

Recibido: 30 marzo 2020
Aceptado: 12 mayo 2020

Los criterios de competencia en el Reglamento (UE) 2019/1111: especial referencia a la autonomía de la voluntad y al “interés superior del menor”

Monserrat GUZMÁN PECES*

SUMARIO: I. Introducción. II. Delimitación del ámbito de estudio del Reglamento (UE) 2019/1111 a las materias relativas a la responsabilidad parental y a la sustracción o retención ilícita. III. Carácter de los foros y tipos de conexiones. 1. Residencia habitual del menor. 2. Autonomía de la voluntad en la elección del Tribunal competente: A) Requisitos y limitaciones; B) Alcance de la conexión de la nacionalidad del menor. 3. Foros residuales: A) La presencia del menor; B) La búsqueda del órgano jurisdiccional mejor situado. IV. El procedimiento en materia de sustracción internacional de menores. V. Valoración final.

RESUMEN: En materia de responsabilidad parental se ha publicado el Reglamento (UE) 2019/1111, que sustituirá al denominado Bruselas II bis. El citado Reglamento introduce considerables novedades en materia de competencia que resulta preciso analizar. En particular en este trabajo se tratará de abordar el alcance de la autonomía de la voluntad a la hora de establecer la autoridad jurisdiccional competente para decidir sobre los derechos de guarda y custodia, incluso en los supuestos de traslado o retención ilícitos. A su vez, el Reglamento amplía el criterio basado en el principio de proximidad respecto de la conexión residencia habitual y, extiende las conexiones residuales a otros supuestos. Con toda esta casuística de posibles foros, se trataría de concluir si el “interés superior del menor” queda salvaguardado con las reformas planteadas.

PALABRAS CLAVE: REGLAMENTO (UE) 2019/1111 – COMPETENCIA JUDICIAL– RESPONSABILIDAD PARENTAL – INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

The rules of jurisdiction in the Regulation (EU) 2019/1111: Special reference in the choice of Court and the “best interest of the child”

ABSTRACT: Regarding parental responsibility, Regulation (EU) 2019/1111 has been published, which will replace the called Brussels II bis. The mentioned Regulation introduces considerable developments in the field of competition that need to be analyzed. Particularly in this paper we will try to address the scope of the jurisdictional order election agreements when establishing the

* Profesora Contratada Doctora de Derecho internacional privado de la Universidad de Alcalá (Madrid).

competent jurisdictional authority to decide on the rights of parental responsibility, even in cases of international child abduction or illegal retention. In turn, the Regulation extends the criterion based on the principle of proximity with respect to the habitual residence connection and expands the residual connections to other cases. With all this casuistry of possible forums, we would try to conclude if the "best interest of the child" is safeguarded with the proposed reforms.

KEYWORDS: REGULATION (EU) 2019/1111 – THE RULES OF JURISDICTION – PARENTAL RESPONSIBILITY – BEST INTEREST OF CHILD.

I. INTRODUCCIÓN

En la solución de conflictos en el ámbito familiar, se vienen produciendo importantes avances en la integración europea en los ámbitos propios del Derecho internacional privado de los Estados miembros, especialmente a la hora de determinar los órganos jurisdiccionales competentes y, a la hora de dotar de eficacia en el foro a una resolución emanada de un Juez o autoridad de un Estado miembro. En este ámbito se precisan de normas propias de funcionamiento, adaptadas a un nuevo escenario internacional en el que los Reglamentos de la Unión Europea, como instrumento legislativo clave de armonización, están ocupando un papel predominante a la hora de establecer el reparto competencial y determinar el derecho aplicable en el ámbito civil y en particular en materia familiar. En este trabajo se intentará analizar los aspectos relativos a la responsabilidad parental y la sustracción internacional de menores, delimitando el enfoque a los aspectos más novedosos que introduce el Reglamento (UE) 2019/1111¹ en relación con su antecesor el RB II bis. El impulso de europeización al que nos referimos, tiene como objetivo llevar a su máxima expresión el denominado espacio de libertad, seguridad y justicia; el principio de cooperación reforzada y, el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en el ámbito familiar. En particular, en este sector, han visto ya la luz tres Reglamentos: en materia matrimonial y en el ámbito de la responsabilidad parental se promulgó el Reglamento (CE) 1347/2000 (RB II), derogado posteriormente por el Reglamento (UE) 2201/2003 sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial²;

¹ DO L 178 de 2.7.2019.

² El Reglamento (UE) 2201/2003, denominado RB II bis amplió el ámbito de eficacia material con respecto al RB II, dado que incluyó la sustracción civil de menores en el ámbito europeo e, incorporó por referencia los mecanismos de cooperación de autoridades centrales previstos en el Convenio de la Haya de 1980 en relación a la retención y sustracción ilícita de menores en el ámbito familiar. Es precisamente en el ámbito de la ejecución de las decisiones relativas a derechos de visita y de retorno dónde se han planteado ciertas problemáticas a lo largo de estos años de vigencia. *Vid.* E. Rodríguez Pineau, "Algunas cuestiones sobre la aplicación del Reglamento CE 2201/2003", *AEDIPr*, t. IV, 2004, pp. 265 ss. *Vid.* también P. Orejudo Prieto de los

responsabilidad parental y sustracción internacional de menores (RB II bis)³ que a su vez será sustituido en su totalidad el 1 de agosto de 2022 por el Reglamento (UE) 2019/1111 (RB II ter) del mismo ámbito de aplicación⁴. Como la Comisión señala en el Considerando tercero de este último instrumento, resulta necesario fortalecer los derechos de las personas, en particular de los menores, en los procedimientos judiciales y mejorar la comunicación entre las autoridades judiciales y administrativas, reforzando la ejecución de resoluciones en materia de familia con implicaciones transfronterizas. En este trabajo intentaremos aproximarnos a las reglas de competencia de este Reglamento, centrándonos especialmente en las novedades introducidas y, en la articulación de la autonomía de la voluntad en la elección de foro para concluir si, de alguna manera, queda relegado el “interés superior del menor” en relación a otros criterios.

II. DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE ESTUDIO DEL REGLAMENTO (UE) 2019/1111 A LAS MATERIAS RELATIVAS A LA RESPONSABILIDAD PARENTAL Y A LA SUSTRACCIÓN O RETENCIÓN ILÍCITA

El Reglamento (UE) 2019/1111, en adelante RB II ter, incluye en su ámbito de eficacia material las mismas materias que su antecesor, aunque como veremos a continuación amplía su alcance. El objetivo principal que se propone el legislador de la Unión Europea con esta modificación es aumentar la seguridad jurídica y lograr una mayor eficiencia en este tipo de procesos. Por tanto, en materia de responsabilidad parental y restitución de menores, incluye los procedimientos y las resoluciones judiciales del orden civil; los documentos públicos y acuerdos extrajudiciales. El Reglamento se aplica a todas las resoluciones relativas a la responsabilidad parental, incluidas las medidas de protección del menor⁵ (con independencia de que

Mozos, “Diez años de aplicación e interpretación del Reglamento Bruselas II bis sobre crisis matrimoniales y responsabilidad parental (análisis de los aspectos de competencia judicial internacional)”, *La Ley: Unión Europea*, nº 21, 2014, pp. 5-22.

³ M. Guzmán Peces, “La competencia judicial en materia de nulidad, separación y divorcio; responsabilidad parental y sustracción civil de menores en Derecho internacional privado español”, *Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos. Derecho Español y de la Unión Europea*, M. Guzmán Zapater y M. Herranz Ballesteros (dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 243-276.

⁴ Los arts. 92, 93 y 103 RB II ter, entraron en vigor el 22 julio 2019.

⁵ Sobre este aspecto, debe tenerse en cuenta que en este mismo ámbito existe el Convenio de la Haya de 19 octubre 1996, sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, que ha sido ratificado por la mayor parte de los Estados miembros. Este Convenio resultará de aplicación en las relaciones entre un Estado miembro y un tercer Estado, pero en lo relativo a las relaciones entre Estados miembros, por lo que respecta a la determinación de la competencia y

estén vinculadas a un procedimiento en materia matrimonial u a otro procedimiento). También en relación a los bienes del menor, resulta de aplicación respecto de la designación de la persona encargada de administrarlos, representar, prestar asistencia al menor, así como de la gestión de los mismos. Además incluye cualquier tipo de acogimiento en un centro u hogar de acogida, o los de carácter educativo (excluyendo los de tipo punitivo como consecuencia de acciones del menor), conforme al Derecho y a los procedimientos nacionales, quedando excluidos el acogimiento con fines adoptivos, el acogimiento por un progenitor o pariente cercano.

El RB II ter califica de manera autónoma algunos términos, siguiendo la estela de su antecesor. Entre ellos se encuentra la noción de “órgano jurisdiccional” que en el RB II bis incluye a jueces o autoridades con competencia en las materias reguladas, y en el RB II ter abarca a cualquier autoridad de un Estado miembro. Por su parte en el Considerando decimocuarto, se precisa que comprende cualquier autoridad administrativa u otras autoridades como los notarios con competencia en materia matrimonial y de responsabilidad parental. No en vano el RB II ter garantiza la libre circulación de documentos públicos y acuerdos registrados por una autoridad pública competente, lo que incluye la obligación de comunicar por parte de los Estados miembros a la Comisión, conforme al art. 103, este tipo de autoridades.

Por lo que respecta a la noción de “resolución”, en el RB II ter se encuentran incluidas las órdenes o fallos procedentes de una decisión de un órgano jurisdiccional y también comprende las dictadas de conformidad con el Convenio de la Haya de 1980 que ordenen la restitución de un menor a otro Estado miembro. También abarca, las medidas provisionales y cautelares ordenadas por un órgano jurisdiccional competente para conocer del fondo del asunto o, aquellas otras complementarias a una orden de restitución, que tengan como objetivo evitar cualquier riesgo para el menor (psíquico o físico de conformidad con el art. 13.1º.b) del Convenio de la Haya de 1980). El RB II bis únicamente contemplaba las resoluciones judiciales (incluidas las sentencias o autos) en materia de nulidad, separación judicial o divorcio y medidas de responsabilidad parental. Para finalizar este apartado, cabe mencionar como novedad que el RB II ter contempla en su ámbito de aplicación material los documentos públicos, entendiendo por tales, aquellos que son formalizados o registrados oficialmente por autoridad pública u, otra habilitada a tal efecto. Adicionalmente se dota de eficacia a los acuerdos firmados por las partes y

el reconocimiento de decisiones en su ámbito de eficacia, prevalecerá el RB II bis o RB II ter a partir de su entrada en vigor en julio de 2022.

registrados por una autoridad pública competente en los términos que subrayábamos anteriormente.

En cuanto a la calificación del término “responsabilidad parental”, se define en términos idénticos que en la versión anterior y, por lo que respecta a los “titulares de la responsabilidad parental” se concreta mucho más, puesto que puede ostentar el derecho, cualquier persona, institución u organismo que tenga atribuida la responsabilidad parental sobre un menor.

III. CARÁCTER DE LOS FOROS Y TIPOS DE CONEXIONES

La estructura y los tipos de foros son muy similares a como se configuran en el RB II bis. En el RB II ter, la competencia de un orden jurisdiccional de un Estado miembro, se puede articular a título principal (arts. 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13 y 14) o, vinculada a un procedimiento en materia de nulidad, separación judicial y divorcio. En este último punto, si bien en el RB II bis expresamente se contemplaba en el art. 12, en esta nueva versión no se concreta. Pero como veremos más adelante, teniendo en cuenta que las partes pueden elegir el órgano jurisdiccional, cumpliendo una serie de condiciones, no encontraríamos obstáculos *a priori*. En efecto, con carácter general resultan competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la residencia habitual del menor. El art. 7 RB II ter, atribuye la competencia a los órganos jurisdiccionales de la residencia del menor en el momento que se presenta el asunto, por lo tanto se establece una cláusula para evitar el conflicto móvil, que posteriormente admite excepciones, por ejemplo atendiendo al cambio de residencia. A partir de aquí cobra protagonismo la autonomía de la voluntad de las partes, tanto en el ámbito de la responsabilidad parental como de la sustracción o retención ilícita. Las partes pueden elegir el órgano jurisdiccional de un Estado miembro, en determinadas circunstancias, y dicha elección se puede configurar con carácter exclusivo.

A continuación se prevén una serie de supuestos, que actúan como conexiones subsidiarias: En primer lugar, se plantea una *prorrogatio fori*, a favor de los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro mejor situado⁶ (art. 12 RB II ter y 15 RB II bis) siempre que exista una “vinculación

⁶ Esta cuestión se regulaba en el art. 15 RB II bis. *Vid.* al respecto, B. Campuzano Díaz, “El Art. 15 del Reglamento 2201/2003 y la remisión a un órgano jurisdiccional mejor situado para conocer del asunto. Nota a la Sentencia del TJUE de 4 octubre 2018, IQ y JO As. 478/17”, *CDT*, vol. 11, nº 2, 2019, pp. 452–461. *Vid.* también en relación a la apreciación del *forum non conveniens*, S. Álvarez González, “Responsabilidad parental, transferencia de la competencia a los órganos jurisdiccionales de otro Estado Miembro e interés superior del menor. STJUE 27 octubre de 2016,

especial”, concepto jurídico que el propio instrumento concreta y, que fue objeto de interpretación por parte del TJUE⁷. En segundo lugar, se contemplan dos supuestos específicos: el primero, cuando no se pueda determinar la residencia habitual del niño, que resultará competente el juez del Estado miembro en el que se encuentre el menor⁸ (art. 11) y, en segundo lugar, si no se puede determinar la competencia en virtud del Reglamento, se podrá aplicar la legislación nacional para determinar ésta (art. 14).

1. Residencia habitual del menor

En el RB II ter, tampoco se avanza en una calificación autónoma en relación a la noción residencia habitual del menor⁹. El art. 8 establece una previsión, en términos similares al RB II bis, sobre el mantenimiento de la competencia en relación con los derechos de visita¹⁰. En el supuesto de que el menor cambie de residencia, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la anterior residencia habitual del menor seguirán siendo competentes, excepcionalmente, durante los tres meses siguientes al cambio para modificar una resolución sobre los derechos de visita dictada en dicho Estado Miembro. Es preciso que la persona a la que se concedió el derecho de visita, siga viviendo en el Estado de la anterior residencia habitual del menor. Lo anterior no se aplica si dicho titular acepta la competencia de los órganos jurisdiccionales de la nueva residencia del menor.

En relación a esta competencia hay que tener en cuenta dos consideraciones: La primera, que el menor no adquiere una nueva residencia si no es de acuerdo a lo establecido en la ley y, en particular, siempre que el traslado no se califique como ilícito (el nuevo Reglamento lo

C-428/15: D”, *La Ley: Unión Europea*, nº 43, 30 diciembre 2016, pp. 2-4. Y del mismo autor una visión muy crítica sobre la falta de flexibilidad en la interpretación del TJUE en relación al “órgano jurisdiccional mejor situado”, *vid.* “De nuevo sobre la interpretación y alcance del art. 15 del Reglamento Bruselas II bis (Una alternativa efímera a la STJ 4 octubre 2018)”, *La Ley: Unión Europea*, nº 66, 31 enero 2019, pp. 1-16.

⁷ STJUE 3ª 12 noviembre 2014, asunto *L contra M*. TJCE/2014/441.

⁸ Este criterio también se aplicará en el caso de menores refugiados o desplazados a causa de los “disturbios” producidos en el país de origen. La redacción literal de este precepto tampoco parece plenamente satisfactoria, porque pueden quedar al margen determinados supuestos no amparados en la consideración de disturbios.

⁹ Cf. L.A. Pérez Martín, “Determinación y trascendencia de la residencia habitual en las crisis familiares internacionales”, *Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos. Derecho Español y de la Unión Europea* (M. Guzmán Zapater y M. Herranz Ballesteros, dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, esp. pp. 952-957.

¹⁰ *Vid.* STJUE 1ª 31 mayo 2018, asunto *N.V. contra G.B.* El Tribunal interpreta extensamente el concepto de “derecho de visita” al incluir el derecho de visita de los abuelos a los nietos.

define). Y por otro lado, que esta previsión se configura de manera excepcional, supeditada a que el titular del derecho de visita no acepte la competencia de los órganos jurisdiccionales de la nueva residencia habitual del menor y, sometida a un plazo de caducidad de tres meses. En estos casos, el elemento fundamental para que se pueda producir un cambio de residencia, es la aquiescencia –o al menos la no oposición– de los titulares de la responsabilidad parental y demás partes del proceso¹¹.

En los supuestos de cambio de residencia legal del menor, ante la falta de consentimiento de un progenitor al traslado del menor, pasados tres meses, la competencia del órgano jurisdiccional de la anterior residencia, decae a favor de la nueva residencia (apartado segundo del art. 8). El problema surge, por la falta de un criterio autónomo de residencia habitual¹², a diferencia de lo que sucede con otras conexiones como “Estado miembro más vinculado”. Esta cuestión ya se planteó en el RB II bis y en el RB II ter se mantiene en el art. 8 en términos similares. Parece claro, que una estancia superior a tres meses e inferior a seis meses en un Estado, no resulta un criterio claro, para entender que el menor tiene una nueva residencia, excepto si se dan otros índices de arraigo que permitan inducir una permanencia más estable. Entre esos índices podrían valorarse la escolarización del menor; la presencia de otros familiares en este Estado; la vinculación laboral del progenitor custodio con ese Estado, etc. En el caso de que no se den alguno de estos criterios, no cabe más remedio que acudir al criterio fáctico, de la presencia del menor en un determinado territorio.

Por otro lado, “la presencia menor” se ha considerado por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, requisito ineludible para apreciar la residencia habitual de un menor en un Estado. En efecto, en la STJUE 2018/236 (asunto *UD contra XB*)¹³ se planteó una cuestión prejudicial y, el TJUE entendió que es preciso que un menor se encuentre físicamente presente en un Estado miembro para que pueda considerarse que reside habitualmente en él. En el litigio mencionado, la demandante (en avanzado estado de gestación) alegaba que mediante presiones fue obligada a dar a luz y permanecer en un tercer Estado (Bangladesh).

¹¹ M. Guzmán Peces, “Problemática en la coordinación de instrumentos normativos aplicables a la sustracción de menores y en particular a la interpretación de la residencia habitual”, *AEDIPr*, t. XIV-XV, 2015, pp. 489–522.

¹² La apreciación de la residencia habitual se ha debatido en numerosas Sentencias del Tribunal de Justicia. *V.gr.*, STUE 9 octubre 2014, asunto C-376/14: *C contra M*. *Vid.* también en el caso de menores de corta edad, la STJUE (Sala Primera) de 22 diciembre 2010, asunto *Mercredi*.

¹³ STJUE 1ª 17 octubre 2018, asunto *UD contra XB*, TJCE/2018/236. www.aranzadi.digital.es. *Vid.* B. Campuzano Díaz, “Una nueva Sentencia del TJUE sobre el concepto de residencia habitual en el marco del Reglamento 2201/2003. Sentencia de 17 octubre 2018, UD y XB AS. 393/18 PPU”, *CDT*, vol. 11, nº 2, 2019, pp. 462–471.

Por su parte, en caso de traslado o retención ilícita del menor, el art. 9 del RB II ter establece la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la residencia habitual del menor inmediatamente antes del traslado o retención ilícita, hasta que el menor adquiera la residencia habitual en otro Estado miembro y, se den otra serie de requisitos, todos ellos en conducentes a entender la existencia de conformidad al traslado por parte de los titulares de la responsabilidad parental. Se requiere que los titulares de la responsabilidad parental (personas físicas o jurídicas), que tengan atribuido el derecho de custodia, hayan dado su conformidad al traslado o retención. Alternativamente es necesario el transcurso de un mínimo de un año desde que el titular de la responsabilidad parental tuviera conocimiento del paradero del menor y, éste se haya integrado en el nuevo entorno, y se den una serie de circunstancias que indiquen o bien, inacción procesal por parte del titular del derecho de custodia y, esto se produce cuando no se ha presentado una demanda de restitución, o haya desistimiento. También en el caso de presentación de la demanda puede haber sido denegada o, haberse dictado una resolución sobre el derecho de custodia y, la restitución no sea una medida contemplada.

No obstante la principal novedad en este ámbito es que la regla general de competencia decae si, los titulares de la responsabilidad parental y las partes en el proceso, han convenido la competencia de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, en los términos preceptuados en el art. 10. La inclusión de la elección de foro, cuando el menor ha sido sustraído o retenido ilícitamente, debe considerarse muy positiva aunque dudo de su funcionalidad, dado que en este ámbito el principal problema es la localización del menor y la falta de acuerdo entre los titulares de la responsabilidad parental. También está previsto que las partes en cualquier momento del procedimiento, puedan acudir a la mediación como fórmula alternativa de resolución de litigios (art. 25 RB II ter). El principio del “interés superior del menor” actuará como criterio modulador para avanzar en la vía de la mediación o, en el procedimiento contencioso.

2. La autonomía de la voluntad en la elección del Tribunal competente

En el RB II bis se establece la prórroga de competencia en varios supuestos. En efecto, en un litigio relativo a la responsabilidad parental vinculado a un procedimiento de nulidad, separación judicial o divorcio, el apartado primero del art. 12 bajo la rúbrica de “Prórroga de la competencia”, extiende la competencia a los órganos jurisdiccionales competentes conforme al art. 3 del RB II bis¹⁴. Para ello se requiere que al menos uno de los cónyuges ejerza la

¹⁴ STS Civ 1ª, nº 710/2015 de 16 diciembre, RJ/2015/6185.

responsabilidad parental sobre el menor y, conforme al apartado b) "...la competencia de dichos órganos jurisdiccionales haya sido aceptada expresamente o de cualquier otra forma inequívoca por los cónyuges o, por los titulares de la responsabilidad parental en el momento de someter el asunto ante el órgano jurisdiccional y responda al "interés superior del menor"¹⁵.

Asimismo en el apartado tercero se establece otro foro, en procedimientos distintos a los del apartado primero, cuando exista una "vinculación estrecha" con los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro y, se concreta este concepto jurídico, cuando se señala que éstos pueden ser los de la residencia habitual de alguno de los titulares de la responsabilidad parental o, los de la nacionalidad del menor. Además se exige que la competencia haya sido aceptada expresamente o, de forma inequívoca, por todas las partes en el procedimiento y la competencia responda al "interés superior del menor"¹⁶.

Pues bien, esta cuestión se planteó en 2014 en la Sentencia del TJUE (Sala Tercera) asunto *L contra M*¹⁷. El TJUE señaló que la competencia debía ser "aceptada expresamente o de cualquier forma inequívoca por todas las partes en el momento de presentar el asunto ante el órgano jurisdiccional". Conforme al RB II bis, habría que interpretar dicho artículo en consonancia con el art. 16 que exige la acreditación de la extensión de la competencia, resultando necesario el consentimiento expreso o, cuando menos inequívoco, a más tardar en el momento de presentación el escrito demanda o documento equivalente. El TJUE indicó que este requisito no se daba cuando el Tribunal conocía del asunto a instancia de una sola de las partes y, cuando la otra parte instó ante ese mismo órgano jurisdiccional otro procedimiento en una fecha posterior, impugnando además la competencia en el primer procedimiento. En otro asunto, el TJUE, en el asunto *Saponaro y Xylina* en 2018¹⁸, entendió que el fiscal constituye una parte en el proceso y, en este caso no constaba la oposición del fiscal. El Tribunal concluyó señalando la aceptación inequívoca a la prórroga de competencia de todas las partes, ejercitada por los progenitores del menor.

¹⁵ STJUE 1 octubre 2014. La prórroga de competencia del apartado tercero del art. 12, se extingue al recaer una sentencia firme en dicho procedimiento. En efecto, aunque la prórroga de la competencia en materia de responsabilidad parental se aceptara por los titulares y respondiera al interés superior del menor, tal competencia puede que no siga respondiendo a ese criterio en un momento posterior.

¹⁶ Vid. A. Borrás Rodríguez, "El 'interés del menor' como factor de progreso y unificación del Derecho internacional y privado", *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. IV, 1994, pp. 47-99. Vid., también, A. Fernández Pérez, "Aproximación al interés superior del menor en el Derecho internacional privado español", *Boletín Mexicano de Derecho comparado*, 2018, pp. 107-134.

¹⁷ STJUE 12 noviembre 2014.

¹⁸ STJUE 19 abril 2018.

Por su parte, el RB II ter concreta la elección de foro por las partes en el art. 10. En la línea de los Reglamentos de última generación, se introduce la posibilidad de que las partes en un procedimiento sobre responsabilidad parental atribuyan la competencia a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro, distinto al de la residencia habitual del menor. Dicha elección, se encuentra condicionada por el cumplimiento de tres requisitos: En primer lugar, que sea un foro “estrechamente vinculado” con el menor, configurándose como un concepto jurídico indeterminado. No obstante el Reglamento establece que al menos en tres supuestos, existe esta conexión, aunque no establece un *numerus clausus*. Se dan estas circunstancias cuando, o bien, al menos uno de los titulares de la responsabilidad parental tenga su residencia habitual en dicho Estado Miembro; o, en él radique la antigua residencia habitual del menor o, el menor sea nacional de dicho Estado miembro. La prórroga de competencia ya estaba prevista en el RB II bis (art. 12), en primer término, vinculada al foro de competencia del art. 3 en materia de nulidad matrimonial, separación o divorcio. Para ello se requería el cumplimiento de varias condiciones, esto es, que al menos uno de los cónyuges ejerciera la responsabilidad parental respecto del menor y; los cónyuges o cualquier otro titular de la responsabilidad parental la aceptaran expresamente y, dicha prórroga respondiera al interés superior del menor. En segundo término, de modo semejante a la actual redacción, el apartado tercero del art. 12, preveía también la iniciación del procedimiento en materia de responsabilidad parental, ante el órgano jurisdiccional de un Estado miembro distinto al de la residencia habitual del menor, si éste se encontraba “vinculado estrechamente” a dicho Estado. Concorre esta circunstancia, si uno de los titulares de la responsabilidad parental tenía su residencia habitual en él o, si el menor era nacional de ese Estado miembro, siempre que dicha competencia fuese aceptada por todas las partes y respondiera al “interés superior del menor”.

La principal diferencia es que la prórroga ya no se establece expresamente respecto del foro de competencia del art. 3 en materia de nulidad matrimonial, separación y divorcio. No obstante desaparece del texto dispositivo pero se conserva en los Considerandos del RB II ter, en particular en el vigésimo tercero. Teniendo en cuenta que al articular la conexión “vinculación estrecha” no se establece, como señalábamos con anterioridad, un *numerus clausus* y, que en los Considerandos se contempla, se podría entender que no existe ningún obstáculo para prorrogar la competencia a favor de dichos órganos jurisdiccionales, siempre claro está, que no se oponga al “interés superior del menor”.

El TJUE (Sala Tercera) en la Sentencia 5 septiembre 2019¹⁹, tuvo ocasión de pronunciarse sobre si la elección de un determinado foro en relación con

¹⁹ STJUE 3ª 5 septiembre 2019, as. C-468/18.

las obligaciones alimenticias en base al art. 3.a) del Reglamento (UE) 4/2009 podría redundar en “interés del menor”. En este asunto se presentó una única demanda con tres pretensiones (divorcio, responsabilidad parental y obligación de alimentos con respecto al menor). El Tribunal de Primera Instancia de Constanza, Rumanía (coincidente con la residencia habitual del demandado) decidió suspender el procedimiento y plantear una cuestión prejudicial. El TJUE entendió que la competencia de los Tribunales rumanos para el divorcio (nacionalidad común de los cónyuges) podría resultar adecuada para la disolución del vínculo y, para la determinación de las obligaciones alimenticias, como domicilio del demandado, pero precisó constituía un foro que no respondía al “interés superior del menor” en materia de responsabilidad parental.

A) Requisitos y limitaciones

La elección de foro se encuentra condicionada por la existencia de un acuerdo libre entre las partes y, de cualquier otro titular de la responsabilidad parental, en el momento de la presentación del asunto ante el órgano jurisdiccional o, si las partes aceptan expresamente la competencia durante dicho procedimiento. Dicha competencia debe responder al “interés superior del menor” que se consagra como principio informador para la determinación de la competencia. El RB II ter califica también de manera autónoma el concepto de “titularidad de la responsabilidad parental”. Si bien en el art 2 del RB II bis se configuraba como, el conjunto de derechos y obligaciones conferidas a una persona física o jurídica, el apartado octavo en relación con su titularidad, sólo se refería a –personas– sin ningún tipo de especificación. El RB II ter concreta mucho más este concepto, cuando señala que pueden ostentar la titularidad “cualquier persona, institución u organismo”.

En cuanto a la validez del acuerdo de elección de foro, se requiere que las partes (aquí se incluye no sólo a los titulares de la responsabilidad parental sino también a otras personas interesadas), lo manifiesten mediante acuerdo por escrito (fechado y firmado) o, lo hagan constar en el acta judicial con arreglo a la legislación nacional. Se considerará realizada por escrito, toda comunicación efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo (se utiliza la misma fórmula que en el resto de Reglamentos UE). El Reglamento ha previsto el supuesto en el que después de la presentación de la demanda sobre responsabilidad parental, aparezcan personas que pasen a ser partes en el procedimiento. En este caso pueden prestar su consentimiento con posterioridad, aunque bastaría con que no existiese oposición expresa al acuerdo de elección de

foro. Pues bien, si el citado acuerdo es válido en atención a los criterios anteriormente enunciados (tanto de carácter material como formal), se configura como un foro exclusivo y por tanto excluyente, con respecto a cualquier foro, incluido el de la residencia habitual. A este respecto habría que efectuar algunas consideraciones:

En primer lugar, hay que tener en cuenta que en algunas ocasiones la responsabilidad parental resulta una materia conexa a los procedimientos de separación judicial o divorcio y, en el ámbito matrimonial habría que acudir a los foros del art. 3. Y no está previsto del revés, es decir, que el órgano jurisdiccional del Estado miembro competente como consecuencia del acuerdo, resulte competente para un procedimiento de nulidad, separación o divorcio, si no coincide con los preceptuados en el citado artículo. Al hilo de esta reflexión, se podría haber establecido la elección de foro en el ámbito matrimonial para alinearlos a las conexiones previstas en los Reglamentos de Derecho aplicable.

En segundo lugar, los titulares de la responsabilidad parental y otras partes del procedimiento tienen que acordarlo. Para que exista dicho acuerdo, no tiene que existir una ruptura dramática de las relaciones personales y familiares y, si estamos en ese supuesto, es probable que se haya podido llegar a un acuerdo de mediación previo²⁰ y, por tanto, no sea necesario acudir a ningún órgano jurisdiccional para dilucidar la responsabilidad parental. Recordemos que el RB II ter contempla y fomenta los acuerdos de mediación en este ámbito²¹.

²⁰ En el ámbito de la Unión Europea, a partir de la publicación del Libro Verde de 2002 sobre las alternativas de resolución de conflictos, se sientan las bases en el ámbito de la mediación de lo que finalmente se plasmará en la Directiva (UE) 2008/52 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 mayo 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Asimismo el Parlamento Europeo ha efectuado varios seguimientos a lo largo de estos años para calibrar el impacto de la citada Directiva en las diversas legislaciones europeas. Por citar los más relevantes, destaca el Informe del Parlamento Europeo de 2014 sobre el relanzamiento de la mediación para el incremento del número de asuntos; el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación de la Directiva (COM 2016-0542); también la recopilación de la Dirección General de Políticas Interiores de la Unión sobre la implementación de la Directiva de Mediación de 2016. Todos ellos culminan en la Resolución del Parlamento Europeo de 12 septiembre de 2017 en la que se abordan una serie de propuestas de mejora. *Vid.*, al respecto, A. Fernández Pérez, "Mediación familiar transfronteriza en el ámbito europeo", *La Ley, Derecho de Familia*, nº 17, enero-marzo, 2018, pp. 1-28 y, de la misma autora "La mediación en la sustracción internacional de menores desde la perspectiva Europea", *Desarrollos Modernos del Derecho internacional privado Libro Homenaje al Dr. Pereznieto Castro*, México, Tirant Lo Blanch, 2017, pp. 349-389. *Vid.* también, M.C. Chéliz Inglés, *La sustracción internacional de menores y la mediación: Retos y vías prácticas de solución*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

²¹ M. Guzmán Peces, "La implementación de la Directiva (UE) 2008/52 relativa a la mediación en asuntos transfronterizos", *Arbitraje. Revista de Arbitraje comercial y de inversiones*, vol. XI, nº 2, 2018, pp. 465-482.

En tercer lugar, la elección se supedita a la existencia de una “vinculación estrecha” con el órgano jurisdiccional elegido y, se da esta conexión en los supuestos de residencia habitual de los titulares de la responsabilidad parental o, de la anterior residencia del menor o, en el caso de que el menor sea nacional de un Estado miembro distinto del que tiene su residencia habitual. En el caso de la nacionalidad, puede que no exista demasiada vinculación con el menor, aunque sí con los titulares de la responsabilidad parental, no obstante a esta cuestión nos referiremos en el siguiente epígrafe.

En cuarto lugar, se señala que el acuerdo deberá atender al principio del “interés superior del menor”. En relación al órgano jurisdiccional elegido por los titulares de la responsabilidad parental, con el acuerdo de las partes (incluido el Fiscal), se plantea la duda sobre lo que sucedería si el Juez elegido valora que dicho acuerdo no resulta positivo para el menor, de acuerdo al citado principio. La pregunta es si podría remitir el asunto a otro órgano jurisdiccional mejor situado y, si éste puede o debe declararse incompetente, en tal caso, atendiendo a la existencia de un foro exclusivo. A nuestro juicio, todas estas incógnitas se plantearán y tendrá que ir desgranando el TJUE a través de su labor interpretativa.

B) Alcance de la conexión de la nacionalidad del menor

El RB II ter preceptúa que las partes pueden elegir el orden jurisdiccional del Estado miembro de la nacionalidad del menor. Este foro puede que no presente ningún tipo de vinculación, al margen de ser el foro elegido y aceptado. En este sentido cabría señalar que tal y como está configurado, el foro de la nacionalidad del menor, se convertiría en un foro exclusivo y, por tanto excluyente. No deja de ser paradójico que fruto de esta elección adquiera un papel tan preponderante, cuando ha dejado de ser un foro primordial en materia de protección de menores. En la actualidad se tiende a la búsqueda de una conexión que refleje en mayor medida el centro efectivo de la vida de la persona²² y así, se ha considerado en el ámbito de la Conferencia de la Haya, en particular en el Convenio de sustracción civil de menores de 1980; en el Convenio de la Haya de 1996, en el Reglamento de obligaciones alimenticias de 2009 y, en el Reglamento precedente (RB II bis) por citar algunos ejemplos.

²² El RB II ter, en el considerando vigésimo, concibe con carácter prioritario el foro de la residencia habitual del menor, al considerar el criterio de proximidad beneficioso para el “interés prioritario del menor” y, prevé la posibilidad de acudir a otros foros con carácter excepcional. En cambio, el foro elegido por las partes resta protagonismo al de la residencia habitual en el articulado del Reglamento si se dan los requisitos para ello.

Dicho lo anterior, la conexión nacionalidad se perpetúa, como conexión subsidiaria, en el ámbito competencial en materia de estatuto personal y familiar, tanto en el ámbito interno, como en la mayor parte de los Reglamentos de la Unión Europea de última generación (en materia sucesoria, obligaciones alimenticias, régimen económico matrimonial, etc.). En el RB II bis, en materia de crisis matrimoniales, en dos supuestos puede resultar competente la autoridad judicial de un Estado miembro y, no cabe olvidar que se puede sustanciar por el mismo órgano jurisdiccional la disolución judicial del vínculo y las medidas de responsabilidad parental. También, como señala la Profesora Pérez Vera²³, puede derivarse de esta conexión cierta vinculación sociológica y cultural en relación con las partes o, su nota de estabilidad (nada desdeñable) en un mundo globalizado caracterizado por continuos cambios de residencia y domicilio.

3. Foros residuales

A) La presencia del menor

Como la conexión principal del RB II ter gira en torno a la residencia habitual del menor, cuando no pueda determinarse ésta o, no exista acuerdo de elección de foro, el art. 11 (antes art. 13 RB II bis) atribuye la competencia para la determinación de la responsabilidad parental a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que esté presente el menor, atendiendo a criterios fácticos. Se podría entender que esta conexión atiende al denominado “principio de proximidad” con carácter informal. Este supuesto se puede plantear cuando existen continuos cambios o traslados del menor en el ámbito de la Unión Europea, pero también se contempla, de acuerdo al apartado segundo, para menores refugiados y desplazados internacionalmente a causa de disturbios ocurridos en el Estado miembro de su residencia habitual.

De la redacción del precepto, se desprende que cualquier menor al que se le haya concedido el estatuto de refugiado (con independencia de si procede de otro Estado miembro o, de un tercer Estado), a los efectos de determinar el ejercicio de la responsabilidad parental, habrá que acudir al órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que se encuentre. Sobre esta cuestión, entendemos que en aras del “interés prioritario del menor”, desde el momento en el que los representantes legales o tutores del menor

²³ E. Pérez Vera, “Determinación y prueba de la nacionalidad”, *Crisis matrimoniales...*, loc. cit. p. 908. La autora analiza los elementos que inciden en la pervivencia de esta conexión en materia familiar y, también plantea las dificultades que puede plantear su determinación en los supuestos, cada vez más abundantes, de plurinacionalidad.

solicitan el estatuto de refugiado, se estaría dentro del ámbito de aplicación de la norma. Por otro lado, en cuanto a los menores desplazados se limita, a mi juicio inexplicablemente, el ámbito de eficacia de la norma, a los disturbios en el seno de la Unión Europea.

B) La búsqueda del órgano jurisdiccional mejor situado

En el RB II ter (art. 12), del mismo modo que en su predecesor (art. 15), está previsto, con carácter excepcional, la remisión del asunto, por parte de un órgano jurisdiccional competente, a otro mejor situado de un Estado miembro para valorar el interés superior del menor. Se requiere que el menor mantenga un “vínculo estrecho” con dicho Estado para que la competencia responda al “interés superior del menor” en cada caso particular²⁴. La única limitación vendría del hecho de que los titulares de la responsabilidad parental hubieran establecido un acuerdo de elección de foro en las condiciones previstas en el art. 10.

A estos efectos, se considera que existe una “vinculación estrecha” con dicho Estado miembro, en varios supuestos: Si dicho Estado se convierte en la residencia habitual después de la presentación de la demanda ante el primer orden jurisdiccional; o bien, el menor ha residido de manera habitual en dicho Estado miembro; o es nacional del mismo; o uno de los titulares de la responsabilidad parental reside habitualmente en dicho Estado miembro; o si el asunto se refiere a medidas de protección del menor relacionadas con la administración, conservación o disposición de los bienes que se encuentre en dicho Estado miembro.

El procedimiento comenzaría con la suspensión del conocimiento del caso, de oficio o a instancia de parte, para informar al juez del otro Estado miembro de la causa y de la posibilidad de remisión del asunto. Para ello se fija un plazo (no especificado aunque se entiende que breve). Si dicho órgano jurisdiccional se considera competente, atendiendo a las circunstancias específicas del caso y, del “interés superior del menor”, se podrá declarar competente y, aquí si se fija un plazo de seis semanas que comenzaría a contar desde que se haya presentado la solicitud o, haya recibido la solicitud de conformidad. Si en el plazo de siete semanas el órgano jurisdiccional, del Estado miembro que conoció en primer término, no ha recibido la aceptación del otro órgano jurisdiccional, deberá seguir ejerciendo su competencia. La principal diferencia con el RB II bis en el procedimiento de remisión es, el establecimiento de plazos concretos en el proceso. El cumplimiento de estos plazos, que si bien responden al “interés

²⁴ *Vid. supra nota*, 6.

superior de menor”, van a requerir de un gran esfuerzo, en todos los ámbitos de la Administración de Justicia, no tanto por la comunicación entre órdenes jurisdiccionales, sino porqué será necesario el estudio del expediente, traducción de diversos documentos, en su caso, y un pronunciamiento de Juzgados nacionales, que como en el caso español, vienen reclamando desde hace tiempo una mejor dotación de medios humanos y técnicos para hacer frente a un número crecientes de litigios en el ámbito familiar.

IV. EL PROCEDIMIENTO EN MATERIA DE SUSTRACCIÓN CIVIL DE MENORES

En este ámbito, la competencia del órgano jurisdiccional del Estado miembro se concreta en el art. 9 RB II ter, atendiendo al criterio de la residencia habitual del menor, apreciada en el momento inmediatamente anterior a producirse el traslado ilícito y hasta que el menor adquiriera una nueva residencia en otro Estado miembro. Hasta aquí no se aprecia ninguna diferencia con la anterior regulación, sino fuera porque el citado precepto comienza señalando “sin perjuicio del art. 10”, que consagra el acuerdo por las partes de elección del órgano jurisdiccional de un Estado miembro, en los términos que anteriormente señalábamos en el ámbito de la responsabilidad parental. Sin duda el legislador de la Unión Europea apuesta decididamente por la autonomía de la voluntad en esta sede, máxime cuando se ha producido un incumplimiento o infracción, calificada como ilícita, de los derechos de custodia sobre un menor. Avanzando más, también constituye una novedad la formulación expresa en el art. 25 de la resolución de litigios por métodos alternativos a la jurisdicción²⁵. Se fomenta a las partes el acudir, lo antes posible y en cualquier momento del procedimiento, a la mediación. En efecto, el juez debe “invitar” a las partes, bien directamente o, con la asistencia de la autoridad central, a explorar esta vía u otras alternativas de resolución de conflictos. Tan sólo en dos supuestos el Juez puede apreciar que es contraproducente esta vía, esto es, siempre que se oponga al principio del “interés superior del menor” o, que atendiendo a las circunstancias concretas, conlleve un retraso indebido del procedimiento²⁶. Por lo tanto, el citado principio se convierte en un límite a la resolución de litigios por métodos alternativos a la jurisdicción.

²⁵ Vid. L.A. Pérez Martín, “La mediación en el ámbito internacional y nacional”, *Crisis matrimoniales...*, op. cit., pp. 105-108.

²⁶ Del tenor literal del art. 25 RB II ter se deduce claramente el carácter no obligatorio de la mediación.

A partir de aquí, el RB II ter cambia la redacción de algunas disposiciones e introduce elementos nuevos en la línea de agilizar el procedimiento; facilitar el intercambio de información entre las autoridades centrales y el órgano jurisdiccional competente y; con el objetivo de tratar de garantizar que el menor no sufra ningún riesgo si se autoriza la restitución²⁷. El Capítulo III del RB II ter, dedicado a la sustracción internacional de menores, comienza señalando en el art. 22 el procedimiento de restitución de un menor²⁸ (de dieciséis años) que ha sido trasladado o retenido de modo ilícito del Estado miembro en el que tenía su residencia habitual a otro Estado miembro. La relación existente entre el Convenio de la Haya de 1980 y el citado Reglamento es de complementariedad y, en esa línea, la nueva redacción contribuye a fomentar la cooperación entre los dos instrumentos, como vamos a poner de manifiesto a continuación.

El procedimiento de restitución, conforme al art. 23, se inicia cuando a instancia de parte (persona, institución u organismo) se alega la violación de un derecho de custodia y se solicita una orden de restitución con arreglo al Convenio de la Haya de 1980. Se puede solicitar directamente al órgano jurisdiccional competente con la intervención de la autoridad central o prescindiendo de ella. En el caso de que ésta sea requerida, actuará con urgencia, de tal manera que acusará recibo de la solicitud en el plazo de cinco días hábiles e informará sin dilación indebida a la autoridad central del Estado miembro requirente (dónde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes del traslado o retención ilícito) o al solicitante, de todas las actuaciones iniciales efectuadas o que se vayan a realizar. Así mismo la autoridad central requirente podrá solicitar, la aportación de información o documentación adicional para valorar la solicitud.

En cuanto al procedimiento judicial, también se introducen algunos cambios en aras de agilizar al máximo la tramitación. De este modo, se insta a los órganos jurisdiccionales a que actúen con la máxima urgencia en la sustanciación de la demanda. Se distingue entre las actuaciones jurisdiccionales de primera instancia y las de nivel superior. Está previsto que, conforme al art. 24, desde la iniciación del proceso, salvo que concurren circunstancias excepcionales, se dicte una resolución en el plazo máximo de

²⁷ Vid. C. González Beilfuss, "La sustracción de menores en el nuevo Reglamento 2019/1111", *Relaciones transfronterizas, Globalización y Derecho. Homenaje al Profesor Doctor José Carlos Fernández Rozas*, Cizur Menor, Civitas, 2020, pp. 383-395.

²⁸ Si bien el RB II ter, en su ámbito de aplicación señala que resulta de aplicación a todo menor de dieciocho años de edad, el Convenio de la Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, en el art. 4 dispone que dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de dieciséis años. Por tanto, en este ámbito (sustracción o retención) se produciría esta limitación de edad al aplicar los mecanismos del Convenio entre Estados parte.

seis semanas. Si se recurre la decisión, los órganos jurisdiccionales superiores deben dictar resolución en el plazo máximo también de seis semanas, a contar desde que se hayan efectuado todos los trámites procesales y el órgano jurisdiccional haya podido examinar el recurso. En este momento procesal, el Juez (si lo estima beneficioso para el “interés superior del menor”) debe fomentar a las partes acudir a la mediación o a cualquier método alternativo de resolución de conflictos²⁹. Por su parte, el órgano jurisdiccional del Estado miembro, atendido a la edad y grado de madurez del menor, de acuerdo con su procedimiento nacional, tiene la obligación de escuchar al menor y tomar en cuenta sus opiniones en los procedimientos de restitución.

De hecho, ésta es una cuestión que ha planteado un gran debate debido a que el RB II bis permite denegar el reconocimiento de decisiones relativas a la responsabilidad parental³⁰ en el caso de que no se hubiera efectuado el trámite de audiencia del menor³¹ (y el RB II ter lo mantiene en el art. 39.2)

²⁹ De la lectura del articulado no se puede extraer la obligatoriedad de acudir al proceso de mediación y, en todo caso, habrá que atender al “interés superior del menor” en cada caso concreto. En el ámbito interno el apartado duodécimo del art. 778 quinquies de la LEC española se prevé este extremo cuando señala que “En cualquier momento del proceso, ambas partes podrán solicitar la suspensión del mismo de conformidad con lo previsto en el art. 19.4^º, para someterse a mediación. También el Juez podrá en cualquier momento, de oficio o a petición de cualquiera de las partes, proponer una solución de mediación si, atendiendo a las circunstancias concurrentes, estima posible que lleguen a un acuerdo, sin que ello deba suponer un retraso injustificado del proceso. En tales casos, el Letrado de la Administración de Justicia acordará la suspensión por el tiempo necesario para tramitar la mediación. La Entidad Pública que tenga las funciones de protección del menor puede intervenir como mediadora si así se solicitase de oficio, por las partes o por el Ministerio Fiscal. La duración del procedimiento de mediación será lo más breve posible y sus actuaciones se concentrarán en el mínimo número de sesiones, sin que en ningún caso pueda la suspensión del proceso para mediación exceder del plazo legalmente previsto en este Capítulo. El procedimiento judicial se reanudará si lo solicita cualquiera de las partes o, en caso de alcanzarse un acuerdo en la mediación, que deberá ser aprobado por el Juez teniendo en cuenta la normativa vigente y el interés superior del niño”. Cf. C. González Beilfuss, “La sustracción de menores...”, *loc. cit.* p. 396.

³⁰ Por lo que respecta al reconocimiento el Reglamento garantiza el reconocimiento automático de toda resolución sin necesidad de un procedimiento intermedio y limitando los motivos de denegación para las resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental a causas tasadas: cuando el reconocimiento sea manifiestamente contrario al orden público; el demandado se vea en la imposibilidad de defenderse debido a una notificación tardía del escrito de demanda; el reconocimiento sea inconciliable con cualquier otra resolución; además, para las decisiones en materia de responsabilidad parental, hay dos motivos adicionales de no reconocimiento, esto es, cuando el niño no pudo ser oído; o una persona que alegaba que la resolución supone un obstáculo al ejercicio de su responsabilidad parental no fue oída. Y respecto de las resoluciones relativas al derecho de visita y a la restitución de menores se suprime el trámite de ejecución. *Vid.* STJUE 19 noviembre 2015, *asunto P / Q*, TJCE/2015/374. www.aranzadigital.es.

³¹ Una visión muy crítica al respecto puede encontrarse en 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”, *AEDIPr*, t. IV, 2004, pp. 173 y 174.

configurándose éste como un derecho fundamental reconocido en diversos instrumentos internacionales sobre los Derechos del niño. Además el procedimiento del derecho de audiencia de los menores puede variar de unos Estados a otros, lo que significa que en esta materia tan sensible sería deseable una mayor armonización en el ámbito civil y procesal para evitar que la decisión del Estado de origen se oponga al orden público nacional del Estado requerido y, todo ello en detrimento del “interés prioritario del menor”, puesto que especialmente en el ámbito de la sustracción civil de menores³² se produce una carrera contra el tiempo, para evitar que la circunstancias cambien y el menor se acabe integrando en el lugar al que ha sido trasladado de manera ilícita.

El órgano jurisdiccional del Estado miembro requerido puede acordar la restitución o proceder a su denegación. En el supuesto de denegación, resulta obligatorio que la parte solicitante sea oída. En el supuesto que dicho Juez esté valorando la no restitución atendiendo al apartado b) del art. 13 del Convenio de la Haya de 1980, porque entiende que la restitución pueda exponer al menor a un peligro físico, psíquico o, una situación intolerable, no puede acordarla si llega al convencimiento por cualquier medio que se va a garantizar la protección del menor tras su restitución y, para ello puede ponerse en contacto con las autoridades competentes del Estado miembro requirente. Y si así lo estimase conveniente, tiene la posibilidad de dictar medidas provisionales (incluidas las cautelares) para garantizar que en el supuesto de restitución del menor, se le proteja de sufrir cualquier riesgo, de los que mencionaba anteriormente. Si finalmente se produce la denegación de la restitución conforme al ap. b) del art. 13 del Convenio, el art. 29 RB II ter, contempla un procedimiento específico, que comienza con la expedición de un certificado (en la forma prevista en el anexo I del RB II ter). Ahora bien, está previsto que coetáneamente el órgano jurisdiccional en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes del traslado ilícito, conozca de una demanda sobre el fondo del derecho de custodia. En ese supuesto, el Juez emisor de la resolución de no restitución, debe transmitir en el plazo máximo de un mes (directamente o, a través de una autoridad central), a el otro orden jurisdiccional una copia de la resolución, un certificado conforme al modelo del anexo I, un acta o cualquier otro documento que considere pertinente. En cualquier caso, una resolución relativa al fondo de los derechos de custodia, con independencia de la existencia de una resolución de no restitución, resultará ejecutiva en

³² Incluso en el supuesto de que un Juez dicte una resolución de no restitución, debe transferir el expediente a la jurisdicción competente del Estado miembro donde el menor tenía su residencia habitual antes de su traslado. Esta jurisdicción tiene la última palabra para decidir si debe restituirse o no al menor.

otro Estado miembro, con arreglo al procedimiento previsto en el propio Reglamento.

Una vez dictada la resolución, debe ser ejecutada con urgencia, el art. 28 establece un plazo de seis semanas, a contar desde el inicio de los trámites para la ejecución. Si transcurrido dicho plazo no se ha producido, tanto la parte que solicitó la ejecución como la autoridad central, pueden solicitar la exposición de los motivos de dicho retraso. Habría que destacar que desde que se presenta la solicitud de restitución hasta que se obtiene la orden de restitución, dependiendo de la existencia de un recurso, pueden transcurrir de dos a cuatro meses, período que dependerá también de la prospección durante el procedimiento de métodos alternativos a la resolución del conflicto. No obstante la mayor parte de los problemas y retrasos se plantean en la localización del menor, que si bien, en el ámbito de la Unión Europea, suele constituir una tarea menos costosa, se complica con terceros Estados y, más aún si no han ratificado el Convenio de la Haya de 1980.

El transcurso del tiempo desde que se produce el traslado o retención ilícita del menor, puede contribuir a la adquisición de una nueva residencia habitual como consecuencia de la integración del menor en el lugar al que ha sido trasladado ilícitamente³³. Estos supuestos se presentan normalmente cuando se ha producido el traslado o retención sin el consentimiento del otro progenitor custodio; cuando todavía no se ha planteado una demanda relativa a la responsabilidad parental o incluso, en el caso de haberse presentado, todavía no existe una resolución judicial firme de atribución de la guardia y custodia. El RB II ter matiza mucho más estas cuestiones que su antecesor, dado que impide la adquisición de una nueva residencia si el traslado del menor no se ha calificado de “lícito”, cuestión que nos parece de vital importancia.

Finalmente, respecto a las resoluciones relativas al derecho de visita y a la restitución de menores, el RB II ter, las contemplan en la Sección 2ª. Se califican de “resoluciones privilegiadas” y, serán objeto de reconocimiento sin que sea necesario acudir a ningún procedimiento especial y, sin que sea posible oponerse al mismo, salvo que sea irreconciliable con una resolución posterior en materia de responsabilidad parental sobre el mismo menor. Así mismo también se establece el carácter ejecutivo de las mismas, siendo necesario aportar una copia auténtica de la resolución y el certificado expedido por el órgano jurisdiccional en los términos previstos en el art. 47 y, siempre que todas las partes afectadas hayan tenido la oportunidad de ser oídas; se haya dado al menor la posibilidad de expresar su opinión y en

³³ Vid. E. Rodríguez Pineau, “Sustracción internacional de menores, orden de retorno europea, exequátur y casación”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 110, 2019, esp. pp. 10-12.

esencia se hayan garantizado los derechos de defensa de las partes en el proceso.

V. VALORACIÓN FINAL

En el ámbito de las relaciones jurídicas familiares internacionales, cada vez se producen más conflictos en relación a la guarda y custodia y derechos de visita, que acaban dando lugar a sustracciones y retenciones ilícitas de los menores, localizadas en el espacio de la Unión Europea. El RB II ter, de modificación del RB II bis, establece una serie de mecanismos útiles para encauzar algunos de los problemas que se han ido planteando a lo largo de estos años y, que han dado lugar a numerosas Sentencias provenientes de órdenes jurisdiccionales españoles y del TJUE. El Reglamento presenta un carácter transfronterizo, pero limitado a las autoridades y órganos jurisdiccionales de los Estados Miembros, por lo que si alguno de los titulares de la responsabilidad parental, escapa del ámbito de eficacia al fijar su residencia en un tercer Estado y, se traslada con el menor de manera ilícita a dicho Estado, pasaremos del escenario de la integración al de la cooperación o, coordinación de soluciones³⁴. Si existe retención o traslado ilícito de un menor a un Estado no miembro, habrá que acudir al Convenio de la Haya sobre sustracción internacional de menores de 1980 o, a los Convenios bilaterales suscritos por los Estados miembros si el menor se encuentra en un Estado parte de los mismos.

Una de las problemáticas que se plantean en relación con las materias de justicia civil, viene de la mano de la existencia de una competencia legislativa exclusiva de la Comunidad, por lo que debe establecerse un procedimiento para autorizar a los Estados miembros a modificar un acuerdo existente o, celebrar uno nuevo con un tercer Estado, especialmente cuando la Comunidad no haya ejercitado su competencia externa con dichos Estados para la firma de acuerdos en este ámbito. Los Estados miembros deben comunicar su intención a la Comisión y, si así se considera adecuado se podrá autorizar la celebración de acuerdos de carácter bilateral o regional.

³⁴ Vid. J.M. Espinar Vicente, "Dos apuntes críticos sobre el actual Derecho internacional privado español", *Relaciones transfronterizas, Globalización y Derecho. Homenaje al Profesor Doctor José Carlos Fernández Rozas*, Cizur Menor, Civitas, 2020, pp. 272 y 273, en los que el autor pone de manifiesto el problema de coordinación de las fuentes de producción normativa, en los distintos escenarios. También vid. del mismo autor, *Ensayos sobre teoría general del Derecho internacional privado*, Madrid, 1997, pp. 106-115. Vid. también en el mismo sentido, Ch. P. Pamboukis, "Droit Intenational Privé holistique: Droit Uniforme et Droit International Privé, Cours general de Droit International privé", *Recueil des Cours*, t. 330, 2008, en especial pp. 417-428. El autor plantea las dificultades de articulación de reglas en el modelo de integración por la multiplicidad de espacios jurídicos.

El Reglamento (CE) 664/ 200 regula este procedimiento en materia matrimonial, responsabilidad parental y obligaciones alimenticias. A pesar de estar previsto, no se está haciendo uso de esta facultad y, en el caso español al margen del Convenio de la Haya de 1980 (incorporado en el RB II bis y ter) que es de cooperación de autoridades centrales, el de Luxemburgo de 1980, el de la Haya de 1996 en materia de protección de menores y, el Convenio bilateral con Marruecos no disponemos de otros instrumentos, cuestión que dificulta en gran medida dar una respuesta adecuada al creciente aumento de casos de menores trasladados fuera de la Unión Europea, en los que resulta necesario instar el reconocimiento de resoluciones judiciales en materia de responsabilidad parental y de órdenes de restitución de menores trasladados o retenidos ilícitamente³⁵.

Con independencia de estas cuestiones, el RB II ter, introduce importantes modificaciones de carácter técnico y material con respecto a su antecesor que van a contribuir a una mejora en su funcionamiento (sobre todo por la clarificación de cuestiones procesales, garantías, plazos, intervención de autoridades no jurisdiccionales, etc.). El Reglamento pretende unificar aspectos procedimentales, pero no debemos olvidar que pueden entrar en contradicción con la *lex fori* como ley rectora de las cuestiones procesales. Las principales novedades vendrían, en primer lugar, por la apuesta decidida por la mediación (sin establecer su obligatoriedad, dado que se “invita” a las partes a acudir a esta fórmula de solución de litigios) en cualquier fase del procedimiento, de oficio o, a instancia de parte, siempre que sea en aras del “interés superior del menor” y que no implique una dilatación indebida del proceso. Y, en segundo lugar, se detecta una concreción mayor en las reglas para la determinación del Juez competente.

Al margen de los foros residuales o, de las especialidades previstas, con carácter general, la competencia de los Jueces de los Estados miembros se articula atendiendo al “principio de proximidad”, que en este caso, viene representado por la residencia habitual del menor. Por su parte, la elección del foro por las partes (que no se concibe en el ámbito matrimonial curiosamente), siempre que no exista oposición y, con los límites establecidos (art. 10) se erige como una competencia de carácter exclusivo y excluyente. No obstante, atendiendo a los requisitos requeridos, el

³⁵ Vid. Dictámen del Comité Económico y Social Europeo 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». Como observación específica el citado Comité señalaba “es necesario regular los casos en los que uno de los progenitores no proviene de la Unión. La migración y el intercambio global de bienes y servicios conllevan un aumento de estos casos. El CESE considera necesaria la conclusión de acuerdos bilaterales, en particular con países que no han suscrito el Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores” (DO C 125 de 21.4.2017).

ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes en esta fase (judicialización del proceso) revestirá un carácter residual, desde mi punto de vista, dado que la ruptura de la relación personal y familiar dificulta llegar a este tipo de acuerdos, máxime cuando con carácter previo, se ha fomentado la exploración de métodos alternativos para solucionar el conflicto y, no se han obtenido resultados.

Por último, cabe destacar que el “interés superior del menor”, no solo queda salvaguardado sino que se refuerza aún más en este Reglamento. Entre las notas caracterizadoras, destaca su transversalidad, dado que se contempla como un principio rector en todo tipo de actuaciones (de carácter administrativo o judicial) en materia de responsabilidad parental y sustracción internacional de menores. Por otro lado, cabría señalar su funcionalidad vertebradora, al actuar como criterio modulador a la hora de establecer las reglas de competencia de los Estados miembros en este ámbito. Incluso, dependiendo del caso concreto, puede impedir el funcionamiento del principio de proximidad y, de la autonomía de la voluntad de las partes en la elección de foro, si el órgano jurisdiccional considera que el foro resultante de la elección de las partes se opone al “interés superior del menor”. Y como no podría ser de otro modo, puede constituir un límite para acudir a la mediación como método alternativo de solución de los conflictos familiares en el ámbito europeo.

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez González, S.: “Responsabilidad parental, transferencia de la competencia a los órganos jurisdiccionales de otro Estado Miembro e interés superior del menor. STJUE 27 octubre de 2016, C-428/15: D”, *La Ley: Unión Europea*, nº 43, 30 diciembre 2016.
- : “De nuevo sobre la interpretación y alcance del art. 15 del Reglamento Bruselas II bis (Una alternativa efímera a la STJ 4 octubre 2018), nº 66, 31 enero de 2019, pp. 1-16 [<https://laleydigital.laleynext.es>].
- Borrás Rodríguez, A.: “El ‘interés del menor’ como factor de progreso y unificación del Derecho internacional y privado”, *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. IV, 1994, pp. 47-99.
- Campuzano Díaz, B.: “Una nueva Sentencia del TJUE sobre el concepto de residencia habitual en el marco del Reglamento 2201/2003. Sentencia de 17 octubre 2018, UD y XB AS. 393/18 PPU”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2019, vol. 11, nº 2, pp. 462-471.
- : “El Art. 15 del Reglamento 2201/2003 y la remisión a un órgano jurisdiccional mejor situado para conocer del asunto. Nota a la Sentencia del TJUE de 4 octubre 2018, IQ y JO As. 478/17”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, nº 2, 2019, pp. 452-461.
- Chéliz Inglés, M^a. C.: *La sustracción internacional de menores y la mediación: Retos y vías prácticas de solución*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

- Espinar Vicente, J.M.: "Dos apuntes críticos sobre el actual Derecho internacional privado español", *Relaciones transfronterizas, Globalización y Derecho. Homenaje al Profesor Doctor José Carlos Fernández Rozas*, Cizur Menor, Civitas, 2020, pp. 261-277.
- : *Ensayos sobre teoría general del Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 1997.
- Fernández Pérez, A.: "Aproximación al interés superior del menor en el Derecho internacional privado español", *Boletín Mexicano de derecho comparado*, 2018, pp. 107-13.
- : "Mediación familiar transfronteriza en el ámbito europeo", *La Ley, Derecho de Familia*, nº 17, enero-marzo, 2018, pp. 1-28.
- : "La mediación en la sustracción internacional de menores desde la perspectiva Europea", *Desarrollos Modernos del Derecho internacional privado Libro Homenaje al Dr. Pereznieta Castro, L.*, Tirant Lo Blanch, México, 2017, pp. 349-389.
- González Beilfuss, C.: "Sustracción internacional de niños y ejercicio transnacional de los derechos de visita", *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, Madrid, Colex, 2004, pp. 89-114.
- : "Relaciones e interacciones entre Derecho Comunitario, Derecho internacional privado y Derecho de Familia Europeo en la construcción de un espacio judicial común", *AEDIPr*, t. IV, 2004, pp. 117 y 190.
- : "La sustracción de menores en el nuevo Reglamento 2019/1111", *Relaciones transfronterizas, Globalización y Derecho*, Homenaje al Profesor Doctor José Carlos Fernández Rozas, 1ª ed., Civitas, 2020, pp. 383-395.
- : "La competencia judicial en materia de nulidad, separación y divorcio; responsabilidad parental y sustracción civil de menores en Derecho internacional privado español", *Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos. Derecho Español y de la Unión Europea*, M. Guzmán Zapater y M. Herranz Ballesteros (Drs.), Tirant lo Blanch, 2018, pp. 243-276.
- : "Problemática en la coordinación de instrumentos normativos aplicables a la sustracción de menores y en particular a la interpretación de la residencia habitual", *AEDIPr*, vol. XIV-XV, 2015, pp. 489-522.
- : "La implementación de la Directiva (UE) 2008/52 relativa a la mediación en asuntos transfronterizos", *Revista de Arbitraje comercial y de inversiones*, vol. XI, nº 2, 2018, pp. 465-482.
- Jiménez Blanco, P.: *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Madrid, Marcial Pons, 2008.
- Lagarde, P.: "Le principe de proximité dans le droit de l'homme en droit comparé", *R. des C. t.* 196, 1986-I, pp. 26-129.
- Orejudo Prieto de los Mozos, P.: "Diez años de aplicación e interpretación del Reglamento Bruselas II bis sobre crisis matrimoniales y responsabilidad parental (análisis de los aspectos de competencia judicial internacional)", *La Ley: Unión Europea*, nº 21, 2014, pp. 5-22.
- Pamboukis, CH. P.: "Droit International Privé holistique: Droit Uniforme et Droit International Privé, Cours general de Droit International privé", *Recueil des Cours*, t. 330, 2008.
- Pérez Martín, L.A.: "Determinación y trascendencia de la residencia habitual en las crisis familiares internacionales", *Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos. Derecho Español y de la Unión Europea*, M. Guzmán Zapater y M. Herranz Ballesteros (Drs.), Tirant lo Blanch, 2018, pp. 927-963.

- : “La mediación en el ámbito internacional y nacional”, *Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos. Derecho Español y de la Unión Europea*, M. Guzmán Zapater y M. Herranz Ballesteros (dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 85–117.
- Pérez Vera, E.: “Determinación y prueba de la nacionalidad”, *Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos. Derecho Español y de la Unión Europea*, M. Guzmán Zapater y M. Herranz Ballesteros (dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 903–925.
- Rodríguez Pineau, E.: “Algunas cuestiones sobre la aplicación del Reglamento CE 2201/2003, *AEDIPr*, t, IV, 2004, pp. 261–286.
- : “Sustracción internacional de menores, orden de retorno europea, exequátur y casación, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil*, nº 110, 2019, pp. 1–12. *BIB* 2019/5886.

