



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
ESCUELA JUDICIAL



Red Europea de Formación Judicial (REFJ)
European Judicial Training Network (EJTN)
Réseau Européen de Formation Judiciaire (REFJ)

MÓDULO III

TEMA 8

***EL REGLAMENTO (CE) Nº 2201/2003 (II):
Competencia judicial internacional y
reconocimiento de decisiones en materia
de protección de menores. Aplicación
conjunta de distintos instrumentos
internacionales***

AUTOR

José Pascual ORTUÑO MUÑOZ
Director de la Escuela Judicial del Consejo General
del Poder Judicial
Magistrado.
Experto de la REJUE

CURSO VIRTUAL
UN ESTUDIO SISTEMÁTICO DEL ESPACIO
JUDICIAL EUROPEO EN MATERIA CIVIL
Y MERCANTIL
2009-2010



Con el apoyo de la Unión Europea
With the support of The European Union
Avec le soutien de l'Union Européenne

TEMA VIII

Pascual Ortuño Muñoz

Magistrado A. P. Barcelona¹

SUMARIO

1 Precisiones sobre el objeto del tema. 1.1. Delimitación de las materias que se abordan. 1.2. Indicaciones metodológicas. 1.3. Consideraciones generales previas. 2 Ubicación histórica del Reglamento. 2.1. Antecedentes de la institución jurídica. 2.2. Antecedentes del Reglamento. 3 Terminología uniforme. 4 Ámbito de aplicación. 4.1. Inclusiones. 4.2. Exclusiones. 5 Competencia. 6 Aspectos procesales. 7 Reconocimiento de resoluciones. 8 Ejecución. 9. Cooperación. 10 Relación con otros instrumentos internacionales

1 Precisiones sobre el objeto del tema.

El Reglamento (CE) 22001/2003 no puede ser analizado de forma aislada respecto de su contexto, sin riesgo de obtener una visión sesgada de su importancia y de su significado, especialmente desde el punto de vista de la práctica jurisdiccional. Se enmarca en el ámbito comunitario en el proceso iniciado con los Tratados de Maastrich² de 1992 y Ámsterdam³ de 1997, que recibió un impulso definitivo en el Consejo de Tampere de mayo de 1999, al realizarse la opción por construir el espacio de convergencia procesal civil en base a los Reglamentos (obligatorios y directamente aplicables) con el propósito definido de propiciar en materia civil un eficaz espacio común europeo, y que ha finalizado con la promulgación del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009 en el que se contempla el acervo normativo común. El Estudio de este instrumento, ley común de todos los Estados Miembros de la Unión, se ha de abordar desde la perspectiva más amplia, que comprende los Reglamentos instrumentales del enjuiciamiento (traslado de documentos, citaciones, emplazamientos práctica de pruebas), conjuntamente con los Reglamentos sobre competencia, ley aplicable, ejecución, el importante precedente del Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, que aun excluyendo las materias de familia y responsabilidad parental sentó las base técnicas de la nueva cooperación civil, sin olvidar el marco extracomunitario de los Convenios de la Conferencia de La Haya de derecho internacional privado.

¹ Pascual Ortuño es actualmente Director de la Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial.

² EL TRATADO DE MAASTRICH de 7.2.1992, supuso la configuración de estas materias dentro del Tercer Pilar de la Comunidad, desarrollándose a partir del mismo una intensa actividad en el ámbito intergubernamental, para la concertación de un sistema de convenios multilaterales, pero con la exclusión, salvo pacto, de la jurisdicción del TJCE. De esta época datan los Convenios sobre traslados y notificaciones, el de insolvencias y el denominado Bruselas II, de 20 de Mayo de 1998, precedente del que analizamos, que nunca llegaron a entrar en vigor.

³ EL TRATADO DE ÁMSTERDAM supuso la incorporación de la cooperación civil al Primer Pilar, extrayéndolo del ámbito gubernamental y quedando reforzado como competencia de la Comisión.

Finalmente debe tenerse en consideración que en el ámbito de la Unión Europea se están elaborando dos nuevos textos conectados con las materias del reglamento que nos ocupa, como son los borradores (green paper) sobre competencia y ley aplicable al matrimonio y al régimen económico matrimonial, y que fue promulgado el Reglamento 4/2009, sobre reclamaciones de alimentos.

1.1. Delimitación de las materias que se abordan.

La competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, constituyen el objeto del Reglamento (CE) 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003, (R 2201 en lo sucesivo). En este curso se ha desglosado su contenido en tres temas, uno sobre las resoluciones de carácter matrimonial (tema 5), otro sobre las previsiones sobre el derecho de visitas y el desplazamiento de menores (tema 7), y otro, que es el que nos ocupa, referido más específicamente a la responsabilidad parental, (realmente podrían haber sido objeto de tres Reglamentos distintos). No obstante todas estas cuestiones están relacionadas entre sí, de tal forma que sistemáticamente conforman una única unidad, con referencias y disposiciones comunes. No conviene perder de vista esta perspectiva, puesto de lo contrario se pueden alcanzar conclusiones erróneas. Por otra parte esta distribución temática tiene como consecuencia que determinadas cuestiones sean abordadas en los tres temas, lo que lejos de ser un inconveniente representa cierta ventaja, puesto que el análisis de la materia ha de resultar necesariamente más rico en matices.

En este tema se hace referencia a la ubicación histórica, a los antecedentes del Reglamento y a la terminología uniforme, para pasar luego al análisis del ámbito de aplicación, la competencia, los aspectos procesales más característicos, el reconocimiento de las resoluciones, la ejecución y la cooperación entre los Estados para la efectiva realización de los fines que constituyen el objeto de la regulación, todo ello desde la perspectiva de la materia específica de la responsabilidad parental.

1.2. Indicaciones metodológicas.

En la exposición de las materias no se va a seguir la sistemática del Reglamento, a modo de un análisis correlativo de su articulado, ni tampoco se reproduce el texto legal. Esta tarea ha de ser efectuada por el alumno, que es indispensable que disponga del material legal al que se refiere, así como de los estudios complementarios a los que se hace referencia. Para tal fin se realizan remisiones a los mismos con indicación de las conexiones a las páginas web en las que se pueden obtener estos materiales, fundamentalmente el propio Reglamento, el vademécum elaborado por la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil, y los informes explicativos de los textos y de los que le precedieron en sede de los Convenios de la Conferencia de La Haya de derecho internacional privado.

El texto del Reglamento se puede extraer de las siguientes páginas web::

- EUR-LEX REPERTORIO DE LEGISLACIÓN VIGENTE:

http://europa.eu.int/eur-lex/es/lif/ind/es_analytical_index_19.html

- WEB DE LA RED JUDICIAL EUROPEA EN MATERIA CIVIL Y MERCANTIL:

http://europa.eu.int/comm/justice_home/ejn/index_es.htm

- PAGINA DE INICIO DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA

<http://www.hcch.net/f/index.html>

2 Ubicación histórica del Reglamento.

2.1. Antecedentes de la institución jurídica.

La “responsabilidad parental” como institución jurídica es el concepto moderno de una relación social típica, que se ha ido conformando históricamente. Se basa en un vínculo interpersonal de carácter natural, anterior a su formulación por el derecho, existente en todas las sociedades, que se ha trasladado a la esfera de lo jurídico con una gran dependencia de la moral, de la ideología, de la religión, de la economía y de los principios éticos que han regido en las diversas sociedades en momentos históricos determinados.

Encontramos en las mitologías egipcia, griega y romana la configuración de este vínculo en el ámbito de lo sagrado, con una gran carga de trascendencia en todas las religiones, desde Edipo hasta Abraham, Jesucristo y Mahoma. El derecho romano clásico desarrolló la institución con las características que se han mantenido hasta nuestros días y que han sido analizadas por las teorías economicistas del derecho, especialmente por su importancia en la sociedad rural.

El sentido absoluto de la potestad, el poder sobre los hijos para el cumplimiento de muy diversos fines, asistenciales, educativos, e incluso políticos, ha evolucionado por la concurrencia de cinco factores diversos: a) la igualación de la mujer con el hombre en el sistema de la relación con los hijos, (el propio término patria potestad quedó desvirtuado); b) la implantación del divorcio que ha provocado la necesidad de compartir las responsabilidades y derechos derivados de la institución, (se ha superado la primera tendencia de vincular la “inocencia” del cónyuge respecto de la ruptura con los criterios de la atribución de la guarda); c) la irrupción de nuevas formas de familia (moparentales, reconstituidas, etc...); d) el reforzamiento del carácter asistencial de las funciones que le son propias, con la generación de funciones suprafamiliares, que son compartidas con la comunidad, en una tendencia de progresiva secularización de la materia, que ha pasado a ostentar un papel de vigilancia del correcto cumplimiento de la responsabilidad parental, con facultades de suspensión, supresión o condicionamiento de las funciones paternas y maternas mediante un amplio sistema de medidas protectoras que, en muchos casos, son de suplencia temporal o definitiva; e) la consolidación del principio jurídico universal del “interés el menor”, como criterio prevalente en la toma e decisiones en los casos de conflicto.

Otras circunstancias de índole sociológica han confluído en la necesidad de proveer de una regulación supranacional sobre la responsabilidad parental, tales como la insuficiencia de los actuales modelos de familia para dar respuesta a las necesidades de los niños, los fenómenos migratorios y los procesos de internacionalización en los que vivimos. No hay que olvidar que, tanto el Reglamento 1347/2000, como el R 2201, que lo sustituye, mencionan para justificar la competencia normativa comunitaria, “el objetivo de crear un espacio de libertad, de seguridad y de justicia, en el que se garantiza la libre circulación de personas”⁴. Es lógico, en consecuencia, que la facilitación de la movilidad geográfica en el ámbito de la U.E, y la previsión de matrimonios y uniones familiares de personas de distinta nacionalidad, pueda determinar un importante

⁴ Para el análisis de los antecedentes, ámbito y significado del R (CE) 2201/2003 es de sumo interés la lectura del “Informe explicativo” realizado por la Profesora Dr^a ALEGRIA BORRAS del Convenio de 28 de mayo de 1998, que aun cuando no entró en vigor, sirvió de base al R (CE) 1347/2000 y fue aprobado por la comisión (DO C221, de 26 de julio 1998, pgs. 27-64).

incremento de los conflictos transfronterizos en las relaciones de parentalidad, que generen conflictos competenciales que precisen de una solución rápida y eficaz.

2.2. Principios característicos de la responsabilidad parental.

2.2.1. Definición

La responsabilidad parental es definida en el artículo 1.2 del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, en el siguiente sentido: *“comprende la autoridad parental o todo otro referente de autoridad análogo que determine los derechos, los poderes y las obligaciones de los padres, de un tutor o de otro representante legal que tenga a su cuidado la persona o los bienes del niño”*⁵. El R 2201, en el artículo 2. 7) concreta técnicamente este término, en aras a la claridad conceptual necesaria para evitar problemas interpretativos, al entender que se refiere a *“los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor. El término incluye, en particular, los derechos de custodia y visita”*. La definición, en consecuencia, es amplia y alcanza a la responsabilidad sobre: a) la persona del niño, (alimentación, educación y salud); b) los bienes del mismo; c) las cuestiones sobre su representación; d) la custodia; e) el derecho de relación con los progenitores que no tengan la custodia o no convivan habitualmente con el niño; f) las instituciones supletorias clásicas del acogimiento, la tutela, la curatela y la administración legal puesto que, aun cuando la responsabilidad parental corresponde normalmente al padre y a la madre, puede ser también ejercida por terceros, (personas físicas o jurídicas de carácter privado, o instituciones de naturaleza pública), en caso de fallecimiento, inaptitud o indignidad de los padres, o en casos de abandono o de riesgo de los niños por multitud de causas recogidas en las leyes internas de cada Estado.

2.2.2. Ley material sobre la responsabilidad parental

Es de advertir, ya desde ahora, que el R 2201 no es una norma de derecho material sobre la responsabilidad parental, sino que es esencialmente un instrumento de derecho internacional privado para facilitar la solución de conflictos de competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones en esta materia, en el que no existen ni siquiera normas relativas a la ley aplicable, (a diferencia de los Convenios de La Haya), con lo que se respetan las peculiaridades de los Estados, que disponen de sus respectivas leyes propias reguladoras de la materia, en virtud de una especie de compromiso pragmático basado en la confianza mutua del que son expresión: a) la ausencia de reglas de conflictos de leyes (diferencia notable con el Convenio de La Haya de 1996 que, en esta materia, permanecerá en vigor), b) la regla respecto al reconocimiento de las resoluciones recogida en el artículo 26, en virtud del cual las resoluciones no podrán en ningún caso ser objeto de una revisión en cuanto al fondo; y c) las tasadas causas de denegación del reconocimiento que recoge el artículo 23, prácticamente todas referidas a cuestiones procesales, con excepción de la

⁵ PAUL LAGARD, “Informe explicativo del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de medidas de protección de los niños”. Disponible (traducido al español), en la página web de la Conferencia de La Haya referida, (ref. en el epígrafe 1.2 de este tema).

cláusula del orden público del Estado requerido, matizada con la apelación al interés superior del menor⁶.

Bien es cierto que para la construcción del espacio judicial europeo no se dispone únicamente de los reglamentos instrumentales analizados en este curso, sino también de una política común, de más largo alcance, que tiende a la confluencia de las instituciones jurídicas materiales en base a una tradición jurídica compartida, y en la consolidación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del TEDH de Estrasburgo en el ámbito supracomunitario. El acercamiento de las reglas procesales es el segundo de los instrumentos de homogenización, para lo que el sistema de los Reglamentos que analizamos es un instrumento de gran utilidad, como ya se ha puesto de manifiesto con la generalización de las reglas que garantizan el emplazamiento, con el tratamiento e la rebeldía táctica, o con la exigencia de la audiencia del menor, previa a cualquier decisión que pueda afectar a sus derechos (artículos 11.2, 23.b).

En el sentido propiamente material de la institución, en torno a la responsabilidad parental como conjunto de derechos y deberes que aseguran el bienestar integral del niño, se está consolidando una institución jurídica, en su sentido material, (y en consecuencia independiente del objeto del R 2201 y por lo tanto ajena, pero tangente, con el tema estudiado), y que está imbuida de la naturaleza del orden público internacional, como conjunto de valores consagrados por el Tratado de Roma y por la Declaración Universal de Derechos del niño, que son esenciales en la comunidad.

2.2.3. El orden público internacional en la responsabilidad parental

Es un principio generalmente admitido por todos los Estados de la Unión, que la vigilancia desde las instituciones públicas del ejercicio de la responsabilidad parental y del efectivo respeto de los derechos del niño representa ciertamente una injerencia en la vida privada de las familias, pero que es esencialmente supletoria y basada en el principio de intervención mínima. Es importante recordar que la STEDH 24.3.1988, (caso Olson contra Suecia), fija cinco criterios que justifican las intervenciones del Estado en la responsabilidad parental, que naturalmente corresponde a los progenitores: a) que toda actuación pública en esta materia esté sujeta al principio de legalidad (en cuanto a su previsibilidad); b) que resulte necesaria; c) que su finalidad sea legítima; d) que las medidas que se adopten sean proporcionales al riesgo que se presente; y e) que se garantice la imparcialidad (concretada en la necesidad de conocer –oír- todos los puntos de vista).

La necesidad y finalidad legítima de las medidas que los sistemas legales prevén supone que, aun cuando pertenezcan a la esfera de la protección social de carácter administrativo en desarrollo de las políticas de bienestar social, han de estar inspiradas, en todo caso, por el principio de interés del menor y sujetas a control jurisdiccional, desde la perspectiva de los derechos fundamentales de la persona. Tales medidas resultan justificadas en un número limitado de casos que tienen su causa, bien en una crisis de la patria potestad por inexistencia de las personas llamadas a ejercerla o por imposible o inadecuado ejercicio, bien en una crisis de las relaciones interparentales (separación o divorcio), cuando no sea

⁶ ALEGRIA BORRAS. “El interés del menor como factor de progreso y unificación del derecho internacional privado”. Academia de Legislació i Jurisprudència de Catalunya, Barcelona 1993, (discurso de ingreso en la misma).

posible la distribución de las funciones por la vía del consenso. También pueden obedecer a causas externas derivadas de la movilidad de las personas y la inmigración, (desplazamientos, expulsiones, asilo). En todo caso, es principio común del orden público internacional, que el Estado debe garantizar a todos los niños que estén presentes en su territorio los derechos básicos: a) a la salud; b) a la integridad física y moral; c) a la educación; d) a mantener relación con sus progenitores y e) a que se respeten, en general, los derechos fundamentales de la persona. Por otra parte, constituyen obligaciones de los niños el aprendizaje de la aceptación y de no infracción de las normas esenciales de la comunidad. A partir de aquí, las legislaciones internas de los Estados cuentan con sus propios sistemas normativos que en determinados países son, a su vez, múltiples, como es el caso de España, donde existen un total de 12 leyes autonómicas, además de la regulación del código civil.

2.3. Antecedentes del Reglamento.

Los antecedentes de la norma exceden el ámbito comunitario. Entre los textos internacionales de referencia en cuanto al derecho material de protección del menor hay que citar por su importancia, en el ámbito europeo, la “*Recomendación 4/1981 del Comité de Ministros del Consejo de Europa*”, y en sede de la ONU, la “*Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de la Infancia de 13.5.1981, y la Declaración Universal de los Derechos del Niño*” de 20.11.1989, ratificada por 187 Estados, que es un hito que ha marcado una inflexión en las legislaciones de la mayor parte de los Estados del planeta, a pesar de su naturaleza meramente enunciativa de principios y con un grado de coercibilidad muy atenuado.

En el acervo normativo del derecho internacional privado, es antecedente de este Reglamento en lo que se refiere a la responsabilidad parental, el *Convenio europeo de 20.5.1980, relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores*.

Pero es en los trabajos y en la producción de tratados multilaterales de la Conferencia de derecho privado de La Haya, donde se encuentran los principios técnicos y jurídicos más próximos, de cuya experiencia se ha nutrido el Reglamento. Cabe mencionar entre ellos: a) el “*Convenio de 5.10.1961 sobre la competencia de autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores*”; b) el “*Convenio de 25.10.1980, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*”, de extraordinaria importancia y que pasó a formar parte del acervo normativo comunitario en virtud de lo dispuesto en el artículo 4 del Reglamento 1347/2003 y que es otro de los textos de La Haya que ha pasado a comunitarizarse, con las importantes modificaciones introducidas en el R 2201, estudiadas en el tema siguiente (VII), a propósito del derecho de visitas y del desplazamiento ilícito de niños y c) el “*Convenio sobre la competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños*”, de 19 de octubre de 1996, instrumento éste de imprescindible consulta para el estudio del R 2201 y precedente inmediato de este texto que ahora, en gran medida, también se ha comunitarizado, como pone de manifiesto la Decisión del Consejo de 19.12.2002, por la que se autorizó a los Estados miembros a firmar, en interés de la Comunidad, este instrumento, (Diario Oficial nº L 048, de 21/02/2003), pese a que ya se encontraba en vigor el Reglamento 1347/2000 sobre la misma materia (pero que había quedado insuficiente por estar circunscrito a hijos comunes nacidos de un matrimonio), y en consideración a que la Comunidad poseía ya competencia exclusiva respecto a estas materias.

En el ámbito de la Unión Europea, el artículo 24 de la Carta de Derechos Fundamentales se refiere específicamente a esta materia al recoger específicamente los derechos del menor. Respecto a la producción normativa de derecho internacional privado comunitario, la promulgación del R 2201 ha estado precedida en muy poco espacio de tiempo, por dos intentos normativos comunitarios: a) el *Convenio de 28.5.1998*, con el mismo objeto, que nunca llegó a entrar en vigor ante la opción de la Comunidad por implementar un sistema de reglamentos directamente aplicables y, b) especialmente, por el *Reglamento (CE) 1347/2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre hijos comunes*, (Diario Oficial nº L 160 de 30/06/2000), en vigor desde el de marzo de 2001 que ha sido derogado por el R 2201.

El R (CE) 1347/2000 ha sido subsumido por el nuevo R 2201, que lo sustituye íntegramente, (en vigor desde el 1.7.2004 y con plena y completa aplicación a partir del 1.3.2005, ex artículo 72), ampliando su objeto, su ámbito y mejorando sensiblemente los aspectos técnicos para su efectividad, especialmente en materia de cooperación de autoridades centrales y de órganos judiciales⁷. Desde su entrada en vigor el R 1347 fue objeto de numerosas críticas en lo que se refiere al tratamiento de la responsabilidad parental, por reducir su ámbito a la relativa a los hijos comunes del matrimonio dejando fuera el resto de los casos, como los de los hijos no comunes o los hijos de parejas no casadas. Tampoco se resolvían adecuadamente los problemas derivados de la modificación de las circunstancias posterior a la terminación del litigio matrimonial ni a las vicisitudes del derecho de visitas. Por último, la cooperación internacional por medio de las Autoridades Centrales quedaba esbozada, pero a falta de profundizar y desarrollar de forma más completa y eficaz.

En conclusión, el R 2201 es un texto anclado en una larga tradición convencional, con numerosos precedentes de los que resulta tributario (cuya consulta es imprescindible para su cabal comprensión). Es, por otra parte, una norma madura, que representa una arriesgada apuesta hacia el futuro. Por una parte, dota al sistema comunitario de unas reglas de conflicto ágiles y basadas en el principio de la confianza mutua, y por otra supone la asunción por los Estados miembros de importantes obligaciones para facilitar la cooperación, que no solo va a gravitar sobre la administración pública (autoridades centrales), sino que también involucra de forma muy importante a los órganos jurisdiccionales individualmente, a la implantación de la mediación como elemento auxiliar de la administración de justicia para tratar de solucionar estos conflictos de forma consensuada, y al trabajo de coordinación, asesoramiento y facilitación de la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil creada por la Decisión nº 2001/470/CE.

El TJCE, en la Sentencia de 29 de noviembre de 2007, c-68/07 Sundelin López, ha venido a fortalecer el carácter obligatorio de la aplicación de este reglamento, que es norma de preferente aplicación respecto de las normas comunes, con la excepción de los casos en los que el demandado no sea nacional, ni residente de ningún Estado de la Unión.

3 Terminología uniforme.

Con el propósito de evitar en lo posible conflictos jurídicos de carecer interpretativo, el R 2201 recoge una serie de definiciones de conceptos

⁷ QUIÑONES ESCAMEZ, Anna. "Primeras reflexiones sobre la propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia", Edit. SEPIN, COLEC Persona y Familia. Julio – Agosto 2003, pgs. 19-38.

susceptibles de distinta comprensión. La experiencia de los instrumentos precedentes pone de manifiesto que los ordenamientos jurídicos procedentes de tradiciones jurídicas muy diferentes, utilizan con carácter no unívoco la terminología que, en la traducción de los términos, puede plantear serias dificultades. Con este propósito se incluyen las definiciones de los términos más frecuentes en el artículo 2.

“Órgano jurisdiccional”: La referencia ha de hacerse al ámbito de la funcionalidad. Se ha de entender a los efectos del Reglamento que son todas las entidades de los Estados miembros que tienen atribuida por su ley interna la competencia en las materias que se regulan en este instrumento. Se trata de una concepción técnico jurídica que va mucho más allá del propio sentido de las palabras, puesto que conviven en el ámbito comunitario sistemas en los que cualquier decisión sobre la responsabilidad parental ha de ser adoptada por los tribunales de justicia, mientras que en otros corresponde a organismos administrativos muy diversos. Ello implica que se dote de equivalencia a unas y otras entidades, lo que tiene mucha trascendencia, puesto que puede ocurrir que una decisión de una entidad municipal que tenga atribuida estas funciones en un Estado, dicte una resolución que en otro Estado ha de ser ejecutada por un órgano jurisdiccional en el sentido propio del término, y a la inversa.

“Juez”: Es el aspecto subjetivo de la definición anterior, es decir, a los efectos del reglamento se parte que cualquier referencia al juez, lo es a cualquier autoridad, sea tribunal unipersonal o colegiado, sea entidad pública o autoridad municipal, que ejerza las funciones de “órgano jurisdiccional” en relación con la autoridad parental. Un ejemplo práctico evidente es el de la audiencia del niño: cuando un Estado prevea en su legislación que ha de ser el Juez el que reciba la audiencia del menor directamente, puede ser interpretado en otro Estado, en el que esta audiencia corresponda a una autoridad administrativa, o a una persona delegada por la misma, según su legislación interna, porque esta diligencia no la cumplimente un juez, en el sentido propio del término, sino otra persona, y no por ello será inávido a los efectos del reglamento.

“Resolución judicial”: se incluyen nominativamente tanto las sentencias como los autos, pero también cualquier otra forma que revista en cada Estado, según su ley interna, una decisión de autoridad competente en materia de responsabilidad parental.

En las tres definiciones precedentes, el principio de confianza mutua excluye cualquier tipo de control indirecto de la competencia del órgano que adoptó la decisión, ni de la naturaleza de la misma, tal como dispone el artículo 24 del Reglamento. La veracidad de que el órgano es el competente, que la autoridad es el “juez” del convenio y que la decisión es la correcta desde el punto de vista formal, vienen garantizados por el certificado previsto en el artículo 39 de R 2201.

Más novedosa es la asimilación que el Reglamento realiza de los documentos públicos y los acuerdos entre las partes, con la condición de que sean ejecutivos en el Estado miembro en el que se otorgaron o se suscribieron. Con ello resulta que, por ejemplo, en España carece de eficacia un acuerdo privado suscrito entre españoles y en territorio nacional que no haya sido homologado judicialmente, mientras que debería ser reconocido el mismo acuerdo si ha sido suscrito en Finlandia, pues la ley interna de este país sí que lo permite.

“Estado miembro de origen”: no se refiere al origen del niño, sino de la decisión o resolución que se pretende reconocer o ejecutar en otro Estado, lo que queda

evidenciado con la definición de “Estado miembro de ejecución” que es en el que se intentará hacer valer la resolución judicial correspondiente. El R 2201 se aplica por todos los Estados de la Unión Europea, con excepción de Dinamarca.

“Responsabilidad parental”: la definición ya se ha comentado en el epígrafe 2.2. precedente. De ello resulta el significado de “titular de la responsabilidad parental”, que pueden ser el padre y la madre, conjunta o separadamente, el tutor, el curador, el acogedor o cualquier persona física o jurídica privada, o entidad pública que, por la ley interna del Estado, tenga atribuida la responsabilidad parental. La importancia de que se haya consensuado este término es extraordinaria, y es fruto de grandes debates, que finalmente han dotado de prevalencia a este término, respecto a los tradicionales de “autoridad”, “potestad” o “patria potestad” que contenían connotaciones arcaicas.

“Derecho de custodia”: a efectos prácticos del reglamento, es el derecho a decidir sobre la residencia habitual del menor, que generalmente va unido a los deberes de cuidado y vigilancia. Tanto puede ser predicada de ambos progenitores conjuntamente, como de uno de ellos (en el caso en que vivan separados), como de tutores, curadores, personas físicas o jurídicas o instituciones privadas o públicas. Este derecho puede venir determinado “ex lege” o por resolución judicial.

“Derecho e visita”: corresponde al padre y la madre, no se contempla en el reglamento específicamente el de otros parientes, como los abuelos, aun cuando es el derecho interno de cada Estado el que dota de contenido a la materia. Incluye el derecho a trasladar al menor a un lugar distinto al de la residencia habitual durante un periodo de tiempo limitado. Esta cuestión, por su importancia en el R 2201, se desarrolla ampliamente en el siguiente tema (VII).

4 Ámbito de aplicación.

El artículo 1.2 contempla como ámbito de aplicación las materias de naturaleza civil relativas a la responsabilidad parental y de protección del menor, en el sentido de la definición del término ya expuesta, sin hacer distinción alguna, como se había criticado respecto al R (CE) 1347/2000, de la distinción entre hijos matrimoniales o no y con independencia de que estén vinculadas o no a un procedimiento matrimonial, (párrafo 5 del preámbulo). La doctrina ha destacado, al respecto, que el punto de vista desde el que se aborda la cuestión es el de la atención de los menores, lo que supone un cambio radical respecto al reglamento derogado que estaba centrado en los padres. La inclusión en el preámbulo del propósito de garantizar la igualdad de los hijos (párrafo 5), y de la relevancia del interés del menor en las soluciones adoptadas (párrafo 12), ponen de relieve las líneas básicas de la regulación⁸.

No obstante lo anterior existen elementos problemáticos en el R 2201 por lo que se refiere al ámbito de aplicación, pese al esfuerzo por exponer la casuística de medidas (inclusiones y exclusiones) que se realiza. La conexión con el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 permitirá solucionar algunos de estos problemas, puesto que se parte de la ratificación de dicho convenio por todos los Estados miembros, y su funcionamiento en paralelo. Tal ocurre con la referencia a las “materias civiles”, que puede originar dudas interpretativas respecto a determinadas materias administrativas tendentes a la protección del niño, o a las medidas adoptadas en causas penales, (tanto respecto a menores infractores,

⁸ RODRIGUEZ PINEAU, Elena. “El nuevo reglamento comunitario sobre litigios matrimoniales y responsabilidad parental”. LA LEY – Unión Europea, Año XXV, nº 5944. Contiene un interesante y clarificador artículo comparativo entre el R (CE) 1347/2000 y el 2201/2003 y el alcance de la reforma.

como en los casos de violencia doméstica, por ejemplo), o en el ámbito del derecho de asilo y reagrupación familiar consecuentes con los procesos migratorios. También subsisten problemas por la ausencia de referencia al límite de edad del niño sujeto a la responsabilidad parental, (el artículo 2 del Convenio de La Haya referido la señala en los 18 años), mientras no se menciona a las personas incapacitadas desde la infancia, sometidas al régimen de patria potestad prorrogada a partir de la mayoría de edad, (incapaces mayores), cuya inclusión fue debatida en los trabajos previos, quedando finalmente fuera del ámbito expreso del Reglamento. Tampoco se hace ninguna excepción respecto de los llamados “niños grandes”, en lo que se refiere a la capacidad parcial para determinados actos (consulta al médico, intervenciones quirúrgicas, compra de anticonceptivos, disposición de determinados bienes o rentas) y la conveniencia de un régimen especial para abordar los problemas de la parentalidad en este sector de la juventud, susceptible de emancipación en muchos Estados, lo que queda atribuido al derecho interno del Estado que resulte competente por razón la residencia habitual del menor.

4.1. Inclusiones expresas.

El R 2201 tiene por objeto, en general, la responsabilidad relativa a la persona del niño, la responsabilidad relativa a sus bienes, la representación del menor, la responsabilidad parental, las instituciones supletorias de la misma, administración legal, la custodia, la guarda y las medidas de protección. La referencia expresa a la “finalización de la responsabilidad parental” comprende, así mismo, las decisiones sobre privación de la patria potestad y, lógicamente, sobre suspensión de la misma.

El texto del reglamento (artículo 1.2.b) menciona en particular: a) los derechos de custodia y visita; b) la tutela, la curatela y otras instituciones análogas, con lo que se cubre la multiplicidad de instituciones tutelares previstas en el derecho interno de los Estados; c) la designación y funciones de las personas u organismos encargados de la persona o de los bienes del menor, de representarlo o de prestarle asistencia, fórmula sumamente amplia y abierta a la casuística; d) el acogimiento del menor en una familia o en un establecimiento, lo que comprende tanto el acogimiento en familias profesionalizadas como en familias voluntarias, como en centros o instituciones que tengan por finalidad la suplencia de la responsabilidad parental paterna y materna; y e) las medidas de protección del menor ligadas a la administración, conservación o disposición de los bienes del menor.

Por lo que se refiere a los bienes del menor, el Reglamento 2201 se aplica únicamente a las medidas de protección, es decir, a) de la designación y las funciones de la persona u organismo encargado de administrar los bienes del menor, de representarlo y de prestarle asistencia, y b) a las medidas relativas a la administración, conservación o disposición de los bienes del menor. Fuera de estas medidas, el régimen correspondiente es el general sobre derecho de bienes, es decir, el del R (CE) 44/2001.

El ámbito de aplicación, se extiende también a las costas y a la ejecución de cualquier resolución relativa a las mismas, con excepción de las ejecuciones relativas a los procedimientos sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones sobre cumplimiento de derecho de visitas y de restitución de menor (artículo 49), que se entiende que han de ser gratuitas.

4.2. Exclusiones.

Determinados derechos del menor, como el de los alimentos, o los relativos a la filiación, adopción, emancipación, o el régimen de corrección penal de jóvenes, (medidas de protección en justicia juvenil), que no se incluyen por diversas razones.

El texto reglamentario, (artículo 1.2.b) menciona, en particular: a) la determinación y la impugnación de la filiación, por tratarse de una materia que se considera distinta de la atribución de la responsabilidad parental y por consiguiente todavía pertenece a la esfera de las normas internas de cada Estado, al igual que cualquier otro derecho relativo a la persona, (capacidad, por ejemplo), sin perjuicio de que en materia probatoria pueda ser utilizado el R 1206/2001; b) las medidas sobre adopción, y los actos que la preparan (acogimientos preadoptivos, régimen de obtención de los consentimientos y asentimientos), ni tampoco las medidas sobre anulación o revocación de la adopción, por lo que los Estados que lo han ratificado, están vinculados, fuera del ámbito comunitario, por el Convenio de La Haya de 1993; c) las cuestiones relativas al nombre y apellidos del menor; d) la emancipación, puesto que se trata, más bien, de una institución contraria a una medida de protección; e) los alimentos, que quedan excluidos por entender que su objeto pertenece al ámbito del R (CE) 44/2000, si bien el preámbulo (párrafo 10) remarca que generalmente la competencia sobre materia de alimentos, debe ser coincidente a la de la responsabilidad parental en virtud de lo que establece el artículo 5.2 del Reglamento referido, por lo que en muchos casos se podrán plantear de forma acumulada las pretensiones sobre reconocimiento de ambas ante los mismos órganos jurisdiccionales; f) los fideicomisos y las sucesiones, con la excepción de las medidas de administración de los bienes y la intervención cautelar en las operaciones sucesorias para las que sea preciso designar un representante del menor; g) las medidas adoptadas a consecuencia de infracciones penales cometidas por menores, (aun cuando los límites entre las medidas de protección y las de carácter correctivo penal son muy difíciles de trazar).

Los asuntos relativos a la seguridad social, medidas generales sobre salud o educación (no las medidas concretas e individualizadas), derecho de asilo e inmigración (a excepción de la protección que ha de procurarse a estos niños), quedan también fuera del Reglamento. En la práctica de la aplicación del Reglamento se deberán, no obstante, interpretar de forma flexible estas exclusiones, puesto que, por ejemplo, de nada serviría el reconocimiento de una resolución sobre régimen de visitas o administración de bienes a un padre no residente comunitario, al que no se le facilitara al mismo tiempo la circulación y estancia en el Estado de residencia del menor, en alguna de sus modalidades.

Mención especial merece la materia de alimentos que ha sido objeto del último de la última norma europea en materia de lo que se conoce como derecho de la persona y la familia, que es el Reglamento (CE) nº 4/2009, de 18 de diciembre de 2008, sobre competencia, ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de obligaciones alimenticias (DOCE 10.1.2009), que ya entró en vigor a los veinte días de su publicación, y que ha supone un paso muy importante en materia de cooperación jurisdiccional y de autoridades administrativas en esta materia..

5 Competencia.

La regla que se establece expresamente en el artículo 8, desde el punto de vista territorial, es la de conexión comunitaria, (con la excepción Dinamarca tal como se explicita en el preámbulo –párrafo 31)), por razón de la residencia del menor. Este criterio, concebido en función el interés del menor, parte de la prevalencia de la proximidad del órgano jurisdiccional de la residencia habitual, lo que también justifica el juego de reglas especiales en el caso de cambio de residencia del menor, en el caso de que exista acuerdo entre los titulares de la responsabilidad parental, o de oportunidad, cuando el órgano jurisdiccional competente considere que otro órgano está mejor situado para la adopción de la decisión que corresponda (artículo 15). No obstante, se plantean en el texto (por ejemplo, en el artículo 12.4), problemas que la doctrina ha denominado de “exceso comunitarizador” en los que resulta más difícil justificar la conexión comunitaria en base al principio del “forum conveniens”, cuando el menor sea residente de un tercer Estado no comunitario, que tampoco sea Estado parte del Convenio de La Haya de 1996⁹.

Para determinar la residencia habitual, se establece que debe atenderse a la que resulte en el momento de presentar el asunto ante el órgano jurisdiccional, salvo en los casos de sustracción de menores (artículos 10 y 11). Tampoco puede tener la consideración de residencia habitual el lugar en el que el niño esté en cumplimiento del derecho de visitas, pasando sus vacaciones o escolarizado. Mas el principio general, adoptado del Convenio de La Haya de 1996, es que el cambio lícito de residencia habitual, priva a las autoridades de la antigua residencia de la competencia para tomar medidas de protección del niño¹⁰.

La conexión de la residencia habitual del menor cede, no obstante, por la “vis atractiva” del proceso de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial, (artículo 12) cuando se ventilen conjuntamente con la cuestión sobre estado civil de los progenitores otras cuestiones relativas a la responsabilidad parental de los hijos, siempre que concurren de forma conjunta las tres condiciones siguientes: a) que al menos uno de los cónyuges ejerza en ese momento la responsabilidad parental, b) que la competencia del órgano judicial del divorcio haya sido aceptada de forma inequívoca por los cónyuges o titulares de la patria potestad, y c) que se garantice el interés del menor. Cuando se pone fin al proceso principal (de divorcio, nulidad o separación), cesa el vínculo de conexión, por lo que las ulteriores medidas que puedan adoptarse o la modificación de las anteriores, corresponderán de nuevo al Estado de residencia habitual.

5.1. Excepciones a la regla general de la atribución competencial.

Los supuestos en los que no se aplica la regla de la residencia habitual del menor que el texto reglamentario prevé, están basados en diversas causas:

En los tres primeros meses siguientes al cambio de legal de residencia, conserva la competencia (*perpetuatio fori*), el órgano correspondiente del Estado de la residencia anterior para la adopción de decisiones relativas a garantizar el derecho de visita al progenitor que continúe residiendo habitualmente en el mismo, (artículo 9).

En el caso en el que el menor esté íntimamente vinculado a un Estado miembro distinto del de su residencia habitual, y la competencia del órgano jurisdiccional del mismo sea aceptada inequívocamente por todas las partes, siempre que se

⁹ RODRIGUEZ PINAU, E. *Opus cit.*

¹⁰ PAUL LAGARDE, “Informe explicativo al Convenio de La Haya de 19.10.1996, *opus cit.*”

garantice el interés superior del menor, es lo que se denomina “forum conveniens” (artículo 12.3), y prevé casos tales como los de un ciudadano nacional ecuatoriano que reside en España, y recibe la visita de su hijo precisando éste una medida relativa a la responsabilidad parental o de protección, compareciendo la madre del menor sin oponerse a la competencia del órgano español.

En los casos en los que no sea posible determinar la residencia habitual del menor, o se trate de menores refugiados o desplazados internacionalmente (a causa de disturbios en su país), la competencia se atribuye al Estado miembro en el que se encuentre presente el menor, (artículo 13).

5.2 Remisión a un órgano jurisdiccional mejor situado.

Contempla el artículo 15 la transferencia excepcional de competencia a un foro apropiado, decidida por el propio órgano de residencia habitual del menor, por razón de que un órgano competente de un tercer Estado está en mejor situación, atendidas las circunstancias particulares del caso, para apreciar el interés superior del menor. Esta apreciación debe hacerla el órgano normalmente competente bien a instancia de parte, bien a petición del órgano del tercer Estado miembro mejor situado, o bien de oficio, siempre que al menos una de las partes de su consentimiento.

Para apreciar la vinculación del menor al órgano mejor situado de otro Estado miembro, es preciso que se de alguna de estas circunstancias: a) que se haya fijado la residencia habitual del menor en el otro Estado después de la presentación de la demanda; b) que el menor haya residido habitualmente con anterioridad en el mismo; c) que el menor sea nacional de dicho Estado; d) que el tercer Estado sea el de residencia habitual de alguno de los titulares de la responsabilidad parental, o e) que las medidas de protección tengan por objeto el patrimonio del menor radicado en dicho tercer Estado miembro.

No obstante lo anterior, el órgano que transfiere el asunto, debe asegurarse de que el órgano del tercer Estado se declara competente en el plazo de seis semanas desde que se presentó ante el mismo la demanda.

Para arbitrar este mecanismo, se prevé (artículo 53), la cooperación entre Autoridades Centrales y el auxilio de la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil creada por la Decisión nº 2001/470/CE.

6 Aspectos procesales.

6.1. Reglas comunes.

La sección 3ª del Capítulo II del R 2201, recoge una serie de normas de carácter procesal de suma importancia en orden a evitar diferencias interpretativas y a posibilitar el posterior reconocimiento y ejecución de las resoluciones que se dicten, tales como el momento en el que se entiende iniciado un procedimiento, (artículo 16), la imposición al juez del examen de oficio de la propia competencia, (artículo 17), con el mandato de declaración de incompetencia si no existiese elemento de conexión competencial, los presupuestos de la litispendencia y de la suspensión de las segundas acciones en tanto no son resueltas las primeramente ejercitadas, la previsión de medidas de carácter provisional o cautelar, (artículo 20) y la necesidad de comprobar la admisibilidad en los casos de rebeldía, (según se trate de rebeldía estricto sensu o táctica), para dar cumplimiento a las previsiones del Reglamento (CE) 1348/2000.

Gozarán del beneficio de justicia gratuita en el sentido más favorable y la exención de costas más amplia, los solicitantes que lo hubieren obtenido total o parcialmente en el Estado miembro de origen, (artículo 50).

6.2. Modelos de “certificado”.

La facilitación de la circulación de las resoluciones se articula mediante los certificados contemplados en el artículo 39, (el anexo II del Reglamento contiene el modelo de formulario que debe utilizarse para los casos de resoluciones en materia de responsabilidad parental, y el anexo III el correspondiente al régimen de visitas), que han de acompañar necesariamente al resto de los documentos exigibles (artículo 39).

Es de destacar, no obstante, que se flexibiliza la cumplimentación de los requisitos formales con la previsión de un trámite de subsanación, con término prudencial, al objeto de que no se produzcan pretensiones claudicantes por defectos de forma en materia de responsabilidad parental, y con la facultad discrecional del juez de poder dispensar de la obligatoriedad de presentación de determinados documentos cuando considere que dispone de suficiente información. En este sentido, el artículo 55 instituye un sistema de cooperación entre autoridades tendente a propiciar la efectiva protección del menor, que contempla incluso la comunicación libre entre órganos jurisdiccionales para asegurar la cooperación transfronteriza, con las miras puestas en la salvaguarda, en todo caso, del interés del menor (epígrafe 9).

6.3. Traducción y legalizaciones.

Los Estados miembros aceptan que los formularios estén redactados en la lengua del Estado miembro requerido, o traducido por persona habilitada a tal fin en uno de los Estados, a una de las lenguas admitidas por los mismos en las declaraciones realizadas tras la entrada en vigor del Reglamento 1348/2001, recogidas en la Decisión de Consejo de 25.9.2001, (DOC L298, que se puede consultar en la web:

http://europa.eu.int/eur-lex/pri/es/oj/dat/2001/l_298/l_29820011115es00010478.pdf

Para una mayor información sobre las declaraciones y reservas puede consultarse la web de la Red Judicial Europea en materia Civil y Mercantil:

http://europa.eu.int/comm/justice_home/ejn/index_es.htm

De igual forma es de suma utilidad la consulta del Atlas Judicial Europeo y sus instrumentos accesorios:

http://europa.eu.int/comm/justice_home/judicialatlascivil/html/index.htm

Por lo que se refiere al resto de los documentos, se utiliza la misma fórmula que la del artículo 55 del Reglamento 44/2001, (Bruselas I), es decir, se deja al criterio del órgano jurisdiccional ante el que se pretenda el reconocimiento y ejecución, por lo que tal como expresa el vademécum para la aplicación del Reglamento es conveniente facilitar la traducción al idioma del Estado miembro requerido, aun cuando en determinados supuestos puede ser suficiente con una traducción parcial de los aspectos de la resolución que sean determinantes y necesarios (artículo 45).

No es exigible legalización ni apostilla, (formalidad análoga alguna dice el artículo 52), ni del certificado, ni de los documentos ni tampoco del poder para pleitos.

7 Reconocimiento de resoluciones.

El R 2201 instaura el principio del reconocimiento mutuo, de pleno derecho, de las resoluciones en materia de responsabilidad parental. Ello equivale a otorgar igual consideración a las resoluciones de cualquier Estado miembro que a las resoluciones de los órganos jurisdiccionales propios, si bien ello se ha de matizar, en el sentido de hay que distinguir entre:

7.1. Modalidades del reconocimiento.

a) El reconocimiento automático, sin necesidad de procedimiento alguno, pero sin que se intente con ello medida alguna de ejecución. Se trata de considerar la eficacia de las medidas adoptadas en otro Estado, cualquiera que sea el modo por el que se tiene conocimiento de ellas, y la prueba de la que dimana (no es exigible formalidad alguna). Pensemos, por ejemplo, en la representación de un menor que se derive de un poder, o en la autorización de una intervención quirúrgica por quien ostenta la responsabilidad parental o en el acceso de cualquier circunstancia relativa al menor al Registro Civil. Este régimen de reconocimiento automático basado en la confianza mutua, y sin necesidad de exequátur, se aplica también, con las peculiaridades propias, a las resoluciones sobre derecho de visitas o de restitución de menor ordenada por una resolución del Estado miembro de origen, que disponen del régimen especial de los artículos 40 a 45 y que se analizan en el Tema VII.

b) Corresponde, en todo caso, a la parte que propugne que no se reconozca la resolución la que tiene que ejercitar la acción preventiva de no reconocimiento que introduce el artículo 21.3. (Y solicitar, en su caso, las medidas provisionales o cautelares correspondientes). No existe disposición alguna respecto a la modalidad de procedimiento para esta acción, por lo que regirá al respecto el derecho interno de cada Estado.

c) La declaración de exequátur procede que se solicite por parte interesada en los casos en los que se pretenda que por el Estado miembro de ejecución, se adopten medidas de tal carácter. (Se dedica al procedimiento de exequátur el epígrafe 7.3).

d) También prevé el texto reglamentario la solicitud incidental de reconocimiento, cuando la cuestión relativa a la responsabilidad parental, o cualquier medida adoptada al respecto, se suscite en sede de otro procedimiento principal, (artículo 21.4. Este sería el caso, por ejemplo, de que se plantease la cuestión en un proceso sobre responsabilidad civil derivada e un accidente y el padre o la madre discrepasen sobre quién ostenta la representación del menor ara percibir una indemnización.

7.2. Motivos de denegación del reconocimiento.

El artículo 23 del R 2201 recoge los motivos del rechazo del reconocimiento por el órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que pretenda hacer valer. Son causas tasadas, impuestas de forma obligatoria (no facultativa como hacía el Convenio de La Haya de 1996), entre las que no se encuentran, como novedad significativa ni el examen de la competencia del órgano jurisdiccional que adoptó la medida en el Estado de origen, (artículo 24), como exponente de la mutua confianza en que el dicho órgano examinó ya de oficio su propia competencia, ni tampoco el estado de "firmeza" de la resolución, aun cuando en tal caso se podrá

suspender el procedimiento, tanto si se hubiese formulado recurso ordinario contra la misma en el Estado de origen, (artículo 27). Las causas de denegación son:

- a) El orden público, pero teniendo en cuenta el interés del menor.
- b) La omisión de la audiencia del menor, en el sentido de que no se haya dado oportunidad al niño de expresar su parecer, en violación del artículo 12 de la Convención Universal de los Derechos del niño. Esta previsión no puede, sin embargo, aplicarse de forma mecánica, especialmente porque hay muchas legislaciones nacionales que matizan mucho esta diligencia de orden público procesal¹¹. Destaca Paul Lagarde en el Informe explicativo del Convenio de 1996, que no siempre es de interés del niño tener que dar su opinión, particularmente si ambos progenitores están de acuerdo con la medida a adoptar y ésta no resulta razonablemente perjudicial para el menor. Se deberá analizar, en cada caso, la situación psíquica del menor, su edad y el resto de las circunstancias que concurran, al objeto que con la audiencia no se produzca un perjuicio para el mismo mayor del que se pretende evitar, (por ejemplo, en el síndrome de alienación parental). En los casos de urgencia, este requisito queda flexibilizado.
- c) En los casos de rebeldía si no constase que se hubiera dado a la otra parte la posibilidad de oposición, defensa o recurso.
- c) A petición de parte interesada, si se hubiere vulnerado a cualquier persona titular de la responsabilidad parental, su audiencia en el proceso en el que se adoptó la decisión.
- e) Por incompatibilidad de una resolución posterior dictada en el Estado miembro requerido.
- f) Por incompatibilidad con resolución posterior dictada en otro Estado miembro, o en el Estado no miembro de residencia habitual del menor, (siempre que reúna las condiciones para ser reconocida).
- g) Particularmente, en los casos en los que se disponga el acogimiento del menor en otro Estado distinto de aquél en el que se adopta la medida, y no se hubiese recabado de éste la cooperación de sus autoridades para la efectividad de tal medida, según las previsiones del artículo 56.

7.3. Especial consideración al procedimiento de exequátur.

Únicamente pueden ser objeto de reconocimiento las resoluciones declaradas ejecutivas en el Estado miembro de origen, (término distinto a la “firmeza”, puesto que gran parte de las decisiones de protección del menor, (incluso del área de la asistencia social), son automáticamente ejecutorias, aun cuando se formule recurso contra las mismas. (En el artículo 28 se mencionan las peculiaridades vigentes en el Reino Unido al respeto).

¹¹ En “The Child’s Voice”. En The Judges Nwesletter, la Publicación periódica de La Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado, Volumen VI, Otoño 2003, pgs. 18 a 52, se recoge un amplio e ilustrativo estudio sobre las diferencias legislativas en diversos países sobre la práctica de la exploración o audiencia del menor. Se puede conseguir en inglés o francés en la página web de la conferencia ya referenciada, (algunos números están traducidos al español y la suscripción en soporte papel para los jueces es gratuita).

Son susceptibles de ser reconocidas mediante este procedimiento, con miras a su posterior ejecución, los documentos públicos o los acuerdos privados con fuerza ejecutiva que tengan tal carácter en el Estado miembro de origen (artículo 46).

La competencia para la decisión sobre el exequátur es, bien del órgano jurisdiccional de la residencia habitual de la persona contra la que se insta la ejecución, o bien la del menor (o el lugar de ejecución en defecto de éstas).

No se ha opado por un procedimiento uniforme, sino que se hace una remisión a las legislaciones internas, con algunas notas características especiales. Además de la fórmula usual de que quién insta la acción se valga de representante o designe un domicilio de notificaciones, en los artículos 30 a 34 se articula un procedimiento rápido, del que serán base los formularios y certificados previstos en los artículos 37 y 39, a los que ya se ha hecho referencia.

El órgano de conocimiento en primera instancia (designado por cada Estado miembro en su declaración), no ha de enjuiciar en esta primera fase ninguna clase de controversia, pues ante el mismo no pueden presentar alegaciones ni el menor ni ninguna de las partes, sino que se ha de limitar a comprobar la admisibilidad, en cuanto al cumplimiento de los requisitos del Reglamento, y a declarar lo que proceda, notificando la resolución a las partes.

En el plazo de un mes desde la notificación de la resolución (o de dos meses la residencia habitual se tiene en otro Estado miembro), se puede interponer recurso. Es en esta fase de recurso, (ante el órgano designado para ello por cada Estado), en la que se seguirá el auténtico proceso contradictorio, bien porque no se haya reconocido la resolución, bien porque habiéndose reconocido, se formula por parte interesada oposición a la misma. La admisión de un ulterior recurso depende de las declaraciones de cada Estado parte, que pueden ser consultadas en el la página web de la Red Judicial Europea en materia civil y comercial.

8 Ejecución.

Una vez reconocida la resolución mediante el exequátur, se procederá a su ejecución a instancia de la parte interesada, por los procedimientos de la ley interna, como si se tratara de una resolución de un órgano del propio Estado de ejecución, (artículo 47), aun cuando existen peculiares previsiones en el Reglamento, tales como.

Se posibilita la ejecución parcial de la resolución, (artículo 36), bien sea porque así lo solicite la parte, bien sea porque únicamente puede otorgarse la ejecución respecto a alguno o algunos de los pronunciamientos de la demanda.

Las resoluciones sobre derecho de visita y restitución del menor, tienen su propio régimen de ejecución, del que se trata en el Tema VII.

Se instaura el principio de que la resolución posterior deroga a la anterior, siempre que aquella reúna las condiciones para su reconocimiento. (Artículo 47.2, último párrafo). Se trata de una medida peculiar en materia de responsabilidad parental y protección de menores, que está inspirada en la naturaleza esencialmente evolutiva de las relaciones de familia y en la preponderancia del interés del menor. No rige, por consiguiente, en esta materia el principio de cosa juzgada, sino que todas las medidas pueden ser modificadas ante una alteración posterior de las circunstancias que haya sido debidamente enjuiciada por órgano jurisdiccional

competente, y que evita los efectos del encabalgamiento de resoluciones de distintos órdenes funcionales en la propia jurisdicción.

Para la efectividad de las medidas de ejecución, los Estados miembros deben cooperar con el sistema reforzado que se establece en el Capítulo IV.

9 Cooperación.

El Capítulo IV el R 2201 se dedica íntegramente al desarrollo de los principios de cooperación entre Autoridades Centrales, que recoge la tradición de los Convenio de la Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado. Cada Estado miembro debe disponer de una estructura administrativa de carácter público para tal fin (o de varias si así lo exige la estructuración territorial de cada Estado), si bien es conveniente que por el grado de especialización que ha de ser exigible, no se fragmente la competencia, con la finalidad de que los servicios que han de implementar gocen de la de mayor eficacia.

Para mejorar la aplicación de las previsiones del reglamento y reforzar la cooperación, en el artículo 54, como importante novedad de este Reglamento, en relación con el R 1347/2000 que le precedió y, obviamente, con los Convenios de La Haya, se establece una especial vinculación entre las Autoridades Centrales, que pertenecen al ámbito de lo gubernamental, y la Red Judicial Europea en materia Civil y Mercantil creada por la Decisión nº 2001/470/CE, que está ensamblada en el ámbito del Poder Judicial (o del Ministerio Fiscal, que también comparte estas funciones en algunos países, como España).

Por la Decisión nº 568/2009/CE del Parlamento y del Consejo, de 18 de junio de 2009 (DOCE 30.6.2009), se ha modificado sustancialmente la configuración de la Red Judicial Europea de Cooperación, en el sentido de ampliar la base de las profesiones jurídicas que conforman la misma, incluyendo en ella a secretarios judiciales o notarios, y se ha reforzado la figura de los denominados “puntos de contacto”.

9.1. Funciones generales en materia de responsabilidad parental.

Tanto las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, como las Autoridades Centrales de cualquier Estado miembro, pueden activar los mecanismos de cooperación, (artículo 57), dirigiéndose a la Autoridad Central del Estado en el que se hayan de ejecutar las medidas (artículo 55), tenga su residencia el menor o se encuentre presente. Esta, a su vez, puede actuar por sí misma, o valiéndose de otras autoridades públicas u organismos. Corresponde a quien insta la cooperación acompañar la solicitud y los certificados pertinentes. Las funciones que ejercen, con carecer gratuito, de tal forma que cada Autoridad Central asumirá sus propios gastos, son:

- a) En relación con un caso concreto, tareas de información sobre la situación de un menor, sobre la litigiosidad sobre el mismo o sobre las resoluciones adoptadas que le afecten.
- b) En relación con los derechos de visita y la restitución del menor, proporcionar información y ayuda a los titulares que lo soliciten.
- c) Facilitar la comunicación entre órganos jurisdiccionales y facilitarles información y asistencia. Se inscriben en este campo las instituciones que se vienen implantando como “puntos de encuentro”, especializados en el

- cumplimiento supervisado del régimen de comunicación y visitas entre los menores y los progenitores que no conviven con ellos.
- d) Promover la celebración de acuerdos a través de la mediación. Este es un instrumento que se ha destacado en los países en los que está desarrollado como el más idóneo, puesto que fomenta el consenso y la resolución de los conflictos por la vía del entendimiento y la negociación, más apropiada y eficaz, en muchos casos, en este contexto. Bien es cierto que para ello se precisa de mediadores altamente cualificados en quienes delegar estas funciones. En este sentido la publicación de la Directiva 52/2008, de 21 de mayo de 2008 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOCE 24.5.2008) sobre mediación en el ámbito civil y mercantil, que ha de ser objeto de trasposición antes del mes de septiembre de 2011 por todos los Estados miembro, va a dar un impulso importante a los sistemas de resolución de conflictos transfronterizos en materia de responsabilidad parental, aun cuando estas materias que pertenecen al ámbito del orden público, van a precisar en la mayoría de los casos la homologación judicial de los acuerdos.
- e) Consultas recíprocas sobre posibles acogimientos del menor en otro Estado miembro, mediante el mecanismo previsto en el artículo 56.

9.2. Seguimiento de la cooperación.

El Reglamento prevé la constitución de una estructura estable que coordine la implantación y realice el seguimiento y evaluación de la cooperación entre los Estados miembros, en el marco de la Red Judicial Europea.

Con esta finalidad ya ha sido elaborado un manual de buenas prácticas, el “vademécum” para el desarrollo de la actividad que el Reglamento prevé¹². Esta guía, que no tiene carácter normativo, y que se ha de ir adaptando a las necesidades de la práctica, formula en los más amplios términos los mecanismos de colaboración, promoviendo la comunicación directa por todo tipo de medios entre los órganos judiciales, entre la red de Magistrados de Enlace, Puntos de Contacto y miembros territoriales de la Red Judicial Europea.

10. Relaciones con otros Instrumentos Internacionales.

En el Capítulo V se establecen una serie de disposiciones para conciliar la coexistencia, en paralelo, de convenios internacionales bilaterales y multilaterales vigentes, sobre el principio de la prevalencia de las normas del Reglamento 2201 entre los Estados miembros de la Unión Europea. Respecto a algunos de ellos, opera la sustitución íntegra, respecto a otros, la derogación parcial en cuanto a las materias reguladas en este instrumento.

Los principios que se establecen son: A) el de no discriminación por razón de nacionalidad entre los ciudadanos de la Unión. B) el de competencia exclusiva de la Comunidad Europea en la regulación de estas materias, de tal forma que se establecen mecanismos de control de toda la actividad convencional que se

¹² Puede consultarse en la página web de la Unión Europea y en el sitio de la Red Judicial Europea en la sección de relaciones internacionales del C.G.P.J. español. También resulta de utilidad la información que ofrece la página web del Ministerio de Justicia:
http://www.justicia.es/servlet/Satellite?pagename=Portal_del_Derecho/Page/PD_CanaliInternacional

desarrolle en este campo entre Estados de la Unión. C) Por lo que refiere a instrumentos internacionales de diferente ámbito territorial, rige el principio de supremacía del Reglamento 2201.

Merece un tratamiento especial el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, puesto que, no sólo declara la primacía del Reglamento, sino que extiende además la aplicación de éste respecto de terceros Estados no miembros, pero que hayan ratificado el mencionado convenio cuando el menor tenga su residencia en un estado miembro, o cuando se trate de una resolución dictada por el Estado no miembro en el que resida el menor, si éste es parte del tan repetido instrumento internacional. Es de considerar que existen materias, como las relativas a los conflictos de ley aplicable que, al no ser objeto del Reglamento, van a estar reguladas por dicho convenio.