

Recibida: 21 julio 2022
Aceptada: 15 septiembre 2022

Litigios sobre responsabilidad parental: algunas notas sobre la coherencia e integridad de la disciplina *.

Luis F. CARRILLO POZO **

SUMARIO: I. Preliminar. II. El necesario encaje de las normas de fuente internacional y de la normativa procesal interna. III. Pluralidad de fuentes y de regímenes para una materia compleja (vicisitudes de la norma general de competencia judicial internacional). IV. Sigue: La (im)posible concentración de los litigios en el foro del divorcio. V. La pérdida de la visión de conjunto en la eficacia transfronteriza de resoluciones (el peligro de los intersticios). VI. La confianza recíproca, los formularios y la consagración de las particularidades nacionales (la unificación comprometida). 1. La audiencia al menor. 2. La expedición del certificado de resolución con eficacia privilegiada. VII. Final.

RESUMEN: En el sector de la responsabilidad parental existen varias claves de pérdida de coherencia en la reglamentación: ha sido desde siempre objeto de atención desde varias instancias, lo que ha generado una pluralidad de fuentes de regulación que conviene deslindar, conviviendo normas que no siempre son coincidentes en sus soluciones; existe además el problema añadido de que es un tema que no suele aparecer aislado (más bien suele ser una de las cuestiones que se dilucidan en un proceso de divorcio), y eso concita de nuevo la irrupción de tantos reglamentos como problemas; se pierde la unidad cuando dentro de un mismo texto legal se articulan vías heterogéneas de eficacia extraterritorial de resoluciones; por último, la confianza recíproca en el seno de la UE ha desarmado a los Estados frente a decisiones procedentes de otro EM que pueden desconocer de raíz postulados esenciales del foro.

PALABRAS CLAVE: REGLAMENTO BRUSELAS II TER, CONVENIO DE LA HAYA DE 1996, RESPONSABILIDAD PARENTAL, PROCESOS DE FAMILIA, RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE DECISIONES EXTRANJERAS.

Litigation on parental responsibility: some notes on the coherence and integrity of discipline

ABSTRACT: In the field of parental responsibility there are several keys of the loss of consistency in legal discipline: It has always been the object of attention from several instances, which has generated a plurality of sources of regulation that should be demarcated, coexisting rules that are not always

* El presente trabajo se adscribe al Proyecto PID2020-114611RB-I00, “Protección del menor en las crisis familiares internacionales. (Análisis del Derecho Internacional Privado español y de la Unión Europea)” concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación”. Mi agradecimiento a la profesora M. Guzmán Zapater por la ayuda recibida.

Se reproduce en lo esencial la ponencia presentada en el III Foro europeo de Derecho internacional privado celebrado en la Universidad de Alcalá de Henares los días 13 y 14 octubre 2022.

** Profesor Titular de Derecho internacional privado. Universidad de Almería.

coincident in their solutions; there is also the added problem that this is a topic that does not usually appear in isolation (rather, it is usually one of the issues that are decided in a divorce process), and that again causes the irruption of as many regulations as problems; unity is lost when, within the same legal text, heterogeneous ways of extraterritorial effectiveness of resolutions are articulated; finally, mutual trust within the EU has disarmed states in front of decisions from another MS when it could be case of decisions ignoring the essential postulates of the forum.

KEYWORDS: BRUSSELS II TER REGULATION, 1996 HAGUE CONVENTION, PARENTAL RESPONSABILITY, FAMILY PROCEEDINGS, RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF FOREIGN DECISIONS.

I. PRELIMINAR

1. El sustrato humano condiciona el desarrollo de los procesos. Es difícil encontrar fuera de la responsabilidad parental otro sector del Derecho privado en el que las exigencias de certeza y expeditividad sean tan intensas, y será igualmente arduo articular procedimientos de ejecución de obligaciones personalísimas como las que aquí se afrontan que no comprometan la eficacia de las resoluciones. La necesidad sentida de trabajar en pos de los intereses de los menores ha llevado a que varias instancias de cooperación internacional hayan querido dejar su impronta, lo que sumado a una estrategia estatal poco meditada de ratificaciones genera una acumulación de fuentes normativas inexistente en el resto, marcado todo además por la complejidad de un tipo de controversias en el que se involucran cuestiones matrimoniales, patrimoniales y parentales. Aun no siendo lo más difícil del Derecho internacional privado, en definitiva, es poco dudoso que el sector reclama *finezza*.

2. El presente escrito se centra en algunas cuestiones que surgen en los litigios sobre responsabilidad parental. El tema es inabarcable en unos pocos folios; sería absurdo pretender una presentación de conjunto. En consecuencia, me centraré en la contemplación del proceso de familia como un conjunto en el que se ventilan diversas, específicas controversias: cuando el juez está en condiciones de divisar el conjunto del entramado puede ofrecer una respuesta totalizadora y coherente. Así ocurre en los procesos internos. Resulta empero que esto no es siempre posible, por falta de competencia judicial internacional; otro tanto sucede cuando se diseña un régimen de eficacia extraterritorial de resoluciones sobre el mismo tema que fluye a dos velocidades; en tercer lugar –ya en una dimensión diferente– apuntaré a la imposibilidad de mantener la coherencia interna cuando en sede de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras se desarma al juez del foro de instrumentos de control, en un ejercicio de voluntarismo que roza lo caprichoso¹.

¹ Nadie escribe en el vacío. El punto de partida del presente trabajo es mi monografía *La responsabilidad parental. Un estudio de Derecho procesal civil internacional*, Valencia, 2021. Sobre

Centraré la mirada en el reglamento Bruselas II ter², más que nada por su carácter relativamente novedoso y porque, en razón del foro de competencia básico retenido, está llamado a constituirse en el núcleo esencial del sistema.

II. EL NECESARIO ENCAJE DE LAS NORMAS DE FUENTE INTERNACIONAL Y DE LA NORMATIVA PROCESAL INTERNA

3. Afirma el considerando segundo del RB II ter que “el presente Reglamento debe contribuir a reforzar la seguridad jurídica e incrementar la flexibilidad, y a garantizar un mejor acceso a los procesos judiciales y una mayor eficiencia de dichos procesos”. Sí y no³. Las normas de la UE llegan hasta donde pueden, esto es, a los litigios con implicaciones transfronterizas. Desde este punto de vista, aceptaremos sin grandes objeciones que, ya que la creación de normas de competencia, reconocimiento y ejecución uniformes contribuye a diseñar la estructura básica compartida del edificio procesal europeo, desaparecen las distorsiones (léase incertidumbres) que en el plano de lo fundamental puedan derivarse de las disparidades legales; pero no es menos cierto que no se pretende (*rectius*, no se puede) interferir en la autonomía procesal de los Estados, que mantienen plena soberanía para regular como gusten los procedimientos (siempre que no sufran menoscabo los principios de equivalencia y efectividad, principios cuya influencia marca el límite máximo de esa autonomía)⁴, con la consiguiente merma en la armonía interna (a), y que existe un entramado previo de regulaciones que la UE no puede suprimir de un plumazo (b):

a) La UE ha entrado –o al menos condicionado– decisivamente en unos pocos elementos clave del proceso civil nacional, definiendo algunos mínimos comunes insoslayables (plazos, recursos, documentación,...), que conviven con las reglas nacionales: si se compara con los convenios de la Conferencia de La Haya o los

este tema se ha escrito muchísimo. Existen bastantes estudios dedicados a la exposición de precedentes históricos y jurisprudenciales (v.gr., el muy notable de J.M. Forcada Miranda, *Comentarios prácticos al Reglamento (UE) 2019/1111*, Madrid, 2020) a los que me remito. Pues bien, en un esfuerzo de contención he preferido reducir la bibliografía a la imprescindible que apoya el discurso, sin las alharacas usuales. Para ulteriores referencias, permítaseme remitir a las recogidas en ese libro. Con idéntica finalidad de no sobrecargar el texto he optado por no reproducir el texto de las normas reglamentarias citadas, siendo como son de muy fácil acceso. Confío en la indulgencia del lector.

² Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo de 25 junio 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.

³ No vale la pena subrayar la cruel contradicción que supone haber aseverado en el ámbito de la ley aplicable a los contratos que flexibilidad y seguridad jurídica son términos que casan mal, y sin embargo yuxtaponerlos aquí sin matices.

⁴ Cf. F. Gascón Inchausti, *Derecho europeo y legislación procesal civil nacional: entre autonomía y armonización*, Madrid, Marcial Pons, 2018, p. 12.

bilaterales suscritos por España, tan *epidérmicos* en ese sentido, se constata la intensidad del impacto derivado del tránsito desde una estricta yuxtaposición a la mixtura. Pero más allá de esto, por mucho que queramos, ni es igual litigar contra un sujeto domiciliado en el extranjero ni las resoluciones procedentes de un tribunal de un EM son iguales a las del foro; y, como no es lo mismo y el Reglamento no puede disciplinarlo todo, hay que dar respuesta a unas necesidades especiales, lo que cada legislador nacional afronta como mejor le parece, sea elaborando normas detalladas al estilo alemán o francés, sea no haciendo nada y confiando en la suficiencia de las reglas procedimentales, sea una fórmula intermedia –como entre nosotros se ha hecho en las disposiciones finales de la LEC–, regulando sólo algunos temas concretos para tratar de facilitar la aplicación de los reglamentos. Lo que queda claro es que la uniformidad absoluta (léase seguridad jurídica plena) no existe en un texto dependiente de las interpretaciones judiciales domésticas (un buen ejemplo lo hallamos en el manido problema del concepto de residencia habitual del menor o la puesta en juego de procedimientos de cooperación a expensas de la constatación de la concurrencia de un evanescente “interés del menor”) y necesitado de los ordenamientos nacionales para ponerse en funcionamiento⁵, y que si no encajan bien las piezas se generan riesgos de incertidumbre, lo que en procesal y en temas de menores resulta especialmente inconveniente (piénsese por ejemplo en los pesados mecanismos internos para la transferencia del conocimiento de un asunto, que terminan por convertirlo casi en un éxodo por desiertos minados; o los plazos reglamentarios para la restitución del menor en caso de sustracción, irreales con las leyes rituarías nacionales en la mano; o el desajuste de los criterios de competencia territorial cuando se trate de modificar en España el régimen de visitas decretado por un tribunal extranjero). Por eso decía que, paradójicamente, el mecanismo aplicativo tal vez sea más sencillo cuando se aplican los convenios, donde todo es diáfano, porque al desentenderse de la disciplina procesal, dejan subsistir a la interna sin interferencias ni necesidad de articular y combinar⁶. Por lo demás, no se puede traspasar los límites: que no es necesario⁷ armonizar los sistemas procesales nacionales para asegurar la circulación de resoluciones en la materia lo demuestra el dato de que, si hubieran existido problemas derivados de la heterogeneidad, la excepción de orden público habría funcionado con profusión en la aplicación del

⁵ Temas como la necesidad o no de abogado, la competencia respecto de menores no acompañados, la autoridad encargada de la emisión de formularios, la disciplina de la audiencia del menor, la identificación de las resoluciones que se benefician de la ejecución provisional... dependen de los sistemas procesales internos.

⁶ No creo que sea necesario insistir en que en este tema lo transcendental es la selección del órgano judicial competente, desde el momento en que en condiciones normales va a aplicar su propio Derecho (en particular, arts. 15 y 16 del Convenio de La Haya de 1996).

⁷ Más aún: La unificación no es constitucionalmente posible, por exigencias del principio de subsidiariedad.

RB II bis, lo que no es el caso. Bastan unas normas mínimas⁸.

Retengamos de todas formas ese dato apenas apuntado: el legislador español ha sido consciente de que las reglas contenidas en las disposiciones de fuente europea no son autosuficientes, y la respuesta ha sido regular específicamente algunos detalles, pero más que nada dejando cosas sin resolver, en la certeza de que las soluciones de la ley rituarial tienen que servir para ofrecer respuestas idóneas, atentas a la extranjería y respetuosas de los derechos de las partes. No es admisible por ello el reproche usual de que se han dejado lagunas por desidia o desconocimiento: por supuesto que se conoce el terreno, y el mensaje que se lanza es que basta con la vigente ley procesal, interpretada con suficiente flexibilidad a la luz y al servicio de los principios inspiradores⁹.

b) Todos los países de la UE han ratificado el Convenio de La Haya de 19 octubre 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, pieza clave en materia de protección de menores que, a diferencia del resto de convenios que inciden en ella, contiene normativa propia de Derecho procesal civil internacional. El respeto de los compromisos adquiridos y el carácter dinámico de las relaciones supondrá la vigencia simultánea de ambos y la necesidad de articular mecanismos de preferencia (pasarelas) cuando entren en contacto. Sobre este tema volveré en seguida.

4. El sistema se construye a partir del núcleo de valores de este sector del Derecho, compartidos –va de suyo– con el resto del ordenamiento, que incorporan mandatos idóneos de interpretación y de construcción. Los principios básicos vienen dados por las declaraciones de derechos (arts. 39 y 10.2º CE y 3.3º TUE, art. 3 del Convenio de Naciones Unidas sobre derechos del niño de 20 noviembre 1989, art. 24 de la Carta de derechos fundamentales de la UE), sintetizables en la primacía del interés del menor, principio multiusos concretado en nuestro caso por la jurisprudencia del TC, cuya doctrina generada en sucesivos recursos de amparo –generosamente vinculante, art. 5 LOPJ¹⁰– queda muy bien

⁸ La autonomía procesal de los Estados no está al servicio de una quimera llamada competencia entre sistemas. En un modelo caracterizado por la ausencia de alternatividad de los foros hablar de competencia entre ordenamientos es absurdo, por supuesto. Si algo debe inspirar a ese legislador es la promoción de los derechos procesales al servicio del interés del menor.

⁹ Otro tema es que la ejecución en los procesos de familia esté bien regulada en la LEC, porque está pensada básicamente para cuestiones económicas y no tanto para cuestiones familiares: Cf. P. Alejándrez Peña, “Problemática práctica ante la ejecución de las separaciones o divorcios notariales”, *Revista de Derecho de Familia*, 2020, 86, pp. 375–396. Las normas sobre ejecución del art. 776 LEC son un auténtico tiro en el pie de la familia, al detraer fondos necesarios para la satisfacción de necesidades básicas: Cf. P. Moya Donate, “La ejecución de resoluciones procesales de familia en las que aparecen afectados los menores. Especialidades procesales”, en *Sepin Familia y Sucesiones*, septiembre 2020 (SP/DOCT/106605), p. 5.

¹⁰ A. Garrorena Morales, “Comentario al art. 164 CE”, en O. Alzaga Villaamil, *Comentarios a la Constitución española de 1978*, t. XII, Madrid, 1999, pp. 377–378.

resumida en la STC 178/2020, de 14 de diciembre, importante porque ofrece directrices de alcance también procesal: En lo que aquí nos afecta, la necesidad de valorar caso por caso ese interés, sin argumentaciones estereotipadas; que se explicita cómo ha operado; la huida del formalismo; la exclusión de la preclusión; la ampliación de la posibilidad de realizar alegaciones; la ausencia de vinculación a las pretensiones de las partes; el activismo judicial. Dicho en clave internacional privatística, debe conducir al menos a dos cosas, a saber, desbordar los cauces procesales si es la única forma de atender al interés superior y excluir las decisiones extranjeras que no satisfagan y/o hagan elocuente el standard mínimo.

III. PLURALIDAD DE FUENTES Y DE RÉGIMENES (VICISITUDES DE LA NORMA GENERAL DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL)

5. Es sabido que las más de las veces los problemas relativos a la responsabilidad parental surgen a propósito de un divorcio, y que en ese entorno se discute sobre el vínculo matrimonial, el patrimonio de la familia, el uso de la vivienda familiar, los alimentos y las relaciones con los hijos, y por consiguiente entran en juego un haz de instrumentos normativos gestados en épocas y foros diferentes. No me interesa ahora detenerme en el lamento habitual en torno a la difícil individualización de las fuentes reguladoras –que no es tal desde el momento en que los respectivos ámbitos de aplicación de cada una están bien delimitados, existen pasarelas tipo art. 97 RB II ter y en el seno de la UE los diversos instrumentos se complementan muy bien– cuanto poner de relieve el riesgo de quiebra de la coherencia cuya puesta en funcionamiento puede desencadenar¹¹.

6. En situaciones de crisis matrimonial se trata de organizar la vida familiar de cara al futuro, y ahí es cuando las partes –o los jueces en su defecto– llegan a soluciones donde los equilibrios se alcanzan merced a acuerdos recíprocamente condicionados: Al margen de lo estrictamente conyugal, el régimen de visitas tiene mucho que ver con la asignación de la guarda y custodia, y esta con los alimentos, por ejemplo. Lo deseable es que el conjunto sea tratado como un paquete, sin segmentarlo¹². Mas la perspectiva unitaria puede quedar comprometida por la intervención de diferentes regímenes normativos, algunos coexistentes incluso dentro del mismo reglamento. El eje de todo el sistema internacional privatístico –en materia de responsabilidad parental y en sectores vecinos– es la residencia habitual del menor (como regla generalísima, recuérdese,

¹¹ Imprescindible en el tema de las fuentes, F. Garau Sobrino, “Notas sobre la colisión de fuentes de derecho internacional privado español sobre responsabilidad parental y protección del niño”, *CDT*, 2011, p. 289.

¹² En el documento preliminar n° 2 del Council on General Affairs and Policy de la Conferencia de La Haya, marzo 2020, se insistía en la necesidad, entre otras cosas, de profundizar en la autonomía y en la mediación y de facilitar las tareas mediante la centralización de funciones judiciales.

son los tribunales competentes, y los jueces aplican su propio Derecho). Pero cuando los tribunales de la residencia dejan de ser competentes o hay varios que se postulan, por ejemplo, empiezan las dudas. Destacaré dos cuestiones:

a) Cuando la competencia general deja de serlo: el RB II ter y el CLH 1996 conviven sin demasiadas estridencias, gracias a la delimitación basada en la residencia del menor y la prevalencia del Convenio en los casos que no sean puramente intra-UE, como sanciona el art. 97 del texto reglamentario. Sin embargo, no todo es tan neto, porque un tribunal europeo puede conocer de un litigio relativo a un menor que no reside en el territorio del foro, y el art. 97 no ha considerado la hipótesis del art. 55 CLH 96, que prevé que cualquier Estado contratante pueda, conforme al art. 60, “a) reservarse la competencia de sus autoridades para tomar medidas de protección de los bienes de un niño situados en su territorio; b) reservarse el derecho de no reconocer una responsabilidad parental o una medida que sería incompatible con una medida adoptada por sus autoridades en relación a dichos bienes”. Igualmente se prevé que la reserva pueda restringirse a determinadas categorías de bienes. Bastantes Estados –España entre ellos– la ha formulado¹³. Lo fácil: si el niño vive en un EM y tiene bienes en un EM reservatorio, no se produce restricción alguna de la competencia, porque el reglamento prevalece y desplaza el juego del art. 55 CLH. Lo mismo vale si por cualquier otro foro distinto a la residencia (casos de transferencia o de elección, por ejemplo) los tribunales de un EM son competentes, claro. Las distorsiones: cuando el niño viva en un Estado parte del Convenio del 1996 de los que han formulado la reserva (pero que no sea EM) o cuando, siendo competente un tribunal de un EM, los bienes se encuentren en alguno de esos Estados, asistiremos a la restricción en el alcance de la competencia judicial (con la consiguiente imperativa multiplicación de los foros si se quiere dar una respuesta exhaustiva al litigio) o a la emanación de una decisión previsiblemente claudicante: i) Si el niño tiene su residencia habitual en España (o los tribunales españoles son competentes), no hay un solo dato normativo que impida a nuestros jueces adoptar medidas relativas a sus bienes estén donde estén, porque la competencia atribuida por las normas del RB II ter es general (insisto: ninguno de los apartados del art. 97 plantea la hipótesis regulada en el art. 55 CLH, y no se restringe la competencia judicial; pensar que el art. 52.3º CLH¹⁴ implica siempre y en todo caso la prevalencia de sus soluciones reduce a la inanidad el papel del mentado art. 97 RB II ter); ii) Ahora bien, por

¹³ De entre los países de fuera de la UE, Albania, Montenegro, Turquía, Rusia, Fidji, SeRB Ia, Armenia y Ucrania –en relación sólo con los bienes inmuebles– han formulado idéntica reserva. Nicaragua lo hizo fuera de plazo, generándose la situación patológica de que, mientras que el depositario del convenio acepta la reserva, los Estados de la UE no lo hacen, con lo que se supone que sus jueces actuarán como si no existiera, pero por puro pragmatismo conviene no ignorar las consecuencias perjudiciales para los privados.

¹⁴ Recuérdese su tenor: “Los acuerdos a concluir por uno o varios Estados contratantes sobre materias reguladas por el presente Convenio no afectarán a la aplicación de las disposiciones del presente Convenio en las relaciones de estos Estados con los demás Estados contratantes”.

mucho que la norma atribuya competencia general, no es seguro que luego sean reconocidas sus decisiones; lo malo es que no existe instrumento procesal alguno en virtud del cual, cuando en tales circunstancias se suscite un litigio en España, puedan nuestros tribunales dejar de pronunciarse respecto a unos bienes situados en el extranjero. Piénsese en el caso de un menor con residencia habitual en España y es propietario de bienes inmuebles en Ucrania, o el del niño que haya heredado acciones cotizadas en la bolsa de Estambul: Alegar la existencia de una reserva en aquellos sistemas no sirve para nada, por mucho que lo lógico sería que el juez español pudiera abstenerse de conocer parcialmente. Es exactamente lo mismo que ocurre a propósito del art. 12 del reglamento sobre sucesiones. Lo único parecido que tenemos es el control de oficio de la competencia de los arts. 36–38 LEC, cuya utilidad es dudosa desde el momento que en aplicación de la regla del art. 97 RB II ter los tribunales españoles deben aplicar los foros reglamentarios, y en virtud de ellos sí que tienen competencia. Las reglas acuñadas por el TC a las que aludí más arriba deberían conducir a la acomodación de ambas series de normas (usando a tal fin las precitadas disposiciones de la LEC), pero –en ausencia de una intervención del legislador– el coste es la incertidumbre; iii) En la situación inversa (bienes en España, residencia en un Estado parte del Convenio), asumiendo que los tribunales competentes para el fondo respeten la reserva formulada, se está forzando a dividir el litigio y a reiterarlo (en esa parte) ante nuestros tribunales (convirtiendo al art. 55 en foro de competencia, ya que no hay otra clave convencional habilitante), en unas circunstancias, por otra parte, en las que con frecuencia asistiremos a situaciones de prejudicialidad civil. Si tanta complejidad encaja con el interés del menor es discutible.

Va de suyo, por lo demás, que: i) los bienes afectados pueden ser trasladados¹⁵ por sus actuales representantes legales, en las condiciones fijadas por la ley reguladora de la medida de protección y ajustándose a las restricciones a la salida de los bienes fijadas por la *lex rei sitae*; ii) esta es una de las hipótesis en las que podría activarse el mecanismo de transferencia de la competencia de los arts. 8 y 9 CLH1996, no argumentando en base a la reserva sino con la cobertura del ap. 2.b del art. 8 del Convenio (presencia de bienes en el Estado al que se desea trasladar el conocimiento del asunto). Otra cosa es que se trate de un mecanismo generador de dilaciones y costes¹⁶.

b) Más sobre competencia: El cambio de residencia del menor una vez iniciado el procedimiento y la *perpetuatio iurisdictionis*¹⁷: el RB II ter no habla

¹⁵ O alterada su naturaleza: Por ejemplo, los inmuebles pueden ser aportados a una sociedad (domiciliada en un Estado que no prevea restricciones) cuyo objeto sea su explotación.

¹⁶ No hace falta decir que cuando se aplica la LOPJ no surge problema alguno relativo a la previsión de un eventual no reconocimiento de decisiones, ni cabe la transferencia del conocimiento ni el control de oficio.

¹⁷ Adviértase que no se alude aquí al cambio de residencia habitual del menor posterior a la emanación de una sentencia que se pronuncie sobre responsabilidad parental, que es a lo que alude el

de perpetuación de la competencia de forma explícita, pero el art. 7 se fija en el instante en que se acuda al órgano judicial, y el 12.4.º prevé la posibilidad de remitir el conocimiento del asunto a otro Estado cuando se haya convertido en nueva residencia habitual del menor, con lo que está meridianamente claro que cambio de residencia no significa pérdida de competencia judicial¹⁸. Concurren aquí elementos de seguridad jurídica y de ahorro (se consigue limitar un eventual debate sobre el concepto de residencia habitual al momento de inicio del proceso, porque lo que ocurra después no es relevante¹⁹), reduciendo el riesgo de comportamientos estratégicos^{20, 21}. Es, por lo demás, la solución de nuestra legislación autónoma. Pero el CLH 1996, aun sin decirlo explícitamente, llega a la solución contraria, no tanto en el articulado (no parece que el art. 5.2 se refiera a alteraciones en el curso del procedimiento, siendo una norma idéntica a la existente en otros convenios, atenta a la realidad de la persona en el momento de iniciarse el litigio) cuanto en los trabajos preparatorios: en el informe oficial se recuerda que conscientemente se huyó de consagrar la perpetuación de la competencia²², y la misma idea aparece en el Manual práctico sobre el funcionamiento del Convenio, elaborado por la propia Conferencia de La Haya en 2014²³. No obstante, en el marco convencional la regla del cambio automático de tribunal competente funciona sólo en el caso de desplazamientos entre Estados

art. 8 RB II ter (norma sin parangón en el CLH). Que sea el tribunal competente para el divorcio el que conserve competencia para el reajuste es lógico, si bien las condiciones a las que se somete su entrada en juego (plazo en particular) lo convierten casi en papel mojado.

¹⁸ De hecho, se propuso abandonar esta fórmula y adoptar el modelo del Convenio, lo que fue excluido: Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 18 enero 2018, sobre la propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición) (COM(2016)0411 – C8-0322/2016 – 2016/0190(CNS)). Su texto en [http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0017_ES.html].

¹⁹ Por ejemplo, véase la sentencia del TS alemán de 17 octubre 2007: se demandaba a unos padres que por motivos religiosos no querían llevar a sus hijos a un colegio, habiendo optado por educarlos en casa. Interpuesta la demanda e iniciado el proceso, se marchan a Austria. Los tribunales alemanes siguen considerando Alemania como lugar de residencia habitual de los niños en los términos del art. 8 RB II bis, porque allí estaba aún su centro de vida.

²⁰ Cada vez que se tenga el temor de recibir una sentencia desfavorable, el incentivo es trasladar la residencia y presentar una nueva demanda ante los tribunales del nuevo domicilio: Se gana tiempo y se cambia la ley aplicable.

²¹ Al respecto, B. Campuzano Díaz, “El nuevo reglamento (UE) 2019/1111: Análisis de las mejoras en las relaciones con el Convenio de La Haya de 19 octubre 1996 sobre responsabilidad parental”, *CDT*, 2020, p. 110.

²² Cuenta Paul Lagarde que “La Conferencia rechazó por una fuerte mayoría una propuesta de las delegaciones australiana, irlandesa británica y americana favorable a la *perpetuatio fori*. Algunas delegaciones motivaron su voto negativo por su hostilidad al mismo principio de la *perpetuatio fori* en la materia y por el deseo de que la competencia cambie automáticamente en caso de cambio de residencia habitual”.

²³ En p. 41. Por si quedara alguna duda, se sugiere además una posible solución para aquellas hipótesis en las que el tribunal mejor colocado para resolver es el de la primitiva residencia habitual, a saber, la transferencia de la competencia del art. 8.

parte (se supone que hay cierta fungibilidad entre servicios jurisdiccionales en un entorno de cooperación), y si el desplazamiento se produce hacia un Estado no parte el art. 5 deja de ser aplicable, de modo que aquel que estuviera primeramente conociendo del caso puede seguir haciéndolo si se lo permite su sistema procesal, pero sin obligación de los otros Estados contratantes de reconocer las medidas que adopte este primer tribunal²⁴.

El caso es que, por mucho que las líneas de demarcación entre instrumentos legales sean claras, cuando hay transferencias sobrevenidas de la residencia surgen incertidumbres derivadas del choque de soluciones, anudándose consecuencias distintas (recuérdese el art. 15 CLH sobre ley aplicable) a comportamientos materialmente idénticos. Caben, pues, las siguientes situaciones²⁵:

a) El imperio de la *perpetuatio iurisdictionis*: cuando se cambie la residencia habitual desde un EM a otro EM (vinculados ambos por el Reglamento), el tribunal que estuviera conociendo no va a dejar de hacerlo. Sin perjuicio de la activación del mecanismo de transferencia de la competencia de los arts. 12 y 13, cuando un menor se traslade a nuestro país no por ello podrá un tribunal español considerarse competente (por ejemplo, STS 17 febrero 2021, traslado desde España a Francia, el tribunal español sigue conociendo). No deja de existir aquí una cierta dosis de contradicción con el foro usado como base, y no se entiende por qué en estos casos no es posible trasladar el expediente con razonable celeridad y sin embargo sí lo es en los mencionados supuestos de transferencia.

Es esta la misma solución que se adoptaría en caso de traslado desde España a un Estado tercero, ámbito en el que el art. 22 octies ap. 2 LOPJ sanciona que el tribunal español no deje de conocer del litigio, sea cual sea la decisión que adopte el tribunal del Estado de destino y que puedan generarse situaciones de litispendencia, sin solución desde nuestro foro.

²⁴ Informe Lagarde, p. 25. Sería éste el caso español (art. 22 octies párrafo 2 LOPJ).

Téngase en cuenta además que el art. 14 del Convenio de 1996 introduce un elemento de estabilidad y seguridad jurídica, al garantizar el mantenimiento de las medidas adoptadas al amparo de los arts. 5 al 10 maguer cambien las circunstancias de hecho (en la normalidad de los casos lo que cambiará será la residencia habitual del menor).

²⁵ El cambio de residencia que se verifique durante el tiempo que transcurre entre la sentencia de primera instancia y la apelación no debe tener transcendencia *per se*. Las decisiones conservan su validez y eficacia y no puede cambiar la jurisdicción entre una instancia y otra, sin perjuicio de que puedan ser modificadas por el tribunal actualmente competente: M. Andrae, “Noch einmal: Zur internationalen Zuständigkeit bei Wechsel des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes in einen Vertragsstaat des KSÜ (OLG Frankfurt, 5.11.2019)”, *IPrax*, 2021, 2. Ahora bien, si lo que se discutía en primera instancia era la residencia habitual del menor (o la competencia en general), en el marco convencional no pueden no ser tomadas en cuenta las nuevas circunstancias de hecho, con la consiguiente anulación de la decisión que en su caso hubiera asumido competencia.

b) Una zona de riesgo: la transferencia de la residencia desde un EM a un Estado parte del Convenio es un supuesto cubierto por el art. 97 RB II ter, que tiene el mérito de delimitar ámbitos de aplicación de modo tajante, de manera que las reglas de competencia serían en principio sólo las del RB II ter. Sin embargo, el art. 52 CLH advierte en su ap. 3 que los acuerdos regionales no pueden menoscabar la eficacia de las soluciones convencionales, lo que ha llevado al TJ a sancionar la prevalencia del art. 5.2º CLH y por ello la pérdida de competencia del primer tribunal en supuestos como este²⁶. Ahora bien, mientras no exista una definición compartida de residencia habitual del menor no vamos a eliminar el riesgo de desajustes: si el juez del EM no reconoce que se ha producido un traslado legal (y nada en el texto convencional le exige reconocerlo), estamos abocados a una situación de litispendencia del art. 13 del Convenio 1996, reclamado por el mencionado art. 97 RB II ter²⁷. El problema es que ese art. 13 habla de tribunales competentes *ex arts. 5 al 10 del Convenio*, de forma que entramos en el mundo de las asimetrías, y de la misma manera que podemos imaginar cuál sería la respuesta de un juez de un EM, nada garantiza que en una hipótesis como la descrita el juez reclamado en segundo lugar se sienta vinculado por la norma de prioridad temporal que incorpora²⁸.

Una segunda zona de riesgo existe en casos de transferencia desde un Estado tercero a España, porque, tratándose de un entorno no cooperativo, la competencia del tribunal español se sujeta exclusivamente a la LOPJ, de forma que si se presenta una nueva demanda en España no habrá manera de eludir su conocimiento, quedando a salvo el recurso a la fórmula discrecional del art. 39 LCJL.

²⁶ STJ 14 julio 2022, asunto C-572/21. Atendiendo a argumentos criticables desde el punto de vista del interés del menor pero irreprochables cuando nos colocamos en el plano del respeto de los compromisos internacionales previamente asumidos (art. 52.3 CLH), descarta el juego del foro de la residencia habitual cuando, en el curso de un proceso, se produzcan cambios de residencia desde un EM a un Estado parte del CLH. El tema no cabe en este artículo, claro. Al respecto puede revisarse el comentario al art. 8 RB II bis de A. Borrás en U. Magnus, P. Mankowski, *European commentaries on private international law*, vol. IV, *Brussels IIbis Regulation*, Colonia, 2017, pp. 114 ss. Permítaseme por lo demás reenviar a mi comentario de la sentencia en CDT.

La *Cour de Cassation* en sentencia de 30 septiembre 2020 había llegado a la misma solución en el caso de un niño que en el curso de un proceso de divorcio se transfiere desde Francia a Suiza. Tanto en primera instancia como en apelación se mantiene la competencia del foro francés, pero en casación el tribunal se apoya en la legalidad del traslado y en la realidad de cuál es el lugar en el que vive el menor para llegar a la conclusión contraria. Si no es por el juego del citado art. 52 CLH, que no comparece en la sentencia francesa, ese resultado es difícilmente aceptable.

²⁷ Era necesario salvar expresamente la norma, porque el art. 13 del Convenio de 1996 parte de la base de que dos tribunales sean simultáneamente competentes de acuerdo con las disposiciones convencionales, y en nuestro caso las reglas del reglamento prevalecen.

²⁸ Advuértase que el cdo. 92 del Reglamento hace una corrección de la remisión a las normas del capítulo II del Convenio a los solos efectos de la ley aplicable, dejando en el aire el juego de la norma sobre litispendencia.

c) Pérdida de la competencia (no automática): cuando el traslado se realice desde un Estado parte del Convenio a un EM, es de suponer que el tribunal que estuviera conociendo del caso se abstendrá de conocer tan pronto se le informe de tal vicisitud (si ninguna de las partes tiene interés en hacerlo y prefieren que siga conociendo el mismo órgano, nada debería impedirlo), aplicando la solución del art. 5 CLH 1996. Cómo lo haga depende de su sistema procesal interno. Una vez ese tribunal deje de conocer, el del Estado miembro tiene expedito el campo para asumir la competencia, si se le reclama.

Una segunda hipótesis se dará cuando el traslado sea desde un Estado parte del Convenio a otro Estado parte del Convenio, caso en el que en aplicación del art. 5.2º dejará de tener competencia automáticamente, que será asumida por el juez de la nueva residencia, de forma similar a lo visto inmediatamente antes. Si el primero era un tribunal español, la abstención de conocer se puede apreciar y decretar en cualquier momento, según prevé el art. 38 LEC²⁹.

IV. SIGUE: LA (IM)POSIBLE CONCENTRACIÓN DE LOS LITIGIOS EN EL FORO DEL DIVORCIO.

7. Vuelvo al tema de la coherencia de los bloques: Que diversas materias sean objeto de regímenes diferentes es comprensible, en la medida en que su grado de madurez y homogeneidad no es el mismo a nivel europeo, y son productos históricos que recogen el punto en el que se encuentran una y otra. Pero es innegable que la consecuencia de esta velocidad dispar es la mayor complejidad y el riesgo de patologías, porque si bien es previsible (y fácil) que el mismo tribunal pueda conocer del litigio en su conjunto, nada lo garantiza, de la misma manera que nada asegura la eficacia transfronteriza de las decisiones en su integridad³⁰.

8. ¿Conocerán los tribunales del divorcio –recuérdese, litigio típicamente generador de controversias que envuelven a los hijos, elemento potencialmente catalizador– de la responsabilidad parental en todo caso³¹? Un repaso de las bases

²⁹ Va de suyo que recurrir al desistimiento del art. 751º LEC está fuera de lugar, cuando se trata de decisiones ajenas a la cooperación, voluntad y deseo de las partes.

³⁰ El legislador es consciente de ello. Valgan dos ejemplos: la acomodación de la regla sobre competencia judicial internacional en materia de alimentos a los desarrollos procesales nacionales (art. 5.2º CB y normas posteriores) y los foros del reglamento 2016/1103, evitando la dispersión en lo posible.

³¹ El discurso se centra en responsabilidad parental, dejando al margen por ello la cuestión de los alimentos. La lectura de la STJ 5 septiembre 2019, asunto C-468/18, ilustra que las controversias sobre responsabilidad parental pueden ser ventiladas sin problema ante un tribunal diferente al de los alimentos, por mucho que sea razonable agrupar ambas pretensiones. Igualmente se deja claro que la agrupación de tales pretensiones (en el caso, divorcio, guarda y custodia, alimentos para menores) no se impone. De todas formas, dada la amplitud de foros previstos en el Reglamento 4/2009, no es difícil –si se desea– acumular alimentos y divorcio (aunque el art. 3.d no es viable si no se tiene competencia

de datos evidencia que, de entre los foros del art. 3 RB II bis, el más usado es el basado en el domicilio común de los cónyuges, y en menor medida el del demandante residente de larga duración o el de la nacionalidad común. Pues bien, si en el primer caso lo normal es que los hijos vivan en ese mismo Estado, no es tanto en los otros. Tampoco es tan extraño en caso de emigrantes que los hijos se hayan quedado a cargo de algún familiar en el país de origen³². Cuando padres e hijos tienen distintas residencias la posibilidad de concentración de competencias no existe en el RB II ter. En este tema no hemos mejorado: Sometida a condiciones discretamente homologables, tanto el art. 12 RB II bis como el art. 10 CLH 1996³³ ofrecía/ofrece cobertura para ello sin necesidad de implicar a las partes en negociaciones o exigencias formales. Con estas disposiciones en la mano, es fácil que un tribunal español competente para el divorcio pueda decidir también sobre la suerte de los menores, y ello con independencia de cuál sea el lugar donde residan éstos (si reside en un Estado parte del Convenio porque lo prevé la norma del art. 10, y si lo hace fuera porque es justamente la hipótesis del art. 12.4º RB II bis, norma ésta elocuentemente favorecedora de la acumulación³⁴). Nada del estilo ha pasado al RB II ter. Si, por ejemplo, nuestros tribunales conocen de una demanda de divorcio de dos emigrantes búlgaros residentes en España que han dejado a sus hijos en Bulgaria a cargo de sus abuelos, no podrán pronunciarse sobre cuestiones relativas a estos últimos, obligando a ventilar sus controversias en una segunda fase (o dejar imprejuizado un tema tan transcendental)³⁵: En la caja de herramientas sólo nos queda el art. 10 RB II ter, útil cuando el menor reside en cualquier otro Estado (miembro, parte, tercero), pero que adolece de algunas carencias, de la que no es detalle nimio el hecho de depender de la concurrente voluntad de dos sujetos en un entorno de conflictividad (sin contar, por supuesto, con la necesidad de unos presupuestos de vinculación más o menos objetivos y del

para la materia responsabilidad parental. Por eso son correctas las resoluciones de la AP criticadas por E. Castellanos Ruiz en “La vis atractiva del juez del divorcio internacional sobre la responsabilidad parental y los alimentos derivados del divorcio: cuestiones abiertas y problemas de la práctica”, 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, 2021, pp. 256–257, donde se afirma que el auto de 4 junio 2019 resuelve lo contrario de lo que falla.

³² *VeRB I gratia*, la emigración venezolana es buen ejemplo: [<https://cecodap.org/abuelos-cuidadores-padres-otra-vez-por-la-migracion/>]

³³ Que, de hecho, recibe en el informe oficial anexo al convenio la elocuente denominación de foro del divorcio.

³⁴ Adviértase que la LOPJ no tiene espacio para intervenir en tema de responsabilidad parental, porque, aunque el menor viviera en un Estado no vinculado, estaría cubierto por el Reglamento.

³⁵ El TJ a propósito del Reglamento 2201/2003 precisa que “un tribunal de un Estado miembro competente para conocer, en virtud del art. 3, ap. 1, letra b), del mismo Reglamento, de una demanda de divorcio entre dos cónyuges que tienen la nacionalidad de dicho Estado miembro no lo es, en cambio, para pronunciarse sobre los derechos de custodia y de visita respecto de un hijo de ambos cónyuges si este reside habitualmente en otro Estado miembro, en el sentido del art. 8, ap. 1, de dicho Reglamento, en el momento en que se presenta la demanda ante aquel tribunal y no se cumplen las condiciones requeridas para conferirle tal competencia en virtud del art. 12 del citado Reglamento...” (auto de 16 enero 2018, Asunto C 604/17, *PM c. AH*). Una solución idéntica en el ATJ de 3 octubre 2019.

filtro general del respeto al interés del menor) y el no atribuir en todo caso competencia exclusiva al tribunal elegido³⁶³⁷. Si aceptamos que ningún dato expresamente abona la idea de que la voluntad (*rectius*, los objetivos) del legislador ha cambiado en este punto, cabe plantearse si es lógico que ese mismo legislador imponga a los litigantes una carga tan pesada, en lugar de mantener reglas que funcionaban razonablemente bien³⁸. En términos de proporcionalidad del coste, el resultado suscita dudas. No estando previsto un *forum necessitatis* ni existiendo en el texto reglamentario el foro de la conexión entre causas, nada permite, en definitiva, que los foros matrimoniales ejerzan vis atractiva³⁹.

9. Pero esto tiene su continuación –su reverso realmente– en el sistema procesal interno. He aquí una fuente de problemas para el juez español: Ocurre como en tema de alimentos y acciones de estado, pero al revés: Nuestra LEC (como las leyes procesales de nuestro entorno) no concibe que el juez del divorcio no se pronuncie sobre los aspectos conexos. Se parte de la base de que hay determinados efectos naturalmente vinculados a la nulidad, separación o divorcio, y por eso el art. 90 Cc, el art. 773 LEC y las disposiciones concordantes no dejan espacio para la posible tramitación separada de las distintas pretensiones⁴⁰: El proceso civil no admite compartimentación, así que el juez que decreta el divorcio tiene que establecer normas sobre el cuidado de los hijos, entre otros temas. Por ello es incomprensible que se presente demanda de divorcio y el actor se reserve la facultad de litigar sobre menores en otra jurisdicción⁴¹, y por ello a veces se implementa una especie de *forum non conveniens* absteniéndose de conocer de la demanda de divorcio porque no se puede conocer

³⁶ Sobre el tema, B. Campuzano Díaz, “Los acuerdos de elección de foro en materia de responsabilidad parental: un análisis del art. 10 Reglamento (UE) 2019/1111”, *REEI*, 2020.

³⁷ No se pierda de vista que si reside en un tercer Estado y no se llega a acuerdos, lo que entra en juego es el más variado abanico de los foros residuales de origen nacional, *ex art.* 14.

³⁸ Y ello sin contar con que un acuerdo global puede no ser reconocido en todos los foros, con lo que basta con que exista un litigante oportunista para que quiebre el equilibrio en tema de competencia judicial, y el riesgo de eficacia transfronteriza. Es un lamento recurrente que encuentra eco en los trabajos de la Conferencia de La Haya: “*Many parents are reluctant to reach an agreement regarding their child, for example, living in, and travelling between, different countries without first addressing contact or visitation rights*”: *Report on the experts’ group meeting on cross-border recognition and enforcement of agreements in international child disputes (from 12 to 14 december 2013) and recommendation for further work*, documento preliminar nº 5 marzo 2014.

³⁹ Se puede aducir que lo más justo, lo que garantiza la mejor solución es que conozca de la responsabilidad parental el tribunal de la residencia habitual de los hijos. Incorrecto. El propio legislador admite que la concentración es mejor, y por eso los artículos citados en el texto la facilitaban, y en la actualidad los arts. 8, 10, 12 y 13 RB II ter admiten la “derogación” de la competencia del mentado tribunal de la residencia. En general, nunca he terminado de ver la ecuación foro general = proximidad = justicia.

⁴⁰ En parecidos términos, el art. 337 ter CC italiano o el art. 919.2 del Código de Enjuiciamiento Civil rumano, por ejemplo.

⁴¹ Es la idea que late en la SAP Salamanca 29 noviembre 2006, que entiende que si la esposa ha demandado el divorcio ante los tribunales españoles luego no puede defender que los tribunales holandeses conozcan de la responsabilidad parental de un niño residente en Holanda desde hacía tres años.

de las cuestiones vinculadas⁴². Pues bien, de la misma manera que el legislador europeo ha acompasado la evolución de los sistemas procesales al sistema de competencia judicial internacional, aquí no se ha actuado con igual diligencia. Asistimos a un verdadero punto de *impasse* en el que, evidentemente, los mecanismos procesales internos no se imponen (la LEC no puede desplazar a los foros de competencia, es claro) pero en el que sin duda la forma española de concebir el proceso de divorcio (léase las inercias judiciales, los principios constitucionales reseñados) va a condicionar la interpretación de las disposiciones reglamentarias o convencionales. Si bien el art. 10 RB II ter no deja mucho margen para elecciones tácitas (probablemente sería el camino idóneo para la consolidación), el penoso camino de la transferencia de la competencia puede ser explorado para alcanzar los fines deseados (y al revés, será impensable la transferencia sobrevenida de la competencia en relación con los hijos una vez iniciado un proceso de divorcio en España). Se podía haber salvaguardado la coherencia del *pack* con bajo coste; se ha optado por el camino difícil⁴³.

V. LA PÉRDIDA DE LA VISIÓN DE CONJUNTO EN LA
EFICACIA TRANSFRONTERIZA DE RESOLUCIONES
(EL PELIGRO DE LOS INTERSTICIOS).

10. Ya se ha avanzado que en relación con los niños se persigue organizar su vida de forma totalizadora. En esa tesitura, los “huecos de disciplina” no satisfacen el principio básico del interés del menor. ¿Podría darse que –por ejemplo– fuera reconocida y ejecutada la parte de la sentencia extranjera relativa a la guarda y custodia y no la relativa a las visitas? ¿Se puede admitir esta pérdida de la unidad de disciplina? No me refiero aquí al tratamiento diferenciado de los diversos temas envueltos en una resolución, sometidos a varios textos reglamentarios, sino a que incluso dentro de un mismo reglamento conviven dos regímenes distintos: En el RB II ter existen, como es sabido, dos sistemas de eficacia transfronteriza, el *standard* (para todas las materias) y el *privilegiado* (para las del art. 42), cuya distancia queda evidenciada incluso en lo formal por el uso de formularios diferentes. Y es igualmente sabido que si en el caso del

⁴² Tomo la atinada comparación de E. Castellanos, “La vis atractiva...”, *loc. cit.*, p. 254. La autora se apoya en particular en el AAP Madrid 4 octubre 2017. En todo caso, no es aceptable ver un cambio de tendencia en la STS 21 noviembre 2017 (pp. 257), más que nada porque no se sabe de qué nueva tendencia se habla, y menos aseverarlo respecto a una sentencia que sólo trata del concepto de residencia habitual, y donde sólo se ventila un asunto conyugal (demanda de divorcio).

⁴³ Dándose además la situación paradójica de que cuando se aplique la LOPJ (residencia del menor en un Estado no miembro de la UE y vinculado por el RB II ter ni parte del Convenio de 1996), en la normalidad de los casos, si los jueces españoles tienen competencia para lo matrimonial también la van a tener para las relaciones paterno filiales (el foro de la residencia o nacionalidad del demandante generalmente concurrirá): por ejemplo, el caso de dos nacionales argelinos residentes en España que han dejado a sus hijos en Argelia a cargo de algún familiar.

primero se admiten excepciones al reconocimiento y ejecución (art. 39), en el segundo prácticamente no existen (art. 50). Salvaguardas tan importantes como el orden público, la audiencia al menor o la notificación al demandado rebelde, por ejemplo, desaparecen en el caso de derechos de visita y de restitución de menores, de suerte que –para estos temas y sólo para estos– una vez despachada ejecución en el foro se abre una vía rápida que no encuentra obstáculos, con el riesgo de abocar a una situación paradójica en la que se puede rechazar la parte relativa a concesión de guarda y custodia y sin embargo se está implementando el régimen de visitas previsto en la sentencia, o se obliga a restituir a un menor en contradicción con lo que dispone la resolución sobre con quién y dónde debe vivir⁴⁴. Un esquema de dos velocidades o de diferentes condiciones puede frustrar el equilibrio alcanzado en la resolución y generar incentivos para la litigación y el incumplimiento. Más prudente habría sido acoger un solo modelo, en la estela del RB I bis⁴⁵.

11. La eficacia parcial de las resoluciones evoca un problema parecido⁴⁶. El art. 53 RB II ter admite la ejecución parcial de las resoluciones incluidas en su ámbito material de aplicación con la única cautela del mantenimiento de su integridad en punto a restitución de menores (ap. 3). La congruencia marca el límite dentro del que se mueve el juez de la ejecución, de forma que no se puede dar más de lo pedido, pero sí menos, sea porque lo solicite el ejecutante (ap. 1) sea porque venga forzado por la denegación de la ejecución de alguna pretensión (ap. 2). Así las cosas, carecemos de alguna previsión que –mirando a la manida coherencia del paquete– fuerce a evitar el fraccionamiento del fallo. La situación puede ser delicada, en la medida en que los pronunciamientos rechazados en un reconocimiento parcial pueden quedar sin respuesta, ya que no necesariamente van a quedar cubiertos por una decisión del foro, entre otras razones porque no está dicho que nuestros tribunales tengan competencia judicial internacional para pronunciarse, y porque aun en este caso habría que contar con que las partes

⁴⁴ Lo paradójico es que este problema fue evidenciado a propósito del RB II bis, Informe de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo y al Comité económico y social europeo sobre la aplicación del Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo 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, p. 11. Se recomendaba ampliar el ámbito material de supresión del *exequatur*, como se ha hecho, pero subsisten los inconvenientes derivados de la dualidad de regímenes.

⁴⁵ Cfr. T. Kruger y L. Samyn, “Brussels II bis: successes and suggested improvements”, *J. Priv. Int’l L.*, 2016, p.160.

⁴⁶ Fuera del espacio europeo vale el ejemplo del AAP Barcelona, sección 18, de 13 noviembre 2020, que rechaza conceder el *exequatur* a algunos de los pronunciamientos contenidos en una decisión iraní, en concreto la que preveía que la custodia de una niña pasaría al padre cuando ésta cumpliera siete años. Rechazar lo establecido en custodia y admitir lo demás... No parece demasiado lógico. Téngase presente el silencio en este punto del CLH 1996, sea en el texto sea en el informe oficial o en el manual práctico sobre el funcionamiento del Convenio. La duda es si se admite que quien puede lo más puede lo menos o si más bien se descarta la viabilidad del reconocimiento parcial en este ámbito de materias. Desde luego hay convenios de la Conferencia que lo admiten expresamente.

presenten demanda (nuestro ministerio fiscal carece de legitimación activa) y se pueda resolver en un plazo razonable. Pues bien, con las normas vigentes es arduo identificar una clave que permita denegar el reconocimiento y ejecución parciales con fundamento en la necesidad de mantener la coherencia de los conjuntos, porque: i) no es dado al tribunal de ejecución enjuiciar la causa y equilibrios alcanzados en tal o cual decisión, de forma que fundamentar las decisiones en aquellos vendría a ser como un examen de los contenidos que nada tiene que ver con el control del orden público; ii) se podría forzar y alegar que quiebra el orden público del foro en tales situaciones, mas lo único que permite esta excepción es negarse a dar eficacia a una parte del fallo por motivos anclados en los derechos fundamentales, y lo que resulta evidente es que hablamos de pronunciamientos que sólo en parte –por el motivo que sea– ven cerrado su acceso al foro, mientras que otra parte de esos pronunciamientos es perfectamente admisible.

Sólo invocando el interés del menor tal y como ha sido acuñado por el TC se podrá afirmar que no cabe dar nacimiento en el foro a un esquema jurídico que no preste atención y discipline todas las facetas de su vida: cierto que al legislador europeo no le ha preocupado grandemente el mantenimiento de la coherencia de los conjuntos (acabamos de verlo *supra*), que como tal no es un objetivo acogido de forma explícita en los reglamentos, pero en este punto cuadra hacer abstracción de las reglas estrictas, y que el tribunal de la ejecución suspenda el proceso, dé audiencia a las partes y tome una decisión que colme lagunas y evite situaciones de desprotección (si el foro español tiene competencia todo es más fácilmente defendible; el problema es cuando se carezca de ella, supuesto en el que el juez deberá argumentar de forma exhaustiva antes de asumirla)⁴⁷. Va de suyo que es otra historia cuando exista una resolución en el foro que se pronuncie sólo sobre alguno de los temas decididos en la decisión extranjera, caso en el que se activará la interdicción de eficacia por causa de inconciliabilidad de resoluciones (sin perjuicio de que también aquí se pueden detectar lagunas contrarias al interés del menor).

VI. LA CONFIANZA RECÍPROCA, LOS FORMULARIOS Y LA CONSAGRACIÓN DE LAS PARTICULARIDADES NACIONALES (LA UNIFICACIÓN COMPROMETIDA)

12. Si hasta ahora he venido hablando de la coherencia “externa” del sistema de Derecho procesal civil internacional, quiero ahora referirme a la salvaguarda

⁴⁷ La patología de menores en el limbo no es exclusiva de esta hipótesis. Piénsese en la oposición al reconocimiento y ejecución de una decisión procedente de un EM alegando una resolución posterior susceptible de ser recibida en el foro, en los términos del art. 39.1º.e RB II ter, cuyo despacho de ejecución o execuatúr no es solicitado: Nada obliga a hacerlo, nada permite al juez fijar un plazo, nada le habilita para declarar la eficacia de aquella resolución cuyo reconocimiento era solicitado.

de lo que podríamos llamar coherencia interna, es decir, la intangibilidad del sistema de valores del foro. El Estado de ejecución de las resoluciones extranjeras se ha quedado inerte frente a planteamientos radicalmente contradictorios con los del foro, y eso en este sector distorsiona más de lo que resuelve.

13. Todo se orienta a la eficacia transfronteriza de las resoluciones, y de hecho los reglamentos se entienden mejor si se leen desde atrás y hacia adelante, aprehendiendo así mejor al carácter ancilar de la disciplina de la competencia. Justamente en atención a ese material humano del que partimos es por lo que se busca celeridad y certidumbre, objetivos para los cuales los formularios se convierten en instrumento básico⁴⁸. Más allá de la relevancia formal –al facilitar la tarea del juez de destino de la resolución, obviando las dificultades lingüísticas–, el formulario encierra toda una filosofía de fondo: en el plano sustantivo recoge mejor que nada el principio de confianza recíproca. Toda la actividad configuradora de la eficacia de las resoluciones se desenvuelve en el Estado de origen (el proceso, la sentencia, el certificado); en aquellos se recoge sólo el fallo, prescindiendo de antecedentes de hecho y de motivación jurídica, hasta el punto de que al menos en un primer momento se reconoce y se inicia la ejecución a ciegas; en tercer lugar, no son controlados, expidiéndolos el juez de origen según sus propias normas⁴⁹.

14. Ahora bien, con frecuencia se limitan a incorporar datos puramente adjetivos –como el nombre de las partes o la fecha de una sentencia, es decir, inocuos desde el punto de vista axiológico–, inobjectables, que conviven con auténticos juicios de valor, aseveraciones con transcendencia sustantiva, cuya recepción en el foro se nos ha impuesto sin posibilidad de establecer filtro alguno, sobre un trasfondo jurídico heterogéneo, con el consiguiente riesgo de quiebra de los principios básicos. No hay modo de defenderse frente a decisiones extranjeras erróneas, desproporcionadas o que violan los cimientos del Derecho patrio. Se han eliminado los instrumentos para impedir la ejecución de decisiones cuando con ella se violan derechos fundamentales, sin que valgan las facultades de adaptación. Instrumentos como el control de orden público y el respeto del principio del contradictorio han devenido imposibles⁵⁰. Pero como la comunión con ruedas de molino tiene un límite, pasamos de lo que podría ser un control ágil a la pesadez de los procedimientos ante tribunales internacionales: frente a la automaticidad de los procedimientos de ejecución no quedan más que las reclamaciones ante el TEDH,

⁴⁸ Hay un dato elocuente de la variedad de situaciones posibles en este capítulo y de los intereses en presencia, y es que se han predispuesto nueve módulos para los litigios sobre responsabilidad parental, frente a los dos previstos en materia de crisis matrimoniales.

⁴⁹ Estas observaciones las formula F. Gascón Inchausti a propósito del RB I bis, pero qué duda cabe de que son trasladables al ámbito ahora en estudio: *Reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en el nuevo Reglamento Bruselas I bis*, Valencia, 2016, pp. 29 ss.

⁵⁰ Es muy interesante el análisis de los reglamentos automáticos y la insuficiencia de los mecanismos de protección que contienen realizado por N. Reichling, *Les principes directeurs du procès civil dans l'espace judiciaire européen. Étude à partir du procès civil transfrontalier*, Aix-en-Provence, 2020, p. 90 en particular.

exigiendo responsabilidad al Estado de origen por las resoluciones que aparentemente violen el contradictorio⁵¹ (es improbable que se pueda hacer lo propio en el de ejecución desde el momento que ha desaparecido el margen de discrecionalidad que permita rechazarla: la doctrina *Bosphorus* del propio Tribunal acepta los estándares europeos, y ahí no existe tal margen)⁵². Pues bien, en este punto quiero referirme especialmente a dos ejemplos elocuentes, la audiencia al menor y la decisión sobre expedir o no un formulario de los que llevan aparejada ejecución privilegiada⁵³.

1. La audiencia al menor

14. ¿Existe un compromiso real del RB II ter con la audiencia del menor? A tenor del art. 21 RB II ter tal audiencia y la toma en consideración de sus opiniones constituye un principio básico “en el ejercicio de la competencia conforme a la sección 2 del presente capítulo”⁵⁴. Descontando que a lo sumo tiene relevancia en la integración del concepto de interés del menor (arts. 10, 12 y 13 en particular), no parece que la fórmula tenga demasiado contenido real, desde el momento en que lo clave en tal ejercicio de tal competencia no es más que si se tiene o no, y ello pivota fundamentalmente sobre la residencia habitual, concepto objetivo. En todo caso, el art. 21 le otorga una sede autónoma y una destacada relevancia, sin la pesada dependencia de los ordenamientos nacionales que tiene el orden público (aunque sabemos que tampoco era imprescindible hacer mención a ella, presente ya en los instrumentos internacionales de los que forman parte todos los Estados de la Unión⁵⁵). Ahora bien, aparece adornado de tantas reservas que al final se desdibuja el objetivo claramente definido: el principio básico (atender las opiniones del niño) es omnipresente y tiene que ser respetado (art. 39.2º, funciona como excepción al reconocimiento y ejecución), pero los *detalles diabólicos* rebajan su importancia. Me explico.

⁵¹ N. Reichling, *Les principes directeurs...*, op. cit., p. 96.

⁵² El único reproche vendría de la no utilización de los espacios de discrecionalidad, que en las resoluciones privilegiadas no existen: F. Gascón Inchausti, “El Derecho Procesal Civil Europeo comparece ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Reflexiones a partir de las resoluciones recaídas en los asuntos *Povse c. Austria* y *Avotiņš c. Letonia*”, *CDT*, 2014, p. 105 y p. 111. De hecho, la doctrina que se ha emanado en el sentido de que tanta automaticidad puede ser contraria a los derechos fundamentales se refiere a supuestos de restitución de un menor a toda costa, donde tal margen de apreciación existe.

⁵³ La razón es clara en ambos casos: la audiencia al menor es elemento fundamental en el sistema, y la decisión de usar este formulario pone en funcionamiento una resolución con una fuerza de penetración en el otro foro propia de un misil.

⁵⁴ Sistemáticamente es incomprensible la ubicación de una norma de alcance restringido entre las disposiciones comunes, una norma de implicaciones sustantivas entre reglas de contenido procedimental... salvo que se pretenda rebajar su alcance al de un mero trámite.

⁵⁵ Art. 12 Convención de Naciones Unidas sobre derechos del niño y su equivalente art. 25 de la Carta de derechos fundamentales de la UE.

15. ¿Aporta alguna mejora en los ordenamientos nacionales? ¿Alguna exigencia real? ¿De verdad hay que oír al menor? A mi juicio, no: asistimos al triunfo de la huera banalidad. Teóricamente se está exigiendo a los legisladores nacionales una actuación, pero nada se dice sobre la forma de incorporarla, de manera que el modo concreto en la que vive ese principio queda a los ordenamientos nacionales, como deja claro el cdo. 39⁵⁶. Tanto en el art. 21 como en el 39 se restringe el derecho a opinar, reservado a los menores capaces de formarse su propio juicio, y esto sólo puede ser definido por el ordenamiento del Estado de origen, e interpretado soberanamente por sus órganos judiciales. Si este extremo pudiera ser controlado por el juez requerido se estaría violando la confianza recíproca: no hay base alguna para exigir la acreditación de la aquella idoneidad. El punto 14 del formulario del anexo III inquiriere sobre si los menores han sido capaces de formarse su propio juicio, y mientras que el punto 15 (expresión de opinión) sí deja espacio para explicar las razones de la negativa, no ha lugar a ello si el juez de origen asevera que no estaban en condiciones de formarse un juicio: se indica y basta, sin oportunidad de verificar la corrección o no de tal apreciación⁵⁷. Se puede afirmar impunemente que no se ha podido dar audiencia, y no pasa nada. Además, el art. 39 admite que se pudiera excluir ese trámite si el procedimiento afectaba única y exclusivamente a los bienes del menor “y siempre que no se requiriera dar dicha oportunidad al menor, habida cuenta del objeto del procedimiento”⁵⁸ o si existían motivos fundados para ello. A este respecto cuadra observar que: i) La referencia a la “audiencia del menor habida cuenta del objeto del procedimiento” viene a reiterar la pervivencia de las disparidades nacionales, desde el momento que el legislador europeo renuncia a ofrecer algún lineamiento adicional que explique cuál es el objeto del litigio que aconseja conceder audiencia⁵⁹; ii) “Sólo” es

⁵⁶ “... (C)uando este [el órgano judicial] decide oír al menor, debe adoptar, atendiendo al interés superior del menor y en función de las circunstancias de cada caso, todas las medidas apropiadas para organizar tal audiencia de modo que quede asegurada la eficacia de las mencionadas disposiciones, ofreciendo al menor una posibilidad real y efectiva de expresar su opinión. El órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen debe utilizar, en la medida de lo posible, y siempre teniendo en cuenta el interés superior del menor, todos los medios que pone a su disposición el Derecho nacional, además de los instrumentos propios de la cooperación judicial internacional...”. No es casual que la posición maximalista expresada por el Parlamento europeo en la enmienda 18 (prestar atención en particular a lo que digan los mayores de 12 años, y “[a] partir de los dieciséis años, los deseos del menor deben considerarse determinantes”) quedó descartada, acogiendo, eso sí, la parte “programática” sobre creación de las condiciones idóneas para que el menor pueda expresar de forma clara y exhaustiva su propia opinión, recabando la ayuda de profesionales de la infancia y la familia para determinar la capacidad y la madurez del niño.

⁵⁷ Estas observaciones valen para los demás formularios. Téngase en cuenta que el empleo del VI (decisión sobre el fondo que implica restitución) está condicionado a la efectividad de la audiencia, pero basta marcar la casilla que indica que los menores no han sido capaces de formarse un juicio –por el motivo que sea– para operar sin ataduras. Y no se pierda de vista que estamos en un núcleo de problemas donde la opinión del niño es transcendental como causa de no restitución en el convenio de 1980.

⁵⁸ El cdo. 57 no es demasiado explícito al respecto. Vale sólo para subrayar que la idea es no poner demasiados obstáculos a la eficacia transfronteriza de las resoluciones.

⁵⁹ V. gr., la LJV prevé en el art. 64 la audiencia al menor cuando se trate de actos de disposición (...) de sus bienes, lo que no puede ser elevado a condición esencial para la ejecución de la resolución

exclusivamente, de manera que si el objeto es complejo no se puede eludir la audiencia al menor, incluso en los cicateros términos reglamentarios; iii) Para legitimar la falta de audiencia al menor y posibilitar la ejecución de una resolución extranjera hay que estar al sistema del Estado de origen –sobre cuyo contenido nada se permite indicar en el formulario III⁶⁰–, y eso desplaza la atención hacia el terreno de la prueba de tal Derecho, porque sólo si se acredita que en él no es necesaria la audiencia podremos excluir el eventual óbice al reconocimiento; aparte la cuestión puramente formal de que no se prevé la aportación de documentos adicionales a los del art. 31 (el silencio tampoco debería equivaler a negativa, siendo tan flexible el reglamento en este tema, art. 32), la paradoja viene por el modelo español de tratamiento de la ley extranjera: ¿Qué pasará si no se aporta la prueba de su contenido y vigencia? ¿Se debe aplicar la ley española –según la mecánica habitual en esta materia–, chocando así con el tenor poco uniformizador de la norma del art. 39.2º RB II ter? Así las cosas, si no se quiere destruir completamente lo que a todas luces era un principio básico del sistema, habrá que conceder que el juez de origen puede usar el punto 15.1.2 del anexo III (y concordantes) para suministrar esa información; iv) El inciso “en particular” del apartado b del art. 39.2º excluye que se reduzcan a la urgencia del caso, y deja abierta la puerta a las más variadas razones, desde las atendibles (por ejemplo si ya consta su opinión en prueba pericial, como sucede en la práctica judicial española) a las discutibles (si el juez considera que compromete el interés del menor someterlo al stress de una exploración)⁶¹.

16. ¿Puede el juez de la ejecución cuestionar algo de lo hecho en origen? Tampoco. Ni lo hecho, ni la forma en la que haya quedado reflejado en el punto 15 del anexo III⁶². Lo malo de la confianza recíproca es que obliga a realizar actos de fe: si se afirma que se ha realizado ese trámite, no puede ser objeto de control la realidad, la forma y el momento en que se lleva a cabo y se documenta (salvo que se realice con flagrante quiebra de garantías básicas, imposible de probar), las materias para las que no se exige, ni la autoridad que la haya realizado (no necesariamente judicial), no siendo tampoco reprochable que se haya realizado sólo en la segunda instancia, o extremos similares⁶³. De la misma manera que en las actuaciones desarrolladas en España se dará cumplimiento a esa exigencia de acuerdo con nuestro propio ordenamiento (la forma en la que debe realizarse se ajustará siempre a las exigencias legales del sistema del juez),

extranjera si en el Derecho del Estado de origen no se contempla idéntica o similar exigencia, desde el momento en que el Reglamento no lo hace.

⁶⁰ Un menor en condiciones de formarse su juicio –que es de lo que habla el formulario– puede no habérselo formado porque nadie le ha preguntado, porque no es necesario. Es decir: ¿Se pudo formar un juicio? Sí. ¿Se le dio la oportunidad? No: la ley no lo pedía.

⁶¹ Para la adopción de medidas cautelares, v.gr., *OLG Stuttgart*, sentencia de 5 marzo 2014. Si ambos padres están de acuerdo en las cuestiones de fondo, por ejemplo, no siempre será necesario oír al niño.

⁶² Sin olvidar que la opinión del niño se expresa en un trámite específico. Si hubiera sido interrogado como testigo habría que entender que no se ha cumplido, y deducir las oportunas consecuencias.

⁶³ La STJ 22 diciembre 2010 (*Aguirre c. Pelz*) constituye el mejor ejemplo de cómo el control de la audiencia al menor queda íntegramente en manos del órgano judicial de origen (*vid. cdo. 73*).

las modalidades particulares utilizadas en España no pueden convertirse en parámetro único de recepción de los modos empleados en el extranjero, básicamente porque –como se ha apuntado– el legislador europeo renuncia a una unificación mínima de las prácticas nacionales⁶⁴. Por mucho que el TC excluya la estandarización de los razonamientos, donde no hay espacio físico para las explicaciones mal se puede hacer otra cosa que rellenar un formulario, y no parece que la negativa sistemática a la eficacia en España de resoluciones extranjeras sea una opción real.

17. No es sólo que no se deba revisar lo hecho en origen: es que resulta prácticamente imposible. En la normalidad de los casos el juez de la ejecución desconocerá los detalles de la audiencia, ni siquiera cuando disponga de la sentencia traducida⁶⁵; desde luego en los formularios no hay espacio para ulteriores informaciones, y no es previsible que se recojan: por ejemplo, es inviable que se requiera copia del acta de la exploración, en caso de que haya existido⁶⁶. Así las cosas, los formularios esgrimen la confianza recíproca como eje de funcionamiento, pero opacan temas cruciales, y no hay medio de indagar sobre lo realizado sin merma de la celeridad (el recurso a las autoridades centrales o la comunicación directa entre órganos judiciales para intercambiar información de los arts. 80 y 86.1º RB II ter en poco ayuda) ni compromiso de tal principio. Claro que

⁶⁴ Es probable que únicamente los sistemas que excluyen las presunciones basadas en la edad del niño o los que exigen la exploración a partir de una determinada edad, a veces temprana en exceso, pueden plantear algún problema de recepción. Véase para detalles sobre ordenamientos nacionales B. Ubertazzi, “The hearing of the child in the Brussels IIa Regulation and its Recast Proposal”, *J. Priv. Int’l L.*, 2017, pp. 591–592.

La circular 3/2009 de la Fiscalía general del Estado sobre protección de los menores víctimas y testigos aboga por la prevalencia de criterios discrecionales, atentos a la madurez del menor (o sea, lo que prevé el art. 92 Cc).

⁶⁵ Por ejemplo, si la exploración ha violado su derecho a la intimidad (en razón del contenido o de la presencia de extraños o de los abogados de las partes), debería recibir la correspondiente sanción en sede de ejecución, pero no hay manera de controlarlo.

⁶⁶ La venda antes que la herida: En Francia, al amparo del RB II bis, se ha dejado claro que para exportar decisiones francesas sin problemas, ante lo parco de los formularios y dada la certeza de que los tribunales extranjeros van a bucear en la resolución para comprobar si se ha respetado esa regla de la audiencia al menor, es conveniente introducir un párrafo standard en los casos en los que no se le haya escuchado, de este tenor: “*L’enfant a eu la possibilité d’être entendu conformément aux dispositions de l’article 388-1 du code civil. Cependant son audition a été jugée inappropriée compte tenu de son âge et de sa maturité/ de la nécessité de le maintenir à l’écart du conflit parental*”: Direction de la Protection Judiciaire de la Jeunesse, *Circulaire relative à l’entrée en vigueur du Règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l’exécution des décisions en matière matrimoniale et de responsabilité parentale dit ‘Bruxelles 2 bis’*”. 28 octubre 2005, p. 15. Piénsese que en Holanda se decide caso por caso a partir de los 6 años, mientras que en Francia, Bélgica, Rumanía y Bulgaria el criterio es la edad (desde los 9 en el país vecino y desde los 10 en los tres últimos); en Finlandia se eleva hasta los 15 ese límite. En los casos de secuestro se rebaja el límite de edad: S. Lembrechts, “Hearing abducted children in Court. A comparative point of view from three countries (Belgium, France & the Netherlands)”, *The Judges’ Newsletter on International Child Protection*, 2018, p. 29.

puede ser que ese principio no sea tomado tan en serio como se dice (STEDH 8 de julio de 2003)⁶⁷.

2. La expedición del certificado de resolución con eficacia privilegiada

18. Permítaseme empezar con una obviedad: el ejercicio de un derecho de visita o la restitución de un menor no podían quedar condicionados al engorroso trámite del executur. Esto quedó claro en el RB II bis, sometidos a una disciplina particularmente expeditiva. Ahora el hecho diferencial de estas materias incluidas en el art. 42 reside en la casi eliminación de las causas de denegación del reconocimiento y ejecución (art. 50). Así las cosas, la opción de expedir un certificado u otro no es aséptica: rellenar los de los anexos IV o VI encierra un juicio de amplísimo alcance sobre lo hecho por el tribunal que ha conocido del asunto, y que comporta consecuencias muy gravosas cuando se proyectan al resto de los Estados miembros. Bastará leer el encabezamiento del formulario para identificar una cascada de consecuencias jurídicas de muy diverso orden: i) la parte menos problemática es la declaración del juez de origen en el sentido de que la materia litigiosa es de las del art. 42, en estado puro; ii) lo transcendental es que se afirma que se han respetado las exigencias del art. 47 (incluida la audiencia: *supra*); iii) hacia afuera, se impide que se discuta la concurrencia o no de las causas de oposición del art. 39; iv) una vez emitido, la corrección o no de la resolución pasa a un segundo plano, parapetada detrás del formulario; v) el control del Estado de origen es absoluto, de manera que ni siquiera los errores materiales más gruesos pueden ser corregidos por el de la ejecución (art. 48).

19. Ahora bien, ¿y el iter que lleva a la emisión de ese formulario? Recuérdese: el privado toma la iniciativa para solicitar al órgano judicial –en cualquier momento– la expedición del formulario que pretende⁶⁸, correspondiendo a éste el control de la regularidad del procedimiento de emanación, empezando por la verificación de que la materia encaja en el mencionado art. 42, de manera que si es más amplia será necesario expedir uno del anexo III y otro para esas cuestiones específicas privilegiadas (dos formularios, distintas velocidades: *vid. supra*)⁶⁹, y si considera que no concurren esos requisitos y decide no expedir el formulario, puede aun, sin mancillar la congruencia, emitir un formulario del anexo III (quien puede lo

⁶⁷ *Sommerfeld c. Alemania*: no existe violación de derecho alguno habida cuenta que se trataba de una menor que había sido interrogada por el juez... dos años antes del procedimiento controvertido.

⁶⁸ La expresión usada (quien haya sido parte en el proceso) elude restringir la legitimación al titular de la responsabilidad parental (así lo hacía el art. 40.2º RB II bis), porque los derechos de visita pueden haber sido reconocidos a personas distintas de esos titulares. Pueden solicitarlo tanto una parte como otra, lo que no debe extrañar en la medida en que puede ser que el derrotado en el procedimiento principal quiera aprovechar lo que le han reconocido, por ejemplo mientras se resuelve un recurso.

⁶⁹ Del mismo modo, si versó exclusivamente sobre alguna de estas se puede solicitar el de los anexos V o VI o el III, o incluso ambos, para decidir en su momento cuál usar (por muy absurdo que sea).

más puede lo menos). En ningún momento se prevé que la emanación venga precedida de un contradictorio en el que se pueda discutir o no sobre la concurrencia de los presupuestos para su expedición (la DF 22 LEC tampoco lo prevé en la actualidad a propósito de certificados similares al amparo del Reglamento 2201/2003), con la consiguiente sublimación de la confianza recíproca (el juez de origen controla) y limitándose la defensa de la parte que se oponga porque considera que no se han respetado las exigencias básicas a una reacción *a posteriori*, al amparo del art. 48.2º (recuérdese que el art. 47.6 excluye la posibilidad de recurso contra la decisión de expedir el certificado). No deja de ser expresivo de las ideas subyacentes que ni siquiera se exige la notificación previa de la resolución al ejecutado (punto 10 de los anexos). La consecuencia es que queriendo evitar las dilaciones y potenciar la celeridad, se deja espacio a la ejecución de resoluciones con pies de barro. Un contradictorio en el que se limitara el objeto del debate a los extremos recogidos en el art. 47 no debería dar lugar a demasiadas dilaciones, y aseguraría que lo que se ejecuta por este procedimiento acelerado merece seguir este trámite. En la actualidad se asume un excesivo riesgo de error.

20. Pero hay otros elementos a subrayar. Seleccionaré sólo tres: a) Se exige que todas las partes afectadas hayan tenido la oportunidad de ser oídas. La expresión “parte afectada” dice más que partes en el proceso, es claro. Si el litigio ha nacido y se ha desarrollado como puramente doméstico es razonable que no hubiera expectativas de ejecución transfronteriza, de manera que el juez se limitará a satisfacer las exigencias de su propio ordenamiento sin preocuparse por cumplir las previsiones reglamentarias, dando audiencia a quien determina su normativa procesal, que no son necesariamente las mismas personas en quien piensa el RB II ter. ¿Qué ocurrirá si la situación deviene internacional y se le solicita la producción del formulario? De entrada, casa mal con la necesaria rapidez la apertura de un trámite *ad hoc* de audiencia a los implicados. Es dudoso que, habiendo sido escrupuloso con su Derecho, habiendo producido una decisión impecable según su sistema, haya de rechazar esta vía rápida, pero lo diáfano es que no se han cumplido las exigencias del art. 47. Sea como fuere, si finalmente se toma la decisión de emplearla, estamos, de nuevo, ante lo incontrolable, con el consiguiente riesgo de acoger lo que rechina con derechos procesales básicos; b) A mayor abundamiento, en particular en los casos de sustracción es muy difícil que el secuestrador participe en el proceso⁷⁰, ya que por motivos penales o de la normativa de extranjería no pueden pisar el territorio del Estado cuyos tribunales son competentes para decidir sobre el fondo. En el caso del demandante debe bastar con la demanda, de modo que la exigencia del

⁷⁰ La Guía práctica de la Comisión de 2014 a propósito del RB II bis advertía de la necesidad de que los Estados adoptaran las medidas necesarias para que el secuestrador pudiera participar en el procedimiento en el Estado de origen sin sufrir consecuencias penales. La solución sugerida por la Guía práctica era o bien aprovechar las posibilidades que ofrece el reglamento sobre obtención de prueba o bien la conclusión de acuerdos específicos para posibilitar la entrada y salida del territorio (España no ha hecho nada específicamente en este tema). No es descartable que el derecho quede comprometido.

art. 27.1º (no denegar la restitución sin oír al demandante) se satisfará con facilidad; c) Hablando de resoluciones que impliquen la restitución de un menor, tener en cuenta las razones de otro tribunal conforme al art. 13.1º.b o 13.2º del Convenio de La Haya de 1980 (art. 47.4º) permite soñar en términos de cortesía y primacía del interés del menor pero no deja de ser una exigencia bastante huera. El punto 15 del formulario del anexo VI pide al tribunal que marque si efectivamente lo ha hecho, y que emplee el del anexo III si no lo ha hecho, sin más explicación. Es arduo pensar que cuando un tribunal haya optado por usar ese formulario y no otro, llegado al mencionado punto, lo deje en blanco, con independencia de cuál haya sido su actitud a lo largo del proceso. El juicio sobre el grado en el que se ha considerado esas razones es autónomo e incontrolable, no sometido a condición de exteriorización en el certificado o en la decisión, y desde luego el tribunal del Estado de ejecución no está en disposición de cuestionar las aseveraciones realizadas en origen, reprochar nada o criticar la falta de motivación echando mano de los desarrollos argumentativos contenidos en esta. Por otra parte, puede resultar más o menos complicado averiguar cuáles fueron esas razones, porque se dispone exclusivamente del formulario I y de la resolución –no necesariamente traducida al idioma del juez competente para el fondo– y se actúa bajo la presión de la necesaria rapidez. Si el proceso de restitución tiene que desenvolverse en seis semanas por fase, no tendría sentido que el de ejecución de la resolución en cuanto al fondo que implique restitución dure mucho más. La Guía práctica de 2014 sugería recurrir a las autoridades centrales (lentitud asegurada) o la colaboración directa entre tribunales, esto es, comunicaciones informales en caso de que los jueces hablen el mismo idioma. Pero al cabo de tantas comunicaciones la cuestión sigue siendo la misma: ¿Para qué? ¿Es trascendente, si resulta que cuando el resultado de la aplicación del cortesiómetro por el tribunal requerido sea negativo tampoco podrá hacer nada?⁷¹

VII. FINAL

21. Sin ánimo de reiterar, glosar o encapsular las ideas expuestas más arriba, permítaseme sólo un apunte final. Al final, ¿qué nos queda? Nos queda un reglamento europeo que tiene que respetar los compromisos nacionales previos (inevitable) y que ha olvidado que la responsabilidad parental suele ser uno más de los aspectos involucrados en litigios complejos, dejando sin resolver las eventuales dificultades de coordinación o de lagunas de protección del niño, y eso era evitable. De momento, nos queda el recurso al gran principio inspirador de toda la normativa (la protección del menor), cuya potencia flexibilizadora de la normativa procesal ampara el TC.

⁷¹ En realidad, el mecanismo de prevalencia convierte al procedimiento de colaboración en un campo minado, con un poderoso incentivo para no alegar las causas del art. 13 CLH 1980.

BIBLIOGRAFÍA

- Alejándrez Peña, P.: “Problemática práctica ante la ejecución de las separaciones o divorcios notariales”, *Revista de Derecho de Familia*, 2020, pp. 86 ss.
- Andrae, M.: “Noch einmal: Zur internationalen Zuständigkeit bei Wechsel des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes in einen Vertragsstaat des KSÜ (OLG Frankfurt, 5.11.2019)”, *IPrax*, 2021, pp. 2 ss.
- Borrás, A.: “Comentario al art. 8 RB II bis”, en U. Magnus, P. Mankowski, *European commentaries on private international law*, vol. IV, *Brussels IIbis Regulation*, Colonia, 2017;
- Campuzano Díaz, B.: “El nuevo reglamento (UE) 2019/1111: Análisis de las mejoras en las relaciones con el Convenio de La Haya de 19 octubre 1996 sobre responsabilidad parental”, en *CDT*, 2020.
- Carrillo Pozo, L.F.: *La responsabilidad parental. Un estudio de Derecho procesal civil internacional*, Valencia, 2021.
- Castellanos Ruiz, E.: “La vis atractiva del juez del divorcio internacional sobre la responsabilidad parental y los alimentos derivados del divorcio: cuestiones abiertas y problemas de la práctica”, en M V. Cuartero Rubio/J. M. Velasco Retamosa, (dirs.), *La vida familiar internacional en una Europa compleja: Cuestiones abiertas y problemas de la práctica*, Valencia, 2021.
- Forcada Miranda, F.J.: *Comentarios prácticos al Reglamento (UE) 2019/1111*, Madrid, 2020; F. Garau Sobrino, “Notas sobre la colisión de fuentes de derecho internacional privado español sobre responsabilidad parental y protección del niño”, *CDT*, 2011;
- Garrorena Morales, A.: “Comentario al art. 164 CE”, en O. Alzaga Villaamil, *Comentarios a la Constitución española de 1978*, t. XII, Madrid, 1999.
- Gascón Inchausti, F.: “El Derecho Procesal Civil Europeo comparece ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Reflexiones a partir de las resoluciones recaídas en los asuntos Povse c. Austria y Avotiņš c. Letonia”, *CDT*, 2014.
- Gascón Inchausti, F.: *Reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en el nuevo Reglamento Bruselas I bis*, Valencia, 2016.
- Gascón Inchausti, F.: *Derecho europeo y legislación procesal civil nacional: entre autonomía y armonización*, Madrid, Marcial Pons, 2018.
- Kruger, T. y Samyn, L.: “Brussels II bis: successes and suggested improvements”, *J. Priv. Int'l L.*, 2016.
- Lembrechts, S.: “Hearing abducted children in Court. A comparative point of view from three countries (Belgium, France & the Netherlands)”, en *The Judges' Newsletter on International Child Protection*, 2018.
- Moya Donate, P.: “La ejecución de resoluciones procesales de familia en las que aparecen afectados los menores. Especialidades procesales”, en *Sevin Familia y Sucesiones*, septiembre 2020 (SP/DOCT/106605).
- Reichling, N.: *Les principes directeurs du procès civil dans l'espace judiciaire européen. Étude à partir du procès civil transfrontalier*, Aix-en-Provence, 2020.
- Ubertazzi, B.: “The hearing of the child in the Brussels IIa Regulation and its Recast Proposal”, *J. Priv. Int'l L.*, 2017.