orgánica 8/2021, de 2 de junio, de protección a la infancia y que entró en vigor el 3 de septiembre de 2021³², el cual establece que en caso de violencia en el hogar y cuando se incoe un procedimiento penal, la regla general es la suspensión del régimen de visitas. El juez será quien determine el tiempo, modo y lugar de ejercicio del derecho, que podrá limitar o suspender si se dan graves circunstancias que lo aconsejen o que los deberes impuestos por una reso-

30. Art. 9. «Sin perjuicio del artículo 10, en caso de traslado o retención ilícitos de un menor, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que residía habitualmente el menor inmediatamente antes del traslado o retención ilícitos conservarán su competencia hasta que el menor haya adquirido una residencia habitual en otro Estado miembro».

31. BOE núm. 137, de 6 de junio de 2014. Instrumento de Ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo del 2011.

32. Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, BOE núm. 132, de 3 de junio de 2021. Diez. Se da nueva redacción al artículo 94, que queda redactado así:

«La autoridad judicial determinará el tiempo, modo y lugar en que el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores podrá ejercitar el derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía.

Respecto de los hijos con discapacidad mayores de edad o emancipados que precisen apoyo para tomar la decisión, el progenitor que no los tenga en su compañía podrá solicitar, en el mismo procedimiento de nulidad, separación o divorcio, que se establezca el modo en que se ejercitará el derecho previsto en el párrafo anterior.

La autoridad judicial adoptará la resolución prevista en los párrafos anteriores, previa audiencia del hijo y del Ministerio Fiscal. Así mismo, la autoridad judicial podrá limitar o suspender los derechos previstos en los párrafos anteriores si se dieran circunstancias relevantes que así lo aconsejen o se incumplieran grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial.

No procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera se suspenderá, respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad

lución judicial sean incumplidos reiteradamente³³. Si se determina un régimen de visitas, normalmente es de carácter restringido, formalizando un Punto de Encuentro familiar bajo la supervisión de profesionales que irán informando al Juez del desarrollo de los encuentros del menor con el progenitor no custodio. Todo ello como consecuencia de la aplicación de la ley española, como lugar de la residencia habitual del menor y, considerando que nuestras autoridades mantienen su competencia judicial internacional por ser el lugar de la residencia habitual del menor, con independencia de que éste sea desplazado temporalmente a otro Estado, ya sea de la UE o no.

V. CONCLUSIONES

Desde hace décadas existe un reconocimiento internacional acerca de la especial vulnerabilidad de las mujeres víctimas de violencia de género, siendo una lacra que afecta a todas las nacionalidades.

En relación con las mujeres víctimas de violencia de género resultan de aplicación los Instrumentos que componen el marco internacional de Derechos humanos con carácter general y aquellos que desarrollan los derechos de las mujeres en particular. Por ello resulta de especial relevancia la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) de 18 de diciembre de 1979 y su Protocolo facultativo.

En el marco europeo, el Convenio de Estambul en su art. 4.3 establece la obligación de todos los Estados de aplicar todas las disposiciones del Convenio y, en particular, las medidas para proteger a las víctimas, sin discriminación alguna basada en el sexo, el género, la raza, el color, la lengua,

e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos. Tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. No obstante, la autoridad judicial podrá establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada en el interés superior del menor o en la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos y previa evaluación de la situación de la relación paterno-filial.

No procederá en ningún caso el establecimiento de un régimen de visitas respecto del progenitor en situación de prisión, provisional o por sentencia firme, acordada en procedimiento penal por los delitos previstos en el párrafo anterior.

Igualmente, la autoridad judicial podrá reconocer el derecho de comunicación y visita previsto en el apartado segundo del artículo 160, previa audiencia de los progenitores y de quien lo hubiera solicitado por su condición de hermano, abuelo, pariente o allegado del menor o del mayor con discapacidad que precise apoyo para tomar la decisión, que deberán prestar su consentimiento. La autoridad judicial resolverá teniendo siempre presente el interés del menor o la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad».

33. Sentencia N° 598/2015, TS, Sala de lo Civil, Sección 1, *Rec* 2664/2014, de 27 de octubre de 2015.

la religión, las opciones políticas o cualquier otra opinión, el origen nacional o social, la pertenencia a una minoría nacional, la fortuna, el nacimiento, la orientación sexual, la identidad de género, la edad, el estado de salud, la discapacidad, el estado civil, el estatuto de emigrante o de refugiado, o cualquier otra situación. También incluye una clasificación de las distintas formas de violencia anteriormente no contempladas, obligando a los Estados participantes a legislar sobre ellas.

Más allá de nuestro marco constitucional, la Ley Orgánica 1/2024, de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de género establece como línea prioritaria la prevención, erradicación y sanción de la violencia de género, así como la protección de las víctimas. Esta Ley que actúa de manera transversal, impulsó la modificación del art. 31 b de la LO 4/2000, de 11 de enero, así como los arts. 131 y 140 y ss. de su Reglamento, que se aplica a mujeres extranjeras víctimas de violencia de género en situación de vulnerabilidad, independientemente de la situación administrativa que se encuentren.

En Andalucía, en los Recursos Integrales de atención y acogida, la población extranjera supone el 85% de las personas acogidas. Estos servicios de atención, de emergencia, de apoyo y acogida y de recuperación integral que se encuentran ubicados en cada provincia andaluza, tienen como objetivos principales: atención inmediata, protección y seguridad, cobertura de las necesidades básicas y facilitar información y apoyo integral a las mujeres víctimas de violencia de género y a los hijos que las acompañan. En caso de las mujeres extranjeras, facilitando su integración en España, mediante su regularización administrativa y la de sus hijos/as que implica ser beneficiaria de toda la protección social y jurídica que nuestro país dispensa a las mujeres víctimas de violencia contra la mujer.

El perfil de usuarias para el acceso a nuestros recursos institucionales se ha ampliado, siendo cada vez mayor los tipos de violencia de género fuera del ámbito familiar (acoso laboral, trata de blancas, abusos y agresiones sexuales).

Hay que resaltar que estas mujeres extranjeras regulan sus procedimientos de familia en España como consecuencia de haber denunciado en este país y se ha incoado un procedimiento penal por malos tratos en el Juzgado de Violencia. En estos procedimientos se pronuncian sobre las cuestiones relacionadas con los hijos como guarda y custodia, régimen de visitas, pensión por alimentos, que tendrán sus efectos en nuestro territorio, pero en ocasiones tendría su eficacia fuera de nuestras fronteras, en este sentido, los Instrumentos internacionales como el R. 2019/1111 y el CH 96

juegan un papel importante en las situaciones de conflicto cuando se produce un traslado de un menor y retención del mismo.

Con la nueva regulación de CC tras la modificación sufrida la Ley Orgánica 8/2021 de 2 de junio, de protección a la infancia que establece que en caso de violencia en el hogar y cuando se incoó un procedimiento penal, la regla general es la suspensión del régimen de visitas con las excepciones que determine la ley, se consiguió frenar los conflictos que se generan cuando se establecía un régimen de visitas y el progenitor no custodio se encontraba fuera de España. Esta regulación ha conseguido, por el momento, dar tranquilidad a las víctimas y a sus hijos ya que les permite centrarse en su recuperación y reiniciar una nueva vida libre de violencia.

ESTUDIOS

La presente obra tiene al Reglamento 2019/1111 como norma de referencia, aunque sin estar dedicada al análisis sistemático de su contenido. En la I Parte «*Cuestiones vinculadas con el ámbito de aplicación*», se reflexiona sobre los conceptos de familia, matrimonio y filiación, que son presupuestos para la aplicación de diversos Reglamentos UE, entre los que se encuentra el Reglamento 2019/1111. En la II Parte «*Cuestiones vinculadas con las normas de competencia judicial internacional*», se analiza el problema de la litispendencia, pero yendo más allá de esta norma europea, para ofrecer un análisis comparado con otras normas internacionales e internas. La III Parte «*Cuestiones vinculadas con la sustracción internacional de menores*» contiene aportaciones en las que se reflexiona sobre la articulación del procedimiento de restitución con la LEC, analizando lo que ha sido la práctica jurisprudencial española hasta el momento, con especial atención al derecho del menor a ser oído, además de ofrecerse una perspectiva de derecho comparado. En la IV Parte «*Cuestiones vinculadas con la eficacia extraterritorial de resoluciones, documentos públicos y acuerdos*» se recogen dos estudios que siguen la tónica de la sección anterior, en el sentido de analizar la articulación de las normas del Reglamento 2019/1111 con la LEC, además de ponerse en valor la mediación. La V Parte, dedicada a la «*Relaciones con terceros países*», se centra en las relaciones con los países vecinos, Marruecos y el Reino Unido, con especial atención, en este último caso, a Gibraltar. La VI Parte del libro se adentra en las cuestiones de «*Familia, menores, derecho de extranjería y protección internacional*», con estudios sobre las novedades en torno el derecho a la vida en familia de los extranjeros, junto a trabajos dedicados a los menores refugiados, no acompañados o que han protagonizado matrimonios forzados, incluyendo también un trabajo dedicado a las mujeres extranjeras víctimas de violencia de género.

Ref: PID2020-113444RB-I00



C.M.: 76240

ISBN: 978-84-10295-44-5



9 788410 295445