

Nuevas normas comunitarias en  
materia de responsabilidad  
parental (Reglamento (CE) nº  
2201/2003 del Consejo, de  
27.11.2003)

Anna Quiñones Escámez

Facultad de Derecho  
Universitat Pompeu Fabra

250

### *Abstract*

*El Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, en materia matrimonial y de responsabilidad parental se aplicará a partir del 1 de marzo de 2005 (a excepción de los artículos 67, 68, 69 y 70, que se aplican a partir del 1º de agosto de 2004) en todos los Estados miembros de la Unión Europea (salvo Dinamarca). Este texto reemplaza el Reglamento (CE) nº 1347/2000 en la materia, y modifica el Reglamento 44/2001 en lo que concierne a la obligación de alimentos. Contiene normas de derecho procesal civil internacional (competencia judicial y reconocimiento de decisiones) y de cooperación de autoridades. En materia de crisis matrimoniales, sólo incorpora las disposiciones del texto anterior (ver concordancias en el anexo V). Pero en materia de responsabilidad parental y de sustracción de menores introduce importantes innovaciones, que son deudoras de los Convenios de La Haya de 1980 y de 1996, pero no sólo deudoras. Es de destacar que suprime la necesidad del exequatur para las decisiones de derecho de visita y de restitución del menor sustraído que sean certificadas conforme al Reglamento (anexos III y IV). Este trabajo analiza las nuevas disposiciones y hace hincapié en las soluciones aportadas al problema de la sustracción de menores, defendiendo el refuerzo de la cooperación intracomunitaria para atajar este problema.*

## Sumario

### 1. Introducción

### 2. Ámbito de aplicación

2.1. Ampliación del ámbito de aplicación material y personal

2.2. Ámbito de aplicación geográfico

2.3. Ámbito de aplicación temporal: carácter irretroactivo

### 3. Normas de competencia en materia de responsabilidad parental

3.1. Competencia general de los tribunales de la residencia habitual del menor

3.2. Mantenimiento temporal de la competencia del Estado miembro de la anterior residencia habitual del menor en caso de desplazamiento lícito (*perpetuatio jurisdictionis*)

3.3. Dos supuestos de prórroga de la competencia: formas de manifestación de la voluntad

a) Sumisión al foro del divorcio

b) Sumisión a otro tribunal estrechamente vinculado

3.4. Competencia subsidiaria basada en la presencia del niño

3.5. Remisión a otro tribunal mejor situado para conocer del asunto: un *forum non conveniens*?

3.6. Medidas provisionales y cautelares

### 4. El supuesto particular de la sustracción de menores

4.1. Ámbito de aplicación espacial y temporal: la sustracción intracomunitaria de menores

4.2. Definición legal de lo que se entiende por sustracción del menor

4.3. Solución preventiva en sede de competencia

4.4. Restitución del menor: disposiciones que refuerzan y disposiciones que complementan el Convenio de La Haya (1980)

a) Incorporación y refuerzo del procedimiento seguido en el Convenio de La Haya (1980)

b) Previsiones comunitarias en el ámbito de la sustracción de menores

- La excepción del art. 13b del Convenio de La Haya (1980) y el principio comunitario de confianza mutua
- Sustitución de la decisión de no retorno por la decisión de restitución
- Supresión del exequátur para las decisiones de retorno del menor y derecho de visita
- La solicitud certificada de restitución del menor: ¿condiciones o garantías?
- Cooperación entre las autoridades de los Estados miembros

### 5. Relaciones entre convenios

5.1. Relaciones entre el Reglamento y el Convenio de La Haya de 1980

5.2. Relaciones entre el Reglamento y el Convenio de La Haya de 1996

5.3. Situación incierta del Convenio del Consejo de Europa de 3 de mayo de 2002

### 6. Reflexión final

### 7. Bibliografía

## 1. Introducción

Para dar viabilidad a las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere, reunido los días 15 y 16 de octubre de 1999, la Comisión y el Consejo elaboraron, en diciembre del 2000, un programa de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de decisiones en materia civil y comercial. En el ámbito del derecho de la familia, la primera etapa ha consistido en la ampliación del ámbito de aplicación material del Reglamento CE nº 1347/2000 en materia matrimonial y de responsabilidad parental. Varios textos se han ido adoptando a tal fin: la *Iniciativa francesa para la supresión del exequátur en el ámbito del derecho de visita, de 3.7.2000*, la *Propuesta de Reglamento de la Comisión, de 20 de septiembre de 2001, en materia de responsabilidad parental* –que fue retirada el 6 de junio de 2002 en favor de un futuro texto unificado- y la *Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental* (Vid., nuestro trabajo “Nuevas normas europeas..”, en [www.sepin.es](http://www.sepin.es), familia, julio-agosto 2003, pp.19-38). Propuesta que, tras algunas modificaciones operadas por el acuerdo político del Consejo de 2-3 de octubre de 2003, ha visto finalmente la luz con el Reglamento 2201/2003 que nos ocupa (Vid., E. Rodríguez Pineau, *El nuevo Reglamento comunitario sobre litigios matrimoniales y responsabilidad parental*, *Revista La ley*, Viernes, 30 de enero de 2004). Nos detendremos sólo en las novedades evitando las cuestiones que reproduzcan lo ya regulado en el Reglamento 1347/2000.

## 2. Ámbito de aplicación

El Reglamento 2201/2003 introduce en los Estados miembros normas uniformes sobre competencia judicial internacional (Capítulo II) y reconocimiento de decisiones (Capítulo III) en materia matrimonial y de responsabilidad parental. Es, pues, un texto de derecho procesal civil internacional de los llamados dobles. Y podría decirse triple ya que incluye previsiones relativas a la cooperación entre autoridades en materia de responsabilidad parental de no poca importancia (Capítulo IV). Esta acentuada cooperación se ve facilitada tras la creación de la Red judicial por decisión del Consejo de 28 de mayo de 2001 (*DO* nº L 174, 27 de junio de 2001, pp. 25-31).

### 2.1. Ampliación del ámbito de aplicación material y personal

La ampliación del ámbito de aplicación material del Reglamento 1347/2000 es el motivo principal de que existan disposiciones *ex novo* en su articulado. Pero no se innova en todos los ámbitos. En materia matrimonial, la ocasión se ha perdido de incluir los aspectos que afectan al ámbito patrimonial. E igualmente se ha perdido la ocasión de atender a las rupturas de pareja distintas de la matrimonial. Cierto es que los matrimonios entre personas del mismo sexo -belgas, holandeses y, es posible que bien pronto, españoles- se verán incluidos, al tratarse de matrimonios. Pero resulta incierta la inclusión de la ruptura de las uniones de pareja registrada que requieren la intervención

de la autoridad pública. Ni que decir tiene que la cuestión deberá regularse algún día, tal como se ha previsto en sucesivos marcadores de actividades futuras, ya que todas las uniones -las de derecho como las de hecho- comprometen por igual la libre circulación de las personas.

Donde es relevante la ampliación del ámbito de aplicación del Reglamento es en materia de responsabilidad parental. El nuevo texto dota a tales acciones de un carácter autónomo con respecto a la cuestión matrimonial. Este objetivo se manifiesta en el considerando nº 5 del preámbulo (“Con ánimo de garantizar la igualdad de todos los hijos, el presente Reglamento se aplica a todas las resoluciones en materia de responsabilidad parental, incluidas las medidas de protección del menor, con independencia de que estén vinculadas o no a un procedimiento en materia matrimonial”). Con este proceder, se garantiza la igualdad de todos los hijos con independencia del modelo familiar en el que se eduquen. De manera que, a partir de ahora, los litigios que afecten a los niños no matrimoniales, y, los litigios post-divorcio relativos a la responsabilidad parental, se verán cubiertos por el nuevo Reglamento, lo que supone un progreso respecto al texto anterior.

El Reglamento se aplica, con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional, a las materias relativas a la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental (art. 1.1., letra b). A título ilustrativo, incluye: el derecho de custodia y el derecho de visita, la tutela, el acogimiento y las funciones de toda persona u organismo encargado de ocuparse de la persona o de los bienes del menor, de representarlo o de prestarle asistencia (art. 1. 2). Pero excluye la determinación y a la impugnación de la filiación; la adopción y medidas que la preparan, la anulación y revocación de la adopción; el nombre y apellidos del menor; la emancipación; las obligaciones de alimentos; los fideicomisos y las sucesiones, y las medidas adoptadas a consecuencia de infracciones penales cometidas por los menores (art. 1.3). Éstas exclusiones encuentran su razón de ser en la complejidad propia de las materias excluidas que son reguladas por textos específicos. Si bien algunas zonas grises y algunos problemas de calificación respecto a lo que se entiende por “materias civiles” podrán plantearse y deberán ser clarificados por el TJCE en el futuro.

## **2.2. Ámbito de aplicación geográfico**

De conformidad con los artículos 1 y 2 del Protocolo sobre la posición de Dinamarca anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, el Reglamento 2201/2003 se aplicará en todos los Estados miembros, salvo en dicho país. La falta de voluntad de adhesión de Dinamarca a la normativa que nos ocupa ya tuvo lugar con el Reglamento anterior. De modo que cualquier referencia a un Estado miembro deberá hacerse excluyendo a dicho país. No así, al Reino Unido e Irlanda que han manifestado, con arreglo al artículo 3 del Protocolo sobre la posición del Reino Unido e Irlanda anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, su deseo de participar en el Reglamento.

### **2.3. Ámbito de aplicación temporal: carácter irretroactivo**

El Reglamento entra en vigor el 1 de agosto de 2004, pero su aplicación está prevista a partir del 1 de marzo de 2005, con las excepciones de los artículos 67 a 70, que se aplicarán a partir de la citada fecha de entrada en vigor. Dado que el Reglamento tiene un carácter irretroactivo, se aplicará a las acciones judiciales ejercitadas, a los documentos públicos con fuerza ejecutiva formalizados y a las transacciones celebradas ante el juez durante un proceso con posterioridad al 1 de marzo de 2005. Existen disposiciones de derecho transitorio (art. 64) en las que no entraremos al ser parangonables con las que figuran en los textos comunitarios precedentes.

### **3. Normas de competencia en materia de responsabilidad parental**

El Reglamento 2201/2003 al regular la responsabilidad parental se inspira en el Convenio de la Conferencia de La Haya sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños de 19 de octubre de 1996 (vid., en <http://www.hcch.net/>). Texto que, habrá que tener en cuenta bien pronto ya que -de conformidad con la jurisprudencia AETR, sobre competencias externas (Asunto TJCE 22/70, Comisión /Consejo (1971) R 23)- la Decisión del Consejo de 19 de diciembre 2002 (DO L 48/1-2 de 21.2.2003) ha autorizado a los Estados miembros, en el interés de la Comunidad, a adherirse al citado Convenio. De manera que ambos textos formarán parte de nuestra legislación.

#### **3.1. Competencia general de los tribunales de la residencia habitual del menor**

El Reglamento 2201/2003 ofrece un abanico de foros de competencia que tienen en su punto de mira el interés superior del menor y el principio de proximidad. El criterio general de competencia en materia de responsabilidad parental, es el de la *residencia habitual del menor en el momento en que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional* (art. 8). Ahora bien, esta regla general no tiene un carácter absoluto. Al igual que ocurre en el citado Convenio de La Haya (1996), existen *excepciones* que vamos a ir desgranando.

#### **3.2. Mantenimiento temporal de la competencia del Estado miembro de la anterior residencia habitual del menor en caso de desplazamiento lícito (*perpetuatio jurisdictionis*)**

En el supuesto de que el niño cambie lícitamente su residencia de un Estado miembro a otro, y que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de su residencia anterior hubiesen adoptado una decisión relativa a la responsabilidad parental, conforme al artículo 8 (regla general), los tribunales de la residencia habitual anterior del menor seguirán siendo competentes durante los tres meses siguientes al cambio de residencia para modificar las medidas de responsabilidad parental relativas al derecho de visita dictadas en dicho Estado miembro (art. 9.1). Esta *perpetuatio jurisdictionis* tiene,

además de un límite temporal (tres meses), un límite espacial (el titular del derecho de visita debe continuar residiendo en dicho Estado) y un límite subjetivo (el titular del derecho de visita no debe haber aceptado la competencia del Estado miembro de la nueva residencia habitual). El Reglamento innova en este punto. No encontramos esta previsión en el artículo 5.2 del Convenio de La Haya de 1996 que atribuye simplemente competencia a las autoridades de la nueva residencia habitual. Dados sus límites temporales (tres meses) y su finalidad parece acertada.

### **3.3. Dos supuestos de prórroga de la competencia: formas de manifestación de la voluntad**

El artículo 12 del Reglamento prevé dos supuestos de prórroga de la competencia: uno a favor de los tribunales del Estado miembro que conoce el divorcio de los padres (*forum divortii*); y, otro, a favor del Estado miembro próximo o estrechamente vinculado al menor. El problema en ambos casos radica en determinar cuándo hay que entender que los padres (o el tutor) están de acuerdo con la competencia de dicho tribunal (del divorcio o próximo). En saber si basta la sumisión tácita (la comparecencia de ambos sin impugnar la competencia para la responsabilidad parental) o si ésta debe ser expresa. La Propuesta de Reglamento especificaba en el apartado 4 del artículo 12 que la comparecencia de un titular de la responsabilidad parental ante un órgano jurisdiccional no se considerará en sí misma como aceptación de su competencia. El Reglamento no recoge este apartado, pero exige una sumisión “aceptada expresamente o de forma inequívoca”.

No cabe interpretar el que la realización de cualquier acto procesal que no sea la impugnación de la competencia sea equivalente a la sumisión. Esta cuestión ya ha venido planteándose con respecto al artículo 18 del Convenio de Bruselas de 1968 (Asunto 27/81, Rohr/Ossberger). Con mayor razón cabe una interpretación restrictiva en el ámbito que nos ocupa que, ni es patrimonial ni afecta a grandes empresas sino a la protección del menor, dada la inexperiencia de las partes y, a veces, de sus asesores jurídicos.

En definitiva, los padres (o tutor) pueden acordar que los tribunales que conocen del divorcio sean también competentes para pronunciarse sobre las cuestiones de responsabilidad parental o pueden, también, ponerse de acuerdo en pleitear ante los tribunales próximos de la nacionalidad del niño o de la residencia habitual de uno de ellos. Pero en el bien entendido de que la mera comparecencia de un titular de la responsabilidad parental ante un órgano jurisdiccional no se considerará en sí misma como aceptación de su competencia. La aceptación de la competencia debe ser expresa o inequívoca.

Veamos los dos supuestos señalados:

#### **a) Sumisión al Foro del divorcio**

La unificación del litigio matrimonial y de responsabilidad parental ante el juez del divorcio exige tres condiciones cumulativas: que al menos uno de los cónyuges ejerza la responsabilidad parental

sobre el menor; que los esposos o los titulares de la responsabilidad parental acepten de forma expresa o inequívoca la sumisión a dicho tribunal (punto en el que difiere del artículo 3.1 del Reglamento anterior y se asemeja al artículo 10 del Convenio de La Haya de 1996), y que tal competencia responda al interés del menor.

Aunque tiene sus ventajas esta unificación del litigio, plantea dificultades en los casos en que la competencia del juez de divorcio alcance a menores que residen en otro Estado miembro. De ahí, sin duda, la exigencia en el texto de que tal excepción a la regla general tenga en cuenta el interés del menor. Exigencia que implica el que el tribunal tenga que verificar la oportunidad de su competencia.

#### **b) Sumisión a otro tribunal estrechamente vinculado**

De nuevo, tres condiciones cumulativas son aquí exigidas. La primera, la proximidad del tribunal con el menor, que se da cuando uno de los titulares de la responsabilidad parental tiene en ese Estado miembro su residencia habitual o cuando el hijo es nacional de dicho Estado. La segunda, es la aceptación de la competencia expresa o inequívoca de dicho tribunal por todas las partes, y, la tercera, el que la competencia responda al interés del menor, extremos estos dos últimos ya tratados. Este artículo 12 se cierra con un apartado 4 que permite fundar la prórroga de la competencia, presumiendo que es en beneficio del menor, cuando éste resida en un tercer Estado que no es parte en el Convenio de La Haya de 1996 (caso en el que, como veremos más adelante, sería aplicable dicho Convenio).

### **3.4. Competencia subsidiaria basada en la presencia del niño**

El nuevo Reglamento prevé en su artículo 13 que en los casos en que no sea posible determinar la residencia habitual del niño, y no exista un tribunal competente de acuerdo con los artículos anteriores, serán competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en donde éste se encuentre. Esta disposición se aplica, también, a los niños refugiados o a los niños desplazados internacionalmente a causa de disturbios en su país. Se trata de una previsión que se encuentra ya en el artículo 6 del Convenio de La Haya de 1996, y que viene a colmar una laguna del hoy vigente Convenio de 1961 sobre protección de menores.

### **3.5. Remisión a otro tribunal mejor situado para conocer del asunto: un *forum non conveniens*?**

El artículo 15 del Reglamento es un correctivo que permite, con carácter excepcional, al tribunal del Estado miembro competente (con carácter general el de la residencia habitual del menor) el remitir el asunto a una jurisdicción mejor situada para conocer del mismo si ello redundaría en el interés superior del niño. El Reglamento indica cuáles pueden ser los tribunales mejor emplazados atendiendo a varios vínculos (v. gr., residencia, nacionalidad y bienes del menor si el litigio concierne a éstos). Este



mecanismo de transferencia de la competencia es deudor *mutatis mutandis* del artículo 8 del Convenio de La Haya de 1996.

Esta previsión guarda cierto aire de familia con la versión inglesa de la doctrina del *forum non conveniens*. Lo que supone una novedad a destacar dentro de un Reglamento comunitario. Esta técnica no estuvo ausente con ocasión de la negociación del fallido convenio universal en el marco de la Conferencia de La Haya (art. 22 del texto de 30.10.1999) pero en las relaciones entre Estados miembros, la incompatibilidad de la citada doctrina con el Convenio de Bruselas (1968) es bien conocida. Es de destacar que en la Propuesta (2002) del Reglamento que nos ocupa, la semejanza con la doctrina del *forum non conveniens* era todavía mayor que la que ofrecía el Convenio de La Haya de 1996 y la que ofrece, hoy, el texto definitivo del Reglamento (vid. A. Quiñones, "Nuevas normas.." *op. cit.*, [www.sepin.es](http://www.sepin.es) -familia).

Pero debe tenerse en cuenta que lo que denota un carácter particular a este correctivo es el que sea interés del hijo, y no sólo la proximidad, la directriz que guía la aceptación o no de la competencia por parte del tribunal. Se trata no ya de evitar una competencia excesiva (proteger al demandado) sino de proteger más eficazmente al menor. Idea que de algún modo está ya presente en el vigente Convenio de La Haya de 1961 cuando establece un conjunto de autoridades que podían ser competentes en beneficio del menor. A. Bucher sitúa las previsiones del Convenio de La Haya de 1996, en las que se inspira el Reglamento, dentro de la tendencia favorable a las co-decisiones en el ámbito de la cooperación de autoridades al permitir a la autoridad aceptar la competencia (*L'enfant en DIP*, LGDJ, 2003, pp. 184-185). Es, pues, también, en el marco de la cooperación y la co-decisión, con la mira puesta en la posibilidad de evitar los conflictos negativos de competencias, que la medida debe ser comprendida.

### **3.6. Medidas provisionales y cautelares**

El artículo 20 del nuevo Reglamento establece la competencia relativa a las medidas cautelares y provisionales al igual que lo establece el Reglamento 1347/2000, pero precisa que dejan de aplicarse en cuanto el tribunal competente se pronuncie sobre el fondo (art. 20.2). Esta nota de provisionalidad ha venido siendo reforzada por la jurisprudencia del TJCE *Van Uden*, de 17 de noviembre de 1998, y *Hans Hermann Mietz*, de 27 de abril de 1999, en relación al Convenio de Bruselas de 1968.

## **4. El supuesto particular de la sustracción de menores**

Varias disposiciones del Reglamento 2201/2003 se destinan a atajar este problema: la definición de lo que se entiende por sustracción (art. 2), la competencia judicial (art. 10), las cuestiones relativas a la restitución del menor (art. 11), el reconocimiento (arts. 40 y siguientes) y la cooperación de autoridades (art. 53 y siguientes.). El anexo IV del Reglamento contiene el modelo de certificado que

debe cumplimentarse para solicitar el retorno del menor. A diferencia de la Propuesta anterior, no se confiere en el texto definitivo un capítulo autónomo a este problema. Suponemos que tal autonomía ha suscitado recelos respecto a la articulación entre el Reglamento y el Convenio de La Haya (1980).

#### **4.1. Ámbito de aplicación espacial y temporal: la sustracción intracomunitaria de menores**

El Reglamento no cuenta con una disposición específica que defina la sustracción *intracomunitaria* de menores. La residencia habitual del menor en un Estado miembro es un factor a tener en cuenta. Pero no el único, pues el problema requiere el concurso o la cooperación entre autoridades. Se requiere, por tanto, que el menor residente en un Estado miembro sea desplazado a (o retenido en) otro Estado miembro. Es decir, que tanto la autoridad requirente como la autoridad requerida sean Estados miembros. Por ejemplo, el Reglamento sería aplicable a la sustracción de un menor norteamericano que tiene su residencia habitual en el Reino Unido y es desplazado a España. Pero no regularía la sustracción de un menor franco-español residente en España que es desplazado por su padre franco-marroquí a Marruecos. Este último caso no sería un supuesto de sustracción intracomunitaria de menores. Y en el bien entendido de que si éste mismo menor fuera desplazado de Marruecos a Francia, entonces, entendemos, que sí estaríamos ante un supuesto de sustracción intracomunitaria de menores cuando las autoridades españolas lo reclamaran a las francesas. Es decir que no basta con que el menor resida antes de su desplazamiento en un Estado miembro, debe también ser desplazado a otro Estado miembro para que se active la cooperación de autoridades que organiza.

Respecto al ámbito temporal, ya se ha señalado que el Reglamento no tiene un carácter retroactivo. Por consiguiente, se aplicará a los desplazamientos o retenciones ilícitos que se lleven a cabo a partir del 1.3.2005. De manera que los casos que se cuentan pendientes en el ámbito de la Unión Europea no se solucionarán por esta vía.

#### **4.2. Definición legal de lo que se entiende por sustracción del menor**

La definición de sustracción del menor (art. 2.11) es deudora de la que ofrecen: el artículo 3 del Convenio de La Haya sobre aspectos civiles del secuestro internacional de menores (1980) y el art. 7.2 del nuevo Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 sobre protección de menores (1996), que sigue al anterior. Al amparo de estas disposiciones, la sustracción se produce mediante el traslado o retención ilícita del menor por uno de sus padres fuera del país donde reside habitualmente impidiéndose con ello el ejercicio de los derechos de guarda o visita atribuidos al otro progenitor.

Pero no sólo deudora. El Reglamento completa la definición de los citados convenios en un punto sensible, el de la “guarda conjunta” que ha dado lugar a problemas de interpretación en el curso de la aplicación del Convenio de La Haya de 1980: “Se considera que la custodia es ejercida de manera conjunta cuando, en virtud de una resolución judicial o por ministerio de la ley, uno de los titulares

de la responsabilidad parental no pueda decidir sin el consentimiento del otro titular sobre el lugar de residencia del menor.”(art. 2.11, *in fine*).

#### **4.3. Solución preventiva en sede de competencia**

El art. 10 del Reglamento, teniendo en cuenta que la regla general de competencia es la de la residencia habitual del menor en el momento en que se plantea el asunto ante los tribunales (art. 8, ya examinado), evita que su desplazamiento ilícito logre el objetivo de alterar la competencia de los tribunales para decidir acerca de su custodia. En caso de desplazamiento ilícito, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que residía habitualmente el menor antes de su sustracción *conservarán* su competencia. Ahora bien, esta competencia no es ilimitada en el tiempo (si deja transcurrir un año) e inmune a toda circunstancia (como sería la aquiescencia). El Reglamento no quiere recompensar al autor del desplazamiento ilícito, pero tampoco quiere conferir competencia a una autoridad que no se corresponda con la realidad del entorno al que está integrado el menor.

La previsión desalienta la sustracción dentro de la Unión Europea, al mantenerse la competencia del Estado miembro de la residencia habitual del menor con anterioridad al desplazamiento para la cuestión de fondo relativa a la custodia del menor. No es baladí, pues la sustracción internacional de menores cumple las condiciones del fraude a la jurisdicción (o el llamado *forum shopping*). La idea central es la de impedir que el autor del desplazamiento ilícito pueda especular con la maniobra de cambiar la residencia habitual del menor para modificar la autoridad competente. Sin embargo, el carácter real y efectivo que tiene la conexión de la residencia habitual supone que si el traslado ilícito del menor perdura en el tiempo (o es aceptado) no pueda cristalizarse la competencia.

El Reglamento comunitario no innova en este punto. El Reglamento es aquí deudor del art. 7 del CLH 96 sobre protección de menores, y se inspira al igual que éste en el art. 16 del Convenio de La Haya (1980). El Reglamento refuerza con normas de competencia la previsión del art. 16 del Convenio de Haya de 1980.

#### **4.4. Restitución del menor: disposiciones que refuerzan y disposiciones que complementan el Convenio de La Haya (1980)**

En caso de sustracción de un menor, el art. 11 del Reglamento prevé su restitución sin demora de acuerdo con el Convenio de La Haya de 1980, si bien completando sus previsiones en algunos extremos. Cabe advertir que el artículo 11 no es diáfano (sobre todo tras las sucesivas redacciones dadas en acuerdos políticos y reuniones) y que resulta algo desordenado. Para poner un poco de sistemática a sus 8 apartados, conviene – a nuestro entender- distinguir entre aspectos en los que el Reglamento se apoya o refuerza el procedimiento seguido en el Convenio de La Haya de 1980 de las previsiones en que el reglamento complementa el Convenio de La Haya con soluciones propias.

**a) Incorporación y reforzamiento del procedimiento seguido en el Convenio de La Haya (1980)**

El Reglamento refuerza el procedimiento del Convenio de La Haya en los apartados 2, 3, 5, 6 y 7 del artículo 11. El apartado 3, siguiendo el Convenio de La Haya (1980), precisa que la solicitud de retorno del menor planteada ante las autoridades del Estado miembro a donde el menor ha sido trasladado o es retenido debe resolverse en el plazo de 6 semanas y que la autoridad deberá actuar *con urgencia* y conforme a los procedimientos más expeditivos que prevea su legislación nacional. El apartado 2 atiende al *derecho del menor a ser oído* en el procedimiento en el que se decide si procede o no su retorno en el Estado miembro a donde ha sido desplazado. El dar al menor la posibilidad de audiencia se asienta en el derecho fundamental a ser oído en los procedimientos que le afectan previsto en el artículo 24 (1) de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea. Esta misma idea de respeto al *principio de audiencia* e indefensión está presente en el apartado 5 del artículo 11 cuando señala que no podrá denegarse la restitución del menor sin que se dé audiencia a la persona que la solicitó.

Si se decide no restituir al menor, -en base a las excepciones del art. 13 del Convenio de La Haya- ésta resolución deberá transmitirse en el plazo de 1 mes a las autoridades del Estado miembro de la residencia habitual del menor anterior a su desplazamiento para que decida sobre la custodia (apartado 6 del art. 11). Si las partes, una vez notificadas, no presentan reclamación, se archiva el asunto (apartado 7 del art. 11).

**b) Previsiones comunitarias en el ámbito de la sustracción de menores (apartados 4 y 8 del artículo 11 del Reglamento)**

Los apartados 2, 3, 4, 5, 6 y 7 del art. 11 refuerzan el Convenio de La Haya en cuanto al procedimiento. El ensamblaje de textos es óptimo en tales casos. Los otros dos apartados, el 4 y el 8, complementan las previsiones del Convenio de La Haya, yendo algo más allá.

**- La excepción del art. 13b del Convenio de La Haya (1980) y el principio comunitario de confianza mutua**

Indica el apartado 4 del art. 11 del Reglamento que: “Los órganos jurisdiccionales no podrán denegar la restitución de un menor basándose en lo dispuesto en la letra b) del artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980 si se demuestra que se han adoptado medidas adecuadas para garantizar la protección del menor tras su restitución.”. Por tanto, son las autoridades del Estado miembro donde residía el menor antes de su desplazamiento las que adoptarán, si existe un riesgo para el menor en caso de retorno, las medidas de protección adecuadas, y si demuestra que las han adoptado, el retorno no podrá ser denegado sobre la base del citado artículo 13b. Artículo que, cabe recordar, pese a ser una excepción al retorno del menor, no siempre ha sido aplicada por las jurisdicciones nacionales en dosis homeopáticas. Son conocidas, al respecto, las críticas, dirigidas por algunos Estados miembros

(notablemente Francia) en contra de los jueces alemanes ya que suelen verificar todas y cada una de las acusaciones que puedan haber motivado al padre (notablemente cuando es alemán) a sustraer al menor, lo que, al llevar su tiempo, incide negativamente en la decisión final relativa al retorno. La complejidad de las decisiones alemanas se pone de relieve por el hecho de que hayan llegado al Tribunal Constitucional (BVerfG 31 de enero de 1996, *Fam RZ*, 1996, p. 479). La citada *Iniciativa francesa*, recogida *mutatis mutandis* en el Reglamento que nos ocupa no ha sido ajena a este problema.

En definitiva, si las autoridades del Estado de la residencia conserva su competencia para la cuestión de la responsabilidad parental, también la conserva para adoptar, en su caso, las medidas que protejan al menor en caso de retorno. No cabe desconfiar en que no lo harán o lo harán de forma deficiente. En el clima de confianza mutua comunitario pierde peso el argumento del riesgo grave del menor, y procede el retorno.

#### **- Substitución de la decisión de no retorno por la decisión de restitución**

El apartado 8, el último, del artículo 11 del Reglamento dispone: “Aun cuando se haya dictado una resolución de no restitución con arreglo a lo dispuesto en el artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980, cualquier resolución judicial posterior que ordene la restitución del menor, dictada por un órgano jurisdiccional competente en virtud del presente Reglamento será ejecutiva de acuerdo con la sección 4 del capítulo III, con el fin de garantizar la restitución del menor”. Es decir que, en principio, en caso de traslado o retención ilícitos de un menor los órganos jurisdiccionales del Estado miembro al que haya sido trasladado o es retenido ilícitamente pueden oponerse a su restitución. Ahora bien, éstos deberán comunicar su decisión a las autoridades del país en el que residía el menor antes de la sustracción. Y si estas consideran que procede el retorno, su decisión substituirá la (de no retorno) adoptada en el país al que se ha trasladado el menor.

La decisión de no retorno del menor queda subordinada o supeditada a la decisión que adopte el Estado miembro competente para conocer de la cuestión de fondo. La decisión de no retorno puede ser reemplazada por la decisión que se adopte en el Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual antes de su traslado o retención ilícitos. Es, por tanto, el Estado miembro competente para la cuestión de fondo de la custodia el que tiene la última palabra acerca del retorno del menor.

Puede decirse que el Reglamento sólo contempla una competencia temporal del Estado miembro donde se encuentra sustraído el menor; es decir, mientras que no se pronuncie el Estado miembro en donde residía el menor con anterioridad a su desplazamiento. En la Propuesta de Reglamento este carácter cautelar o provisional de la competencia era diáfano. En el nuevo texto, ya en el Preámbulo (punto 17) se habla de “substitución” de una decisión por la otra. Pero la idea, si se examina la cuestión en su conjunto, es similar. *Son los tribunales del país de la residencia anterior al desplazamiento los competentes para decidir finalmente sobre la cuestión.* De manera que la medida adoptada en el Estado

miembro al que se ha desplazado o es retenido el menor *podrá verse reemplazada* por la resolución judicial relativa a la custodia dictada en el país en el que residía antes de su desplazamiento. Si este tribunal competente para la cuestión de fondo dicta una decisión solicitando la devolución del menor, esta decisión, certificada conforme a los modelos que incluye en sus anexos el Reglamento, será *inmediatamente reconocida y hecha cumplir*, ejecutiva, en el país a donde se ha llevado al menor tras el secuestro, como si se tratara de una decisión nacional.

En otras palabras, si a partir del 1.3.2005 una madre, por ejemplo alemana, sustrae el menor y lo lleva de España a Alemania, el juez alemán, al que se le solicite el retorno del menor podrá rechazarlo – p.e., juzgando que el niño ha sufrido maltrato, como señala el art.13b del convenio de la Haya y teniendo en cuenta lo establecido en el art. 11.4 del Reglamento-, pero esta decisión será provisional y corresponderá al juez español el pronunciarse definitivamente acerca del retorno del menor (art. 11.8). Si este juez español ordena el retorno del menor esta medida será inmediatamente ejecutable (como si se tratara de medidas internas) en el territorio alemán sin necesidad de exequátur. Sólo cumplimentando el certificado y, en su caso, adoptando las garantías o medidas señaladas en la decisión que tome, cumplimentando los espacios que para las mismas figuran en modelo anexo del Convenio. La finalidad es desalentar la práctica de la sustracción, el que se especule con el amparo de la jurisdicción con la que uno cree que va a ser favorecido, y por tanto el atajarla o frenarla en el origen.

#### **- Supresión del exequátur para las decisiones de retorno del menor y derecho de visita**

La ejecución de las decisiones relativas al retorno del menor ha venido siendo, junto a la aplicación de la excepción del art. 13 (riesgo grave), el otro talón de Aquiles del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción de menores. Un contexto como el de la Unión Europea, basado en el principio de confianza mutua y en la voluntad de ir a un sistema de supresión del exequátur donde las decisiones circulen como si fueran nacionales, es terreno propicio para completar el sistema de La Haya. En este sentido, en sede de reconocimiento, la principal novedad que introduce el Reglamento reside en haber suprimido el exequátur (procedimiento) para las resoluciones sobre el derecho de visita (art. 41) y la restitución del menor (art. 42). Lo que es posible siempre que se hayan certificado conforme al modelo que figura en los anexos III y IV. Por tanto, las decisiones relativas al derecho de visita y a la restitución del menor no siguen el régimen general de ejecución, previsto para las decisiones dictadas en materia de responsabilidad parental, y en el que no nos extenderemos al ser el ya previsto en el anterior Reglamento.

Todos los instrumentos internacionales recientes reconocen el derecho fundamental del niño a mantener relaciones regulares con sus dos padres cuando se han separado. Es el caso del artículo 9.3 del Convenio de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño (1989); del artículo 34 (3) de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea (“Todo menor tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si son

contrarios a sus intereses), y del Convenio del Consejo de Europa sobre relaciones personales relativas a los menores, abierto a la firma el 15 de mayo de 2003, cuya finalidad es la de reforzar tal derecho fundamental.

El derecho de visita aparece así como el corolario natural de la responsabilidad parental sobre los hijos de una pareja que se han separado. El no garantizar la eficacia del ejercicio transfronterizo de los derechos de visita de los niños de padres separados puede espolear el que surja el problema de la sustracción del menor. A este efecto, el nuevo Reglamento confiere fuerza ejecutoria a las decisiones de los Estados miembros relativas al derecho de visita, y establece un mecanismo de cooperación entre las autoridades centrales encargadas de asegurar su ejercicio y, también, el retorno del niño una vez finalizado éste. Nótese, en definitiva que la supresión del exequátur para dichas decisiones coadyuva a desalentar la sustracción del menor: el padre que tiene la guarda no será reticente a enviar a su hijo al Estado miembro en el que el progenitor ejerce el derecho de visita, y el titular del derecho de visita no verá en la sustracción una vía para que se le garantice el ejercicio efectivo de su derecho. La supresión del exequátur es así vista como un elemento de pacificación familiar y una garantía que desmotivará la sustracción.

Respecto a las modalidades prácticas para el ejercicio del derecho de visita, es de destacar que los tribunales del Estado miembro de ejecución podrán adoptar medidas prácticas para organizar el ejercicio del derecho de visita, si las medidas necesarias no se hubieran establecido en la resolución del Estado miembro competente para conocer el fondo del asunto y siempre y cuando se respeten los elementos esenciales de dicha resolución. Estas modalidades prácticas dejarán de ser aplicadas una vez haya recaído una resolución posterior dictada por los órganos jurisdiccionales del Estado miembro competente para conocer del fondo.

#### **- La solicitud certificada de restitución del menor: ¿condiciones o garantías?**

Las “condiciones” que debe cumplir el Estado miembro que solicita la restitución del menor (o el derecho de visita) relativas a la indefensión, a la audiencia y, en su caso, a la protección de menor no son propiamente “condiciones”. Se trata más bien de garantías destinadas a asegurar un proceso debido y la protección del menor (desactivando el no retorno). Es, empero, la propia autoridad de origen la que rellena el formulario o certificado, no tratándose, propiamente, de “condiciones” de ejecución controladas por el Estado requerido sino de garantías mínimas que debe recabar el propio Estado miembro de origen.

#### **- Cooperación entre las autoridades de los Estados miembros**

El Reglamento instaura un mecanismo de cooperación entre autoridades con la finalidad de hacer efectivos el ejercicio del derecho de visita y el retorno del niño. Cada Estado miembro designará una autoridad central que se comunicará a la Comisión. Estas tienen encomendadas varias tareas. Entre

éstas: la de favorecer el intercambio de información en relación a la legislación y al procedimiento nacional respectivo, el adoptar medidas con el fin de localizar y devolver al niño, el proporcionar asistencia en una solicitud el reconocimiento y ejecución de una resolución, y el favorecer la mediación para resolver el conflicto, para lo que podrán prevalecerse de la ayuda que ofrece la Red judicial Europea en materia civil y mercantil creada por la Decisión del Consejo 2001/470/CE de 28 de Mayo de 2001.

## **5. Relaciones entre convenios**

Las principales cuestiones a destacar aquí es la relación del Reglamento con el Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores y con el Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de menores. También haremos referencia a la relación existente con el citado Convenio del Consejo de Europa de 3 de mayo de 2002 sobre relaciones personales relativas a los niños, aunque no se incluya en el texto.

### **5.1. Relaciones entre el Reglamento y el Convenio de La Haya de 1980**

El Reglamento no regula todas las cuestiones relativas a la sustracción de menores. Prevalece en las cuestiones cubiertas por ambos textos (art. 60) y se combina en las cuestiones no reguladas por el mismo. El Convenio de La Haya de 1980 en la materia sigue jugando, por tanto, un importante papel por lo que la inclusión de éste Convenio en la lista del art. 60 no parece afortunada. Ni tampoco la alusión que hace al mismo el art. 62: “1. Los acuerdos y convenios mencionados en el apartado 1 del artículo 59 y en los artículos 60 y 61 *seguirán surtiendo efectos* en las materias que no estén reguladas en el presente Reglamento.”. No parece afortunado por cuanto la sustracción es una materia contemplada. Ciertamente una norma específica para solventar la relación especial entre el Convenio de la Haya y el Reglamento hubiera sido más clarificadora. De hecho, es ésta la vía seguida para el Convenio de La Haya de 1996, como veremos a continuación.

### **5.2. Relaciones entre el Reglamento y el Convenio de La Haya de 1996**

El *art. 61 dispone*: “ En las relaciones con el 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, el presente Reglamento se aplicará: a) cuando el menor afectado tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro; b) en lo que respecta al reconocimiento y ejecución en el territorio de un Estado miembro de una resolución dictada por el órgano jurisdiccional competente de otro Estado miembro, aun cuando el menor afectado tenga su residencia habitual en un Estado no miembro que sea parte contratante del citado Convenio.”. La idea es la siguiente, las normas comunitarias relativas a la competencia tienen un ámbito de aplicación *erga omnes* y se aplican en tanto en cuanto exista un



tribunal de un Estado miembro competente. Ahora bien, cuando el menor no tiene su residencia en un Estado miembro sino en un Estado que sólo es parte en el Convenio de La Haya de 1996, entonces serán de aplicación las normas de competencia de dicho convenio.

Respecto al reconocimiento de decisiones, la aplicación de las normas comunitarias depende del Estado que proceda la decisión. Si proceda de un Estado miembro las normas comunitarias serán las aplicables.

Por último, respecto al derecho aplicable, aunque no se aclare este extremo en el Reglamento, el Convenio de La Haya se aplicará en todos los Estados miembros dado que el Reglamento no se ocupa de esta materia. La cuestión, por el momento, reside en que esta previsión depende de que se cumpla lo previsto en la Decisión del Consejo acerca de la adhesión de los Estados miembros a éste Convenio (Consejo UE, diciembre nº 2003/93/CE).

### **5.3. Situación incierta del Convenio del Consejo de Europa de 3 de mayo de 2002**

Existe otro texto, elaborado en el marco del Consejo de Europa, sobre las relaciones personales relativas a los niños (2002). La Comisión propuso, en su momento, la firma del Convenio (*DO C 20* de 28.1.2003). Este texto colisiona con el Reglamento en tanto en cuanto se refiere al derecho de visita -relaciones personales- y afecta al reconocimiento de decisiones. Me refiero a la novedad que introducen los arts. 14 y 15 del Convenio en relación con la posibilidad que introduce el Reglamento de que los tribunales del Estado miembro de ejecución puedan modificar el fallo procedente de las autoridades del otro Estado miembro, a fin organizar el derecho de visita, si el tribunal competente en cuanto al fondo no las adoptare o no las adoptare suficientemente y siempre que se respeten el contenido de la resolución. Si bien tienen un carácter provisional. El texto convencional contiene una de las llamadas "cláusulas de desconexión" (art.30.3) que prevén la prioridad del texto comunitario.

## ***6. Reflexión final***

La Comunidad ha emprendido un ambicioso programa gradual de reconocimiento mutuo de decisiones encaminado a la supresión del exequátur. En el ámbito del derecho de familia, la primera etapa de dicho programa ha dado lugar al Reglamento 2201/2003 que nos ha ocupado. Este nuevo instrumento establece normas de competencia uniformes para todas las acciones relativas a la responsabilidad parental; introduce algunas soluciones comunitarias para los supuestos de sustracción de menores, que completan al Convenio de La Haya (1980), y suprime el exequátur para las decisiones relativas a la restitución del menor y al derecho de visita.

La creación de un espacio único sin fronteras interiores facilita la práctica del desplazamiento ilícito del menor en Europa, al hacer ineficaces las cautelas basadas en la circunscripción geográfica del

derecho de visita. Ciertamente es que el Convenio de La Haya (1980) supuso un gran avance para solventar este problema, pero la práctica ha demostrado algunos puntos débiles en la interpretación o práctica del mismo. De ahí que el Reglamento 2201/2003 refuerce y complemente el convenio con soluciones propias. Un sistema de cooperación de autoridades reforzado, basado en el principio de confianza mutua, es oportuno en el marco de la Unión Europea. Y en el bien entendido de que el interés objetivo del menor, trazado por el Convenio de La Haya de 1980, reside en continuar su vida en el país en el que lo venía haciendo, y en mantener los lazos con ambos progenitores.

## 7. Bibliografía

Andreas BUCHER (2003), "L'enfant en droit international privé", *L.G.D.J.*, París.

Elena RODRÍGUEZ PINEAU (2004), "El nuevo Reglamento comunitario sobre litigios matrimoniales y responsabilidad parental", *Diario La ley-UE*, Viernes, 30 de enero de 2004 ([www.laley.net](http://www.laley.net)), Madrid, págs. 1-15.

Anna QUIÑONES ESCÁMEZ (2003), "Nuevas normas europeas sobre responsabilidad parental y sustracción de menores (primeras reflexiones sobre la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental)", en *Revista Jurídica SEPIN -Persona y Familia* (julio-agosto de 2003), [www.sepin.es](http://www.sepin.es). Madrid, págs. 19-38.