



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 9

***EL REGLAMENTO (CE) Nº 2201/2003 (III):
El alcance del reconocimiento mutuo de
las decisiones sobre el Derecho de visita
y secuestro de menores***

AUTOR

Pilar GONZÁLVEZ VICENTE
Letrada del Consejo General del Poder Judicial.
Magistrada. Experta 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

SUMARIO

1. Introducción al tema. 1.1. Importancia de las materias objeto de regulación. 1.2. Antecedentes de especial relevancia. 2. La nueva Regulación Comunitaria del Reglamento 2.201/2003. 2.1. Ámbito de aplicación del nuevo R. 2.201/03 en las materias de Visitas y Sustracción. 2.2. Principios que inspiran la regulación del Reglamento 2.201/03 en estas materias. 2.3. Finalidad. 3. Derecho de Visita. 3.1. Definición. 3.2. Fundamento del Derecho de Visitas. 3.3. Las normas de competencia y el Derecho de Visitas. 4. La restitución del menor. 4.1. Ámbito. 4.2. Ámbito de las Modificaciones. 4.3. Competencia en casos de sustracción de menores. 4.4. Tramite. 4.4.1. Las causas de oposición al retorno. 4.4.2. La Audiencia del menor. 4.4.3. Medidas urgentes. 4.4.4. Carácter y Plazo del Procedimiento. 4.4.5. Consecuencias de la resolución de no devolución. 5. Régimen privilegiado de ejecución del derecho de visitas y de la restitución del menor. 5.1. Ámbito de aplicación. 5.2. Derecho de visitas. 5.2.1. Características que han de reunir. 5.2.2. Presupuestos. 5.2.3. Obligatoriedad de dictar el certificado. 6. Régimen privilegiado de ejecución de la Restitución del menor.

ANEXOS: A) Ejercicios. Caso práctico 1. Caso práctico 2. B) Cuestionario de autoevaluación.

1 Introducción.

El 29 de mayo del 2000 se aprobó el Reglamento del Consejo de la Unión Europea núm. 1347/2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes, que hemos venido aplicando desde su entrada en vigor el 1 de marzo de 2001, y que constituyo “ un primero, positivo y decisivo paso “ en el ámbito del Derecho de Familia en el marco comunitario, previendo ya, como se recoge por la Profesora D.^a Alegría Borrás en el Informe Explicativo previsto para el Convenio de 28 de mayo de 1998 (pero que finalmente se aprobó como Reglamento), que abriría paso a otros textos en este ámbito de Familia, buscando dar respuesta a las nuevas necesidades de los ciudadanos europeos.

Este Reglamento es una consecuencia de la comunitarización del Derecho internacional privado que se ha producido, como consecuencia de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, y en particular del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.

Al tratarse de un Reglamento es y ha sido obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en los Estados miembros con la excepción de Dinamarca, artículos 1 y 2 del Protocolo anejo al Tratado de la

Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, relativo a su posición.

Este Reglamento 1.347/00, preveía en el artículo 43 de la Disposición Final un Reexamen, a más tardar el 1 de marzo de 2006 y desde entonces cada cinco años, pretendiendo conocer su aplicación y si fuera procedente que se hicieran propuestas de adaptación del Reglamento.

Tres años después se publica el nuevo Reglamento (CE) N.º 2.201/03 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 n.º 1.347/2000, que entra en vigor el 1 de agosto de 2004, y será aplicable a partir del 1 de marzo de 2005, a excepción de los artículos 67, 68, 69 y 70 que se aplicaran a partir de la fecha de entrada en vigor, y que no afectan a la materia del tema.

No hemos llegado a tener el Reexamen previsto, sino que directamente se ha publicado el nuevo Reglamento, consecuencia no solo de las críticas recibidas por el Reglamento 1.347/2000, por su reducido ámbito de aplicación, por las técnicas empleadas, y por los estudios realizados poniendo de manifiesto que las finalidades perseguidas no habían sido alcanzadas, sino también por las Propuestas presentadas por diversos países miembros para ampliar el ámbito de aplicación, y en concreto para regular la responsabilidad parental con independencia del matrimonio, el régimen de visitas, de forma que se facilitará la ejecución de las resoluciones en el marco comunitario, y de un modo muy especial la sustracción de menores y su retorno reforzando la competencia de los órganos judiciales del país donde el menor hubiera tenido su residencia.

En concreto estas dos importantes cuestiones constituyen el objeto de este tema del Programa.

1.1. Importancia de las materias objeto de regulación.

Varios elementos contribuyen a la relevancia y actualidad de los temas relativos al Derecho de Visitas y de Secuestro de Menores, que podemos agrupar en los siguientes:

1.º Un aumento creciente cada año del número de traslados ilícitos de menores, en el mundo en general y dentro del marco comunitario en particular, facilitado por razones de todo orden, sociales así aumentan las relaciones de pareja y matrimoniales entre personas de diversos países, nacionalidades y residencias; laborales cada vez es más frecuente los cambios de domicilio y de residencia por motivos profesionales; políticas la supresión de las fronteras facilita los traslados; económicas, culturales, migratorias, y de toda índole.

2.º **La evolución del derecho de familia**, y en concreto de la institución del matrimonial con un aumento de las situaciones de crisis familiares, ya sean matrimoniales o no, y que ha de compensarse con una regulación legislativa y una práctica de mayor protección de los menores, para evitar las retenciones indebidas y los traslados ilícitos, y para facilitar la ejecución de las resoluciones judiciales adoptadas en el país donde tenía su residencia, en especial las medidas relativas al derechos de visitas con el progenitor no custodio.

3.º **Las dificultades para el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales** dictadas en materia de responsabilidad parental, y matrimonial, entre los Estados miembros, con un heterogéneo panorama normativo y numerosos inconvenientes jurídicos y políticos, con sistemas complejos, que exigen su conocimiento, a los que hay que añadir las dificultades de idiomas y los económicos.

4.º Se trata **de un ámbito muy sensible** que afecta a valores y sentimientos de naturaleza personal y familiar, con diferentes y dispares legislaciones, en que llegar acuerdos no ha sido fácil y ha exigido soluciones intermedias iniciales, hasta llegar al momento en que nos encontramos.

Todas estas situaciones con el incremento del elemento transfronterizo han venido provocando en la sociedad europea una verdadera preocupación, y un deseo y firme convencimiento de la necesidad de tener una normativa propia que permita obtener soluciones con mayor facilidad, entre los países de la Unión Europea, se considera que se necesita otra respuesta distinta de la que venía siendo habitual, derivada de la aplicación del Convenio de La Haya de Sustracción Internacional de Menores del 80, que ha resultado, en muchos supuestos insuficiente.

1. 2 Antecedentes de especial relevancia.

La Presidencia Francesa presentó en el mes de julio de 2000 una Propuesta de Reglamento relativa a la ejecución mutua de resoluciones judiciales en materia de derecho de visita de los hijos, que contemplaba la ejecución sin necesidad de exequátur, de los derechos de visita reconocidos en las resoluciones judiciales dictadas en el marco del Reglamento de Bruselas II (Iniciativa de la República Francesa publicada en el Diario Oficial n.º C 234 de 15-8-2000).

El Consejo de Ministros de 30 de noviembre y 1 de diciembre de 2000 celebrado en Marsella, marco la necesidad de trabajar en la ampliación del campo de aplicación del Reglamento, en concreto para incluir las resoluciones posteriores a las de separación o divorcio que modificaran el régimen inicial de visitas acordado en la resolución judicial, y las relativas a las de los hijos no matrimoniales.

La Comisión presentó un Proyecto de Reglamento de 6-9-2001, en materia de responsabilidad parental con este objeto (Diario Oficial n.º C332 E de 27-11-2001).

Durante la Presidencia Española de la Unión Europea, en enero de 2002 se trabajó sobre la base de la unificación de las dos iniciativas en un solo texto, existiendo dos grupos de delegaciones de los países comunitarios, con posiciones muy diferenciadas, siendo el principal problema y el punto más discutido de los trabajos los supuestos de sustracción de menores y en particular del retorno del niño al Estado de su residencia habitual.

Las posturas se dividían en dos fundamentalmente: unos eran partidarios de existiera un instrumento comunitario propio que mejorase y superara el sistema establecido por el Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción de menores de 25 de octubre de 1980 (en adelante C. H. 80), y otros se mostraban partidarios de no regularlo considerando que el problema estaba solucionado por el C. H. 80.

No obstante existía acuerdo en la existencia de una laguna en el C. H. 80, la necesidad de una regla de competencia judicial después de que la autoridad del lugar en que está el niño tras la sustracción, decide que no debe volver al país donde tenía su residencia con anterioridad al traslado, por considerar que se dan alguna de las causas de excepción de los Art. 12, y 13 del C. H. del 80.

Finalmente se presentó un Documento, con los puntos sobre los que se llegó a un consenso ante el Comité de Derecho Civil, del Consejo, sobre responsabilidad parental.

En el mes de mayo de 2002 se presentó por la Comisión un Proyecto de Reglamento.

El Diario Oficial de las Comunidades Europeas publicó (el 28-1-2003) la Propuesta de Decisión del Consejo sobre la firma por la Comunidad Europea del Convenio del Consejo de Europa relativo al derecho de visita a menores, adoptado el 3 de mayo de 2002, y presentada por la Comisión el 2 de octubre de 2002.

El Convenio de La Haya, sobre la competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación, en materia de responsabilidad parental, y de protección de los niños, de 19 de octubre de 1996, es un antecedente importante y resulta un instrumento de gran valor para el conocimiento y la interpretación del texto de la Propuesta y del Reglamento 2.201/2003, posteriormente adoptado.

Por decisión del Consejo de 19-12-2002, se autorizó a los Estados miembros de la U. E. a firmarlo en interés de la Comunidad (Diario Oficial de 21 de diciembre de 2002), trámite que ya se ha realizado, aunque en la actualidad aún no se encuentra en vigor.

El acuerdo político sobre el conjunto del proyecto del nuevo Reglamento se alcanzó en las sesiones de 5 y 6 de junio de 2003, tras unas difíciles negociaciones y acuerdos. La propuesta del texto definitivo es de fecha de 27-11-2003, y se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el 23 de diciembre de ese año, tras una reunión en Lecco (Italia), bajo la Presidencia Italiana.

El texto incorpora unas previsiones sobre el régimen de visitas, buscando fundamentalmente su eficacia, atribuyéndole al certificado que emite el órgano jurisdiccional de origen que hubiera dictado la resolución el valor de título de ejecución directa.

En la materia de sustracción y restitución de menores, se introducen importantes novedades respecto del Reglamento 1.347/2000, aunque suprime el capítulo previsto específicamente, en la Propuesta de 2002, lo regula completando al C .H. 80 con precisiones que serán de aplicación en todo el ámbito territorial del nuevo Reglamento, resolviendo definitivamente los problemas reales que se producían de competencia cuando es necesaria la aplicación del C. H. 80.

2. La nueva Regulación Comunitaria del Reglamento 2201/2003.

El nuevo Reglamento 2.201/2003, que en la jerga comunitaria se conoce como el Reglamento de Bruselas II bis, es un instrumento de carácter general, unitario, y que unifica la aplicación. Es directamente aplicable en todos los países de la U.E., con la única excepción de Dinamarca, sin necesidad de transcripción.

Deroga al R. 1.347/00, conocido como el Reglamento Bruselas I, que no desaparece drásticamente, sino que se amplía y completa.

Frente a las grandes críticas que había venido recibiendo el antiguo R. 1.347/00, se hace preciso reconocer también los beneficios que ha aportado, como el ser un primer texto en la materia de familia, que por sus propias limitaciones ha facilitado la publicación del nuevo (R. 2.201/03), con él se inicio un camino para la simplificación de los trámites, a fin de obtener el reconocimiento de las resoluciones de separación, divorcio y nulidad, concienciando de la necesidad de unificar el derecho y de hacer realidad la libre circulación de las resoluciones judiciales en el estado de derecho europeo, facilitando la aplicación de los principios comunitarios, en especial el de la confianza mutua.

En este sentido, y aun reconociendo todas los grandes avances al nuevo R.2.201/03, hay voces muy autorizadas que consideran que ha sido muy rápida la modificación del anterior Reglamento, conscientes de esta preocupación se optó, por el legislador por diferenciar las fechas de entrada en vigor y de aplicación, permitiendo con ello una mayor difusión y conocimiento del nuevo Reglamento, y dar tiempo a la Autoridades Centrales, que se regulan en el ámbito europeo, para su organización, y asunción de las nuevas facultades y obligaciones que el nuevo Reglamento les atribuye.

2.1 Ámbito de aplicación del nuevo R. 2.201/03 en las materias de Visitas y Sustracción de menores.

El nuevo Reglamento mantiene las reglas anteriores del R. 1.347/00 en el ámbito territorial y en lo personal, modificando y ampliando su ámbito objetivo de aplicación, en lo relativo a las materias que regula, en especial a la responsabilidad parental, las visitas, y la sustracción de menores.

La nueva normativa, que vamos a desarrollar, relativa al derecho de visitas y a la sustracción y retorno de los menores, viene configurada con el siguiente ámbito:

- Territorial: es aplicable en todos los Estados miembros de la U. E. a excepción de Dinamarca; ya que Inglaterra e Irlanda han manifestado su deseo de participar en la adopción y en la aplicación del Reglamento, siempre que se cumpla la conexión comunitaria en los temas matrimoniales, Artículo 3 (residencia habitual, o nacionalidad), y en los supuestos de responsabilidad matrimonial, se cumpla el criterio de competencia de la residencia del menor en territorio comunitario en el momento en que presente el asunto ante el órgano jurisdiccional, Art. 8.
- Temporal: la entrada en vigor del R. 2.201/03 ha tenido lugar el 1 de agosto de 2004 (a los solos efectos de los artículos 67, 68, 69, y 70 de las Disposiciones Finales relativos a la Información relativa a las Autoridades Centrales y lenguas, a los órganos jurisdiccionales y a las vías de recurso, los anexos, y al Comité, que ya son de aplicación).

Con ello se pretende que todo este preparado para el momento de su entrada en vigor efectiva.

Será aplicable a partir del 1 de marzo de 2005, en esta fecha quedará derogado el R. 1.347/00. (71 y 72)

- Material: las Resoluciones que afectan a los menores; el R. 2.201/03 se aplica a todas las resoluciones en materia de responsabilidad parental respecto de los hijos menores de edad, con independencia de que entre sus padres exista o no vínculo matrimonial, con ánimo de garantizar la igualdad de todos los hijos, cuando residan habitualmente en un Estado miembro en el momento en que se presente el asunto ante el órgano jurisdiccional.

Igualmente se aplica el Reglamento a las resoluciones de divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial, y a las medidas que en ella se adopten respecto de los hijos menores de edad, en este caso los criterios de competencia los define el matrimonio, conforme a lo previsto en los Artículos 3 y 7, con independencia de donde tengan la residencia habitual los hijos menores, ya que podría coincidir, con este criterio definidor, en los supuestos de responsabilidad parental, pero desde luego no necesariamente.

Se aplica tanto a los menores nacionales del país donde tienen su residencia, como aquellos otros menores, por tener vínculos suficientemente profundos con el territorio de uno de los Estados miembros, según los criterios de competencia, que se han visto con detalle en el Tema VI.

Con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional que dicto la resolución civil que haya de ejecutarse en el otro Estado miembro.

Todas estas importantes novedades suponen obligaciones para facilitar la cooperación, que afectan a la administración pública en concreto a las autoridades centrales, y también de forma muy directa a los órganos jurisdiccionales individualmente, a los que se les imponen obligaciones directas, y también, otra forma de trabajar, teniendo en cuenta la mediación como otro elemento auxiliar de la administración de justicia para tratar de solucionar estos conflictos de forma consensuada, y al trabajo de coordinación, y asesoramiento, facilitado por los miembros de la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil creada por la Decisión n.º 2.001/470/CE.

2. 2 Principios que inspiran la regulación del Reglamento 2201/03 en estas materias.

En relación con los menores:

A.- En esta materia del derecho de visitas, y de la sustracción y el retorno de los menores, el Principio fundamental que hay que destacar es el del Beneficio del menor, todas las normas están concebidas en función del **interés superior del menor, verdadero criterio inspirador del Reglamento.**

Este interés ha de prevalecer por encima de cualquier otro que concurra, aunque también sea legítimo, quiere el Reglamento dejar de centrar la atención en los cónyuges y en los padres para poner todo su énfasis en la protección de los menores, que se ven afectados por las resoluciones judiciales porque sobre ellos se ha establecido un régimen de visitas, o porque se les ha trasladado de manera ilícita del país donde tenían su residencia habitual.

Es conveniente recordar que este Principio está enunciado y concretado en todos los textos internacionales referentes a los menores, de los cuales podemos destacar:

La Convención de los Derechos del Niño, que textualmente indica “el niño por su falta de madurez física y mental necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal tanto antes como después de su nacimiento”. En su Art. 3.1 establece “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial, a que se atenderá, será el interés superior del niño”, de 20 de noviembre de 1989, y en vigor desde el 2 de septiembre de 1990.

La Declaración de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1959, en su Principio II dice “ El niño gozará de una protección especial.....”. ”El Principio VII “El interés superior del niño debe de ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación, dicha responsabilidad incumbe en primer termino a los padres.”

Dentro de este Principio de mayor beneficio del menor, debemos de tener en cuenta la normativa internacional reconociendo la conveniencia de no separar a los hermanos.

B. - Hay que poner en relación este principio con la finalidad de la consecución de los fines comunitarios, para poder alcanzar ese espacio de libertad, justicia, y seguridad que justifica la intervención comunitaria, por ello se entiende que el beneficio del menor, desde el punto de vista comunitario se alcanza aplicando el criterio de proximidad con los órganos jurisdiccionales, por existir una especial relación de conexión comunitaria.

Se considera que los órganos mejor situados para resolver las cuestiones relativas a los menores, en cuanto a todo el contenido de la responsabilidad parental son los del Estado miembro en que tiene su residencia habitual, él o sus padres, y por tanto con un vinculo real con el menor, y deben de ser competentes en primer lugar, excepto en los casos de cambio reciente de residencia o de acuerdo entre los titulares, previstos en el propio Reglamento.

Este criterio permite con carácter excepcional y de manera novedosa la remisión del asunto al órgano jurisdiccional de otro Estado miembro que se considere por él competente, y que está mejor situado para conocer del asunto.

Por tanto el Reglamento 2.201/03 defiende como posición en esta materia, que la mejor protección del menor debe de ser la que adopte el Tribunal que por proximidad esta más cercano al menor, atribuyéndole la competencia para adoptar las medidas en relación con el menor.

C.- Desde el punto de vista del propio Reglamento los Principios que se subrayan son los relativos a :

1.- El reconocimiento y la ejecución mutua de las resoluciones judiciales deben de basarse en el Principio de confianza mutua, que ya venía recogido en el R. 1.347/00, y se ha corroborado en el Consejo Europeo de Tampere, ya que este reconocimiento mutuo es la piedra angular de la creación de un verdadero espacio judicial.

2.- La Eficacia de su normativa: competencia, reconocimiento, ejecución, en especial, lo interesa en la ejecución del régimen de visitas y de la sustracción y retorno de menores al país en el que tenía su residencia habitual.

3. – La Rapidez en los procedimientos que se regulan.

2. 3 Finalidad.

A nivel general, la finalidad es la colaboración a la creación de un verdadero espacio europeo, y con ello alcanzar soluciones más adecuadas a la consecución de los fines comunitarios.

Respecto del Reglamento 1.347/00, el nuevo Reglamento quiere ampliar su contenido y mejorar técnicamente las soluciones reguladas en el Reglamento 1.347/00.

En concreto y en relación con las nuevas materias objeto de regulación, en especial las visitas y el retorno de los menores, y su ejecutabilidad directa, se pretende dar un tratamiento comunitario a los dos problemas, buscando una mayor eficacia en la resolución que se obtenga.

Con el mismo fin de mejorar la eficacia de los fines perseguidos, se introduce una importante innovación, la figura de las Autoridades Centrales en la sede comunitaria, siguiendo la línea existente en la materia de menores de la Conferencia de La Haya, como en el Convenio de Sustracción Internacional de Menores de 1980, y el Convenio de Protección de los Menores de 1996.

3.- Derecho de Visita.

La regulación dada al Derecho de Visita en el nuevo texto comunitario tiene tres aspectos de gran importancia y trascendencia para la práctica jurisdiccional, que debemos de destacar:

En primer lugar que lo define, en el Art. 2 10), como el derecho de trasladar a un menor a un lugar distinto al de su residencia habitual durante un periodo de tiempo limitado, así como el derecho de custodia, Art. 2 9) con el que guarda íntima conexión, ya que atribuye al progenitor custodio la facultad de decidir donde va a residir el menor condicionando la ejecución del régimen de visitas con el otro progenitor.

En segundo lugar dentro de las normas de competencia general de la responsabilidad parental, expresamente se prevé una excepción en el Art. 9, por la que se mantiene la competencia del Estado miembro de la anterior residencia del menor para modificar el derecho de visitas.

En tercero y último lugar el derecho de visitas tiene sus propias normas de ejecución, que al ser las mismas que los supuestos de sustracción y retorno de menores, estudiaremos juntas.

3.1. Definición

Derecho de visita.

Se define en el artículo 2 número 10) del R. 2.201/03, "en particular el derecho de trasladar a un menor a un lugar distinto al de su residencia habitual durante un tiempo limitado."

No se concreta si solo les corresponde a los progenitores, padre y madre, o si se puede ampliar su ámbito a otros familiares, parientes, o a los abuelos. Tendremos que recurrir al derecho interno de cada Estado miembro para comprobar que parientes están legitimados a ser titulares de este derecho.

Pone su énfasis en dos notas: traslado, que cuando es entre distintos países, es objeto del ámbito de este Reglamento, y en la temporalidad de esta situación, impidiendo con ello que se utilice para no devolver a un menor al lugar de su residencia habitual.

Derechos de custodia.

Conviene poner en relación esta definición con la que se da a los derechos de custodia en el apartado 9) del mismo artículo 2, " entre otros los derechos y obligaciones relativos al cuidado de la persona de un menor y, en especial el derecho a decidir sobre su lugar de residencia"

Su ámbito por tanto abarca el cuidado, la vigilancia y el derecho a decidir sobre la residencia habitual el menor, que generalmente va unido a los deberes anteriores.

Pueden ser titulares de estos derechos tanto ambos progenitores conjuntamente, como uno de ellos (en el caso en que vivan separados), como los tutores, curadores, personas físicas o jurídicas o instituciones privadas o públicas.

Este derecho puede venir determinado "ex lege" o por resolución judicial.

Hay que destacar este esfuerzo definidor del texto comunitario que pretende evitar las diversas interpretaciones que se pudieran dar por los órganos judiciales en cada Estado miembro conforme a la normativa interna vigente en cada uno de ellos, ya que puede no coincidir con las definiciones comunitarias.

No es esta una cuestión teórica sino práctica, que conviene dejar expuesta con claridad; así el Juez al ejecutar una resolución de otro Estado miembro, en el ámbito de aplicación el R. 2.201/03, deberá de tener en cuenta los términos y la definición comunitaria expuesta en el Reglamento, y no los conceptos del derecho de su país.

Con la entrada en vigor del R. 2.201/03 resulta de aplicación en toda su amplitud el nuevo concepto comunitario de custodia.

Las consecuencias de estas diferencias de ámbito pueden provocar dificultades prácticas en la aplicación reglamentaria, tanto en el derecho de visitas como posteriormente veremos en el retorno de los menores. Y se

deberá de saber prever por los operadores jurídicos y en especial por los Jueces en sus resoluciones.

3. 2 Fundamento del Derecho de Visita

El Art. 9 apartado 3 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño establece: “Los Estados partes respetaran el derecho del niño separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”.

La Carta Europea de Derechos del Niño de 8 de julio de 1992, dispone en el Art. 8 apartado 13 “ En caso de separación de hecho, separación legal, divorcio de los padres o nulidad del matrimonio el niño tiene derecho a mantener contacto directo y permanente con los dos padres teniendo ambos las mismas obligaciones, incluso si alguno de ellos viviese en otro país “

Desde todos los textos internacionales y comunitarios se entiende no solo que es beneficioso la relación de los hijos con los dos progenitores, sino también que está relación debe de ser regular y continuada, excepto supuestos especiales en que no fuera beneficioso para el menor, lo que permite a la autoridad competente la suspensión temporal del derecho de visitas del menor y de los progenitores.

3. 3 Las normas de competencia y el Derecho de Visitas.

La regla general de competencia viene determinada por la residencia habitual del menor, en materia de responsabilidad parental, dentro del ámbito comunitario.

Esta regla básica se desarrolla en el Art. 8 al establecer que los órganos jurisdiccionales de un Estado Miembro serán competentes en materia de responsabilidad parental respecto de un menor que resida habitualmente en dicho Estado miembro en el momento en que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional .

La residencia habitual del menor en el territorio comunitario de un Estado miembro, se estima que es el criterio mejor en el ámbito de la protección del menor, y que reúne las mejores condiciones de razonabilidad exigibles desde una perspectiva de Derecho Internacional Privado comunitario.¹

El criterio de residencia habitual en el momento de presentar el asunto ante el órgano jurisdiccional es cada vez es más usado en instrumentos internacionales, (C: H: 96), no esta definido en el Reglamento, y en supuestos

¹ Elena Rodríguez Pineau, “El nuevo Reglamento Comunitario sobre litigios matrimoniales y responsabilidad parental, La Ley 30-1-04)

de duda o conflicto, tendrá que ser determinado por el Juez competente cada caso concreto.

Sobre cual debe de ser la interpretación más correcta que debe de darse a la residencia habitual, podemos preguntarnos si ¿debe de ser interpretado conforme a la ley nacional de cada Estado miembro, de la manera más restrictiva?, o si, teniendo en cuenta la finalidad del Reglamento, y su enunciado hay que darle prioridad al criterio comunitario, en supuestos de duda.

El Tribunal de Justicia ha dado en diversas ocasiones una definición de residencia habitual, en el sentido de que es “ el lugar en que la persona ha fijado, con carácter estable, el centro permanente o habitual de sus intereses que, a los fines de determinar dicha residencia, han de tenerse en cuenta todos los elementos de hecho constitutivos”. Importante criterio que deberá de ser aplicado en los conflictos que se presenten en los Tribunales de cada Estado miembro.

Las excepciones o prorrogas a esta regla general, las recoge el propio Reglamento, en los artículos siguientes pero es preciso destacar en primer lugar la redacción dada al Art.9 por la directa relación que guarda con el derecho de Visitas. :

- El mantenimiento de la competencia del Estado miembro de la anterior residencia habitual del menor, se configura **excepción a la regla general del artículo 8, en el artículo 9 del R. 2.201/03** que establece una regla innovadora que intenta provocar y animar a los titulares de la responsabilidad parental a llegar acuerdos, en el régimen de custodia y de visita antes de trasladar a un menor de un Estado miembro a otro, para que además de constituir un traslado legal de la residencia habitual, produzca todos sus efectos en cuanto a la nueva competencia.

De no alcanzar este acuerdo, se ofrece por el legislador comunitario la posibilidad prevista en el párrafo primero del Artículo, perpetuando la jurisdicción del Tribunal que acordó las medidas derivadas de la responsabilidad parental, entre ellos el derecho de visitas durante tres meses.

Los Requisitos para que concurra esta excepción a la norma de competencia general, y se mantenga la competencia del Estado miembro de la anterior residencia del menor, en los casos en que hay un cambio de residencia de un progenitor y su hijo menor son los siguientes::

1. Que el menor cambie legalmente de residencia de un estado miembro a otro
2. Que el menor adquiera una nueva residencia habitual en este Estado.
3. Que exista una resolución judicial previa en un Estado miembro dictada antes de que el menor hubiera cambiado de residencia

Se intenta evitar que el progenitor titular del derecho de visita tenga que desplazarse a otro Estado, para pleitear y reclamar una modificación de medidas, por ello se le da ese periodo de tres meses, para poder modificar el régimen del derecho de visitas en el Estado donde se acordaron, ante los Tribunales competentes, siempre que no se someta voluntariamente al Tribunal de la nueva residencia del menor, en cuyo caso conforme al párrafo segundo del citado artículo no se aplicará esta excepción.

- **Prórroga de la competencia matrimonial sobre la de responsabilidad parental. Art. 12.1**

Cuando las medidas de la responsabilidad parental, y entre ellas el derecho de visitas se ha acordado en el pleito matrimonial, de divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial, la competencia viene determinada por el tema matrimonial, y así se contempla en el Art.12.1. siempre que concurren los siguientes requisitos: a) que al menos uno de los cónyuges ejerza la responsabilidad parental sobre el menor, b) y haya sido aceptada expresamente o de cualquier forma por estos responsables, y responda al interés superior del menor.

El artículo 12.2 recoge los supuestos en que esta competencia cesa :

- a) cuando sea firme la resolución matrimonial, o
- b) en cuanto sea firme una resolución sobre responsabilidad parental (en aquellos casos en que en el momento en que es firme la resolución matrimonial aún esta en curso el procedimiento relativo a la responsabilidad parental,), o.
- c) cuando hayan concluido los procedimientos por otras razones.

- **Prórroga de la competencia por sumisión de los titulares de la responsabilidad parental.**

Para que esta competencia concorra se precisan conjuntamente estos requisitos:

- Que el menor esté estrechamente vinculado al Estado cuya competencia se escoge, en especial por el hecho de que uno de los titulares de la responsabilidad parental tenga en él su residencia habitual o porque el menor es nacional de dicho Estado.
- Y que su competencia haya sido aceptada expresamente o de cualquier otra forma inequívoca, por todas las partes en el procedimiento en el momento de presentar el asunto ante el órgano jurisdiccional, y la competencia responda al interés superior del menor.

Se pone el énfasis en las siguientes garantías :

- El interés superior del menor.
- Una conexión del menor con ese Estado
- El acuerdo de las partes implicadas.

Las dos primeras garantías las valorará el Juez .

- **Presunción de la competencia.**

La regla adicional prevista en el Art. 12.4 del R. 2.201/03, presume que la sumisión a los Tribunales comunitarios es en beneficio del menor, aunque pudiéramos encontrarnos ante un exceso, como ya se ha definido por la doctrina de comunitarización de la competencia judicial.

Se produce en los supuestos en que el menor tenga su residencia en el territorio de un tercer Estado que no sea parte contratante 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.

Se presumirá que la competencia basada en el presente artículo es en beneficio del menor en especial cuando un procedimiento resulte imposible en el tercer Estado de que se trate.

- **Competencia basada en la presencia del menor. Art. 13**

En los supuestos en que no es posible determinar la residencia habitual del menor serán competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que este presente el menor.

Este criterio se aplica a los menores refugiados y a los menores desplazados internacionalmente a causa de disturbios en su país.

- **Competencia residual. Art. 14**

Cuando no se pueda deducir la competencia conforme a los artículos 8 a 13 se determinará con arreglo a las Leyes de cada Estado miembro.

- **Competencia del órgano mejor situado. Art. 15**

Se prevé la posibilidad de remisión de un órgano jurisdiccional a otro que se considera mejor situado para resolver sobre la responsabilidad parental y

sus medidas, y aparece regulado en el Art. 15 del R. 2.201/03, lo que supone una verdadera novedad en la forma de trabajar de los órganos judiciales de los diversos Estados miembros.

Es una manifestación y consecuencia del principio de la confianza mutua entre los diversos órganos jurisdiccionales.

Se podrá hacer a instancia de parte, de oficio o a petición de un órgano jurisdiccional, en los dos últimos casos se exige el consentimiento de al menos de una de las partes.

La finalidad es dar cumplimiento al interés superior del menor, en el sentido de que resuelva sobre sus medidas el órgano jurisdiccional mejor situado para valorarlo, respecto del menor ya sea por tener una vinculación especial con él, por haber residido en él, o hacerlo uno de los progenitores, o ser la nueva residencia del menor, o ser nacional de este Estado.

El propio Art. 15 regula las normas sustantivas para que concurran los requisitos y pueda prosperar, el trámite procesal, en definitiva para que resulte eficaz.

4.- La Restitución del menor.

4. 1. Antecedente

El Reglamento (CE) 1.347/00, como ya hemos dicho fue el primero en regular la materia de familia en el marco comunitario, reconocía que uno de los riesgos relativos a la protección de los hijos comunes en las crisis matrimoniales es el que uno de los padres desplace al hijo o la hija a otro país.

Su regulación se orientó en el sentido de seguir el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

La protección del interés superior de los hijos la entendía, como en el Convenio citado, en el sentido de atribuir la competencia al órgano jurisdiccional de la residencia habitual del menor, cuando como consecuencia del desplazamiento o retención sin motivo lícito se ha producido una modificación de hecho de la residencia habitual.

Así en el Art. 4 se establecía que los órganos jurisdiccionales competentes con arreglo al Art. 3 ejercerían su competencia de conformidad con lo dispuesto en el C. H. 80, en particular haciendo referencia a sus Art. 3 y 16.

Como ya hemos visto con anterioridad, este problema fue un importante tema de debate desde el comienzo de los trabajos del presente Reglamento.

Todos los Estados eran conscientes de que el problema sin resolver por el C. H. 80, estaba en los supuestos en que se acuerda no devolver al menor al país donde tenía su residencia habitual, pero se sigue sin ser competente para resolver sobre las medidas que hay que adoptar, los progenitores no acuden al Estado donde anteriormente tenía su residencia habitual el menor, uno por temor a una resolución que modifique la custodia provisionalmente ejercida de hecho al no haberse devuelto al menor, y otros por los problemas de todo orden existentes, teóricos y prácticos, (económicos, procesales, valor de la resolución de no devolución, etc), produciéndose una situación de "provisionalidad" o "interinidad" importante y duradera en que no se adoptan medidas respecto del menor, y las que se adoptan o no son eficaces, o las adopta el Tribunal donde el menor de hecho ya no tiene su residencia, o son provisionales.

4. 2 Ámbito de las modificaciones.

Con la finalidad de resolver estos problemas se da la nueva regulación, con importantes variaciones respecto del R. 1.347/00, a esta materia, estableciendo las normas de competencia con claridad, además de precisiones y cautelas que serán de aplicación en los Estados miembros cuando se ponga en marcha el C .H. 80. - PAGINA DE INICIO DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA
<http://www.hcch.net/f/index.html>

Podemos resumir las modificaciones operadas en el siguiente esquema:

Se sustituyen en determinados aspectos las soluciones del C, H: 80 tradicionales por normas comunitarias propias. Así se suprime una causa de excepción a la devolución del menor, en relación con el Art. 13 b, del C: H.: 80

En otros ámbitos se completan las normas del C. H. 80 dentro del marco comunitario, se dan normas de competencia propias.

Tiene especial relevancia la audiencia del menor que se podrá realizar por los procedimientos establecido en el Reglamento (CE) 1.206/01 del Consejo de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil.

Se introduce la figura de la Autoridad central que cooperará y facilitará soluciones amistosas, y además auxiliará al Juez cuando sea necesario. por ejemplo para poder ratificar que en supuesto concreto se han adoptado medidas para evitar al menor un peligro en el Estado donde tenía su residencia habitual .

Se remite a las funciones de la Red Judicial Europea. - WEB DE LA RED JUDICIAL EUROPEA EN MATERIA CIVIL Y MERCANTIL:

La finalidad que se quiere obtener es no solo reducir el número de traslados y retenciones ilícitas de los menores, produciendo un efecto disuasorio en los progenitores que lo intenten porque siempre la competencia final la tendrán los órganos jurisdiccionales donde tenía la residencia el menor antes del traslado, sino también conseguir su ejecutoriedad, y que las decisiones que se adopten puedan ser directamente ejecutorias en todos los Estados miembros.

Se insiste como criterio general que en el caso de traslado ilícito de un menor es importante que su restitución se produzca sin demora y con este fin debe seguir aplicándose el C, H. 80, que se completa, incluso se altera, en cuanto a los supuestos de oposición a la devolución del menor.

Se introduce una gran novedad que la resolución que se adopte en cuanto a la devolución del menor trasladado o retenido ilícitamente se puede sustituir por la que dicte posteriormente el órgano jurisdiccional del Estado miembro competente por ser donde tenía el menor su residencia habitual con anterior al traslado.

En caso de que esta última resolución implique la restitución del menor deberá realizarse sin necesidad de procedimiento alguno para el reconocimiento y ejecución de dicha resolución, y sin que se pueda oponer ninguna causa.

4. 3. Competencia en caso de sustracción internacional de menores

La regla básica es la misma que en el C, H, 80 : la competencia para resolver sobre el menor trasladado ilícitamente o retenido, es del Tribunal del Estado donde tenía su residencia habitual, antes de producirse el traslado.

El nuevo R. 2.201/03 lo que hace es insistir y completar esta regla, para ello en su Art. 10 establece que los Tribunales competentes CONSERVARAN SU COMPETENCIA HASTA QUE EL MENOR HAYA ADQUIRIDO UNA RESIDENCIA HABITUAL EN OTRO ESTADO MIEMBRO, y además que se den determinadas circunstancias. Art. 9 y 10.

Para que no existan problemas de interpretación en la práctica de los tribunales, enunciada la regla general y concretada su vigencia y finalización establece los **dos requisitos necesarios que se den conjuntamente** para que se produzca el cambio de Tribunal competente, que son :

- 1.,. Cuando se adquiere la residencia habitual en otro Estado.
2. Que concurren alguna de estas circunstancias:

2.1 La persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia haya dado su conformidad al traslado o a la retención. Ello

aunque no haya transcurrido un año desde el desplazamiento o retención.

No se exige ningún requisito en cuanto a la forma de este consentimiento pero deberá de ser suficiente conforme al derecho interno de cada Estado.

2. 2 Bien, que el menor habiendo residido en ese otro Estado miembro durante un periodo mínimo de un año, este integrado en su nuevo entorno, y se cumpla alguna de las siguientes condiciones:

- Que no se haya presentado ninguna demanda de restitución en el Estado donde ha sido desplazado o es retenido el menor, por el titular del derecho de custodia desde que haya tenido o debiera de haber tenido conocimiento del paradero del menor.
- Que se haya desistido de la demanda de restitución sin presentar ninguna nueva en el plazo de un año desde el traslado.
- Que en el Estado donde tenía la residencia habitual inmediatamente anterior al traslado, hayan dictado una resolución sobre la custodia que no ordene la restitución del menor.
- Que se haya archivado la demanda presentada en el Estado miembro donde tenía su residencia habitual el menor.

La gran importancia de la minuciosa reglamentación, es que si existe secuestro, siguen siendo competentes los Tribunales de la residencia del menor inmediatamente al traslado o retención ilícito, **que podrá decidir sobre el menor aunque no se haya producido la restitución del menor** porque se haya dictado una resolución judicial acordando que el menor no retorne al país donde antes tenía su residencia.

Con ello queda claro que siempre la última palabra la tendrá el Juez de la residencia habitual del menor antes del traslado sin perjuicio de lo que haya resuelto conforme al C. H. 80, será este Juez quien resuelva definitivamente sobre la restitución o no del menor al país de su residencia habitual.

4. 4 Tramite

1.)- **Las Causas de oposición al retorno del menor. Singularidad del Reglamento 2.201/03.**

La regla general que se establece a nivel internacional y comunitario es la restitución inmediata del menor trasladado ilícitamente, al país donde tenía su residencia habitual, así aparece recogida en el C. H. 80, en su Art. 1 como la primera finalidad del convenio, y en el Art. 11 del R. 2.201/03.

Las causas de oposición son en principio las mismas que están recogidas en el C. H. 80, previstas en sus Art. 12, 13, y 20, al retorno de los menores trasladados o retenidos ilícitamente.

Existe solo respecto de las causa una excepción dentro del marco comunitario. En el Art. 11. 4 del R. 2.201/03, consta que los órganos jurisdiccionales no podrán denegar la restitución de un menor basándose en lo dispuesto en la letra b) del Art. 13 del C. H. 80 si se demuestra que se han adoptado medidas adecuadas para garantizar la protección del menor tras su restitución. Recordemos que la causa de oposición alegada es la referente a que “ exista grave riesgo de que la restitución del menor le exponga a un peligro físico o psíquico o de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable”.

Se exige solo que las medidas se hayan adoptado previamente, y sean para el supuesto concreto, no que se enuncien con carácter general, pudiendo el Juez recabar la ayuda de la Autoridad Central para comprobar su veracidad y alcance, pero no puede entrar a valorarlas, ni en su enunciado ni en su alcance.

Se prevé en el apartado 5 del mismo Art. 11 que no se podrá denegar la restitución sin que se haya dado la posibilidad de audiencia a la persona que solicitó su restitución.

2.)- Audiencia del menor.

En caso de aplicarse las causas de oposición de los Art. 12 y 13 del C. H. 80, ordena el R. 2.201/03, en su Art. 11 que se ha de velar porque se dé al menor posibilidad de audiencia durante el proceso a menos que esto no se considere conveniente habida cuenta de su edad o grado de madurez.

La regla general para aplicar correctamente las causas de oposición al retorno es citar al menor para que sea oído, dándole la posibilidad de que se respete su derecho a ser oído en el procedimiento, de modo especial en este trámite. La importancia de la opinión del menor, sin perjuicio de la valoración que en cada supuesto realice el Juez es grande por el contenido de esta excepciones.

Esta regla general se matiza dándole al Juez la facultad de decidir si no lo considera conveniente, en el caso concreto por las circunstancias que concurren en el menor, y resolver de forma motivada la decisión de no oírle.

La regulación que se aplica desde el 1 de julio de 2004, del R. (CE) 1.206/01 sobre la obtención de prueba, permite el empleo de la videoconferencia y la teleconferencia en el ámbito civil, Art. 10.4, que podrá ser utilizada para la

audiencia del menor, en particular será muy útil en la materia de menores para que el Juez o Tribunal del Estado miembro de la residencia habitual del menor, que como ya hemos expuesto decidirá en último lugar sobre la devolución del menor, pueda tomar en consideración la situación real que expone el menor.

3)- Supuestos de urgencia.

El R. 2.201/03, en el artículo 16), para los casos de urgencia prevé la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro adopten las medidas provisionales que estime necesarias incluidas las protectoras de los menores, sin perjuicio de las disposiciones de competencia del Reglamento.

4).- Carácter y Plazo del procedimiento para resolver la demanda de devolución de un menor.

En los supuestos de traslado o retención ilícita es muy importante que la restitución se produzca sin demora, en un plazo breve.

El C. H. 80 en su Art. 2 dice que se deberá recurrir a los procedimientos de urgencia de que disponga cada Estado contratante, y el Art. 11 establece “Si la autoridad judicial o administrativa competente no hubiera llegado a una decisión en el plazo de seis semanas a partir de la fecha de iniciación de los procedimientos el demandante o la Autoridad Central del Estado requerido por iniciativa propia o a instancia de la Autoridad Central del Estado requirente tendrá derecho a pedir una declaración sobre las razones de la demora”.

El R. 2.201/03 señala que se actuará con urgencia en el marco del proceso en el que se sustancie la demanda, utilizando los procedimientos más expeditivos que prevea la legislación nacional.

Añadiendo que salvo que existan circunstancias excepcionales que lo hagan imposible se dictará resolución en el plazo máximo de seis semanas desde la interposición de la demanda, por el órgano jurisdiccional.

5).- Obligaciones que conlleva dictar una resolución acordando la no devolución de un menor. Art. 11. 6,7,8.

1º Habrá de transmitir copia de la resolución de no restitución y de los documentos pertinentes en particular del acta de la vista, de conformidad con lo previsto en la ley nacional, con carácter inmediato al órgano jurisdiccional competente o a la Autoridad Central del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia, antes del traslado ilícito.

2º El envío se realizará bien directamente o a través de la Autoridad Central.

3º El órgano jurisdiccional deberá recibir todos los documentos en el plazo de un mes a partir de la fecha de resolución acordando el no retorno del menor.

4º El órgano jurisdiccional o la Autoridad Central que reciba la información deberá notificarla a las partes e invitarlas a que presenten sus reclamaciones ante este órgano, excepto que ya la hayan presentado, conforme a sus normas en el plazo de tres meses desde la notificación.

5º El órgano jurisdiccional examinará el tema de la custodia, si han presentado la demanda o las alegaciones.

6º Si no recibiera reclamación ninguna declarará archivado el asunto, sin perjuicio de seguir siendo el competente para resolver en el plazo reglamentario previsto.

7º Cualquier resolución judicial posterior que ordene la restitución dictada por un órgano competente en virtud del presente reglamento será ejecutiva de acuerdo con Art. 40 a 45 del R. 2.201/03.

Muchas son las reflexiones que se imponen ante esta nueva legislación, alguna con fácil respuesta como el conocimiento de las sedes de los órganos jurisdiccionales de la Comunidad Europea, que se encuentran en el Atlas Judicial Europeo, que ya tienen todos los Juzgados con las correspondientes modificaciones que va sufriendo y que sin duda será un instrumento útil para encontrar el Juzgado competente y sus señas.

Otros se dejan a la valoración del Juez como es el supuesto de que documentos remitimos con la resolución adoptada, en principio parecen necesarios aquellos en que basó su decisión el Juez, ¿se debe de incluir la cinta o video de la vista, o es suficiente sólo la copia del acta? Sin duda será más completo remitir el Acta y la grabación e incluso la videoconferencia de la audiencia al menor, que se deberá practicar siempre que sea posible, aunque tenga menos de 12 años.

Existe un plazo para que se trámite la restitución, otro plazo para dictar la resolución y que el órgano reciba la resolución recaída pero no se ha señalado plazo para que el órgano competente dicte su resolución, que es la definitiva en la materia de custodia, si se ralentiza las dificultades de ejecución pueden aumentar.

5.- Régimen privilegiado de Ejecución del derecho de visita y de la restitución de los menores.

Las decisiones que se adopten por el Tribunal competente en materia de Derecho de Visitas y por el Tribunal de origen en materia de sustracción de menores tienen un régimen privilegiado de ejecución en el que país donde ha sido desplazado el menor, ya que no es necesaria la previa declaración de ejecutoriedad sino que reuniendo los requisitos exigidos en el R. 2.201/03 **es directamente ejecutable.**

El R, 2.201/03 regula la materia en el Capítulo III, de Reconocimiento y Ejecución, en la Sección 4º, enunciándolo “Fuerza ejecutiva de determinadas resoluciones relativas al derecho de visitas, y de determinadas resoluciones que ordenan la restitución del menor”.

5.1. Ámbito de aplicación:

Conforme dispone el Art. 40 del Reglamento, esta privilegiada fuerza ejecutiva se aplica a determinadas resoluciones del derecho de visitas y a la resoluciones que acuerden la restitución del menor.

Sin perjuicio de tener esta posibilidad especial de ejecución prevista en la Sección 4º del capítulo III, cualquier titular de la responsabilidad parental puede solicitar el reconocimiento y la ejecución conforme a las normas generales previstas en las Secciones 1º y 2º.

Por tanto se le da la posibilidad de elegir al interesado en cuanto a la ejecución de estas resoluciones, y nada impide que solicite el reconocimiento conforme a las normas generales y la ejecución por cualquiera de las dos vías previstas en el texto comunitario.

Esta Sección 4º que resulta sin duda innovadora responde al Plan de acción de 1999, y a la progresiva instauración del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones entre los Estados miembros.

5. 2 .- Derecho de Visita.

Las resoluciones judiciales ejecutivas sobre el Derecho de Visitas dictadas en un Estado miembro **serán reconocidas y tendrán fuerza ejecutiva en otro Estado miembro sin que se requiera ninguna declaración previa que le reconozca la fuerza ejecutiva y sin que quepa impugnar su reconocimiento, si la resolución ha sido certificada** en el Estado miembro de origen conforme con los **siguientes requisitos**:

5 .2.1 . Requisitos que han de reunir las resoluciones judiciales:

1.) Ser ejecutivas en origen

El Momento de dictar el certificado viene condicionado por la ejecutabilidad en el Estado de origen que la dicta.

Se ha de expedir cuando la resolución adquiere fuerza ejecutiva, incluso con carácter provisional.

Para que pueda dictarse el certificado la resolución ha de ser ejecutiva en el Estado de origen donde se ha dictado.

Este carácter se ha de confirmar conforme a la legislación interna de cada Estado miembro.

La norma reglamentaria del Art. 41 autoriza a que el Juez declare la fuerza ejecutiva de la resolución dictada, aunque no estuviera determinada por el derecho nacional, y sin perjuicio de eventuales recursos que se puedan interponer conforme al derecho interno de cada Estado.

2.) Forma: El Certificado de la resolución

El Juez de origen que dicta la resolución, expedirá el Certificado del Anexo III, relativo a las resoluciones en materia de derecho de Visitas a que se refiere el apartado 1 del Art. 41. Es suficiente que dicte este Certificado únicamente.

Este certificado supone un modelo común y único para todos los Estados miembros.

Conviene recordar que se puede extraer el texto del Reglamento, de la página web:

- EUR-LEX REPERTORIO DE LEGISLACIÓN VIGENTE:
http://europa.eu.int/eur-lex/es/lif/ind/es_analytical_index_19.html

Este certificado se redactará en la lengua de la resolución.

Esta previsto que los Estados miembros comuniquen a la Comisión en el plazo de tres meses a partir de su entrada en vigor el 1 de agosto de 2004, las lenguas aceptadas para el certificado del Derecho de Visitas, entre otros, y comunicaran cualquier cambio de esta información.

Los formularios en el R. 1.347/00 debían de estar 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 1.348/2001, recogidas en la Decisión de Consejo de 25.9.2001 (DOC L298, que se puede consultar en
http://europa.eu.int/eurlex/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:

5. 2. 2.- Presupuestos.

El Juez de origen tiene que comprobar, previamente a dictar el Certificado que se cumplen los siguientes presupuestos:

1º. Ha de constar en los procedimientos en rebeldía que el escrito de demanda o equivalente ha sido notificado al rebelde con la suficiente antelación para que pueda defenderse, y si no se hubiera respetado estas condiciones, que conste de forma inequívoca que ha aceptado la resolución, y

2º Que se ha dado la posibilidad de audiencia a todas las partes afectadas, y

3º Que se ha dado al menor la posibilidad de audiencia, a menos que esto no se hubiera considerado conveniente habida cuenta de su edad o grado de madurez. En este supuesto tiene que constar la decisión motivada del Juez.

5. 2 .3.- Obligatoriedad de dictar el certificado.

Existe obligación de dictar el certificado del derecho de Visitas, solo varia el momento de dictarlo en función de cuando se tiene conocimiento del momento transfronterizo por el Juez que dicto la resolución.

1º De oficio si el derecho de Visita se refiere a una situación transfronteriza al dictarse la resolución.

2º A instancia de parte si adquiere el carácter transfronterizo con posterioridad .

5. 2. 4.- Modalidades practicas en el ejercicio del Derecho de Visitas

La redacción dada al Art. 48 del R. 2.201/03 permite al órgano jurisdiccional del Estado miembro de ejecución adoptar las modalidades practicas que estime necesarias para organizar el ejercicio del derecho de visitas.

Hay dos exigencias en esta importante y necesaria posibilidad :

Que la resolución dictada por el órgano competente para resolver sobre la medida de fondo no la hubiera acordado o lo hubiera hecho de manera insuficiente.

Que se respeten los elementos esenciales de la resolución que se ejecuta.

Aunque no consta expresamente, es necesario que se adopte en interés del menor, cuyo régimen de visitas se ejecuta.

Estas modalidades dejan de tener aplicación cuando la autoridad competente para decidir sobre el fondo dicte una resolución adoptando dichas modalidades.

Finalmente destacar que con esta nueva regulación en la ejecución del Derecho de Visitas se pretende:

1. Reconocer el interés superior del menor, que el presente R. 2.201/03 lo entiende en el sentido de que sea el órgano jurisdiccional de su residencia habitual quien con carácter general resuelva las medidas adoptar en el Derecho de Visitas, regulando como excepciones o prorrogas otros criterios de competencia.
2. Reforzar la autoridad y primacía de la resolución de fondo adoptada por el órgano jurisdiccional competente.
3. Facilitar la ejecución de las resoluciones del derecho de Visitas que contienen un elemento transfronterizo en todos los Estados, declarándolas ejecutables directamente en el Estado requerido.
4. Fomentar la confianza mutua y la colaboración entre los diversos órganos jurisdiccionales.
5. Posibilitar la adopción de las modalidades prácticas necesarias para materializar la ejecución de las resoluciones.
6. Tener la colaboración de las Autoridades Centrales.

6. - La fuerza ejecutiva de las resoluciones de Restitución del menor.

La resolución ejecutiva dictada por el Tribunal del Estado de origen, que acuerda la restitución del menor al país donde tenía su residencia habitual antes del traslado ilícito o de la retención, será reconocida y tendrá fuerza ejecutiva en los demás Estados miembros sin necesidad de declaración de ejecución y sin que pueda impugnarse su reconocimiento si ha sido certificada.

Es de tal importancia y tan innovadora esta declaración que conviene reflexionar sobre cada uno de los caracteres de este enunciado.

1. Resolución Judicial

Nos estamos refiriendo a dos tipos de resoluciones, conforme al Art. 8 del R. 2.201/03 que acuerdan la restitución:

- 1º. Las que dicte el órgano jurisdiccional competente que ordena la restitución del menor, **en el país a donde fue trasladado o retenido, si posteriormente no se dicta resolución en contrario por el Tribunal del Estado donde el menor tenía su residencia habitual, o se haya declarado archivado el asunto.**
- 2º. Las resoluciones que dicte el **órgano jurisdiccional competente del Estado donde el menor tenía su residencia habitual acordando la devolución del menor, posteriormente a la que dictó el Tribunal del país a donde se trasladó al menor**, aunque sea contradictoria con esta.

2. Fuerza Ejecutable de la resolución.

Dictada la resolución que acuerda la devolución es ejecutiva, :

- Bien por las normas del derecho interno de cada Estado miembro.
- O porque así lo acuerda el propio Reglamento, en su Art. 42, que textualmente recoge “ Aunque el Derecho Nacional no estipule la fuerza ejecutiva por ministerio de la Ley el órgano jurisdiccional podrá declarar la fuerza ejecutiva, si se cumplen los requisitos que el propio Reglamento exige.

En ambos supuestos con independencia de los recursos que se puedan interponer sobre la resolución que acuerda la devolución.

La finalidad de esta norma la proclama el propio Reglamento, Art. 11.8, es garantizar la devolución del menor, coincidiendo con la finalidad del C. H. 80 que entiende que el beneficio superior del menor y el interés superior del menor se materializa cuando se le asegura que las medidas que se han de adoptar sobre él, las acordará el Tribunal mejor situado para hacerlo, y este se entiende siempre que es el de su residencia habitual.

De nada serviría toda la normativa de este Reglamento si cada Juzgado o Tribunal dilata la ejecución con los sucesivos recursos que cada legislación interna tiene previsto para la ejecución de la resolución dictada acordando la devolución del menor.

3. Requisitos

El Juez de origen que dicto la resolución tiene que comprobar, previamente a emitir el Certificado que se cumplen los siguientes presupuestos:

a). Que se ha dado al menor la posibilidad de audiencia, a menos que esta no se hubiera considerado conveniente habida cuenta de su edad o grado de madurez. En este supuesto tiene que constar la decisión del Juez, y sus motivos.

b) Que se ha dado la posibilidad de audiencia a todas las partes

c) Si el órgano jurisdiccional ha tenido en cuenta al dictar su resolución las razones y las pruebas en las que se fundamenta la resolución emitida en virtud del Art. 13 del C. H. 80 .

4. Forma: El Certificado.

El Juez de origen que dicta la resolución, expedirá el Certificado relativo a la restitución del menor, modelo del formulario del Anexo IV, a que se refiere el Art. 42.

Este certificado supone un modelo común y único para todos los Estados miembros.

Este certificado se redactará en la lengua de la resolución.

En caso de que el órgano jurisdiccional tome medidas para garantizar la protección del menor tras su restitución al Estado de su residencia habitual estas medidas deberán constar con sus pormenores en el Certificado.

5. Obligatoriedad de dictar el certificado.

Existe obligación de dictar de oficio el certificado de la restitución del menor de oficio para el Juez de origen.

No ocurre como en el certificado del Derecho de Visitas, que depende del momento en que se conoce el elemento transfronterizo; la obligación de dictarlo es para el Juez de oficio o a instancia de parte.

En estos supuestos siempre está el elemento transfronterizo y la obligación de acordarlo de oficio facilita la finalidad de la norma de garantizar el retorno inmediato del menor .

6. Medidas Provisionales.

Está prevista expresamente la posibilidad de acordar medidas provisionales o cautelares, en caso de urgencia, durante el procedimiento en el R. 2.201/03, Art. 20 en caso de urgencia, esta previsto que se podrán adoptar por los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro, conforme a su propia legislación, en concreto en España de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o

de las partes las medidas provisionales de custodia, o de aseguramiento del menor que se estimen necesarias a tenor de lo dispuesto en el Art. 1.903 de la LEC.

Estas medidas dejarán de aplicarse cuando el órgano competente haya adoptado las medidas que considere apropiadas.