

PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DE LOS HIJOS EN LOS CASOS DE RUPTURA DE LOS MATRIMONIOS MIXTOS. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA REGULACIÓN ADOPTADA EN EL ESPACIO EUROPEO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA*

Begoña VIDAL FERNÁNDEZ
*Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad de Valladolid*

SUMARIO

I.-INTRODUCCIÓN: RUPTURA DE MATRIMONIOS MIXTOS. CRISIS MATRIMONIALES Y DERECHOS DE LOS NIÑOS. II.-MARCO JURÍDICO DE PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS A NIVEL INTERNACIONAL. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE PROTECCIÓN DENTRO DE LA UNIÓN EUROPEA. III.-CUSTODIA Y DERECHO DE VISITA VERSUS DERECHO DEL NIÑO A ESTAR CON LOS DOS PADRES. EL PROBLEMA DEL SECUESTRO (SUSTRACCIÓN) INTERNACIONAL DE MENORES. A. A nivel internacional. B. En la Unión Europea. 1) *Determinación de la responsabilidad paterno-filial.* 2) *El derecho de visita transfronterizo.* 3) *Sustracción intracomunitaria de menores. La «orden» de restitución intracomunitaria.* IV.-PAPEL Y FUNCIONES DE LAS AUTORIDADES CENTRALES. V.-DERECHO DE ALIMENTOS. A. A nivel internacional. B. En la Unión Europea. VI.-MEDIDAS PROVISIONALES. VII.-BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN: RUPTURA DE MATRIMONIOS MIXTOS. CRISIS MATRIMONIALES Y DERECHOS DE LOS NIÑOS

En toda relación de pareja, cuando la convivencia se hace imposible es preciso proceder a la separación, nulidad o divorcio. Si además hay niños por medio es necesario determinar la responsabilidad paterno-filial, es decir determinar la atribución de su custodia, el régimen de visitas, y en su caso la prestación de alimentos. Porque aunque el punto de partida del núcleo familiar es la voluntad de 2 adultos, los hijos son sujetos sobrevenidos con importantes intereses en las futuras relaciones de los ex cónyuges, y mientras son menores de edad son titulares de un conjunto de derechos que deben ser protegidos y amparados¹. Derechos que con frecuencia vulneran precisamente quienes tienen esta obligación de protección actuando en defensa de sus derechos e intereses sobre el

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación sobre «Tutela jurisdiccional de la víctima de la violencia de género: análisis y propuestas», DER2009-10749.

¹ Vid. GARCÍA MEDINA, J., «Crisis matrimoniales y derechos de los menores», en *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*, coord. C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, ed. Lex Nova, 2009, pp.223 a 252, espec. pp. 224-225.

menor antes que en defensa de los derechos e intereses del menor². Para resolver estas cuestiones se aplican las normas internas, vigentes en cada Estado.

La resolución de estos conflictos se complica cuando interviene algún elemento de extranjería, esto es cuando uno o ambos cónyuges son extranjeros o residen en otro Estado, o el vínculo (sea matrimonio o sea otro vínculo contemplado por la legislación de origen) se ha establecido en otro Estado. Esta situación es cada vez más frecuente en la Unión Europea. Las familias se separan y se recomponen³. En estas circunstancias es particularmente importante que los niños cuenten con un marco jurídico seguro que les permita mantener la relación con las personas que ejercen sobre ellos la responsabilidad parental (paterno-filial) aunque residan en distintos Estados miembros⁴, y que tenga como principio rector el «*interés superior del menor*»⁵. Esta noción tiene que ser la consideración primordial que ha de guiar toda decisión legislativa, administrativa o judicial y ayudar a solventar cualquier conflicto de intereses que afecte a un niño⁶. Y también es importante que se asuma como elemento indispensable el establecimiento de un sistema judicial «acogedor» o «amigable» para los niños, especialmente en los casos en los que se ven involucrados en situaciones creadas por adultos, de las que no son responsables⁷.

² Lamento expresado por M. BOER-BUQUICCHIO, Secretario General del Consejo de Europa y miembro durante años de la Comisión Europea de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el Prefacio al libro *International Justice for Children*, ed. Consejo de Europa («Building Europe for and with children»), 2008.

³ El informe de Eurostat, de mayo de 2006, publicó que en la UE se produce casi un divorcio por cada dos matrimonios, y 1/3 de los niños que nacen son extramatrimoniales. Se pueden consultar los datos en la web: <http://ec.europa.eu/comm/eurostat.html>.

⁴ Recogido de la Exposición de Motivos de la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental derogando el reglamento 1347/2000 y modificando el reglamento 44/2000 en materia de alimentos, presentada por la Comisión el 17 de mayo de 2002, COM (2002) 222 final/2.

⁵ Un caso actual puede servir para ilustrar la trascendencia de una regulación útil y eficaz en este campo. El domingo 14 de marzo de 2010 se publicaba en «Crónica», del periódico El Mundo, una entrevista realizada al ex marido de M.ª José Carrascosa, la abogada valenciana condenada a 14 años de prisión en Nueva Jersey (Estados Unidos), por «secuestrar» a su propia hija, habida con el que ahora es su acusador, Peter Innes, al retenerla «ilegalmente» en España. La madre lleva 3 años encarcelada, desde que viajó a Nueva Jersey para defenderse de estas acusaciones ante los tribunales estadounidenses, dejando a la niña al cuidado de los abuelos maternos. Los tribunales españoles dieron la custodia a la madre, pero la perdió cuando resultó encarcelada en Estados Unidos. La tutela quedó en manos de la Generalitat valenciana, que, a su vez, se la concedió a los abuelos maternos, con los que vive desde entonces⁶. La niña, Victoria, es la gran perdedora. Desde que tiene uso de razón ha vivido con sus abuelos, a los que llama papá y mamá.

⁶ Vid. «Conclusions» de *International Justice for Children*, Council of Europe Publishing, 2008, p. 144.

⁷ Sobre los principios que debe guiar esta Justicia «amigable» o acogedora para los niños vid. BIGOT, J. «Children and the Courts-children testimony in judicial proceedings affecting them» (pp. 113 a 118), y McCARNEY, W., «The principles of child-friendly justice at national level» (pp. 119 a 131), ambos en *International Justice for Children*, Council of Europe Publishing, 2008.

II. MARCO JURÍDICO DE PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS A NIVEL INTERNACIONAL. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE PROTECCIÓN DENTRO DE LA UNIÓN EUROPEA

En todos estos supuestos en los que hay un elemento de extranjería no son aplicables las normas de competencia internas de cada Estado, sino las correspondientes según la legislación de derecho internacional privado. En nuestro ordenamiento jurídico, el sistema de fuentes establecido fija una prelación normativa a observar en estos casos. El art. 21 LOPJ determina que: «1. Los juzgados y tribunales conocerán de los juicios que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros con arreglo a lo establecido en la presente ley y en los tratados y convenios en los que España sea parte.» Asimismo el art. 277 LOPJ advierte que: «Los juzgados y tribunales españoles prestarán a las autoridades judiciales extranjeras la cooperación que les soliciten para el desempeño de su función jurisdiccional, de conformidad con lo establecido en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte, y en su defecto, en razón de reciprocidad»... Y el art. 36.2 LEC establece que «los tribunales civiles españoles se abstendrán de conocer de los asuntos que se les sometan cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes: (...) 2.^a. Cuando, en virtud de un tratado o convenio internacional en el que España sea parte, el asunto se encuentre atribuido con carácter exclusivo a la jurisdicción de otro Estado». Es, por tanto, preciso conocer si hay algún Tratado o Convenio Internacional que regule esta materia y saber cuál es esa regulación.

En el marco de las Naciones Unidas destaca la *Convención sobre Derechos del Niño* de 1989⁸, de la que son parte todos los Estados excepto Estados Unidos y Somalia (en total 196 Estados), y que desarrolla en preceptos vinculantes los derechos consagrados por la *Declaración de los Derechos del Niño* de 1959, y el Convenio de Naciones Unidas sobre obtención de alimentos en el extranjero de 1956. Los principios enunciados en estos textos constituyen indicadores nucleares que permiten determinar el grado de eficacia para salvaguardar los derechos de los niños y de calidez que sienten en sus inevitables encuentros con los sistemas judiciales⁹.

Pero desde el punto de vista del Derecho Internacional la regulación de esta materia se encuentra fundamentalmente en los Convenios acordados en el seno

⁸ Los derechos de la infancia están plenamente estipulados en la Convención sobre los Derechos del Niño. Elaborada durante 10 años con las aportaciones de representantes de diversas sociedades, culturas y religiones, la Convención fue aprobada como tratado internacional de derechos humanos el 20 de noviembre de 1989. La Convención, a lo largo de sus 54 artículos, reconoce que los niños (seres humanos menores de 18 años) son individuos con derecho de pleno desarrollo físico, mental y social, y con derecho a expresar libremente sus opiniones.

⁹ Vid. «Conclusions», *International Justice for Children*, Council of Europe Publishing, 2008, p. 144.

de la Conferencia de La Haya¹⁰, singularmente en los dos siguientes: el Convenio de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (del que son parte 82 Estados), y el Convenio de 1996 sobre la determinación de la competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de menores, llamado «Convenio de Protección de los Niños». Ha sido suscrito por todos los Estados miembros de la Unión Europea, excepto Malta. El Consejo de la Unión Europea publicó la Decisión de autorización a los Estados Miembros para ratificar o adherir a dicho convenio, el 5 de junio de 2008)¹¹.

Desde hace unos años la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado trabaja en el objetivo de mejorar la cooperación transfronteriza en materia de derecho de familia, especialmente entre los países de la costa mediterránea. En un marco de diálogo que se ha denominado «*el Proceso de Malta*», se busca ante todo llegar a acuerdos en pro de la protección de los niños afectados por conflictos familiares y de su derecho a mantener una relación ininterrumpida con sus padres aunque vivan en países diferentes, así como en pro de erradicar el secuestro interparental de estos niños. Comenzó dicho proceso en la I Conferencia de Malta de 2004, y desde entonces se desarrolla sobre la base del respeto y el trato en pie de igualdad de las diferentes tradiciones y sistemas jurídicos. El gran avance de este *Proceso* ha sido lograr la participación de los países árabes donde rige la *Charia* (la ley islámica). En 2009 participó en la III Conferencia de Malta la Liga de los Estados Árabes¹², por vez primera. La concepción que subyace en este movimiento de diálogo y encuentro es la convicción de que los instrumentos internacionales solamente son eficaces cuando existe

¹⁰ Sin olvidar los Convenios acordados en el seno del Consejo de Europa. BENDITO CAÑIZARES, M.^a T, hace una recopilación exhaustiva de la regulación internacional en materia de Derecho de familia en su trabajo: «Ejecución de sentencias extranjeras en materia de familia. Mecanismos actuales de cooperación jurídica europea e internacional», Rev. del Poder Judicial, n.º 85, 2007, pp. 35 y ss, espec. pp. 36 y 37.

¹¹ Las nuevas competencias acordadas a la UE por el Tr. Ámsterdam de 1997 (aunque no entró en vigor hasta el 1 de mayo de 1999), y la adopción del Reglamento Bruselas II, impedían a los Estados miembros ratificar este Convenio de 1996 sin el acuerdo de la Unión. Por otra parte, el Convenio de La Haya no preveía la posibilidad de que la Comunidad Europea pudiera adherirse al mismo. Para dar solución a esta situación el Consejo decidió en el año 2003 autorizar de manera excepcional a los Estados miembros en aquel momento y vinculados por el Reglamento a ratificar dicho Convenio «en interés de la Comunidad» (P. WAUTELET, «Guide pratique des sources du contentieux familial international», en *Actualités du contentieux familial international*, pp. 7 a 36, espec. p. 14).

Mediante Decisión de 5 de junio de 2008 (2008/431/CE), el Consejo autorizó a todos los Estados miembros a ratificar o a adherirse al Convenio, y a formular la declaración que salvaguarda la coexistencia del convenio y del reglamento Bruselas II bis, a los que no lo han hecho todavía (Chipre, Letonia, Malta), proclamando la primacía del derecho comunitario para el reconocimiento y ejecución de resoluciones dictadas en materias contempladas en el convenio. Resulta sin embargo problemática esta ratificación porque se ve mezclada con el contencioso que enfrenta a España y Reino Unido por la cuestión de Gibraltar.

¹² Fundada en 1980 para intentar armonizar el derecho de familia de diferentes Estados árabes regidos por la *Charia*, y otros Estados islámicos.

una buena relación y confianza entre quienes tiene que aplicarlos cotidianamente, ya sean funcionarios administrativos o jueces¹³. Esta convicción colocó en un primer plano la necesidad de estos operadores de contar con información veraz y actualizada tanto de las modificaciones legislativas como de las actuaciones de sus colegas en otros Estados. Surgió así en la primavera de 1999 el *Boletín de los jueces* (que se publica en español desde el año 2004) publicado por la Oficina Permanente de la Conferencia de la Haya, que ha desempeñado un importante papel en el desarrollo de la cooperación judicial internacional en asuntos de protección de menores¹⁴.

Junto a estos Convenios multilaterales es de particular importancia para España el Convenio bilateral celebrado con el Reino de Marruecos de 1997 *sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores*¹⁵.

La Unión Europea ha asumido un compromiso serio en la defensa y protección de los derechos de los niños en el art. 3.5 TUE, consagrados en el art. 24 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En coherencia con este compromiso, el Consejo instó a la Comisión a adoptar medidas en esta dirección¹⁶.

En el territorio de la Unión Europea contamos con una regulación uniforme para todos los Estados de la Unión (excepto Dinamarca)¹⁷ que persigue el objetivo comunitario de hacer realidad, con la mayor amplitud posible, la libre de circulación de personas en su territorio.

De todas las cuestiones que integran el status jurídico de los menores en cualquier ordenamiento jurídico, han sido objeto de regulación internacional o comunitaria 4 campos¹⁸: a) La determinación de la responsabilidad parental

¹³ DUNCAN, W., «Objectif du processus de Malte», *La lettre des juges sur la protection internationale de l'enfant*, Tomo XVI, printemps 2010, Dossier Spécial, «Introduction», Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, accesible en la dirección de internet: www.hcch.net/index_fr.php?act.

¹⁴ SAUVAGE, N., «Diez años del Boletín de los Jueces», *El Boletín de los Jueces sobre la protección Internacional del niño*, Tomo XV, otoño 2009.

¹⁵ Se trata de un acuerdo que regula por completo los problemas que pueden suscitarse en esta materia. Se puede encontrar en la web del Ministerio de Justicia (en el apartado de áreas temáticas, cooperación jurídica internacional, sustracción internacional de menores): <http://mjusticia.es>.

¹⁶ En 2006 la Comisión lanzó una estrategia sobre los derechos del niño para garantizar que todas las políticas de la UE los fomentarían y protegerían. En el año 2010 ha relanzado dicha estrategia: Comunicación de la Comisión sobre los Derechos del Nio (2011/2014).

¹⁷ Actualmente sólo participa en la regulación comunitaria uniforme que se encuentra en el Reglamento 44/2001, y en el Reglamento 1393/2007 de notificaciones y traslado de documentos en materia civil y mercantil. Para las demás cuestiones son de aplicación los Convenios de la La Haya.

¹⁸ Para determinar la competencia judicial internacional respecto de cuestiones matrimoniales distintas de las señaladas hay que acudir a la normativa interna. Así en España la LOPJ, concretamente art.22.3.º establece que compete conocer de las *relaciones patrimoniales entre cónyuges* a los tribunales españoles si tienen aquí su residencia común ambos cónyuges al tiempo de la demanda, o nacionalidad española del demandante y residencia habitual en España, o ambos cónyuges tengan nacionalidad española si es de mutuo acuerdo, o el demandado tenga su domicilio en España, o por sumisión de las partes. Vid. SANTANA PAEZ, E., «Competencia judicial internacional: crisis matrimoniales con elemento extranje-

(paterno-filial). Cuestiones relativas a la guarda y custodia de los menores; b) La consecuente determinación del régimen de visitas; c) la sustracción internacional de menores; y por último, d) La contribución de ambos progenitores a la manutención de los menores comunes: la prestación de alimentos.

Los tres primeros están tan íntimamente vinculados que en la práctica aparecen como consecuencia uno de otro, por lo que consideramos que el mejor modo de entenderlos correctamente es mediante su estudio unificado.

III. CUSTODIA Y DERECHO DE VISITA VERSUS DERECHO DEL NIÑO A ESTAR CON LOS DOS PADRES. EL PROBLEMA DEL SECUESTRO (SUSTRACCIÓN) INTERNACIONAL DE MENORES

Es un derecho esencial del niño el de estar con sus progenitores. En la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 se alude a ello en el art. 6 al expresar que, «siempre que sea posible deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres, y en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre».

El art. 9.1 y .3, así como el art. 10.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 consagran este derecho a estar con los dos padres y la obligación de los Estados de hacerlo efectivo en la medida de lo posible¹⁹. El art. 11 regula los supuestos de traslados y retenciones ilícitas de niños en el extranjero²⁰. También consagra este derecho fundamental de los menores la *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, en su art. 24.3²¹: «Todo menor tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si son contrarios a sus intereses».

La patria potestad se atribuye por el hecho de la filiación, y comprende los siguientes deberes y facultades: velar por los hijos, tenerlos en su compañía, ali-

ro», en *Los procesos de familia: una visión judicial. Compendio práctico de doctrina y jurisprudencia sobre los procesos de familia y menores*, Ed. COLEX, 2007, pp. 141 a 187, espec. p. 143.

¹⁹ Art. 9.1: «Los Estados parte velarán por que el niño no sea separado de sus padres... excepto cuando... las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del menor... por ejemplo cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño. (...).

3. Los Estados partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño».

Art. 10.2: «El niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente... relaciones personales y contactos directos con ambos padres. Con tal fin, ... los Estados partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país...».

²⁰ Art. 11: «1. Los Estados partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero.

²¹ Artículo 24 – Derechos del menor.

mentarlos, educarlos, procurarles na formación integral, y también representarles y administrar sus bienes (art. 154 Cód. Civil). La titularidad de la patria potestad y su ejercicio pueden permanecer en ambos cónyuges en caso de ruptura de la pareja (se habla de cotitularidad y coejercicio), sin embargo la *guarda* necesariamente tiene que quedar desgajada y su ejercicio ser atribuido, por convenio o por sentencia, a uno de los cónyuges en solitario²².

Tras la ruptura de la pareja, una de las primeras cuestiones a resolver es determinar el cónyuge con el que van a convivir los hijos menores de edad, y establecer el régimen de visitas a favor del cónyuge no custodio. A falta de acuerdo entre los progenitores se aplica la normativa correspondiente, que normalmente encomienda al juez que está conociendo del pleito la determinación del cónyuge custodio, aplicando siempre el criterio del *interés superior del menor*. Cuando los padres tienen diferente nacionalidad y es necesario determinar el tribunal competente se impone la necesidad de acudir a los acuerdos y convenios multilaterales o bilaterales negociados para este fin²³.

A. A NIVEL INTERNACIONAL

Dentro de la Conferencia de La Haya destacan dos instrumentos: el Convenio de 1980 sobre *sustracción internacional de menores*, y el Convenio de 1996 de *Protección de los niños*.

El Convenio de La Haya de 1980²⁴ no pretende involucrarse en la cuestión de la determinación del titular de la custodia, sino hacer efectivo el principio de que todo niño sustraído debe ser reintegrado inmediatamente al Estado de su residencia habitual, y una vez restituido, la autoridad competente podrá determinar dónde y con quién deberá vivir. En consecuencia, el convenio persigue dos finalidades esenciales:

²² GULARTE MARTÍN-CALERO, C. «El ejercicio de la patria potestad en supuestos de ruptura convivencial: análisis jurisprudencial y propuesta de reforma del código civil», *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*, Lex Nova, Valladolid 2009, pp. 75 a 100. «Puede definirse la **guarda** como aquella potestad que atribuye el derecho de convivir de manera habitual con los hijos menores o incapacitados, bien de forma permanente o bien de forma alterna en periodos prefijados, y abarca todas las obligaciones que se originan en la vida diaria y ordinaria de los menores: la alimentación, el cuidado, la atención, educación en valores, formación, vigilancia y la presonsabilidad por los hechos ilícitos provocados por los menores interviniendo su culpa o negligencia» (íbidem, p. 85).

²³ Art. 11.2 de la Convención de Derechos del Niño de 1989: «Para este fin,... promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales, o la adhesión a acuerdos existentes».

²⁴ Convenio de la Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de Menores, de 25 de octubre de 1980, del que son parte 82 Estados. «Los Estados signatarios, convencidos de que los intereses del menor son de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia, y deseosos de proteger al menor en el plano internacional de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícitos, así como de establecer los procedimientos que permitan garantizar la restitución inmediata del menor a un Estado en que tenga su residencia habitual, y de asegurar la protección del derecho de visita».

a) velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes;

b) garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante.

El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos: a) cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y b) cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.

Para dar mayor efectividad al mecanismo del convenio, la Oficina Permanente de la Conferencia de la Haya creó en el año 2000 la Base de Datos sobre sustracción internacional de niños (*INCADAT*), que permite conocer las decisiones más destacadas dictadas por los tribunales de los Estados contratantes, sobre sustracción internacional de niños, así como de otros órganos relevantes como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos²⁵.

El Convenio se aplica a todo menor de 16 años que tuviera su residencia habitual en un Estado contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita. El «derecho de custodia» comprende el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia. El «derecho de visita» comprende el derecho de llevar al menor, por un periodo de tiempo limitado, a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual.

Este texto también es de aplicación entre los Estados miembros de la Unión Europea, si bien respetando siempre la primacía del Derecho comunitario existente en esta materia²⁶.

El Convenio de La Haya de 1996, *relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños*, tiene un ámbito de aplicación más amplio pues cubre una gama muy amplia de medidas de carácter civil

²⁵ Dirección de internet: www.incadat.com.

²⁶ El art. 11 del Reglamento 2201/2003 sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, introduce garantías y requisitos no contemplados en el convenio: siempre ha de darse audiencia al menor, antes de denegar la restitución solicitada ha de darse audiencia al solicitante, se restringen los motivos de denegación que son admitidos por el convenio, y cualquier resolución judicial de no restitución dictada conforme al convenio puede ser anulada por una orden de restitución posterior si ha sido dictada por un órgano judicial competente según el reglamento comunitario, la cual una vez certificada se beneficia del procedimiento privilegiado de ejecución automática de la norma comunitaria. Per el reglamento solamente es de aplicación entre los Estados miembros y si quien solicita la restitución es el titular del derecho de custodia.

de protección de los niños, que van desde órdenes relativas a la responsabilidad parental y al derecho de visita hasta medidas de carácter público de protección o cuidado, y desde cuestiones de representación hasta la protección de los bienes del niño. Además es aplicable a los niños desde que nacen hasta que alcancen la edad de 18 años.

El Convenio contiene normas uniformes que evitan la posibilidad de decisiones contradictorias. Estas normas otorgan la responsabilidad principal a las autoridades del país donde el niño tiene su residencia habitual, pero también permite que cualquier país donde el niño se encuentre tome las medidas de protección provisionales o de emergencia necesarias. Constituye una valiosa contribución a la protección de los niños a nivel internacional, por lo que la Unión Europea, dentro del objetivo de establecer un espacio judicial común basado en el principio del reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, considera deseable que se apliquen cuanto antes sus disposiciones. Ahora bien, en el territorio de la Unión la regulación de esta materia es competencia compartida, lo que significa que corresponde regular en primer lugar a la Unión. Sin embargo el convenio únicamente contempla los Estados como posibles sujetos partes. Por este motivo, el Consejo de la Unión Europea ha dictado dos Decisiones autorizando a los Estados miembros a firmar (Decisión de 19 de diciembre de 2002), a ratificar o adherirse (Decisión de 5 de junio de 2008) al mismo «en interés de la Comunidad»²⁷.

El Convenio es particularmente útil en lo siguiente:

* *Disputas entre los padres relacionadas con el derecho de guarda y el derecho de visita.* El Convenio proporciona un marco jurídico para la resolución de las cuestiones relacionadas con los derechos de guarda y de visita que pudieren surgir entre los padres cuando éstos se encuentren separados y vivan en diferentes países. Las disposiciones sobre el reconocimiento y la ejecución evitan la necesidad de volver a litigar sobre el derecho de guarda y de visita y garantizan la primacía de las decisiones tomadas por las autoridades del país donde el niño tiene su residencia habitual. Las disposiciones sobre cooperación permiten el intercambio de información que sea necesaria y ofrecen una estructura a través de la cual pueden alcanzarse soluciones de común acuerdo, por medio de la mediación u otros mecanismos.

* *Reforzamiento del Convenio de 1980 sobre sustracción de menores.* Porque subraya el papel primordial de las autoridades del lugar de residencia habitual del niño al decidir cualquier medida que podría ser necesaria para proteger al niño en el largo plazo. Aumenta también la eficacia de cualquier medida de protección temporal decidida por el juez ordenando el retorno del niño al país del cual ha sido sustraído, haciendo dichas órdenes ejecutables en ese país

²⁷ DO L 48 de 21 de febrero de 2003. Y DO L 151 de 11 de junio de 2008.

hasta tanto las autoridades del mismo se encuentren en situación de tomar las medidas de protección necesarias.

Entre los convenios bilaterales es especialmente importante para España el suscrito con el Reino de Marruecos: Convenio sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores, de 1997²⁸, buscando reforzar las relaciones de cooperación entre ambos Estados con la finalidad de asegurar una mejor protección de los menores, y convencidos de que es conveniente para los menores que no sean desplazados ni retenidos ilegalmente y mantener relaciones armoniosas y regulares con sus padres. En consecuencia, tiene por objeto:

- a) Hacer que se reconozcan y ejecuten las resoluciones judiciales relativas a la custodia y al derecho de visita, dictadas en uno de los dos Estados contratantes en el territorio del otro Estado.
- b) Favorecer el libre ejercicio del derecho de visita en territorio de ambos Estados.
- c) Garantizar la devolución de los menores desplazados o retenidos, ilegalmente, a uno de los dos Estados contratantes.

El Convenio se aplica a todo menor de dieciséis años, no emancipado, que tenga la nacionalidad de uno de los dos Estados contratantes.

B. EN LA UNIÓN EUROPEA

En la Unión Europea la norma fundamental en esta materia es el REGLAMENTO 2201/2003 (BRUSELAS II BIS) sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de responsabilidad parental, pero también hay que acudir al REGLAMENTO 44/2001 (BRUSELAS I) en relación con la adopción de medidas sobre los bienes del menor que no tengan por objetivo su protección.

1. *Determinación de la responsabilidad paterno-filial*

Esta norma resuelve 2 cuestiones fundamentales: en primer lugar nos dice cuál es el Estado miembro cuyos tribunales son competentes para pronunciarse sobre la determinación de la responsabilidad parental (paterno-filial), y en con-

²⁸ La página web del Ministerio de Justicia ofrece formularios en francés, inglés y español.

creto sobre la atribución de la custodia a uno de los progenitores. Los fueros de atribución de la competencia internacional que establece son *numerus clausus* (no cabe prórroga de competencia por sumisión).

En segundo lugar, nos dice cómo se reconoce y cómo se ejecuta en otro Estado miembro una resolución en estas materias. El reconocimiento tiene por objeto la aceptación por el Estado requerido de la fuerza probatoria de la decisión extranjera, de todos sus efectos salvo el ejecutivo. Y es automático en tanto no haya oposición²⁹. La ejecución de resoluciones judiciales y extrajudiciales, mantiene un procedimiento de *exequatur* aunque muy simplificado. Pero hay dos casos en los que es automático y la resolución tiene que ser ejecutada como si hubiera sido dictada por un juez nacional: las resoluciones certificadas sobre el *derecho de visita transfronterizo*, y las que *ordenan la restitución del menor en caso de sustracción internacional*.

Por lo que respecta, en primer lugar, a la determinación del tribunal competente, el reglamento establece una norma general y a continuación una serie de fueros complementarios y subsidiarios.

a) Norma general: residencia habitual del menor

La atribución de competencia para la determinación de la responsabilidad parental (o atribución de la custodia) viene realizada por el art.8 del Reglamento, que toma como fuero general el de la *residencia habitual del menor* en el momento de presentarse el asunto. De manera que un cambio de residencia del menor durante la sustanciación del proceso no afecta a la competencia (*perpetuatio fori*).

El concepto de «residencia habitual» no viene definido en el reglamento, para que sea el juez del caso el que en cada momento lo determine atendiendo a los elementos objetivos del asunto, que pueden conducir a un juez a considerar «habitual» la residencia adquirida el mismo día de la llegada del menor. De esta manera se elabora un concepto comunitario propio, autónomo respecto del contemplado en las legislaciones nacionales³⁰.

b) Fueros complementarios y subsidiarios

Junto a esta regla general se establecen 3 supuestos en los que no se toma en consideración la residencia habitual del menor. Dichos 2 supuestos son

²⁹ COBO SÁENZ, J. F., «El reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, documentos públicos y acuerdos entre las partes con fuerza ejecutiva, en el Reglamento (CE) n.º 2201/2003 (Bruselas II), relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental», en *Cooperación judicial en materia de familia y relaciones parentales en la Unión Europea*, Estudios de Derecho Judicial n.º 74, 2006, p. 61.

³⁰ Vid. la Guía práctica, cit., p. 14.

(art.12): **a)** Corresponde decidir sobre la responsabilidad parental al *juez que conoce del divorcio de los padres*, si al menos uno de los cónyuges ejerce la responsabilidad parental sobre el menor. Una vez deviene firme la resolución en el proceso principal (divorcio) se reactiva el fuero general de la residencia habitual. **b)** Pueden decidir los tribunales del *Estado miembro al que el menor esté más estrechamente vinculado*, porque el menor es nacional o el responsable parental tiene su residencia habitual en ese Estado miembro. En ambos casos no se toma en consideración la residencia habitual del menor a condición de que todas las partes acepten la competencia del órgano que conoce y que sea en interés superior del menor. **c)** Se considera que existe este interés superior cuando *el menor tiene su residencia habitual en un Estado tercero que tampoco es parte contratante del Convenio de la Haya de 1996* (pues en tal caso se aplicaría el convenio). Pero también deben considerarse como elementos determinantes del contenido de este interés superior, el derecho del menor a adquirir su formación para una vida adulta, en el contexto familiar y social más apropiado para su situación³¹.

Ante la pregunta de si ¿los tribunales españoles tienen competencia para adoptar medidas en relación con el menor, hijo de un matrimonio hispanoamericano que ha venido España a trabajar, dejándole al cuidado de familiares en el Estado de origen, ante los que presentan una demanda de divorcio?, la respuesta tiene que ser negativa dado que ninguno de los progenitores está ejerciendo la responsabilidad parental, encomendada de facto a los familiares en el país de origen³².

- c) Juez del Estado donde el menor está presente o que se encuentre en mejor situación para conocer del asunto

Para los casos en que no es posible determinar la residencia habitual del menor, el art.13 otorga competencia al juez del Estado donde el menor está presente. Pensando siempre en el interés superior del menor, está prevista una excepción al principio de *«perpetuatio fori»* afirmado en el art.8 visto, al permitir que el juez competente según el reglamento remita el asunto al juez de otro Estado al que considere estar en mejor situación para conocer del asunto, sea total o parcialmente (art.15)³³, por ejemplo porque se refiera a medidas de protección del menor ligadas a la administración o disposición de sus bienes y éstos

³¹ Vid. GARCÍA REVUELTA, C., «La autoridad central. Ámbito de actuación. El Convenio de la Haya de 1980: «Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores». Problemas prácticos en la aplicación del Convenio», en *Cooperación judicial en materia de familia y relaciones parentales en la Unión Europea*, Estudios de Derecho Judicial n.º 74, 2006, p. 216.

³² Vid. SANTANA PAEZ, E., «Competencia judicial internacional...», cit., pp. 164-165.

³³ Art.15 Reglamento 2201/2003.

se encuentren en el territorio de otro Estado miembro³⁴. Esta disposición exige una considerable cooperación judicial, pues el juez requerido no está obligado a aceptar la competencia que se le transfiere del Estado de origen. En este punto se pone de relieve la trascendencia del principio de confianza mutua entre los órganos judiciales de los Estados miembros, para lo cual es imprescindible la comunicación entre ellos, ya sea directamente (si manejan un idioma común) o indirectamente (por medio de los jueces de enlace o de las Autoridades Centrales). Este art. 15 constituye una herramienta práctica que permite a los jueces cumplir su obligación de dispensar protección legal a los menores más allá de las fronteras de su territorio. Es más, si la única posibilidad de proteger a un menor consiste en transferir la competencia, el juez no sólo tiene la posibilidad sino que debe estar obligado a ponerse en contacto con la autoridad judicial pertinente para ese caso³⁵.

Cuando en aplicación de las disposiciones del reglamento corresponda conocer a los tribunales españoles, esta competencia está atribuida, en primera instancia, a los *Juzgados de Familia, Juzgados de Violencia sobre la Mujer o Juzgados de 1.ª instancia con competencias de Familia*³⁶. En segunda instancia a las *Audiencias Provinciales*, y contra sus resoluciones admite España la existencia de *recurso de casación*³⁷.

El reglamento norma la competencia para la *atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental* (en supuestos internacionales). Se entiende por «responsabilidad parental» «*los derechos y obligaciones conferidas a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes del menor... en particular los derechos de custodia y visita*» (art.2.7).

³⁴ Vid. Guía práctica, cit., p. 21.

³⁵ PTÁČEK, Lubomir, Juez checo de la Red Judicial Europea y miembro de la Red internacional de Jueces de La Haya, « Ideas relativas a las comunicaciones judiciales directas a efectos del art. 15 del Reglamento Bruselas II bis», *Boletín de los jueces sobre la protección internacional del niño*, Tomo XV, otoño 2009, Enfoque Especial, Thema 7, *Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*. Este juez presenta un caso que él tramitó como juez de enlace: se trata de un asunto relativo a la supervisión obligatoria de menores, una medida de protección prevista en el Código de Familia checo. El órgano judicial checo concedió la custodia de los hijos menores a la madre, y simultáneamente ordenó la medida de supervisión obligatoria de los menores. Las autoridades checas encargada de dicha supervisión detectaron deficiencias considerables en los cuidados que debía prestar la madre. Ésta trasladó su residencia habitual y la de sus hijos a Inglaterra, lo que hizo imposible continuar con el ejercicio de la supervisión. El juez checo que conocía del asunto consideró que concurrían los requisitos para la transferencia de la competencia previstos en el art. 15 RB II bis y que la medida de supervisión obligatoria de menores podía ser similar a la resolución de supervisión prevista en la «Children Act» de 1989, según la cual un menor puede quedar bajo el cuidado de las autoridades locales por decisión de un órgano jurisdiccional.

³⁶ SANTANA PAEZ, E., «Competencia judicial internacional: crisis...», cit., p. 147.

³⁷ «Información relativa a los órganos jurisdiccionales y las vías de recurso de conformidad con el artículo 68 del Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) 1347/2000», DO C n.º 40, de 17 de febrero de 2005.

En el propio texto encontramos el contenido de la «responsabilidad parental» (en qué consisten esos derechos y obligaciones), en su art. 1.2:

1. derecho de *custodia* y derecho de *visita*.

El derecho de *custodia* incluye los derechos y obligaciones relativos al cuidado de la persona de un menor y en especial el derecho a decidir sobre su lugar de residencia³⁸. El derecho de *visita* abarca el derecho de trasladar a un menor a un lugar distinto al de su residencia habitual durante un periodo de tiempo limitado³⁹,

2. *tutela, curatela y otras instituciones análogas*,

3. *designación de la persona encargada de ocuparse de la persona y bienes* del menor, representarlo y asistirlo, y determinación de sus funciones,

4. *acogimiento* del menor (en una familia o en un establecimiento). El reglamento crea un problema al no contemplar expresamente la «*guarda*», que parece incluir en un concepto amplio de «acogimiento»⁴⁰,

5. *Medidas de protección del menor sobre administración, conservación o disposición de sus bienes* (si las medidas no van encaminadas a la protección del menor no entran en el ámbito de aplicación de este reglamento sino en el Bruselas I). Tales medidas pueden ser necesarias si existe un litigio entre los progenitores a propósito de los bienes del menor⁴¹.

³⁸ Art.2.9) Reglamento Bruselas II bis.

³⁹ Art.2.10) Reglamento Bruselas II bis.

⁴⁰ Este problema se ha planteado en la práctica y ha sido resuelto por el TJCE en el sentido indicado, en sentencia de 27 de noviembre de 2007, as. C-435/06. Entre los Estados nórdicos existe un Acuerdo de Cooperación que hace posible la entrega de menores de un Estado a otro, sin formalidades, a efectos de ejecutar decisiones sobre responsabilidad paterno-filial. En el procedimiento principal, la Sra. C impugnó la entrega de sus 2 hijos por parte de las autoridades policiales finlandesas a las autoridades suecas, que habían ordenado la guarda y acogimiento de los menores en Suecia, antiguo Estado de residencia de la familia.

El Tribunal Administrativo Supremo de Finlandia, competente para conocer del litigio, formuló una cuestión prejudicial al TJCE para saber si el Reglamento 2201/2003 era aplicable al reconocimiento y ejecución de la resolución sobre la guarda y el acogimiento. En tal supuesto los órganos competentes en Finlandia no serían los tribunales administrativos sino los ordinarios.

El TJCE resolvió en su sentencia (Considerandos n.º 28 a 35), que aunque la «guarda» no figura expresamente entre las materias que integran la responsabilidad parental (art.1.2 del reglamento), el empleo de la expresión *en particular* muestra que la enumeración contenida reviste carácter indicativo. Ya que una decisión de asumir la guarda de un menor se inscribe, por naturaleza, dentro de una acción pública cuya finalidad es satisfacer las necesidades de protección y asistencia de los menores, además tiene el efecto de conferir el poder para determinar el lugar de residencia del menor, por lo que puede afectar directamente al ejercicio del derecho de custodia, que comprende precisamente el derecho a decidir sobre el lugar de residencia del menor. Asimismo la asunción de la guarda y el acogimiento están estrechamente vinculados, pues éste únicamente puede llevarse a cabo en contra de la voluntad de los padres si previamente la autoridad competente ha asumido la guarda de ese menor.

Todo ello lleva al TJCE a concluir que: «En tales circunstancias, excluir del ámbito de aplicación del reglamento 2201/2003 la decisión de asumir la guarda de un menor comprometerá la eficacia de dicho reglamento en los Estados en los que la protección de los menores, incluido su acogimiento, requiere la adopción de varias decisiones» (Considerando n.º 36).

⁴¹ Guía práctica, cit., p.10.

Esta relación no es exhaustiva, lo que significa que puede aplicarse a otros supuestos no contemplados siempre que no entren en las exclusiones de art.1.3: 1.–La determinación y la impugnación de la filiación. 2.–Adopción. 3.–Nombre y apellidos del menor. 4.–Emancipación. 5.–Fideicomisos y sucesiones. 6.–Medidas adoptadas a consecuencia de infracciones penales cometidas por los menores. 7.–Obligaciones de alimentos (en este último caso porque están reguladas en el Reglamento Bruselas I, y a partir de 2011 en el Reglamento 4/2009).

2. *El derecho de visita transfronterizo*

Consideración especial merece la cuestión del *DERECHO DE VISITA*. En los supuestos en los que la custodia es atribuida a uno de los progenitores en exclusiva, es preciso establecer un régimen de visitas a favor del otro progenitor que le permita mantener y desarrollar una adecuada relación de afectividad con el hijo. Sólo excepcionalmente y mediante resolución judicial se puede privar de este derecho al progenitor no custodio. Desde el punto de vista del menor ha de entenderse que sólo es posible esta limitación de su derecho a relacionarse con ambos progenitores en «interés superior» suyo, como sería el caso de que dichas visitas le pudieran perjudicar psicológicamente o físicamente. Estas consideraciones han de ser objeto de un tratamiento muy delicado pues es habitual que se dé el denominado «síndrome de alienación parental» o SAP⁴².

Con frecuencia se aprovecha el ejercicio del derecho de visita para retener ilícitamente al menor. En estos casos son de aplicación las normas en relación con la sustracción internacional de menores (singularmente el Convenio de La Haya de 1980 visto).

En el territorio de la Unión Europea, el *reglamento 2201/2003* garantiza el derecho del menor a mantener el contacto con ambos progenitores, aunque estos residan en Estados diferentes. Este derecho incluye todas las formas mediante las

⁴² Ha sido definido como un trastorno que se presenta en conflictos de custodia de los hijos cuya principal manifestación es la campaña de denigración de un hijo contra uno de sus padres no justificada, resultado del adoctrinamiento efectuado por el otro progenitor junto con las propias contribuciones del niño. Desde un punto de vista clínico y forense se han identificado 8 síntomas recurrentes: 1) Campaña persistente de desaprobación e injurias contra el padre rechazado, 2) explicaciones débiles o absurdas para justificar el desprecio, 3) valoración impecable de uno de los padres y extraordinariamente negativa del otro, 4) niega cualquier influencia externa en su pensamiento y exige que sea respetado como propio, 5) defensa incondicional del progenitor alienador aunque se le demuestre que le ha mentido, 6) ausencia de remordimientos por la crueldad que ejerce sobre el padre rechazado, 7) argumentos y frases repetidas, a menudo tomadas del padre alienador, y 8) extensión del odio a la familia extensa y al entorno social del padre rechazado.

Sobre este tema vid. TOVAR ESCUDERO, C. «Manifestaciones y expresiones de los niños afectados alienación parental en estudios españoles. Una aproximación cualitativa al síndrome de alienación parental (SAP)», en *Aspectos actuales de al protección jurídica del menor. Una aproximación interdisciplinar*, ed. Thomsos-Aranzadi, 2008, pp.113 a 141, espec. 119 a 122.

que el menor puede ponerse en contacto con el titular (el otro progenitor, otros miembros de la familia o incluso terceras personas muy cercanas), como puede ser el contacto por teléfono o por correo electrónico.

Por ello, cuando se produce el traslado de la residencia del menor a otro Estado y no ha sido posible ajustar el derecho de visita de modo que pueda ejercitarse realmente, el progenitor titular de este derecho puede solicitar un ajuste apropiado ante el mismo órgano que lo concedió, durante los 3 meses siguientes al cambio de residencia, transcurridos los cuales corresponde la competencia a los tribunales del nuevo Estado de residencia habitual. Esta posibilidad no se aplica si el cambio es ilegal, esto es si se trata de un supuesto de sustracción ilegal.

Además la norma comunitaria facilita el ejercicio transfronterizo de este derecho, asegurando que una resolución dictada en esta materia en un Estado miembro se reconozca y ejecute directamente en otro Estado miembro cuando vaya acompañada del certificado previsto en la norma. Este certificado garantiza que la resolución se ha adoptado respetando garantías esenciales del procedimiento (entre ellas audiencia a las partes y también al menor si es conveniente habida cuenta de su edad y de su madurez, y que los actos de comunicación se han practicado con pleno respeto de las prescripciones legales). La audiencia del menor, que se ha configurado como un derecho fundamental del menor en el art. 24.1 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea⁴³, puede tener diversos sentidos, pero en un procedimiento sobre el derecho de custodia y el de visita el objetivo es encontrar el entorno más conveniente en el que debe residir el menor. Con este requisito se trata de garantizar que el menor haya tenido la oportunidad de manifestar su opinión, bien ante el propio juez⁴⁴ o bien ante otra autoridad competente (como puede ser un asistente social).

El certificado es emitido por el órgano jurisdiccional de origen según el formulario contenido en el reglamento, de oficio cuando se plantea el derecho de visita con carácter transfronterizo directamente. Si dicho carácter es sobrevenido, el cónyuge interesado puede solicitar su emisión en todo momento.

Por tanto, toda resolución sobre el derecho de visita certificada en el Estado miembro de origen tiene que ser reconocida y tiene fuerza ejecutiva en todos los demás Estados miembros sin necesidad de ninguna declaración y ningún proce-

⁴³ Artículo 24 – Derechos del menor:

«1. Los menores tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tenida en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez».

⁴⁴ Sobre el modo de practicar en Derecho español la audiencia o exploración del menor, vid. ARANGÜENA FANEGO, C., «La oralidad y sus consecuencias en la diligencia de exploración del menor en los procesos matrimoniales», en *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, Tomo II, Universitat de Valencia, 2008, pp. 155 a 164, y de la misma autora: «La diligencia de exploración del menor en los procesos matrimoniales», en *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*, coord. C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, ed. Lex Nova 2009, pp. 139 a 160.

dimiento, y sin que quepa impugnar su reconocimiento. Ahora bien, para que se pueda exigir este efecto es necesario que el certificado sea presentado en el idioma expresamente admitido por el Estado requerido. Los órganos jurisdiccionales españoles solamente ejecutan resoluciones certificadas de derecho de visita transfronterizo presentadas en español.

3. *Sustracción internacional de menores.*
La «orden» de restitución intracomunitaria

Una práctica muy habitual en los casos de divorcio de matrimonios mixtos consistía en que el cónyuge que quería asegurarse la custodia del hijo o hijos, se refugiaba con ellos en su país de origen y solicitaba que un órgano jurisdiccional nacional se pronunciara sobre la custodia. La consecuencia era la ruptura de las relaciones entre el menor o menores y el otro progenitor durante largos años. Con el fin de evitar esas prácticas altamente perjudiciales para el menor, tanto el convenio de la Haya de 1996 como el Reglamento 2201/2003 han introducido normas imperativas de competencia que impidan la obtención del derecho de custodia por vía de hecho. La única solución para desanimar los traslados ilícitos, es la de afirmar la intangibilidad de la competencia inicial del órgano que conoce del fondo del asunto⁴⁵.

En la UE el traslado de un menor de un Estado miembro a otro sin el consentimiento de la persona pertinente es una sustracción de menores de conformidad con el Reglamento. Tiene lugar cuando el derecho de visita se ejerce trasladando o reteniendo a un menor de forma ilícita: infringiendo un derecho de custodia adquirido por resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, que se estaba ejerciendo de forma efectiva en el momento del traslado o de la retención, o que se habría ejercido de no haberse producido éste.

El reglamento, en la línea del Convenio de la Haya de 1996, establece que cuando un menor es trasladado ilícitamente de un Estado miembro (de origen) a otro (requerido), los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de origen siguen siendo competentes para decidir sobre la custodia, a pesar de la sustracción. Con esta medida se aspira a disuadir la sustracción parental de menores en los Estados miembros, y en el caso de que ocurra, a asegurar la rápida restitución del menor al Estado de origen⁴⁶.

En un supuesto de secuestro internacional, sólo se reconoce competencia a los órganos del Estado miembro requerido en 3 situaciones (que tienen en común el consentimiento expreso o tácito del progenitor no custodio):

⁴⁵ Opinión del Abogado General Yves BOT, asunto C-403/09 PPU, Deticêk c. Sgueglia, n.º 70, 71 y 73.

⁴⁶ Guía de aplicación del Reglamento...», cit.

1.º) Cuando el menor haya adquirido la residencia habitual en él y hayan dado su consentimiento quienes tienen atribuido el derecho de custodia expresa o tácitamente, sin presentar una demanda de restitución en el plazo de un año, o presentada se ha desestimado y no se ha reclamado en el plazo de 3 meses.

2.º) Cuando el menor haya adquirido la residencia habitual en el Estado requerido y haya residido durante un año, integrándose en su nuevo entorno, sin que el titular del derecho de custodia haya presentado demanda de restitución pudiendo hacerlo.

3.º) Cuando el juez de origen haya dictado una resolución sobre la custodia que no implica la restitución del menor.

4. *Solicitud y emisión de la orden de restitución*

Cualquier persona que tenga conocimiento de la sustracción puede solicitar la restitución del menor ilícitamente trasladado, en el marco del Convenio de la Haya de 1980. Pero en el marco del Reglamento Bruselas II bis solamente puede hacerlo el titular de la custodia del menor sustraído. El art. 11 RB II bis establece el procedimiento a seguir cuando se haya solicitado dicha restitución entre Estados miembros, aunque se haya realizado al amparo del convenio de la Haya de 1980.

Si ante la solicitud de restitución, el órgano jurisdiccional del Estado miembro requerido decide no restituir al menor⁴⁷, debe transmitir copia de su resolución al órgano de origen, quien lo notifica a las partes para que en un plazo de 3 meses puedan presentar reclamaciones. Si no lo hacen el juez requerido adquiere competencia. En cambio si las partes presentan reclamaciones, el juez examina la cuestión de la custodia y si considera que implica la restitución del menor, comunica al juez del Estado requerido su resolución *ordenando* la restitución del menor, acompañada del certificado⁴⁸, la cual es reconocida y tiene fuerza automáticamente en el Estado miembro requerido, de modo que la única posibilidad es la restitución del menor al Estado miembro de origen⁴⁹.

La **orden** de restitución emitida por el órgano jurisdiccional de origen tiene automáticamente fuerza ejecutiva en todos los Estados miembros, de manera que un nuevo traslado a otro Estado miembro no tienen ninguna incidencia, no es

⁴⁷ Art. 11.4 Reglamento 2201/2003. El juez requerido debe evaluar si el Estado de origen adopta las medidas adecuadas para su protección después de la restitución. En esta labor es fundamental la actuación de las Autoridades Centrales del Estado de origen (Guía práctica, cit., p. 36).

⁴⁸ Sobre el certificado que tiene que acompañar toda «orden» de restitución» vid. lo expuesto supra en relación con el ejercicio del derecho de visita transfronterizo.

⁴⁹ El plazo para dictar la orden de restitución es de 6 semanas desde la interposición de la demanda (art.11.3). El reglamento no dice cual es el plazo para ejecutarla, pero tiene que entenderse que debe hacerse en ese mismo plazo. Sólo así se garantiza el objetivo del reglamento de asegurar la rápida restitución del menor (Guía práctica, cit., p. 37).

necesario incoar un nuevo procedimiento de restitución, sino simplemente hacer ejecutar la resolución de juez de origen.

La jurisprudencia del TJCE ha sido clara en este tema, como dejó expresado en el as. Rinau. Inga Rinau⁵⁰, lituana, contrajo matrimonio en 2003 con Michael Rinau, alemán, y residían en Alemania. En 2005 tienen una hija (Luisa) y dos meses después se separan e inician un procedimiento de divorcio, quedando el bebé al cuidado de la madre. En 2006 la Sra Rinau y su hija se marchan a Lituania, con el consentimiento de su esposo para pasar dos semanas de vacaciones, pero se quedan. En Agosto de 2006 el tribunal alemán confió provisionalmente la custodia de la niña a su padre, y envió una solicitud de restitución de la menor al Estado de origen (Alemania). En diciembre del mismo año el tribunal regional lituano desestimó dicha solicitud. En junio de 2007 el tribunal alemán dictó la resolución de divorcio del matrimonio Rinau y atribuyó la custodia de la menor al padre⁵¹. El tribunal ordenó entonces su regreso a Alemania para que el padre pudiera ejercer sus derechos de custodia, y expidió el certificado conforme al reglamento por el que se confiere fuerza ejecutiva a la resolución de restitución y se permite su reconocimiento y ejecución inmediatos en otro Estado miembro. En Lituania el Tribunal de apelación había modificado la decisión del tribunal regional y ordenado el regreso de la menor a Alemania, aunque posteriormente se había suspendido la ejecución de esta resolución.

Frente a la orden de restitución la ex Sra Rinau ejercitó una acción de «no reconocimiento de resolución de restitución» del tribunal alemán, y recurrió la resolución del tribunal de apelación ante el Tribunal Supremo de Lituania. Este órgano planteó una cuestión prejudicial al TJCE para saber si, pese a la fuerza ejecutiva de la resolución de restitución, procedía examinar la acción de no reconocimiento presentada por la Sra. Rinau.

Aclaró el TJ que es requisito para que pueda expedirse el certificado que da fuerza ejecutiva de una resolución de restitución del Estado de origen, que el Estado requerido haya dictado una resolución de no restitución del menor reclamado. El hecho de que posteriormente ésta sea modificada, suspendida o anulada carece de relevancia en tanto la restitución efectiva del menor no haya tenido lugar. Si no se cuestiona la autenticidad del certificado y éste ha sido expedido de conformidad con lo dispuesto en el reglamento, no es posible oponerse al reconocimiento de la resolución de restitución y el órgano jurisdiccional requerido no puede más que reconocer la fuerza ejecutiva de la resolución certificada y atender a la restitución inmediata del menor.

La orden tiene que ser considerada como dictada directamente por un juez nacional siempre que vaya acompañada del correspondiente *CERTIFICADO* expe-

⁵⁰ STJ de 11 de julio de 2008, as. C-195/08 PPU.

⁵¹ El reglamento establece que los órganos del Estado miembro de origen siguen siendo competentes para decidir sobre la custodia a pesar de la sustracción.

dido por el Estado de origen, para lo cual es requisito esencial la audiencia del menor, que en un procedimiento de sustracción de menores permite conocer sus objeciones a la restitución y, de este modo conocer en qué medida puede correr peligro. Teniendo siempre presente la probable influencia de los padres sobre el menor.

Para que pueda exigirse el cumplimiento de una orden de restitución certificada es necesario que se envíe al órgano requerido en el idioma expresamente aceptado. Los órganos españoles exigen que el certificado sea presentado en español.

IV. PAPEL Y FUNCIONES DE LAS AUTORIDADES CENTRALES

Es un instrumento constante en todos los convenios a nivel internacional. Desempeñan un papel particularmente importante en el mecanismo del Convenio de la Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores, donde les compete «incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo con el objeto de conseguir la restitución del menor»⁵².

En el ámbito intracomunitario, el Reglamento 2201/2003 recoge esta figura de cooperación tradicional de Derecho internacional de las *Autoridades Centrales* nacionales, con las mismas funciones generales que les son atribuidas en el ámbito del convenio de la Haya de 1996 sobre protección jurídica de los niños⁵³, de proporcionar información sobre las legislaciones y los procedimientos nacionales, y facilitar la aplicación del reglamento (art. 54). Se acude a ellas exclusivamente para cuestiones de responsabilidad parental, no para las matrimoniales, y están pensadas para desarrollar un papel esencial en los casos de sustracción internacional de menores. Por ello el Reglamento busca que las Autoridades Centrales señaladas por los Estados coincidan con las que ya se ocupan de la aplicación del Convenio de La Haya de 1980. España ha designado como Autoridad Central la *Dirección General de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia. Servicio de Convenios*⁵⁴. Sus atribuciones están regulados por el RD 1475/2004, de 18 de junio, que desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia. De esta Dirección General dependen 2 subdirecciones: *la Subdirección General para asuntos de Justicia en la Unión Europea y organismos Internacionales*, y *la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional*. Es a esta última Subdirección a la que corresponde la aplicación del Reglamento 2201/2003, *Bruselas II bis*⁵⁵.

⁵² Art. 7-f) del Convenio de 1980.

⁵³ Capítulo V («Cooperación»). Especialmente los arts. 29 a 32) del convenio de 1996.

⁵⁴ Se encuentra toda la información en la web del Ministerio de Justicia: www.mjusticia.es, dentro del apartado de «Áreas temáticas».

⁵⁵ GARCÍA REVUELTA, C., «La Autoridad Central...», cit., p. 219.

Las Autoridades Centrales tienen encomendadas expresamente en el reglamento las siguientes tareas (art. 55):

1.–Facilitar las comunicaciones entre los órganos jurisdiccionales de los Es miembros.

Para ello dichas comunicaciones tienen que realizarse en el idioma o idiomas expresamente aceptados por cada Autoridad. La española acepta comunicaciones en español, inglés y francés.

2.–Facilitar la celebración de acuerdos entre los titulares de la responsabilidad parental, a través de mecanismos como la MEDIACIÓN. Existen ya movimientos bilaterales a favor de este método alternativo para la solución de conflictos en materia de responsabilidad parental, de entre los cuales es de destacar la llamada *Declaración de Wroclaw* de octubre de 2007, surgida de una iniciativa entre mediadores alemanes y polacos⁵⁶. Esta función se vincula con la de otra institución comunitaria: el Parlamento Europeo, que creó en 1987 el cargo de *Mediador del Parlamento Europeo para los casos de sustracción internacional de menores por sus progenitores*. Dado que todo menor tiene derecho a ambos progenitores, cualquiera de ellos puede solicitar su mediación. Un ámbito importante del trabajo de este Mediador consiste en la creación de una red eficaz de cooperación con las Autoridades Centrales nacionales⁵⁷. De modo que, paralelamente al proceso judicial, puede seguirse un procedimiento de mediación, y si se alcanza un acuerdo, se presenta éste al tribunal para que lo homologue como una transacción judicial⁵⁸.

En el ámbito de la Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado, y dentro del marco del «*Proceso de Malta*» existen importantes movimientos para la puesta en marcha de estructuras de mediación eficaces en especial en relación con la sustracción transfronteriza del niños que implique países que no son parte del Convenio de la Haya de 1980 ni del convenio de 1996. Pues en ausencia de un marco legal internacional o regional aplicable, la única solución posible es la mediación y demás métodos alternativos de resolución de conflictos o ADR⁵⁹.

3.– Ayudar a la aplicación del reglamento, localizando a los menores trasladados o retenidos ilícitamente, facilitando información relativa a la situación

⁵⁶ Vid. página web citada infra, en nota n.º 61.

⁵⁷ Informe Intermedio de marzo de 2007, de la Mediadora del Parlamento Europeo para los casos de sustracción internacional de menores por sus progenitores».

⁵⁸ Se puede consultar esta figura en la página web del Parlamento Europeo, pues por el momento no cuenta con sitio internet propio: www.europarl.europa.eu/. Después de entrar (idioma español), se ubica en la pestaña: Parlamento, en la columna de la izquierda (dentro de: El Parlamento y usted). Los progenitores afectados pueden ponerse en contacto con ella (es Mediadora) bien vía telefónica, bien por correo electrónico: MediationChildAbduct@europarl.europa.eu.

⁵⁹ Siglas en inglés de Alternative Dispute Resolutions. Vid. Groupe de Travail sur la Médiation dans le cadre du Processus de Malte, establecido por la Oficina Permanente de la Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado, de noviembre de 2010. Dirección de internet: <http://www.hcch.net>.

social del menor, facilitando información sobre la legislación del país (lo que resulta especialmente interesante en los casos en los que este suministro falla en el Atlas Judicial Europeo)...⁶⁰, entre otras actuaciones posibles.

V. DERECHO DE ALIMENTOS

Junto al régimen de guarda, custodia y visitas, también es preciso determinar el montante con que cada uno de los progenitores van a contribuir a la manutención de sus hijos menores. Lo habitual es que cumpla esta obligación el cónyuge custodio con la pensión de alimentos mensual impuesta al cónyuge no custodio. El impago de esta pensión está sancionado en España tanto penalmente (arts. 226 a 228 CP) como civilmente, incluso con la privación de la patria potestad sobre los hijos menores del padre incumplidor (sin que por ello cese su obligación de alimentarle. Arts. 111 y 170 Código Civil).

En los casos que nos ocupan, de ruptura de matrimonios mixtos, la reclamación de alimentos tiene que hacerse en el Estado de residencia del obligado a prestarlos. La complejidad de los trámites, el coste y la duración pueden desanimar al acreedor a solicitar los alimentos debidos. Los Estados, obligados a velar por los derechos de los menores, han realizado Convenios con el objetivo de facilitar estas reclamaciones.

A. A NIVEL INTERNACIONAL

Con carácter multilateral se aplica en España el Convenio de Naciones Unidas sobre obtención de alimentos en el extranjero, de 1956, que tiene como objetivo facilitar a una persona (demandante), que se encuentra en el territorio de un Estado parte, la obtención de los alimentos que pretende tener derecho a recibir de otra persona (demandado), que se encuentra sujeta a la jurisdicción de otra parte contratante (ejercicio en el extranjero de acciones sobre prestación de alimentos y ejecución en el extranjero de decisiones relativas a la obligación de prestar alimentos). También se aplica a las solicitudes de modificación de decisiones judiciales dictadas en materia de prestación de alimentos.

La solicitud de alimentos y los documentos que se acompañen han de estar redactados en la lengua del Estado requerido. Pueden acompañarse los elementos de prueba que se consideren pertinentes, en particular cualquier decisión provisional o definitiva, o cualquier otro acto judicial que se haya dictado en materia de alimentos por un Tribunal competente de cualquiera de los Estados miembros, y, si fuera necesario y posible, copia de las actuaciones en que haya recaído esa decisión.

⁶⁰ GARCÍA REVUELTA, C., «La Autoridad Central...», cit., p. 223.

El demandante (persona física interesada) presenta la solicitud encaminada a la obtención de alimentos, con la documentación pertinente, a la Autoridad Remitente de su propio Estado, que le informa de los elementos de prueba necesarios para justificar su solicitud en el Estado de destino, la forma en que la prueba debe ser presentada para ser admisible y cualquier otro requisito que pudiera ser necesario, y la Autoridad Remitente se cerciora de que tanto la solicitud como los documentos cumplen los requisitos de forma exigidos por la Ley del Estado del demandante y los transmite a la Institución Intermediaria del Estado del demandado, a menos que considere que la solicitud no ha sido formulada de buena fe. La Institución Intermediaria, actuando dentro de las facultades que le haya atribuido el demandante, toma todas las medidas apropiadas para obtener el pago de alimentos, incluso por vía transaccional, y podrá ejercitar las acciones necesarias por vía judicial y hacer ejecutar cualquier sentencia, decisión u acto judicial. En caso de ejercitarse la acción por vía judicial, el Tribunal del Estado de destino que conozca de la misma podrá dirigir exhortos para obtener más pruebas al Tribunal competente de la otra Parte contratante o cualquier otra Autoridad designada por la Parte contratante en cuyo territorio haya de diligenciarse, pudiendo asistir las partes interesadas a la diligencia.

Asimismo hay que contar con los Convenios sobre esta materia en el marco de la Conferencia de La Haya (de 1958 y de 1973). Si bien todos estos instrumentos multilaterales se entenderán sustituidos por el *Convenio de La Haya sobre el cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia de 2007*, en la medida en que los Estados concernidos sean parte en ellos⁶¹, y por el *Protocolo de La Haya sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias*, de 2007, cuando entren en vigor⁶².

B. EN LA UNIÓN EUROPEA

Actualmente, y tras la entrada en vigor del Convenio entre el Consejo de la Unión Europea y Dinamarca (julio de 2007)⁶³, es de aplicación el Reglamento

⁶¹ Art. 48 de dicho Convenio de 2007, referido a los convenios de La Haya de 1958 y de 1973. Y art. 49 en relación con el Convenio de Nueva York de 1956 sobre obtención de alimentos en el extranjero.

⁶² El 8 de abril de 2010 la UE ha firmado y ratificado dicho Protocolo, en aplicación de lo prevenido en el art. 24 del mismo.

⁶³ Acuerdo del Consejo de la Unión Europea por el que se informa de la fecha de entrada en vigor del Acuerdo con Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil de 19 de octubre de 2005 (DO n.º L 94, de 4.4.2007, p.70).

Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. De conformidad con el artículo 3, apartado 2, del Acuerdo de 19 de octubre de 2005 entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial y el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (1), (en lo sucesivo, «el Acuerdo»), concluido por la Decisión del Consejo 2006/325/CE (2), siempre que se adopten enmiendas al Reglamento (CE) n o 44/2001, de 22 de diciem-

44/2001 (Bruselas I) en todos los Estados miembros⁶⁴. Hasta el 18 de junio de 2011, fecha en que será de aplicación el *reglamento 4/2009 sobre alimentos transfronterizos*.

El reglamento Bruselas I se refiere a la competencia, reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil, pero excluye expresamente de su ámbito: el estado de las personas, y el derecho de familia excepto las *demandas de alimentos*.

Por tanto, es necesario acudir a él para resolver las demandas de alimentos en supuestos transfronterizos, materia que por ello está expresamente excluida del reglamento 2201. El concepto comunitario de «alimentos» es amplio e incluye la prestación tanto entre padres e hijos como entre cónyuges, e incluso entre colaterales.

Y también es la norma aplicable para los litigios, transfronterizos, sobre bienes del menor que no conciernan a la protección del menor.

El cobro transfronterizo de las pensiones alimentarias en el espacio judicial europeo⁶⁵ tropieza con tantas dificultades que a menudo los titulares del derecho renuncian a hacerlo valer por el desconocimiento de los mecanismos de cooperación de los que pueden beneficiarse, o por desaliento después de años de inútiles intentos. Pero los alimentistas intracomunitarios se benefician de las disposiciones del Reglamento 44/2001. El alimentista puede dirigirse al tribunal competente del Estado miembro donde el deudor tiene su domicilio o al del Estado miembro donde él mismo tiene su domicilio o residencia habitual⁶⁶.

Concretamente en materia de alimentos el reglamento 44/2001 (*Bruselas I*) establece un procedimiento de exequatur simplificado para el reconocimiento de estas resoluciones, previa declaración de ejecutividad de las mismas a solicitud de persona interesada. Únicamente puede entenderse suprimido el exequatur (y

bre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (3), Dinamarca notificará a la Comisión su decisión de implementar o no el contenido de tales enmiendas.

De conformidad con el artículo 3, apartado 2, del Acuerdo, Dinamarca mediante carta de 14 de enero de 2009 notificó a la Comisión su decisión de implementar el contenido del Reglamento (CE) 4/2009 en la medida en que dicho Reglamento modifica el Reglamento (CE) n.º 44/2001. Esto significa que las disposiciones del Reglamento (CE) 4/2009 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos se aplicará a las relaciones entre la Comunidad y Dinamarca en la medida en que se refieran a la competencia judicial, al reconocimiento, a la eficacia jurídica y la ejecución de sentencias, y al acceso a la justicia. De conformidad con el artículo 3, apartado 6, del Acuerdo, la notificación danesa creará obligaciones mutuas entre Dinamarca y la Comunidad.

⁶⁴ El Convenio de Lugano se aplica actualmente a Islandia, Noruega y Suiza.

⁶⁵ La cuestión de las obligaciones alimentarias afecta directamente a la vida diaria de los ciudadanos y la garantía del cobro efectivo de las deudas es esencial para el bienestar de muchas personas. Y si un 80% de las decisiones de separación o divorcio incluyen pensiones alimentarias, éstas no se pagan en el 50% de los casos. Tomado del Libro verde sobre obligaciones alimentarias, presentado por la Comisión el 15 de abril de 2004 (COM (2004) 254 final).

⁶⁶ SANTANA PAEZ, E., «Competencia judicial internacional...», cit., p. 167.

por tanto ser directamente ejecutivas) para las resoluciones de alimentos que pueden calificarse de «créditos no impugnados» en el sentido del Reglamento 805/2004 sobre el título ejecutivo europeo. Es el caso de un acuerdo post-matrimonial sobre este punto aprobado judicialmente.

Pero el objetivo marcado en el Programa de La Haya (también llamado Tampere II) es el de la supresión gradual de exequatur hasta lograr su eliminación total, sobre el principio de *reconocimiento mutuo* como principio rector de la cooperación judicial europea⁶⁷.

El 18 de diciembre de 2008 el Consejo de la Unión Europea adoptó el *Reglamento 4/2009 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos*⁶⁸. Esta regulación sustituye las disposiciones del Reglamento Bruselas I en materia de alimentos, y las contenidas en el Reglamento 805/2004 (excepto cuando el título ejecutivo europeo haya sido expedido en un Estado miembro no vinculado por el Protocolo de la La Haya de 2007). El nuevo Reglamento 4/2009 se aplica a las obligaciones de alimentos derivadas de una relación familiar, de parentesco, matrimonial o afinidad. El reconocimiento y la ejecución de las resoluciones en materia de alimentos no implica el reconocimiento de las relaciones o vínculos en las que se basa la obligación. Lo que el reglamento busca es permitir el cobro de un crédito alimenticio transfronterizo. Se trata de una norma procesal, que necesita para su completa aplicación la determinación de la ley sustantiva aplicable en caso de conflicto transfronterizo. Por ello vinculó su entrada en vigor a la previa ratificación y aplicación del Protocolo de La Haya de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias⁶⁹.

El concepto de «obligación de alimentos» se entiende de manera autónoma y amplía a fin de garantizar la igualdad de trato de todos los posibles acreedores— Se define «acreedor de alimentos» como la persona física a quien se deben o se alega que se deben los alimentos. Titular del crédito sólo puede ser la per-

⁶⁷ Proclamado por la Comisión Europea en su Documento de trabajo sobre Reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en materia de responsabilidad parental, COM(2001) 166 final, de 27.3.2001, p. 6.

Sobre esta cuestión vid. por todos HOYOS SANCHO, M., «El principio de reconocimiento mutuo como principio rector de la cooperación judicial europea», en *La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea: instrumentos procesales*, coord. Por JIMENO BULNES, Bosch, Barcelona 2007, pp. 67 a 94. Ahonda en el tema la misma autora en «La «piedra angular» de la cooperación judicial en el espacio de libertad, seguridad y Justicia: el reconocimiento mutuo de resoluciones», en *El Tratado de Roma en su cincuenta aniversario (1957-2007). Un balance socio-económico de la integración europea*, Granada 2007, pp. 285 a 308.

⁶⁸ DO I n.º 7, de 10 de enero de 2009.

⁶⁹ Art. 76, III Reglamento 4/2009. El Reglamento no hace una regulación propia de la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, sino que se remite a lo que establece el mencionado Protocolo en su art. 15: «La ley aplicable a las obligaciones de alimentos se determinará de acuerdo con el Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias».

En abril de 2010 la Unión Europea firmó y ratificó este Protocolo.

sona física, pero se autoriza a los organismos públicos competentes para solicitar el reconocimiento y el otorgamiento de ejecución o para solicitar la ejecución de una resolución en nombre de la persona física titular del crédito.

VI. MEDIDAS PROVISIONALES

Ni el Convenio de la Haya de 1996 ni los Reglamentos comunitarios impiden que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros adopten, en caso de urgencia, las medidas provisionales o cautelares previstas en su propia legislación en relación con personas o bienes presentes en dicho Estado, aunque la aplicación de los fueros de los reglamentos atribuyan competencia para conocer del asunto a los tribunales de otro Estado miembro⁷⁰.

En el territorio de la UE el TJCE ha realizado una interpretación muy restrictiva del art. 20 RB II bis, porque puede fácilmente convertirse en la «puerta de atrás» a través de la que pueden volver a entrar las prácticas de traslado ilegal del menor por uno de los progenitores que el Reglamento ha intentado evitar⁷¹.

El TJCE ha establecido tres exigencias cumulativas para asegurar la no abusiva aplicación de estas posibilidades que suponen una derogación de las normas generales de atribución de competencia, imponiendo: una «condición de territorialidad», la efectividad de la «urgencia» mencionada en el texto del art. 20 del Reglamento *Bruselas II bis*, y limitado a la adopción de «medidas provisionales» tal como son definidas por la propia jurisprudencia comunitaria⁷².

La denominada «condición de territorialidad»⁷³ alude a la necesidad de que exista un vínculo real entre el objeto de las medidas solicitadas y la competencia territorial de juez, y por tanto que sea el lugar donde se encuentra el bien o la persona sobre los que recae la medida. La exigencia de la «urgencia» está expresamente señalada en el Reglamento 2201, y debe ser interpretada como sinónimo de «necesidad» de adoptar las medidas antes que como «prisa» ineludible en su adopción. Por último, el concepto de «medidas provisionales» que emana de la jurisprudencia del TJCE es un concepto propiamente comunitario y autónomo del de los ordenamientos internos, según el cual son aquellas medidas destinadas a mantener una situación de hecho o de derecho a fin de salvaguardar derechos que son objeto de litigio ante el juez que conoce del fondo del asunto⁷⁴. Esta defi-

⁷⁰ Art. 11 (medidas urgentes) y art. 12 (medidas provisionales) del Convenio de la Haya de 1996. Art.31 *Bruselas I*, y art. 20 *Bruselas II bis*

⁷¹ Así se expresa el Abogado General Yves BOT en su Opinión sobre el as. C-403/09, *Deticèk c. Sgueglia*.

⁷² STJ de 2 de abril de 2009, as. C-523/07: las medidas deben adoptarse frente a personas o bienes presentes en el Estado del juez que ha de adoptarlas, deben ser urgentes y tener carácter provisional.

⁷³ Vid. COLLIENE, F., «Le contentieux familial provisoire: aspects de droit international privé», cit., pp. 159 y 160.

⁷⁴ STJ de 26 de marzo de 1992, as. C-261/90, *Reichert II*.

nición responde en realidad al concepto de *medidas cautelares*, esto es, aquellas medidas adoptadas para garantizar la efectividad de la resolución que en su día se dicte. Esta conclusión puede conllevar problemas cuando se solicitan auténticas medidas provisionales, que no esperan una resolución de fondo aunque van vinculadas a ella⁷⁵.

Estas medidas decaen una vez dictada resolución definitiva por el órgano competente.

Adoptada una medida cautelar, el órgano jurisdiccional nacional no está obligado a remitir el asunto al órgano jurisdiccional competente de otro Estado miembro. Sin embargo, si lo exige el «interés superior del menor» debe informar de la medida o medidas adoptadas a dicho órgano, directamente o por conducto de la autoridad central designada⁷⁶.

En el asunto *Jasna Deticêk c. Mauricio Sgueglia*⁷⁷, el Tribunal de Justicia tuvo que pronunciarse sobre la interpretación del art. 20 del Reglamento 2201/2003 que permite a un órgano jurisdiccional nacional que no es el competente para resolver el fondo del asunto, adoptar una medida cautelar con arreglo a su derecho nacional⁷⁸, concretamente la atribución provisional de la menor a la

⁷⁵ Esta posibilidad existe en ordenamientos como el español, o el belga donde el juez de paz y el juez de medidas provisionales (*des référés*) pueden adoptar medidas que pese a su denominación no son provisionales en cuanto no esperan ninguna decisión de fondo sobre la misma cuestión. Vid. más ampliamente COLLIENE, F., «Le contentieux familial provisoire: aspects de droit international privé», pp. 163 a 166.

⁷⁶ STJ de 2 de abril de 2009, as. C-523/07.

⁷⁷ As. C-403/09 PPU. Los cónyuges *Jasna Deticêk*, de nacionalidad eslovena, y *Mauricio Sgueglia*, italiano, vivieron en Italia durante 25 años, y tuvieron una hija en 1997: *Antonella*. En 2007 empezaron a tramitar el divorcio en Italia (*Tivoli*), y el juez italiano que conocía del fondo del asunto decidió conceder provisionalmente la custodia de la menor al padre, por estimar que la madre no era capaz de distinguir los intereses de la hija común de sus propios intereses. Pero ante la negativa de la hija a ver a su padre, y con el objetivo de que quedara al margen del conflicto que enfrentaba a sus padres, resolvió que *Antonella* fuera acogida en la institución propuesta y elegida por la madre: la Casa de Acogida de las Hermanas Calasancias en Roma. Ese mismo día la madre se fue a Eslovenia con la menor, instalándose ambas en ese país. El padre solicita el reconocimiento y la ejecución de la resolución provisional sobre la custodia emitida por el juez italiano ante los tribunales eslovenos. Reconocida y declarada ejecutiva, la madre solicitó y obtuvo una medida provisional de custodia sobre la hija, dictada por el Tribunal de Distrito de Maribor (Eslovenia) argumentando un cambio en las circunstancias y alegando el interés superior de la menor que estaba totalmente integrada en su nuevo lugar de residencia. Recurrida en apelación esta decisión por el padre, el tribunal de apelación decide suspender el procedimiento para plantear al TJCE una cuestión prejudicial sobre la posibilidad de que el juez esloveno sustituya una resolución provisional (de custodia) dictada por un juez italiano por la suya propia.

Reconocer la competencia del juez esloveno en este caso concreto supondría una ataque frontal al objetivo que persigue el reglamento: establecer un espacio judicial europeo basado en el principio del reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales dictadas por cualquier tribunal en el territorio de la Unión Europea, pues supondría no reconocer la validez de la resolución del juez competente según el reglamento para conocer del fondo del asunto (Abogado General BOT, Opinión n.º 99 en el as. C-403/09: «En mi opinión, si se acepta que el órgano jurisdiccional esloveno adopte una medida provisional sobre el mismo objeto, ello equivaldría en realidad a no reconocer la medida adoptada por el órgano competente para conocer del fondo del asunto, y a incumplir las normas de competencia, de reconocimiento y de ejecución implantadas por el reglamento»).

⁷⁸ STJ de 23 de diciembre de 2009, as. C-403/09 PPU.

madre, eslovena, hasta que resolviera el asunto sobre el divorcio el juez italiano. El Abogado General del asunto, Sr. YVES BOT, puso de manifiesto que en realidad se trataba de una sustracción ilegal (pues el juez italiano ya había dictado una decisión provisional de atribución de la custodia al padre italiano), y que reconocer dicha competencia excepcional en un caso como el planteado pondría en juego el interés general del conjunto de los menores cuyos progenitores no tienen la misma nacionalidad, que podrían seguir este procedimiento con la seguridad de una jurisprudencia comprensiva con estas actitudes⁷⁹.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ARANGÜENA FANEGO, C., «La oralidad y sus consecuencias en la diligencia de exploración del menor en los procesos matrimoniales», en *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, Tomo II, Universitat de Valencia, 2008, pp. 155 a 164.
- «La diligencia de exploración del menor en los procesos matrimoniales», en *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*, coord. C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, ed. Lex Nova 2009.
- BENDITO CAÑIZARES, M.^a T., «Ejecución de sentencias extranjeras en materia de familia. Mecanismos actuales de cooperación jurídica europea e internacional», *Rev. del Poder Judicial*, n.º 85, 2007.
- BOER-BUQUICCHIO, Secretario General del Consejo de Europa y miembro durante años de la Comisión Europea de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Prefacio al libro *Internacional Justice for Children*, ed. Consejo de Europa («Building Europe for and with children»), 2008.
- COBO SÁENZ, J. F., «El reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, documentos públicos y acuerdos entre las partes con fuerza ejecutiva, en el Reglamento (CE) n.º 2201/2003 (Bruselas II), relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental», en *Cooperación judicial en materia de familia y relaciones parentales en la Unión Europea*, Estudios de Derecho Judicial n.º 74, 2006.
- COLLIENE, F., «Le contentieux familial provisoire: aspects de droit international privé», en *Actualités du contentieux familial international*, pp. 159 y ss.
- COMISIÓN ESPECIAL DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: Conclusiones y Recomendaciones de la Quinta reunión de la Comisión Especial para revisar el funcionamiento del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores y la implementación práctica del Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 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 (30 de octubre-9 de noviembre de 2006).
- Dirección de internet de la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil: <http://ec.europa.eu/civiljustice>

⁷⁹ Así lo ve el Abogado General BOT en el as. C-403/09, n.º 95 de su Opinión.

- DOCUMENTO DE TRABAJO DE LA COMISIÓN, sobre «Reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en materia de responsabilidad parental», de 27 de marzo de 2001, COM (2001) 166 final.
- DUNCAN, W., «Objectif du processus de Malte», *La lettre des juges sur la protection internationale de l'enfant*, Tomo XVI, printemps 2010, Dossier Spécial, «Introduction», Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, accesible en la dirección de internet: www.hcch.net/index_fr.php?act.
- FORCADA MIRANDA, F. J., «La guía práctica sobre aplicación del reglamento 2201/2003 elaborada por la Comisión Europea: aspectos fundamentales de la misma», en *Cooperación judicial en materia de familia y relaciones parentales en la Unión Europea*, Estudios de Derecho Judicial n.º 74, 2006, pp. 185 a 210.
- GARCÍA MEDINA, J., «Crisis matrimoniales y derechos de los menores», en *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*, coord. C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, ed. Lex Nova, 2009, pp.223 a 252.
- GARCÍA REVUELTA, C., «La autoridad central. Ámbito de actuación. El Convenio de la Haya de 1980: «Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores». Problemas prácticos en la aplicación del Convenio», en *Cooperación judicial en materia de familia y relaciones parentales en la Unión Europea*, Estudios de Derecho Judicial n.º 74, 2006.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. «El ejercicio de la patria potestad en supuestos de ruptura convivencial: análisis jurisprudencial y propuesta de reforma del código civil», *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*, Lex Nova, Valladolid 2009, pp. 75 a 100.
- HOYOS SANCHO, M., «El principio de reconocimiento mutuo como principio rector de la cooperación judicial europea», en *La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea: instrumentos procesales*, coord. Por JIMENO BULNES, Bosch, Barcelona2007, pp.67 a 94.
- «La «piedra angular» de la cooperación judicial en el espacio de libertad, seguridad y Justicia: el reconocimiento mutuo de resoluciones», en *El Tratado de Roma en su cincuenta aniversario (1957-2007). Un balance socio-económico de la integración europea*, Granada 2007.
- International Justice for Children*, Council of Europe Publishing, 2008.
- JIMÉNEZ BLANCO, P., *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Marcial Pons, Oviedo 2008.
- MAESTRE CASAS, P., «Sustracción y restitución internacional de menores», *Nuevos conflictos del derecho de familia*, coord. E. Llamas Pombo, LA LEY, Madrid 2009, pp. 499 a 540.
- MORENO TORRES-SANCHEZ, J., *La seguridad jurídica en el sistema de protección de menores español*. Aranzadi, 2009.
- MOYA ESCUDERO, M., «Derecho de custodia y sustracción internacional de menores», *Aspectos actuales de al protección jurídica del menor. Una aproximación interdisciplinar*, ed. Thomsos-Aranzadi, 2008.
- ORTUÑO MUÑOZ, P., «Competencia judicial internacional y reconocimiento de decisiones en materia de protección de menores. Aplicación conjunta de distintos instrumentos internacionales. Reglamento (CE) 2201/2003», en *Cooperación judicial en materia de familia y relaciones parentales en la Unión Europea*, Estudios de Derecho Judicial n.º 74, 2006, pp. 147 a 184.
- PAULA PUIG BLANES, F., «Competencia judicial y foros de competencia en el Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a

- la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el reglamento (CE) 1347/2000, en *Cooperación judicial en materia de familia y relaciones parentales en la Unión Europea*, Estudios de Derecho Judicial n.º 74-2006, pp. 15 a 48.
- *La cooperación judicial civil en la Unión Europea*, Ediciones Experiencia, Barcelona, 2006.
- PERTEGÁS SENDER, M., «La responsabilité parentale, l'enlèvement d'enfants et les obligations alimentaires», *Actualités du contentieux familial international*, Ed. LARCIER, Bruselas 2005, pp. 183 a 218.
- Propuesta de Reglamento (UE) del Consejo por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, de 24 de marzo de 2010. COM(2010) 105 final.
- ROSA CORTINA, J. M., *Sustracción parental de menores (Aspectos civiles, penales, procesales e internacionales)*, Tirant lo Blanch, Valencia 2010.
- SANTANA PAEZ, E., «Competencia judicial internacional: crisis matrimoniales con elemento extranjero», en *Los procesos de familia: una visión judicial. Compendio práctico de doctrina y jurisprudencia sobre los procesos de familia y menores*, Ed. COLEX, 2007, pp. 141 a 187.
- TOVAR ESCUDERO, C. «Manifestaciones y expresiones de los niños afectados alienación parental en estudios españoles. Una aproximación cualitativa al síndrome de alienación parental (SAP)», en *Aspectos actuales de al protección jurídica del menor. Una aproximación interdisciplinar*, ed. Thomsos-Aranzadi, 2008, pp.113 a 141.
- VELAZQUEZ SANCHEZ, M., «Protección de menores y responsabilidad parental en la Unión Europea», *Nuevos conflictos del derecho de familia*, coord. E. Llamas Pombo, LA LEY, Madrid 2009, pp. 567 a 621.
- VIDAL FERNÁNDEZ, B., «Cooperación judicial en materia de familia y relaciones parentales en la Unión Europea», *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género*, Valladolid, 2009, pp. 689 y ss.
- WAUTELET, «Guide pratique des sources du contentieux familial international», en *Actualités du contentieux familial international*, pp. 7 a 36.

Abstract

This writing studies the International Conventions, Declarations and Treaties concerning the children's situation in broken mixed marriages' cases. It deals with the troubles that this break creates and with the solutions that those international tools facilitate. But the most important part of this work is dedicated to the study and analysis of the applying regulation to these cases when happened within the European Union territory: the Regulation number 2201/2003, also known as Regulation Brussels II bis.