

LOS AVANCES DE LA NORMATIVA COMUNITARIA EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE MENORES

M^a ÁNGELES RODRÍGUEZ VÁZQUEZ.
*Prof. Contratada Doctora de Derecho internacional
privado de la Universidad de Sevilla*

I. DE LA AUSENCIA DE LEGISLACIÓN A LA COMUNITARIZACIÓN DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL EN MATERIA CIVIL

Sin lugar a dudas, en la sociedad globalizada en la que vivimos son muchos los problemas que afectan a los menores. La creciente internacionalización de las relaciones familiares exige respuestas concretas que tengan como finalidad la protección de la parte débil y que tengan como fundamento el interés del menor¹.

Si el proceso de integración europea no puede dar la espalda a esta realidad, hay que reconocer, no obstante, que durante mucho tiempo el derecho de familia en general, y la protección de menores, en particular, no ha sido un ámbito de actuación para el legislador comunitario puesto que los objetivos de la Comunidad Europea eran principalmente económicos.

El derecho de familia, al reflejar los diversos valores y principios inspiradores de una sociedad, se presentaba, por entonces, como un sector de difícil unificación y de ahí que los primeros instrumentos aprobados circunscribiesen su ámbito de aplicación a la materia patrimonial excluyéndose, expresamente, todas las cuestiones atinentes al derecho de familia (con excepción de los alimentos)².

En esta fase la regulación de la protección de los menores es relegada a la regulación de los distintos Convenios internacionales o a las soluciones internas de cada sistema de Derecho internacional privado³.

¹ Vid, con carácter genérico, A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho de familia internacional*, 2ª ed, Colex, Madrid, 2004; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Globalización y Derecho internacional privado*, Liberlibro, 2002.

² Hay que destacar que durante esta etapa no existe un total olvido del derecho de familia y prueba de ello es que se promulgan distintas normas, básicamente Resoluciones y Recomendaciones, aunque carentes de obligatoriedad. Por ejemplo, y sin ánimo de exhaustividad, pueden citarse: Resolución del Parlamento Europeo de 26 de mayo de 1989 sobre sustracción internacional de menores (DOCE núm. 158, de 26 de mayo de 1989); Resolución del Parlamento Europeo de 12 de julio de 1990, referente a la Convención de los Derechos del niño (DOCE núm. 231, de 17 de septiembre de 1990); Resolución del Parlamento Europeo de 13 de diciembre de 1991, sobre los problemas del niño en la Comunidad Europea (DOCE núm. 13, de 20 de enero de 1992); Resolución del Parlamento Europeo de 10 de julio de 1992 sobre una Carta Europea de los Derechos del Niño (DOCE núm. 241, de 21 de septiembre de 1992), etc, etc.

³ El texto emblemático en esta materia es la Convención de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño (Posteriormente en junio de 2000 se aprueban dos Protocolos facultativos a la Convención, uno relativo a la participación de los niños en conflictos armados y otro relativo a la venta

Denominador común a todo este conjunto normativo es la proclamación del interés del menor como objetivo prioritario⁴, interés superior del menor que, como ha afirmado A. DURÁN AYAGO, “estriba en la mayor suma de ventajas, de cualquier género y especie, y del menor número de inconvenientes...”⁵.

Así las cosas, y concebido el espacio europeo, ante todo, como un proceso de integración económica, comienza a constatarse que las relaciones familiares experimentan una creciente internacionalización puesto que la libre circulación de personas conlleva, junto a la dimensión económica, derechos personales (en la medida en que los ciudadanos incrementan sus desplazamientos por los Estados miembros aumenta el número de casos en que los miembros de la familia no tienen la misma nacionalidad o no residen en el mismo Estado miembro).

de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía). Junto a Naciones Unidas hay que resaltar el esfuerzo de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado por regular la protección de menores. En este ámbito nos encontramos, de un lado, con tres Convenios genéricos: Convenio de La Haya de 12 de junio de 1902 sobre tutela de los menores, sustituido por el Convenio de La Haya 5 de octubre de 1961, sobre competencia de autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores, Convenio que será sustituido por el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños (Convenio que fue firmado en bloque por todos los Estados miembros de la Unión Europea el 1 de abril de 2003 y que todavía no ha entrado en vigor). De otro lado, Convenios que regulan aspectos específicos de la protección de menores en los siguientes ámbitos: a) En materia de alimentos los Convenios de La Haya de 2 de octubre de 1973 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias y sobre el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de obligaciones alimenticias. El 23 de noviembre de 2007 se ha firmado el Convenio de La Haya sobre el cobro internacional de alimentos con respecto a los niños y otras formas de manutención de la familia; y un Protocolo sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias. b) En materia de sustracción internacional de menores, el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores; c) En materia de adopción internacional el Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional.

Por lo que se refiere al plano regional europeo son varios los Convenios gestados en el marco del Consejo de Europa, aunque el único ratificado por España ha sido el Convenio europeo relativo al reconocimiento y 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. En el plano regional interamericano también se han gestado, en las CIDIPs, las siguientes convenciones sobre protección de menores (en las que nuestro país no es Parte): Convención interamericana sobre obligaciones alimenticias de 15 de julio de 1989; Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores de 24 de mayo de 1984; Convención interamericana sobre restitución de menores de 15 de junio de 1989; Convención interamericana sobre tráfico internacional de menores de 18 de marzo de 1994. Por último, en el plano bilateral, el Convenio Hispano-Marroquí de 30 de mayo de 1997, sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores.

Para una valoración de conjunto vid. entre otros, S. GARCÍA CANO, “Globalización, multiculturalismo y protección internacional del menor (Evolución y futuro de los instrumentos internacionales relativos a la protección del menor)”, en *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, Colex, Madrid, 2004, pp. 9-29; Y. LEQUETTE, *Le droit international privé de la famille à l'épreuve des Conventions internationales*, Rec. des Cours, 1994, tomo 246, pp. 13-233; R. M. MOURA RAMOS, “La protección de los menores en el ámbito internacional”, en A.L. CALVO CARAVACA y J.L. IRIARTE ÁNGEL (editores), *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Colex, Madrid, 2000, pp. 67-84; E. PÉREZ VERA, “El menor en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado”, *Revista española de Derecho internacional*, 1993, núm. 1, pp. 101-114.

⁴ Vid. A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado”, *Revista Jurídica de Cataluña*, 1994, p. 923.

⁵ A. DURÁN AYAGO, *La protección internacional del menor desamparado: régimen jurídico*, Colex, Madrid, 2004, p. 92.

Asistimos pues a la aparición de nuevos problemas en la vida cotidiana del ciudadano europeo (por ej. divorcios internacionales, secuestro intracomunitario de niños, sucesiones...), y a la existencia de una pluralidad de modelos familiares a los que el legislador europeo no podía seguir dando la espalda.

Si los primeros síntomas de cambio los encontramos en el llamado Tercer Pilar del Tratado de Maastricht de 1992 y en la correlativa elaboración del Convenio de Bruselas de 28 de mayo de 1998 sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial⁶, el verdadero impulsor de la nueva situación lo constituye el Tratado de Ámsterdam. Y la situación comienza a cambiar porque en este Tratado se establece como objetivo “mantener y desarrollar un espacio de libertad, seguridad y justicia en cuyo seno se garantice la libre circulación de personas”. La cooperación judicial en materia civil pasa a ser competencia de la Comunidad por lo que son las instituciones comunitarias las que ahora asumen competencia para dictar normas en aquellas cuestiones que resulten necesarias para la construcción de ese espacio de libertad, seguridad y justicia (en los términos y materias que señalan los arts. 61 y 65 TCE)⁷.

Junto a este dato, otro no menos importante es que desde el Consejo Europeo de Tampere, celebrado los días 15 y 16 de octubre de 1999, la piedra angular de la cooperación judicial en materia civil es la supresión del exequátur. Para hacer realidad dicho principio el Consejo adoptó el 30 de noviembre de 2000 el “Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil”, proyecto en el que se apostó por la inclusión del Derecho de familia (en concreto y por lo

⁶ DOCE, núm C 221, de 16 de julio de 1998. En el mismo Diario Oficial se publica el Informe Explicativo del Convenio elaborado por A. BORRÁS RODRÍGUEZ. Vid. P. ABARCA JUNCO, “El Convenio europeo sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial”, en *Disyuntivas en los pleitos matrimoniales de separación y divorcio*, Dykinson, Madrid, pp. 275-296; A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “La protección de los hijos comunes con motivo de la crisis matrimonial en el Convenio de 28 de mayo de 1998 sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial”, en *Disyuntivas en los pleitos matrimoniales...*, ob. cit., pp. 297-325; P. BEAUMONT-G. MOIR, “Brussels Convention II: A new Private International Law Instrument in Family Matters for the European union or the European Community?”, *European Law Review*, 1995, núm. 3, pp. 268-288; H. GAUDEMÉT-TALLON, “La Convention dite Bruxelles II: Convention concernant la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale”, *Travaux du Comité français de Droit international privé*, 1998-1999, pp. 83-122.

⁷ Vid. entre otros, S. BARIATTI, “La cooperazione giudiziaria in materia civile: del Terzo pilastro dell'Unione Europea al Titolo IV del Trattato CE”, *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2001, núm. 2-3, pp. 261-310; J. BASEDOW, “The communitarization of the conflicts of laws under the Treaty of Amsterdam”, *Common Market Law Review*, 2000, núm. 3, pp. 687-708; A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “Derecho internacional privado y Tratado de Ámsterdam”, *Revista española de Derecho internacional*, 1999, núm. 2, pp. 383-426; M. GARDENÉS SANTIAGO, “El desarrollo del Derecho internacional privado tras el Tratado de Ámsterdam: los artículos 61.c) y 65 TCE como base jurídica”, *Revista de Derecho comunitario europeo*, 2002, enero-abril, pp. 231-249; J.L. IGLESIAS BUHIGUES, “La cooperación judicial en materia civil antes y después del Tratado de Ámsterdam”, *Revista General del Derecho*, 1998, núm. 644, pp. 5847-5862; C. KOHLER, “Interrogations sur les sources du Droit international privé européen après le Traité d'Amsterdam”, *Revue critique de droit international privé*, 1999, núm. 1, pp. 1-30; S. LEIBLÉ y A. STAUDINGER, “El artículo 65 TCE: ¿Carta blanca de la Comunidad Europea para la unificación del Derecho internacional privado y procesal?”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, 2001, T. I, pp. 89-115; P.A. de MIGUEL ASENSIO, “El Tratado de Ámsterdam y el Derecho internacional privado”, *La Ley/UE*, núm. 4510, 30 de marzo de 1998, pp. 1-3; *id.*, “La evolución del Derecho internacional privado comunitario en el Tratado de Ámsterdam”, *Revista española de Derecho internacional*, 1998, núm. 1, pp. 373-376; F. POCAR, “La comunitarizzazione del diritto internazionale privato: una european conflict of laws revolution?”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2000, núm. 4, pp. 873-884.

que se refiere a la protección de menores se hacía referencia a aspectos tales como el derecho de visita o el ejercicio de la responsabilidad parental)⁸.

Posteriormente en el Consejo Europeo de Bruselas de 4 y 5 de noviembre de 2004 se adopta el llamado "Programa de La Haya: espacio de libertad, seguridad y justicia", en el que se establece los objetivos a conseguir hasta 2011 y en el que se insiste en la necesidad de la supresión del exequátur. Y en el reciente Consejo Europeo de Bruselas de 21 y 22 de junio de 2007 se subraya la necesidad de seguir trabajando en la actuación consecutiva de los objetivos marcados.

Por tanto, y a modo de resumen, las dos premisas que marcan esta segunda etapa son, de un lado, la atribución de competencias a la Comunidad en lo relativo a la cooperación judicial en materia civil y, de otro, la instauración del principio del reconocimiento mutuo.

Y es en este contexto en el que nacen las primeras normas de Derecho internacional privado comunitario de la familia, normas que deben tener como objetivo solucionar los problemas de los ciudadanos europeos y garantizar la continuidad de las relaciones jurídicas. El derecho de familia se convierte así en "un nuevo sector de la integración comunitaria"⁹.

II. LA REGULACIÓN DE LA PROTECCIÓN DE MENORES EN DOS SUCEIVOS INSTRUMENTOS.

1. La corta vida del Reglamento Bruselas II

Si la primera acción de las instancias comunitarias en materia de Derecho de familia fue el Reglamento (CE) núm. 1347/2000, del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes (el conocido como Reglamento Bruselas II)¹⁰, pronto se planteó la necesidad de su reforma debido a sus deficiencias y carencias, muchas de ellas ya anunciadas desde el mismo momento de su aprobación, sobre todo en lo que se refería a su reducido ámbito de aplicación material: crisis matrimo-

⁸ DOCE núm. C 12, de 15 de enero de 2001. C. GONZÁLEZ BEILFUSS, "El proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil", Revista española de Derecho internacional, 2000, núm. 2, pp. 662-668.

⁹ A. BORRÁS RODRÍGUEZ, "De Bruselas II a Bruselas II bis... ¿o a Bruselas II plus?", *Soberanía del Estado y Derecho internacional. Homenaje al prof. J.A. Carrillo Salcedo*, Sevilla, 2005, p. 239. En sentido análogo C. GONZÁLEZ BEILFUSS, "Relaciones e interacciones entre Derecho comunitario, Derecho internacional privado y Derecho de familia europeo en la construcción de un espacio judicial común", Anuario español de Derecho internacional privado, 2004, p. 148. A juicio de M. M. VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, "La protección de menores en la Unión Europea: el Reglamento comunitario 2201/2003", Revista electrónica de estudios internacionales, 2006, núm. 11 (www.reei.org) nos encontraríamos ante la "europeización del derecho de familia".

Vid. con carácter genérico, K. BOELE-WOELKI (ed), *Perspectives for the unification and harmonisation of family law in Europe*, Intersentia, 2003.

¹⁰ DOCE núm. L 160, de 30 de junio de 2000; modif. DOCE núm. L 173, de 3 de julio de 2002. Como afirma, A. FONT I SEGURA, "El progresivo avance del Derecho comunitario en materia de familia: un viaje inconcluso de Bruselas II a Bruselas II bis", Revista española de Derecho internacional, 2004, núm. 1, p. 275, "el Reglamento afecta a una materia tradicionalmente tabú para el Derecho comunitario como es el derecho de familia". Vid. R. BARATTA, "Verso la comunitarizzazione dei principi fondamentali del diritto di famiglia", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2005, núm. 3, pp. 573-606.

niales y responsabilidad parental sobre los hijos comunes siempre que se planteasen con ocasión de una acción en materia matrimonial.

Las principales consecuencias negativas que se derivaban de ello eran: de un lado, quedaban excluidas determinadas cuestiones conexas a dichos procedimientos, tales como el régimen económico matrimonial, la culpa de los cónyuges, los alimentos...; de otro lado, el Reglamento no era aplicable a las cuestiones de responsabilidad parental sobre los hijos de uno de los cónyuges o a las planteadas con independencia de la acción matrimonial; por último, quedaban al margen de la regulación comunitaria la disolución de formas de unión alternativas al matrimonio y las cuestiones de responsabilidad parental sobre los hijos de dichas relaciones¹¹.

De hecho, no es de extrañar la Iniciativa francesa de 3 de julio de 2000 con vistas a la adopción de un Reglamento del Consejo relativo a la ejecución mutua de resoluciones judiciales en materia de derecho de visita de los hijos¹²; y que en septiembre de 2001, la Comisión presentase una Propuesta de modificación del Reglamento 1347/2000 que tenía como principal objetivo extender las normas de competencia judicial internacional y de reconocimiento a todas las decisiones sobre responsabilidad parental, así como abordar el problema de la sustracción de menores mediante disposiciones sobre competencia y sobre restitución del menor¹³.

Paralelamente la aprobación del, ya mencionado, "Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil", propuso una ampliación de dicho Reglamento así como la supresión del exequátur para el derecho de visita.

Estas iniciativas quedaron refundidas en la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, derogando el Reglamento (CE) núm. 1347/2000 y modificando el Reglamento (CE) núm. 44/2001 en materia de alimentos, presentada por la Comisión en mayo de 2002¹⁴.

¹¹ El reducido ámbito de aplicación *ratione materiae* del Reglamento Bruselas II fue duramente criticado por la doctrina, vid. entre otros, B. ANCEL- H. MUIR WATT, "La désunion européenne: le Règlement dit Bruxelles II", *Revue critique de droit international privé*, 2001, núm. 3, pp. 435-436; A. BONOMI, "Il Regolamento comunitario sulla competenza e sul riconoscimento in materia matrimoniale e di potestà dei genitori", *Rivista di diritto internazionale*, 2001, núm. 2, pp. 304-308; H. GAUDEMET-TALLON, "Le Règlement núm. 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", *Journal de droit international*, 2001, núm. 2, p. 429. En la doctrina española vid. entre otros, F. GARAU SOBRINO, "El ámbito de aplicación del Reglamento 1347/2000 en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes", en A.L. CALVO CARAVACA y E. CASTELLANOS RUIZ (Dir), *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Colex, Madrid, 2004, pp. 399-409; M. GÓMEZ JENE, "El Reglamento comunitario en materia matrimonial: criterio de aplicación personal, privilegios de los nacionales comunitarios y discriminación por razón de la nacionalidad", *La Ley*, núm. 5321, 1 de junio de 2001, pp. 1-6.

¹² DOCE núm. C 234, de 15 de agosto de 2000. El Dictamen del Comité Económico y Social sobre dicha iniciativa se publicó en DOCE núm. C 14, de 16 de enero de 2001.

¹³ Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia de responsabilidad parental, DOCE núm. C 332, de 27 de noviembre de 2001. Dictamen del Comité Económico y Social, DOCE núm. C 80, de 3 de abril de 2002.

¹⁴ DOCE núm. C 203 E, de 27 de agosto de 2002. El Dictamen del Comité Económico y Social sobre dicha Propuesta se publicó en DOUE núm. C 61, de 14 de marzo de 2003. La Resolución legislativa del Parlamento Europeo se ha publicado en DOUE núm. C 25 E, de 29 de enero de 2004. Como afirma M. GONZALO QUIROGA, "La reforma de Bruselas II: aspectos prácticos sobre su aplicación en el marco del

El nuevo texto se aprobaría definitivamente a finales de 2003, 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, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000 (Reglamento Bruselas II bis), efectivamente aplicable desde el 1 de marzo de 2005¹⁵.

2. Los avances y deficiencias del Reglamento Bruselas II bis en materia de protección de menores

Antes de entrar en el análisis de las cuestiones que nos interesan, hay que afirmar que el alumbramiento del nuevo Reglamento también ha suscitado polémicas ya que se ha cuestionado la conveniencia de un texto que regula de forma parcial dos materias (crisis matrimoniales y responsabilidad parental) y si no hubiera sido mejor dos Reglamentos con una regulación más ambiciosa¹⁶.

La única e insuficiente justificación puede encontrarse, como afirma el Considerando 6 del Reglamento, en el dato de que en la mayoría de los supuestos la crisis matri-

reconocimiento y la ejecución" en A.L. CALVO CARAVACA y E. CASTELLANOS RUIZ (Dir), *El Derecho de familia ante el siglo XXI...*, ob. cit, p. 472, "En definitiva, la Comisión ha optado por un solo instrumento que integre la materia de crisis matrimonial, el derecho de visita y la responsabilidad parental, con el objeto de facilitar el trabajo de los jueces y de los profesionales de la justicia al tratar cuestiones como la responsabilidad parental y el derecho de visita que, en realidad, suelen ser el caballo de batalla principal en los procedimientos en materia matrimonial".

¹⁵ DOCE núm. L 338, de 23 de diciembre de 2003. Posteriormente el Reglamento ha sido modificado en lo que respecta a los Tratados con la Santa Sede (Reglamento CE núm. 2116/2004 del Consejo de 2 de diciembre de 2004, DOUE núm. L 367, de 14 de diciembre de 2004).

Junto a este instrumento en el momento de redacción de estas páginas se está trabajando en la elaboración de una Propuesta de Reglamento relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de alimentos (Documento COM (2005), 649 final, Bruselas 15 de diciembre de 2005), vid. M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, "Los alimentos y el Título ejecutivo europeo" en AA.VV, *Hacia la supresión del exequátur en el espacio judicial europeo: El Título ejecutivo europeo*, Secretariado de publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2006, pp. 79-92; J. FORCADA MIRANDA, "Obligaciones alimentarias: hacia la supresión del exequátur", en AA.VV, *Hacia la supresión del exequátur en el espacio judicial...*, ob. cit, pp. 265-278.

Para una visión de conjunto de las actuaciones del legislador comunitario en otros sectores del derecho de familia vid. A. RODRÍGUEZ BENOT, "Los avances de la normativa comunitaria en el reconocimiento de las resoluciones judiciales en otros sectores del Derecho de familia: régimen económico matrimonial, parejas de hecho, alimentos y sucesiones", en *La libre circulación de resoluciones judiciales en la Unión Europea*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2005, pp. 159-183; E. ZABALO ESCUDERO, "La armonización del derecho aplicable a las cuestiones de familia y su incidencia en el espacio judicial europeo", en *La libre circulación de resoluciones judiciales...*, ob. cit, pp. 185-197.

Por lo que se refiere a los menores en concreto, actualmente se está definiendo una "Estrategia de la Unión Europea sobre los Derechos de la infancia" (Documento COM (2006) 367 final) sobre la que el Comité de las Regiones ya ha emitido su Dictamen (DOUE núm. C 146, de 30 de junio de 2007).

¹⁶ B. ANCEL- H. MUIR WATT, "L'intérêt supérieur de l'enfant dans le concert des juridictions: le Règlement Bruxelles II bis", *Revue critique de droit international privé*, 2005, núm. 4, p. 571; A. BORRÁS RODRÍGUEZ, "De Bruselas II a Bruselas II bis...", ob. cit, p. 244

En estos momentos existe una Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial (Documento COM (2006), 399 final, Bruselas, 17 de julio de 2006). Sobre su estado actual y sus consecuencias, vid B. CAMPUZANO DÍAZ, "La reforma del Reglamento 2201/2003 en materia matrimonial", publicado en esta misma obra.

monial conlleva la adopción de medidas con respecto a los hijos¹⁷. Y la presencia de un elemento extranjero complica aún más la resolución de los problemas que se plantean a raíz de la ruptura de la pareja en lo relativo al sistema de guarda y custodia y al régimen de visitas de los menores (por ejemplo, en algunos casos nos encontramos con la negativa a que los hijos viajen a otro Estado miembro para visitar a su otro progenitor, a pesar de que el derecho de visita de éste haya sido reconocido por resolución judicial).

De esta realidad social surge la necesidad para la Unión Europea de crear unas condiciones de seguridad jurídica para la infancia de forma que se garantice la libre circulación de resoluciones en materia de responsabilidad parental. Y el criterio que debe presidir su regulación –tal y como se indica expresamente en varios Considerandos– es el del interés superior del menor.

La primera aclaración que debe realizarse es que el Reglamento Bruselas II bis sólo se ocupa de la regulación de la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental y de la validez extraterritorial de las resoluciones dictadas en dicha materia en los Estados miembros, que son todos los Estados miembros a excepción de Dinamarca¹⁸. El Reglamento no se ocupa de la regulación de la ley aplicable a la responsabilidad parental, aspecto que se resolverá acudiendo al derecho convencional o autónomo aplicable a la materia¹⁹.

Y la ausencia de regulación de esta ley aplicable es uno de los primeros defectos del Reglamento puesto que de ello se deriva la, que ha sido denominada, fragmentación normativa del pleito²⁰. Para resolver un supuesto el operador jurídico y las autoridades judiciales se ven obligadas a acudir a una pluralidad de textos que hay que saber encajar y casar, cosa no siempre fácil. Se impone en esta materia una unificación de la ley aplicable aunque tenemos que lamentar que hasta la fecha no hay programada ninguna acción en la agenda del legislador comunitario.

Centrándonos ya en la regulación que de la responsabilidad parental hace el Reglamento Bruselas II bis hay que destacar que la protección de los menores descansa sobre los siguientes pilares: 1) La ampliación del ámbito de aplicación material y la noción autónoma de responsabilidad parental; 2) El establecimiento, en materia de competencia judicial internacional, de un conjunto propio de foros que garantizan que el tribunal que conoce

¹⁷ Como se deduce del *Informe Evolución de la Familia en Europa-2006*, elaborado por el Instituto de Política Familiar, en los últimos quince años se han roto en la Unión Europea más de diez millones de matrimonios lo que ha afectado a más de dieciséis millones de niños. Un análisis estadístico de los divorcios en los países de la Unión Europea puede consultarse en S. ADROHER BIOSCA, "La aplicación jurisprudencial del Bruselas II en España: del desconcierto al desafío", en AA.VV, *Hacia la supresión del exequátur en el espacio judicial...*, ob. cit, pp. 98-101.

¹⁸ Dinamarca ha quedado fuera del proceso de comunitarización de la cooperación judicial en materia civil llevada a cabo por el Tratado de Ámsterdam, vid. arts. 1 y 2 del Protocolo sobre la posición de Dinamarca anexo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. Vid. A. BORRÁS RODRÍGUEZ, "Significado y alcance del espacio judicial europeo: Hacia la reforma del Título IV TCE", *Noticias UE*, octubre de 2003, p. 13.

¹⁹ En tanto no entre en vigor el Convenio de La Haya de 1996 el derecho aplicable a la responsabilidad parental se precisa a través del Convenio de la Haya de 5 de octubre de 1961 sobre competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores. En su defecto, en nuestro ordenamiento el problema se resolverá acudiendo al art. 9.6 Cc.

²⁰ Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Crisis matrimoniales internacionales y la dispersión del pleito", en A.L. CALVO CARAVACA y E. CASTELLANOS RUIZ (dir), *El derecho de familia ante el siglo XXI...*, ob. cit, pp. 213-227; *id.*, "Crisis matrimoniales internacionales: foro de necesidad y derecho extranjero", *Revista española de Derecho internacional*, 2004, núm. 1, pp. 225-249.

del asunto sea el más apropiado; 3) Se recogen fórmulas simplificadas que facilitan el reconocimiento y exequátur de las resoluciones judiciales y se instauran novedosas soluciones que responden a la progresiva instauración del principio de reconocimiento mutuo; 4) El establecimiento de un sistema de cooperación interestatal entre Autoridades Centrales que coadyuva al cumplimiento de los objetivos del Reglamento.

2.1. La ampliación del ámbito de aplicación material y la noción autónoma de responsabilidad parental

La principal diferencia con el Reglamento Bruselas II es la profunda ampliación del ámbito material de la responsabilidad parental. Si el anterior instrumento sólo cubría las acciones de responsabilidad parental de los hijos comunes cuando se encontraban vinculadas con un proceso matrimonial, en el nuevo se consagra el principio de igualdad de todos los hijos aplicándose a los litigios relativos a los mismos, con independencia de que la causa esté vinculada o no a un procedimiento matrimonial. El Reglamento se aplica con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional, a las materias civiles relativas a la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental²¹.

Otra novedad la encontramos en el hecho de que si en el Reglamento 1347/2000 la noción de "responsabilidad parental" se determinaba acudiendo al ordenamiento jurídico del tribunal que conocía de la demanda²², en Bruselas II bis, siguiendo en este punto al Convenio de La Haya de 1996, se recoge un concepto autónomo y se delimita, de manera positiva y negativa, las materias incluidas y excluidas de su ámbito de aplicación²³.

La responsabilidad parental es definida, en el art. 2.7, como "los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes del menor. El término incluye, en particular, los derechos de custodia y visita".

Se incluyen, como enumera el art. 1.2: a) el derecho de custodia y el derecho de visita; b) la tutela, la curatela y otras instituciones análogas; c) la designación y las funciones de toda persona u organismo encargado de ocuparse de la persona o de los bienes del menor, de representarlo o prestarle asistencia; d) el acogimiento del menor en una familia o establecimiento; e) las medidas de protección del menor ligadas a la administración, conservación o disposición de sus bienes²⁴.

²¹ Aclara el art. 2 que por órgano jurisdiccional se entiende "todas las autoridades de los Estados miembros con competencia en las materias que entran en el ámbito de aplicación del presente Reglamento de conformidad con el art. 1".

²² Así lo afirma expresamente el Informe BORRÁS, p. 36.

²³ Para un estudio genérico de la evolución de los conceptos autónomos en el Reglamento Bruselas I, vid. M AUDIT, "L'interprétation autonome du droit international privé communautaire", *Journal de droit international*, 2004, núm. 3, pp. 789-816.

²⁴ Con respecto a los bienes se pueden plantear problemas de compatibilidad con el Reglamento Bruselas I como apunta A. FONT I SEGURA, "El progresivo avance...", ob. cit, p. 280-281. En la Guía práctica para la aplicación del nuevo Reglamento Bruselas II bis, elaborada por los Servicios de la Comisión en consulta con la Red Judicial europea en materia civil y mercantil, p. 10, únicamente se afirma que "el Reglamento se aplica a cualquier medida de protección que pueda ser necesaria para administrar o enajenar la propiedad. Tales medidas pueden ser necesarias si, por ejemplo, existe un litigio entre los progenitores a propósito de los bienes. En cambio, las medidas que se refieren a los bienes del menor, pero que no conciernen a la protección del menor, no están cubiertas por el Reglamento, sino por el Reglamento Bruselas 44/2001".

Por el contrario, quedan excluidas del Reglamento (art. 1.3): a) la determinación y la impugnación de la filiación; b) las resoluciones sobre adopción y medidas que la preparan, la anulación y la revocación de la adopción; c) el nombre y apellidos del menor; d) la emancipación; e) las obligaciones de alimentos; f) los fideicomisos y las sucesiones; g) las medidas adoptadas a consecuencia de infracciones penales cometidas por los menores²⁵.

Se ha escogido, de este modo, una noción lo suficientemente amplia como para dar cabida a todo el conjunto de derechos y obligaciones asumidas por los titulares de la responsabilidad parental en relación con los bienes o la persona del menor. Pero cada vez que nos encontramos con listas de materias la pregunta que, de inmediato, surge es si se trata o no de una enumeración tasada. Y a ello responde la Guía práctica cuando afirma que "la lista de materias calificadas como responsabilidad parental de conformidad con el Reglamento en el apartado 2 del art. 1 no tiene carácter exhaustivo, sino meramente indicativo"²⁶.

No obstante, la aplicación práctica de estas disposiciones puede ocasionar muchos problemas por las siguientes consideraciones:

De un lado, porque se pueden plantear dudas sobre si algunas materias se encuentran incluidas o excluidas. Por ejemplo, y por señalar algunas, ¿se considerará incluido en el ámbito de aplicación del Reglamento un acogimiento preadoptivo²⁷; o ¿posee naturaleza civil una decisión española pronunciada por un juez penal prohibiendo a un progenitor culpable de malos tratos acercarse a sus hijos²⁸... Como ha señalado S. ADROHER BIOSCA, "esta calificación autónoma puede generar problemas de recalificación"²⁹. Así, recientemente el TJCE ha afirmado, en la Sentencia de 27 de noviembre de 2007, que el apartado 1 del art. 1 del Reglamento debe interpretarse en el sentido de que está comprendida dentro del concepto materias civiles "una resolución, por la que, en unidad de acto, se decide asumir la guarda inmediata de un menor y ordenar su acogimiento fuera del domicilio de su familia de origen, en una familia de acogida, cuando dicha resolución ha sido adoptada en el marco de las normas de Derecho público relativas a la protección de menores"³⁰.

De otro lado, los ámbitos de aplicación material tan limitados obligan a acudir a una pluralidad de instrumentos (Reglamentos comunitarios, Derecho convencional y derecho

²⁵ Además aclara el Considerando 10 que "no se pretende que el presente Reglamento se aplique a asuntos tales como los relativos a la seguridad social, a las medidas de Derecho público de carácter general en materia de educación y salud, ni a las resoluciones relativas al derecho de asilo y a la inmigración".

²⁶ P. 9. En sentido análogo se pronuncia el Seminario sobre cooperación judicial en materia de derecho de familia y relaciones parentales en la Unión Europea, organizado por el foro permanente de estudios europeos de Murcia y el Consejo General del Poder Judicial de España, los días 28 a 30 de septiembre de 2005 (www.cgpj.es), p. 3.

²⁷ Supuesto planteado por E. RODRÍGUEZ PINEAU, "El nuevo Reglamento comunitario sobre litigios matrimoniales y responsabilidad parental", *La Ley*, núm. 5944, 30 de enero de 2004, p. 2. Es más la citada autora se plantea, "Reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de responsabilidad parental", en A. QUIÑONES ESCÁMEZ, P. ORTUÑO MUÑOZ y F. CALVO BABÍO (coord), *Crisis matrimoniales. Protección del Menor en el marco Europeo, La Ley, Madrid, 2005*, p. 141-142, que el problema básico es el de la delimitación de lo que constituye "materia civil" en este ámbito.

²⁸ A. FONT I SEGURA, "El progresivo avance...", ob. cit, p. 280.

²⁹ S. ADROHER BIOSCA, "La aplicación jurisprudencial del Bruselas II...", ob. cit, p. 105. En sentido análogo, A. QUIÑONES ESCÁMEZ, "Competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental y sustracción de menores en el Reglamento 2201/2003", en A. QUIÑONES ESCÁMEZ, P. ORTUÑO MUÑOZ y F. CALVO BABÍO (coord), *Crisis matrimoniales. Protección del menor...*, ob. cit, p. 109.

³⁰ STJCE de 27 de noviembre de 2007, asunto C-435/06, DOUE núm. C 22, de 26 de enero de 2008.

autónomo), lo que acentúa la fragmentación normativa o dispersión jurisdiccional del pleito. Por ejemplo, imaginemos que en una cuestión relativa a la responsabilidad parental se discute el tema de los alimentos: La competencia judicial internacional para un mismo asunto quedaría disociada puesto que los alimentos siguen regulados en el Reglamento Bruselas I³¹; por lo que se refiere al reconocimiento y exequátur, la parte de la resolución sobre la medida de responsabilidad parental se regularía por el Reglamento Bruselas II bis y en lo relativo a los alimentos habrá que acudir al mecanismo del Reglamento Bruselas I o, si se dan las condiciones exigidas, al 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; y en materia de ley aplicable, habrá que acudir a los pertinentes convenios o disposiciones nacionales. Demasiadas normas para resolver un caso con el hándicap de que en muchos casos son desconocidas o mal aplicadas por los operadores jurídicos. Y esta fragmentación se agravará aún más cuando el ejemplo que hemos expuesto se encuentre vinculado a un proceso matrimonial, como lo ha demostrado, de hecho, la jurisprudencia³².

Siguiendo con el estudio del ámbito de aplicación del Reglamento hay que afirmar que también se han producido importantes modificaciones en cuanto a los titulares de la responsabilidad parental y en lo que se refiere a los menores sujetos a tal responsabilidad. Pero ¿quiénes son esos titulares?, y ¿qué entiende el Reglamento por menor?

Con respecto a la primera cuestión no aclara mucho la respuesta el art. 2.8 cuando afirma que se entenderá por titular de la responsabilidad parental "cualquier persona que tenga la responsabilidad parental sobre un menor"³³.

Aunque *a priori* pudiera parecer que el término "parental" sólo se refiere a los padres como los únicos titulares de ese conjunto de derechos y obligaciones para con sus hijos, hay que afirmar que también puede ser titular de esa responsabilidad un familiar o una institución³⁴. De hecho, el art. 2.7 cuando define la responsabilidad parental hace referencia a *una persona física o jurídica*, y en la enumeración de materias incluidas en el término se encuentra la designación y las funciones de *toda persona u organismo* encargado de ocu-

³¹ Aunque como afirma el Considerando 11 del Reglamento Bruselas II bis, los órganos jurisdiccionales competentes en virtud del presente Reglamento tendrán generalmente competencia para pronunciarse en materia de obligaciones alimentarias en aplicación del art. 5.2 RBI. La compatibilidad entre estos instrumentos plantea problemas como ha señalado F. MARONGIU BUONAIUTI, "Obbligazioni alimentari, rapporti patrimoniali tra coniugi e litispendenza tra i Regolamenti Bruxelles I e Bruxelles II", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2005, núm. 3, pp. 699-722.

De hecho, la delimitación material de los instrumentos comunitarios se ha considerado como uno de los grandes fallos del espacio judicial europeo, M.L. NIBOYET, "La globalisation du procès civil international dans l'espace judiciaire européen et mondial", *Journal de droit international*, 2006, núm. 3, p. 942.

³² Vid. por ejemplo, Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 12 de mayo de 2003 citada y comentada por J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Crisis matrimoniales internacionales...", ob. cit., pp. 225-249 y por J. RODRÍGUEZ RODRIGO, "Crisis matrimoniales y foro de necesidad en relación con la Sentencia núm. 166/2003", en A.L. CALVO CARAVACA y E. CASTELLANOS RUIZ (dir), *El derecho de familia ante el siglo XXI...*, ob. cit., pp. 705-721.

En sentido análogo, entre otras, Cour d'appel de Paris de 19 de diciembre de 2002 (*Journal de droit international* 2003, núm. 3, pp. 810-827, nota de A. BOICHÉ); Court of Appeal (Civil Division) de 4 de febrero de 2003 (*Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2003, núm. 1, pp. 271-272).

³³ A diferencia en el art. 1.2 del Convenio de La Haya de 1996 se hace referencia expresamente a los padres, tutores u otro representante legal.

³⁴ En este sentido se pronuncia R. ESPINOSA CALABUIG, "La responsabilidad parental y el nuevo Reglamento Bruselas II bis: entre el interés del menor y la cooperación judicial interestatal", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2003, núm. 3-4, p. 745.

parse de la persona o de los bienes del menor, y el acogimiento del menor en una *familia o en un establecimiento*.

El recurso a la Red judicial europea resulta sumamente útil para determinar en cada Estado miembro quién ostenta en cada caso la responsabilidad parental sobre el menor³⁵.

De otro lado, y como ya hemos afirmado, el Reglamento amplía los menores sobre los que se ejerce la responsabilidad parental al aplicarse a los hijos matrimoniales y a los extramatrimoniales garantizándose el principio, proclamado tanto a nivel interno como internacional, de igualdad de todos los hijos (Considerando 5). Pero dicho esto hay que destacar que el Reglamento, a diferencia de lo que ocurre en otros textos convencionales, no define qué entiende por niño o menor, es decir, nada dice acerca de la edad máxima del sujeto para que las disposiciones del texto sean aplicables.

Los Convenios internacionales en este punto no son homogéneos puesto que algunos establecen la edad de los 16 años (por ejemplo, el Convenio de Luxemburgo de 1980 ó el de La Haya de 1980) y otros se decantan por los 18 años (el Convenio de Naciones Unidas sobre los derechos del niño o el caso del Convenio de La Haya de 1996). Como afirma R. ESPINOSA GALABUIG, "en principio, la edad de los 16 años sería el límite a partir del cual el niño tendría ya una voluntad propia, que difícilmente podría ser ignorada tanto por sus padres como por una autoridad administrativa o judicial... Ahora bien, incluso cuando la edad del menor se establece en los 16 años, el derecho que éste tiene a mantener el contacto y a relacionarse con sus padres cuando residan en países diferentes queda garantizado hasta los 18 años, en cumplimiento así de uno de los derechos fundamentales establecidos por el Convenio de Naciones Unidas sobre los derechos del niños (art. 10)"³⁶.

Ante el silencio del Reglamento la cuestión de la edad del menor deberá resolverse acudiendo a las normas de Derecho internacional privado de los Estados miembros. Opción criticable puesto que incrementa la "relatividad en las soluciones"³⁷.

Y los problemas van a presentarse en la práctica porque la legislación de los Estados miembros diverge, por ejemplo, en cuestiones tales como la incapacidad de los mayores y las posibilidades de actuación de los menores como mayores en determinados casos³⁸. Al respecto en la Guía práctica se afirma que "aunque las decisiones sobre la responsabilidad parental se refieran en su mayor parte a menores de 18 años, estas personas pueden estar emancipadas conforme a su legislación nacional, en especial si se casan. Las resoluciones

³⁵ Así, por ejemplo y por lo que se refiere a España se afirma "la responsabilidad parental sobre los menores la tienen los padres. En los supuestos de separación, ruptura o no convivencia de los padres el conjunto de derechos y deberes para resolver sobre los menores, su persona y sus fines la tienen ambos padres, salvo supuestos excepcionales. Si los padres viven separados la patria potestad se ejercerá por aquél con quien el hijo conviva, sin embargo el juez, a solicitud del otro progenitor, podrá acordar que se ejerza conjuntamente. En el derecho español si los padres no están capacitados o no desean ejercer la responsabilidad parental sobre sus hijos, se pueden nombrar otros familiares, personas o institución designadas por una resolución administrativa o judicial en su caso, para que pueda ejercer la responsabilidad parental sobre los menores".

³⁶ R. ESPINOSA CALABUIG, "La responsabilidad parental y el nuevo Reglamento Bruselas II bis...", ob. cit., p. 754.

³⁷ A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, 7ª edición, Comares, Granada, 2006, p. 182.

³⁸ En nuestro ordenamiento la emancipación se regula en los arts. 314 -324 Cc y la incapacitación del hijo mayor de edad en el art. 171 Cc.

dictadas respecto a estas personas no se consideran en principio como materia de responsabilidad parental y por lo tanto no entran en el ámbito de aplicación del Reglamento³⁹.

Se ha apuntado, no obstante, que el concepto previsiblemente recibirá una interpretación autónoma si se elevase la cuestión al TJCE.

2.2. El catálogo de foros

A diferencia de lo que ocurría en el Reglamento 1347/2000 en el que la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental se vinculaba necesariamente al procedimiento matrimonial⁴⁰, en el nuevo Reglamento Bruselas II bis existe una clara división de los foros, articulándose un conjunto de foros propios, inspirados en el Convenio de La Haya de 1996, que tienen como finalidad la protección de los intereses del menor (Considerando 12)⁴¹.

Y en aras de ese interés superior del menor se consagra el foro general de su residencia habitual en el momento de presentarse el asunto ante el órgano jurisdiccional (art. 8)⁴². Este foro tiene su fundamento en el principio de proximidad puesto que son los órganos del Estado miembro donde reside el menor los que conocen su medio social y sus condiciones de vida y, por tanto, los mejores capacitados para adoptar las pertinentes medidas de protección.

Pero se trata de un concepto, la residencia, que no se define por lo que, a juicio de la doctrina, podría utilizarse la noción de residencia habitual de los Convenios de La Haya sobre protección de menores: se trataría de una cuestión fáctica que se correspondería con el "centro social de vida del menor" y que se determinaría en función de todas las condiciones, individuales, sociales y familiares, en las que se desarrolla la vida de ese menor⁴³.

³⁹ P. 9. En sentido análogo se pronuncia el Seminario sobre cooperación judicial en materia de derecho de familia y relaciones parentales..., ob. cit, p. 2.

⁴⁰ Para un estudio *in extenso* de los foros en el Reglamento 1347/2000, vid. A. BORRÁS RODRÍGUEZ, "Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia matrimonial: el Reglamento Bruselas II", Revista Jurídica de Cataluña, 2003, núm. 2, pp. 37-61; C. ESPLUGUES MOTA, *El divorcio internacional (jurisdicción, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 25-48; M. GÓMEZ JENE, "El Reglamento comunitario en materia matrimonial...", ob. cit, pp. 1 ss; M. MOYA ESCUDERO, "Competencia judicial y reconocimiento de decisiones en materia de responsabilidad parental: el Reglamento Bruselas II", La Ley, núm. 5647, 4 de noviembre de 2002, pp. 1-8; G. PALAO MORENO, "Las normas de competencia judicial internacional del nuevo Reglamento comunitario en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre hijos comunes", en *Libro Homenaje a Gonzalo Parra-Aranguren*, Venezuela, 2002, pp. 309-348; E. RODRÍGUEZ PINEAU, "Algunas reflexiones sobre las reglas de competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental", en *La Unión Europea ante el siglo XXI: los retos de Niza, Actas de las XIX Jornadas de la Asociación española de profesores de Derecho internacional y Relaciones internacionales*, Madrid, 2003, pp. 253-258; M^a.A. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, "Carácter exclusivo de los foros del Reglamento 1347/2000. La oscura redacción de sus artículos 7 y 8", en A.L. CALVO CARAVACA y E. CASTELLANOS RUIZ (Dir), *El Derecho de familia en el siglo XXI...*, ob. cit, pp. 741-774.

⁴¹ Aunque a juicio de B. ANCEL-H. MUIR WATT, "L'intérêt supérieur de l'enfant...", ob. cit, p. 575, de esta multiplicidad de soluciones se deriva que la coherencia del sistema sea víctima de un "dépeçage jurisdictionnel".

⁴² El art. 16 del Reglamento aclara cuándo debe considerarse iniciado un procedimiento.

⁴³ A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado...*, ob. cit, p. 182; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, "Competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental...", ob. cit, p. 112; R. ESPINOSA CALABUIG, "La responsabilidad parental y el nuevo Reglamento...", ob. cit, p. 763. Para un análisis de la evolución del concepto en los Convenios de La Haya vid. B. ANCEL-H. MUIR WATT, "L'intérêt supérieur de l'enfant...", ob. cit, p. 579-583.

A propósito de esta cuestión en la Guía práctica se insiste en que "el significado del término debe interpretarse con arreglo a los objetivos y fines del Reglamento. Debe hacerse hincapié en que no se está haciendo referencia aquí a ningún concepto de residencia habitual de acuerdo con el derecho nacional, sino a una noción autónoma de Derecho comunitario"⁴⁴.

Y en este sentido parecen pronunciarse los primeros pronunciamientos jurisprudenciales. La decisión de la Cour d'appel d'Aix en Provence de 18 de noviembre de 2004, confirmada por la de la Cour de Cassation de 14 de diciembre de 2005, aunque refiriéndose al Reglamento 1347/2000 y a una cuestión de divorcio y a las medidas de protección de una hija común, alude a esa noción comunitaria cuando afirma que la noción de residencia habitual debe entenderse como el lugar en el que el interesado ha fijado, con la voluntad de conferirle carácter estable, el centro permanente o habitual de sus intereses⁴⁵.

Será, por tanto, el órgano jurisdiccional el que deberá determinar en cada caso y sobre la base de todos los elementos objetivos si el menor tiene o no su residencia habitual en ese Estado miembro⁴⁶.

Si este foro general es el más apropiado, puede ocurrir que el propio interés del menor aconseje su sustitución por otros y, de ahí, la diversidad de soluciones de competencia judicial internacional⁴⁷.

Grosso modo, y puesto que nuestro objetivo no es realizar un estudio exhaustivo de los mismos, los supuestos en los que se excepciona el foro general se articulan en función del dato de que el menor cambie de residencia (ya sea de forma legal o ilícita); de la voluntad de los titulares de la responsabilidad parental; o de otras circunstancias.

Establece el art. 9 que, en materia de derecho de visita, cuando un menor cambie legalmente de residencia de un Estado miembro a otro y adquiera una nueva residencia habitual en este último, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la anterior

Hay que destacar que en el Convenio de La Haya de 1996 se discutió sobre la oportunidad de introducir una norma definiendo el concepto de residencia habitual, pero se desechó puesto que con ello se podía perturbar la interpretación de los otros Convenios que también utilizan dicho término (Informe LAGARDE).

⁴⁴ En sentido análogo en el Informe BORRÁS, p. 38, también se hace referencia a una noción comunitaria al afirmarse que "...el Tribunal de Justicia ha dado en diversas ocasiones una definición, en el sentido que significa el lugar en que la persona ha fijado, con carácter estable, el centro permanente o habitual de sus intereses que, a los fines de determinar dicha residencia, han de tenerse en cuenta todos los elementos de hecho constitutivos".

⁴⁵ La primera decisión citada puede consultarse en Journal de droit international 2005, núm. 3, pp. 801-817, nota de A. RICHEZ-PONS; la segunda, en International Litigation Procedure, 2006, núm. 29, pp. 628-631.

⁴⁶ Sigue afirmando la Guía práctica, p. 14, que "la apreciación por el juez caso por caso supone que, mientras que el adjetivo habitual tiende a indicar cierta duración, no debería excluirse que un menor pueda adquirir la residencia habitual en un Estado miembro el mismo día de su llegada, en función de los elementos objetivos del caso concreto".

Así, por ejemplo, en el Auto de la Audiencia Provincial de Salamanca de 30 de noviembre de 2005 se analizaron las circunstancias concretas del caso (menor de 2 años, datos médicos, pasaporte...) para concretar que la residencia habitual del menor se encontraba en Costa Rica. Por tanto, y aunque la Audiencia no lo hizo, debería haber quedado descartada la aplicación del Reglamento Bruselas II bis (Revista española de Derecho internacional, 2006, núm. 1, pp. 441-445, nota de S. GARCÍA CANO).

⁴⁷ Como afirma A. FONT I SEGURA, "El progresivo avance...", ob. cit, p. 287, cuando el Reglamento acude a otros foros distintos al de la residencia habitual resulta indispensable justificar la atribución en el principio de interés superior del menor. Ello supone que el juez debe efectuar un balance del supuesto para garantizar que su competencia será la más adecuada para los intereses del menor.

residencia seguirán siendo competentes durante los tres meses siguientes al cambio de residencia, para modificar una resolución judicial sobre el derecho de visita dictada en dicho Estado miembro antes de que el menor hubiese cambiado de residencia, si el titular del derecho de visita continúa residiendo habitualmente en el Estado miembro de la anterior residencia habitual del menor.

La finalidad de esta *perpetuatio jurisdictionis* es proteger a la persona que como consecuencia del cambio de residencia del menor ve perturbado el ejercicio normal de su derecho de visita, permitiéndole acudir a los órganos jurisdiccionales del Estado de su residencia para solicitar una modificación de la anterior resolución sobre el derecho de visita⁴⁸.

Cuando el cambio de residencia de un Estado miembro a otro sea ilícito los arts. 10 y 11 establecen reglas específicas de competencia para los casos de sustracción de menores y restitución del menor⁴⁹.

Como regla general hay que afirmar que existe una remisión a las previsiones del Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, aunque se corrigen algunas de sus soluciones. Esta normativa comunitaria se aplica con primacía sobre el citado Convenio de La Haya en las relaciones entre Estados miembros (art. 60).

Se sienta la premisa de que en el supuesto de traslado o retención ilícito de un menor los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde dicho menor tenía su residencia habitual con anterioridad, seguirán conservando su competencia. Esta competencia sólo pasará a los órganos jurisdiccionales del Estado de su nueva residencia habitual en los dos casos concretos que enumera el art. 10.

Por su parte, en el art. 11 se establece que las autoridades del Estado miembro donde ha sido trasladado o retenido ilícitamente el menor deben ordenar su inmediata restitución. Dicho órgano debe actuar con urgencia, utilizando los procedimientos más expeditivos que prevea su legislación nacional, y deberá dictar su resolución como máximo seis semanas después de la interposición de la demanda⁵⁰.

⁴⁸ En la Guía práctica pp. 14-16, se analizan todas las condiciones que deben reunirse de forma acumulativa para que juegue este foro. Para un estudio *in extenso* vid. E. MAGRONE, "La disciplina del diritto de visita nel Regolamento (CE) n. 2201/2003", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2005, núm. 2, pp. 339-370. Con carácter genérico vid. M. MOYA ESCUDERO, *Aspectos internacionales del derecho de visita de los menores*, Comares, Granada, 1998.

⁴⁹ El art. 2.11 del Reglamento define, de forma muy similar al art. 3 del Convenio de La Haya de 1980, lo que debe entenderse por traslado o retención ilícitos de un menor. De la ingente bibliografía existente en la materia vid. entre otros, A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Globalización, secuestro internacional de menores y Convenios de Luxemburgo (1908) y La Haya (1980)", en *Sustracción internacional de menores...*, ob. cit., pp. 33-50; C. GONZÁLEZ BEILFUSS, "Sustracción internacional de menores y ejercicio transnacional de los derechos de visita", en *Sustracción internacional de menores...*, ob. cit., pp. 89-114; M. HERRANZ BALLESTEROS, "Sustracción de menores en la Unión Europea: la conviencia entre el reconocimiento mutuo y el Convenio de La Haya de 1980", en *La libre circulación de resoluciones...*, ob. cit., pp. 217-229; *id.*, "El Reglamento (CE) n° 2201/2003. Alcance de la reforma en materia de sustracción internacional de menores en el espacio judicial europeo", *Aranzadi Civil*, 2004, núm. 13, pp. 1-14; I. LÁZARO GONZÁLEZ, "La sustracción internacional de los menores: el nuevo panorama europeo", en *Perspectivas del Derecho de familia en el siglo XXI. XIII Congreso internacional de Derecho de familia, Sevilla y Huelva del 18 al 22 de octubre de 2004* (publicado en CD-Rom); A. QUIÑONES ESCÁMEZ, "Nuevas normas comunitarias sobre sustracción de menores en el Reglamento CEE n° 2201/2003 en materia matrimonial y de responsabilidad parental" en *Perspectivas del Derecho de familia en el siglo XXI...*, ob. cit. (publicado en CD-Rom).

⁵⁰ A juicio de R. BARATTA, "Il Regolamento comunitario sul diritto internazionale privato della famiglia", en *Diritto internazionale privato e diritto comunitario (a cura di P. PICONE)*, Cedam, Padova, 2004, p. 178, este art. 11 del Reglamento integra el Convenio de La Haya de 1980 en las relaciones entre los Estados miembros.

La restitución de un menor no puede ser denegada sin que se haya dado posibilidad de audiencia a la persona que solicitó dicha restitución. También se vela porque se dé al menor esa posibilidad de audiencia, a menos que esto no se considere conveniente habida cuenta de su edad o grado de madurez⁵¹.

En el caso de que se dicte una resolución de no restitución se deberá transmitir una copia de la misma, junto con los pertinentes documentos, al órgano competente del Estado miembro donde el menor tenía su residencia habitual antes del traslado, en el plazo de un mes a partir de la fecha de la resolución de no restitución. Una vez que recibe la información este órgano deberá notificarla a las partes e invitarlas a presentar sus reclamaciones, en el caso de que no lo hubieran hecho con anterioridad, de conformidad con lo previsto en su legislación nacional, en el plazo de tres meses a partir de la fecha de la notificación.

Si este órgano dicta resolución posterior que ordena la restitución del menor la resolución podrá ejecutarse directamente en el Estado miembro donde se encuentre (art. 11.8). Sin perjuicio de que posteriormente estudiemos este aspecto, adelantemos que para que proceda la ejecutividad directa de esta resolución de restitución se requieren, básicamente, dos requisitos: a) que la resolución sea ejecutiva en el Estado de origen; y b) que el juez de origen haya certificado la resolución, previo cumplimiento de las condiciones exigidas para ello, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento mediante un formulario *ad hoc* contenido en los Anexos.

Si es cierto que estas soluciones están concebidas para luchar y frenar la práctica del secuestro de menores, hay que reconocer que los problemas más graves se plantean cuando el menor es trasladado a un tercer Estado (sobre todo, si pertenece al mundo islámico), y de ahí que se haya dudado sobre la conveniencia de las normas del Reglamento Bruselas II bis⁵².

El foro general del art. 8 puede ser excepcionado, como afirmamos, por la voluntad de los titulares de la responsabilidad parental que pueden acordar, en determinadas circunstancias, que conozca del asunto otro órgano jurisdiccional distinto del de la residencia habitual del menor. El art. 12 del Reglamento regula la *prorrogatio fori* distinguiendo según que la cuestión de responsabilidad parental esté o no vinculada a la causa matrimonial⁵³.

⁵¹ Como se deduce del Considerando 20 y de la Guía práctica para la aplicación del Reglamento, p. 36, para articular dicha audiencia pueden utilizarse los procedimientos establecidos en el Reglamento (CE) núm. 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación ente los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil (DOCE núm. L 174, de 27 de junio de 2001). En particular, el uso de la videoconferencia y de la teleconferencia previsto en el art. 10.4 de dicho Reglamento, puede ser particularmente útil para estos casos.

⁵² A. BORRÁS RODRÍGUEZ, "De Bruselas II a Bruselas II bis...", ob. cit., p. 257, considera que hubiera sido suficiente con que todos los Estados miembros hubieran firmado y ratificado el Convenio de La Haya de 1996, al margen de que se hubiera podido establecer la fuerza ejecutiva directa de determinadas resoluciones relativas a la protección de niños o introducir ciertos complementos al Convenio de La Haya de 1980. En sentido análogo se pronuncian B. ANCEL-H. MUIR WATT, "L'intérêt supérieur de l'enfant...", ob. cit., p. 572.

⁵³ Cuando la cuestión de responsabilidad parental está vinculada a la causa matrimonial establece el párrafo 1 del art. 12 que los órganos jurisdiccionales que sean competentes en virtud del art. 3 para conocer de la causa matrimonial tendrán competencia en las cuestiones relativas a la responsabilidad parental cuando: al menos uno de los cónyuges ejerza la responsabilidad parental sobre el menor y la competencia de dicho órgano haya sido aceptada expresamente por los cónyuges o titulares de la responsabilidad parental en el momento de someter el asunto ante el órgano jurisdiccional y responda al interés superior del menor. Si la cuestión de la responsabilidad parental no está vinculada a la causa matrimonial, se dispone en el art. 12.3 que puedan conocer los órganos jurisdiccionales del Estado con el que el menor esté estrechamente vinculado (por el hecho de que uno de los titulares de la responsabi-

La admisión de esta autonomía de la voluntad se ve sujeta siempre al cumplimiento del interés del menor y de otras condiciones aunque, como se ha señalado, puede plantearse el problema o la discusión de si esta mera voluntad de las partes redundará siempre en beneficio del interés del menor o si, por el contrario, los titulares de la responsabilidad parental elegirán un tribunal que responda mejor a sus intereses⁵⁴. Corresponderá a la jurisprudencia ponderar las concretas circunstancias de cada caso y valorar la oportunidad de este foro.

Cuando no pueda determinarse la residencia habitual del menor y no pueda determinarse la competencia sobre la base del recién analizado art. 12, serán competentes los tribunales del Estado en el que esté presente el menor (art. 13.1). Este *forum presentiae* también se aplicará a los menores refugiados y a los menores desplazados internacionalmente a causa de disturbios en su país.

Con carácter residual establece el art. 14 que si de los arts. 8 a 13 no se deduce la competencia de ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro, la competencia se determinará, en cada Estado miembro, con arreglo a las leyes de dicho Estado. Por lo que respecta a nuestro ordenamiento, la operatividad del art. 22.3 LOPJ será muy escasa dado el amplio abanico de foros previstos en el Reglamento⁵⁵.

Por último, y por lo que se refiere a los foros de competencia judicial internacional, una novedad que establece el Reglamento es que, excepcionalmente y si responde al interés del menor, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro competentes pueden dejar de conocer del asunto a favor de un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro que está mejor situado para conocer del litigio y con el que el menor tenga una vinculación especial (art. 15)⁵⁶. El propio artículo enumera qué elementos reflejan esa especial vinculación con un Estado miembro (el menor o el titular de la responsabilidad parental tiene la residencia habitual en ese Estado; el menor posee la nacionalidad de ese Estado; o se trate de medidas sobre bienes del menor situados en dicho Estado); y especifica los trámites procesales a seguir.

dad parental tenga en él su residencia habitual o porque el menor sea nacional de ese Estado) y cuando la competencia haya sido aceptada expresamente o de cualquier otra forma inequívoca por todas las partes en el procedimiento en el momento de presentar el asunto y la competencia responda al interés superior del menor.

Un estudio detallado de este foro puede consultarse en R. ARENAS GARCÍA, *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español*, De Conflictu Legum, Santiago de Compostela, 2004, pp. 161 ss.

⁵⁴ E. RODRÍGUEZ PINEAU, "El nuevo Reglamento comunitario...", ob. cit. p. 7.

⁵⁵ Para su análisis vid. A. FONT I SEGURA, "El progresivo avance...", ob. cit. pp. 291-292; E. RODRÍGUEZ PINEAU, "Algunas cuestiones sobre la aplicación del Reglamento CE 2201/2003 en España", *Anuario español de Derecho internacional privado*, 2004, pp. 265-272.

⁵⁶ Este artículo 15 está inspirado en los arts. 8 y 9 del Convenio de La Haya de 1996. A juicio de A. QUIÑONES ESCÁMEZ, "Competencia judicial internacional...", ob. cit. pp. 116-118, aunque *a priori* pudiera parecer que nos encontramos ante el *forum non conveniens* del derecho inglés, se introducen en el Reglamento una serie de correctivos que lo separan de la doctrina inglesa, puesto que no se trata de evitar una competencia excesiva sino de proteger más eficazmente al menor. Téngase en cuenta que el TJCE en la Sentencia 1 de marzo de 2005, asunto C-281/02, en el conocido caso Owusu, ha afirmado que el Convenio de Bruselas de 1968 no admite el *forum non conveniens* en las relaciones entre un Estado contratante y uno no contratante (vid. G. PALAO MORENO, "El *forum non conveniens* es incompatible con el Convenio de Bruselas (caso Owusu)", *La Ley/UE*, núm. 6306, 29 de julio de 2005).

En definitiva, y como valoración final, con este conjunto de foros el Reglamento ha querido dar respuesta al máximo número de situaciones que pueden plantearse en el territorio europeo en relación con las medidas de protección de los menores.

2.3. Las novedosas soluciones en materia de eficacia extraterritorial de resoluciones

La *ratio* que inspira la regulación del Capítulo III del Reglamento es la de facilitar al máximo la eficacia de las resoluciones dictadas por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en las materias cubiertas por el Reglamento⁵⁷.

La peculiaridad de Bruselas II bis en este ámbito es que conviven dos sistemas: de un lado, para el reconocimiento de resoluciones en materia de crisis matrimoniales y de responsabilidad parental se mantiene la fórmula clásica de reconocimiento y exequátur (cuando sea necesario), previo control por parte del órgano jurisdiccional del Estado miembro requerido; de otro lado, y como novedad, se establece un sistema en virtud del cual se suprime el exequátur, previo cumplimiento de los requisitos para ello exigidos, de las resoluciones en materia de derecho de visita y de restitución del menor certificadas conforme al Reglamento en el Estado miembro de origen.

Con respecto al sistema clásico se sigue la línea del Reglamento Bruselas II de instaurar el reconocimiento automático de las resoluciones de responsabilidad parental (art. 21); enumerar, en el art. 23, un conjunto de motivos por los que se puede denegar el reconocimiento; y articular un procedimiento de exequátur dividido en dos fases (arts. 28 a 36). Como estas soluciones son de sobra conocidas y no plantean problemas⁵⁸, nos vamos a centrar en el análisis del segundo sistema.

La gran novedad del Reglamento se encuentra en la Sección 4 de su Capítulo III (arts. 40-45 -"Fuerza ejecutiva de determinadas resoluciones relativas al derecho de visita y de determinadas resoluciones que ordenan la restitución del menor"), ya que ha supuesto la consagración, por primera vez, en un instrumento comunitario de la supresión del exequátur para un determinado tipo de resoluciones. Posteriormente en el ámbito patrimonial también se ha suprimido el exequátur para las resoluciones dictadas sobre créditos no

⁵⁷ Recuérdese que, como ya hemos explicado, también en esta sede asistimos al fraccionamiento normativo o dispersión del pleito.

⁵⁸ Para un estudio *in extenso* vid. M^aA. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, "El reconocimiento de decisiones europeas en materia de derecho de familia: novedades de la normativa comunitaria", *Perspectivas del Derecho de familia...*, ob. cit. (publicado en CD-Rom); E. CANO BAZAGA, "El reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental en el Reglamento (CE) n^o 2201/2003, por el que se deroga el Reglamento n^o 1347/2000" en AA.VV, *Hacia la supresión del exequátur en el espacio judicial...*, ob. cit. pp. 17-45.

La jurisprudencia en aplicación de estas disposiciones no está planteando problemas en la práctica. La eficacia de la sentencia es concedida en el Estado requerido siempre que se verifique que no concurre ningún motivo de denegación, como afirma la decisión de la Corte di Appello de Milán de 24 de febrero de 2003 (*Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2004, núm. 2, p. 622). Para ejecutar una resolución sobre los derechos de custodia de una menor en otro Estado miembro es necesario que sea declarada ejecutiva, a instancia de cualquier parte interesada, en este último Estado, tal como lo exige el art. 28 del Reglamento (Sentencia de la Corte di Cassazione 20 de diciembre de 2006, *The European Legal Forum*, 2007, núm. 1-2, pp. 32-33).

impugnados, instaurándose el llamado Título ejecutivo europeo⁵⁹. En este sentido, P. BIAVATI considera que con la reforma del Reglamento Bruselas II podría hablarse del "Título ejecutivo europeo en materia familiar"⁶⁰.

La principal consecuencia de esto es que no deberá desarrollarse ningún procedimiento intermedio de control en el Estado miembro requerido debiéndose considerar la resolución, a los efectos de la ejecución, como si hubiera sido dictada por un órgano jurisdiccional del Estado miembro de ejecución. En definitiva, el control de la sentencia pasa del órgano jurisdiccional del Estado requerido, protagonista hasta la fecha, al del Estado de origen que es el que debe comprobar que la resolución reúne todos los requisitos para gozar de ejecutividad directa y certificarla como tal.

Con estas previsiones el Reglamento quiere que tras la ruptura de la pareja se ejercite con normalidad el derecho de visita transfronterizo y se garantice la rápida restitución del menor. El bien jurídico protegido en estos asuntos demanda celeridad puesto que el paso del tiempo acarrea consecuencias irreparables. Por ejemplo, si una madre no permite a su hijo viajar a otro Estado miembro para visitar al padre, tal como establece la resolución judicial, éste podrá solicitar la ejecución directa de la resolución. Y este es precisamente el caso resuelto por el Auto de ejecución forzosa del Juzgado de Primera Instancia de Colmenar Viejo (Madrid) de 27 de julio de 2006, en el que se concede la ejecutividad directa a una resolución francesa en materia de derecho de visita⁶¹.

Como se viene apuntando, no todas las resoluciones dictadas en el ámbito de aplicación material del Reglamento se van a beneficiar de la plena consagración del principio de reconocimiento mutuo, ya que el art. 40 delimita claramente la operatividad de las nuevas normas a las resoluciones en materia de derecho de visita⁶²; y a la restitución de un menor consecuencia de una resolución judicial que ordene dicha restitución, con arreglo al apartado 8 del art. 11 (analizado en sede de competencia judicial internacional).

Estas resoluciones deben certificarse, previo cumplimiento de los requisitos exigidos, por el órgano jurisdiccional de origen de conformidad con el Reglamento. Las resoluciones así certificadas "deben ser reconocidas y gozar de fuerza ejecutiva en todos los demás Estados miembros, sin necesidad de procedimiento adicional alguno" (Considerando 23)⁶³.

⁵⁹ Reglamento (CE) núm. 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004 por el que se establece un Título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, DOUE, núm. L 143, de 30 de abril de 2004. Tras la adhesión de los nuevos Estados miembros el Reglamento ha sido modificado para adaptar los formularios (Reglamento CE núm. 1869/2005 de la Comisión de 16 de noviembre de 2005, por el que se sustituyen los anexos del Reglamento 805/2004, DOUE núm. L 300, de 17 de noviembre de 2005). Para un estudio *in extenso* vid. F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *El título ejecutivo europeo*, Cuadernos Civitas, Navarra, 2006; F. GASCÓN INCHAUSTI, *El título ejecutivo europeo para créditos no impugnados*, Aranzadi, Navarra, 2005; M^a A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *El título ejecutivo europeo*, Colex, Madrid, 2005.

⁶⁰ P. BIAVATI, "Il riconoscimento e il controllo delle decisioni in materia familiare", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2003, núm. 4, pp. 1252-1257.

⁶¹ Auto citado por S. ADROHER BIOSCA, "La aplicación jurisprudencial del Bruselas II...", *ob. cit.*, pp. 128-129.

⁶² Conforme a lo que dispone el art. 2.10 por derecho de visita hay que entender, en particular, el derecho a trasladar a un menor a un lugar distinto al de su residencia habitual durante un periodo de tiempo limitado. Por regla general, y como afirma la Guía práctica, p. 27, ese derecho de visita (conforme a lo dispuesto en la normativa nacional) se atribuye al progenitor que no vive con el menor o a otros miembros de la familia, tales como abuelos o terceras personas.

⁶³ Ahora bien, hay que tener en cuenta que estas disposiciones no impiden que el titular de la responsabilidad parental pueda acudir al régimen tradicional del Reglamento de reconocimiento y exequátur previo control, que sigue conservando su vigencia, es decir, se trata de una solución potestativa (art. 40.2).

Y para que dicha certificación pueda emitirse, se exige, como se deduce de los arts. 41 y 42 que:

- La resolución sea ejecutiva en el Estado miembro de origen, aspecto éste que determinará la *lex fori*. No obstante, se establece que aunque el Derecho nacional no estipule la fuerza ejecutiva por ministerio de la ley de las resoluciones que reconocen un derecho de visita o que ordenan la restitución del menor, el órgano jurisdiccional de origen podrá declarar ejecutivas dichas resoluciones, sin perjuicio de eventuales recursos. A juicio de E. RODRÍGUEZ PINEAU con esta previsión el Reglamento no se ha limitado a realizar una regulación de meros aspectos procesales sino que contiene disposiciones con contenido sustantivo⁶⁴. No se exige, en cambio, que la decisión haya adquirido autoridad de cosa juzgada ya que los intereses en juego (derecho de visita y la restitución del menor ilícitamente desplazado) exigen una rápida materialización del contenido de la sentencia.
- El juez de origen haya comprobado que se cumplen las condiciones que respectivamente enumera el art. 41.2 para el derecho de visita y el art. 42.2 para la restitución del menor (*grosso modo*, que se hayan respetado los derechos de defensa y de audiencia al menor y a las partes afectadas). Su exigencia está plenamente justificada máxime si tenemos en cuenta que en el Estado requerido la resolución no va a ser sometida a ningún control y que el único motivo por el que se puede denegar la ejecución es la incompatibilidad de resoluciones. En todo caso, y a nuestro juicio, es el interés del menor el que debe guiar al juez de origen a la hora de emitir el certificado.

Cumplidos todos estos requisitos el juez de origen expedirá el certificado utilizando para ello el modelo de formulario que figura en los Anexos III (para el derecho de visita), y IV (relativo a la restitución del menor). El certificado se redactará en la lengua de la resolución y en la práctica consistirá en rellenar nombres o direcciones y marcar algunas respuestas (en sentido positivo o negativo), por lo que en principio es innecesaria la traducción. Esta sólo la exige el art. 45.2 para dos puntos concretos de dichos certificados referidos, respectivamente, a las modalidades de ejercicio del derecho de visita y a los pormenores de las medidas adoptadas para garantizar la restitución del menor. Dicha traducción estará realizada en la/s lengua/s oficial/es del Estado miembro de ejecución o en cualquier otra lengua que dicho Estado haya indicado expresamente que puede aceptar y deberá estar certificada por una persona habilitada a tal fin en uno de los Estados miembros.

Mientras que en el supuesto de restitución del menor el certificado se expedirá siempre de oficio, en materia de derecho de visita hay que distinguir, como lo hace el art. 41.3, la situación que tiene carácter transfronterizo al dictarse la resolución (en cuyo caso se expide de oficio cuando la resolución adquiera fuerza ejecutiva, incluso provisional), de aquélla que adquiere dicho carácter con posterioridad (ya que aquí será a instancia de parte).

Una vez emitido el certificado en el Estado miembro de origen no es posible interponer ningún recurso contra dicha expedición, estableciéndose únicamente la vía de la

⁶⁴ E. RODRÍGUEZ PINEAU, "El nuevo Reglamento comunitario...", *ob. cit.*, p. 5.

rectificación del certificado, que se regirá conforme a lo dispuesto en la *lex fori* (art. 43)⁶⁵. A nuestro juicio, esta solución sólo está justificada en el caso de que el juez de origen haya comprobado con suma diligencia el cumplimiento de todos los requisitos que se exigen y siempre y cuando la ejecutividad directa de la resolución redunde en el interés superior del menor.

La resolución certificada conforme al Reglamento será ejecutada en el Estado miembro de ejecución en las mismas condiciones que si se hubiese dictado en dicho Estado miembro, no siendo necesario ningún procedimiento ni ninguna declaración que le reconozca fuerza ejecutiva y sin que quepa impugnar su reconocimiento. En palabras de B. ANCEL y H. MUIR WATT, estamos ante un procedimiento "fast-track"⁶⁶.

Sorprende en este punto que se suprime toda referencia a la cláusula de orden público aunque cabría preguntarse si el órgano de la ejecución podría invocar el interés del menor para no ejecutar dicha resolución⁶⁷. En este sentido, se aboga por una armonización de los derechos procesales de los Estados miembros en lo relativo a la regulación de la participación del niño en los pertinentes procesos⁶⁸.

Ahora bien, y siguiendo la solución acogida por el resto de instrumentos en la materia, el procedimiento de ejecución *stricto sensu* se regirá, a salvo de las previsiones del Reglamento, por lo dispuesto en la legislación del Estado miembro de ejecución (art. 47.1). Y aquí, de nuevo, pueden plantearse problemas en la práctica debido a las notables diferencias entre las legislaciones de los Estados miembros en la materia⁶⁹.

⁶⁵ Por lo que se refiere al ordenamiento jurídico español la nueva Disposición Final 2ª LEC (incorporada por la Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios, BOE núm. 134, de 6 de junio de 2006), establece que las certificaciones judiciales relativas a las resoluciones sobre el derecho de visita y la restitución del menor se expedirán de forma separada, mediante providencia. El procedimiento de rectificación se resolverá por el art. 267 LOPJ y la denegación de la certificación, que se adoptará mediante providencia, podrá impugnarse por los trámites del recurso de reposición. Vid. F. GARAU SOBRINO, "La tardía (y problemática) adaptación del ordenamiento español a los Reglamentos (CE) núm. 2201/2003 y núm. 805/2004", Revista española de Derecho internacional, 2006, núm. 1, pp. 605-611.

⁶⁶ B. ANCEL y H. MUIR WATT, "L'intérêt supérieur de l'enfant...", ob. cit, p. 600.

⁶⁷ El orden público sólo aparece contemplado en el art. 23 entre los motivos de denegación del reconocimiento y exequátur, recogiendo su doble vertiente, material y procesal

⁶⁸ C. GONZÁLEZ BEILFUSS, "Relaciones e interacciones entre Derecho comunitario...", ob. cit, pp. 173-174.

La eliminación del orden público en los Reglamentos que han consagrado el reconocimiento mutuo de resoluciones ha originado numerosas críticas en algún sector de la doctrina vid. J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, "Reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales extranjeras y respeto de los derechos humanos relativos al proceso", en *Soberanía del Estado y Derecho internacional...*, ob. cit, pp. 695-716; M. GUZMÁN ZAPATER, "La superación del exequátur en el espacio judicial europeo: decisiones relativas al derecho de visita y a obligación de alimentos", Cursos de Derecho internacional y Relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz, 2006, pp. 211-246.

⁶⁹ C. GONZÁLEZ BEILFUSS, "Relaciones e interacciones entre Derecho comunitario...", ob. cit, pp. 174-175; Para un estudio de la ejecución de estas resoluciones en el derecho español, vid. E. RODRÍGUEZ PINEAU, "La aplicación del Reglamento CE 2201/2003...", ob. cit, pp. 283-285. Al respecto en la Guía práctica, p. 45, se establece que "es esencial que las autoridades nacionales apliquen normas que garanticen la ejecución eficiente y rápida de las resoluciones judiciales dictadas conforme al Reglamento para no socavar sus objetivos", citando la pertinente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

2.4 La cooperación interestatal

Con la finalidad de que la regulación de la responsabilidad parental sea realmente efectiva el Reglamento, inspirándose en las soluciones de los Convenios de La Haya, fomenta, como solución novedosa, la cooperación interestatal y es aquí precisamente donde se encuentra la clave del éxito del Reglamento puesto que esta cooperación deviene fundamental para hacer realmente efectivo el ejercicio de los derechos de visita y garantizar el retorno del menor.

En virtud de lo dispuesto en el art. 53, cada Estado miembro designa una o varias Autoridades Centrales encargadas de asistirlo en la aplicación del Reglamento (En España, la Dirección General de cooperación jurídica internacional del Ministerio de Justicia)⁷⁰. Entre sus funciones generales se encuentra la de proporcionar información sobre las legislaciones y los procedimientos nacionales y adoptar las medidas necesarias para la aplicación del Reglamento apoyándose en la Red Judicial Europea.

Y en los casos específicamente relacionados con la responsabilidad parental, adoptarán las medidas para recabar información sobre la situación del menor; proporcionarán información y ayuda a los titulares de la responsabilidad parental que soliciten el reconocimiento y ejecución de resoluciones en su territorio; facilitarán las comunicaciones entre los órganos jurisdiccionales; proporcionarán información y asistencia para la aplicación del art. 56; y facilitarán la celebración de acuerdos entre los titulares de la responsabilidad parental a través de la mediación o por otros medios (art. 55).

Queda patente, de nuevo, el interés de la Comunidad en la armonización de la mediación familiar y prueba de ello es el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil de 2002 y la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles de 22 de octubre de 2004⁷¹.

Desde el momento en que el titular de la responsabilidad parental dirige una solicitud de asistencia a la Autoridad Central del Estado de su residencia o a aquella en la que el menor tenga su residencia o se encuentre, se activa una labor de cooperación entre las diversas Autoridades Centrales en los términos que señala el art. 57.

III. REFLEXIÓN FINAL

En este trabajo hemos intentado ofrecer una visión genérica sobre la regulación de la protección de menores en el Reglamento Bruselas II bis, valorando sus aspectos positivos y denunciando sus carencias en la materia.

⁷⁰ Vid. A. BORRÁS RODRÍGUEZ, "El papel de la Autoridad Central: los Convenios de La Haya y España", Revista española de Derecho internacional, 1993, núm. 1, pp. 63-79. A juicio de E. RODRÍGUEZ PINEAU, "El nuevo Reglamento...", ob. cit, p. 14, la inclusión de este régimen constituye una verdadera revolución.

⁷¹ Documento (COM) 2004, 718 final, aprobado en Primera lectura por el Parlamento Europeo el 29 de marzo de 2007. Vid. entre otros, G. PALAO MORENO, "La libre circulación de acuerdos de mediación familiar en Europa", en *La libre circulación de resoluciones...*, ob. cit, pp. 231-241; M^a I. GONZÁLEZ CANO, "Últimas propuestas en la Unión Europea sobre la mediación en asuntos civiles y mercantiles", Unión Europea Aranzadi, 2007, núm. 2, pp. 5-30.

Si es cierto que con este instrumento el legislador comunitario ha abierto la puerta al Derecho de familia, hay que reconocer que es mucho el trabajo que le queda por hacer. En este año que se cumple el 50 aniversario del Tratado de Roma se reafirma más que nunca la política del paso a paso a la que hacía referencia ROBERT SCHUMAN cuando afirmó que "Europa no se hará de una vez ni en una obra de conjunto: se hará gracias a realizaciones concretas que creen en primer lugar una solidaridad de hecho".