

LA PROTECCIÓN DE MENORES EN LA UNIÓN EUROPEA: EL REGLAMENTO COMUNITARIO 2001/2003

M^a del Mar Velázquez Sánchez*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. ACTUACIÓN DE LAS INSTANCIAS COMUNITARIAS: LA “EUROPEIZACIÓN” DEL DERECHO DE FAMILIA. III. DEFICIENCIAS DEL REGLAMENTO (CE) N^o 1347/2000 Y SOLUCIONES QUE APORTA EL REGLAMENTO (CE) N^o 2201/2003. IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

La protección de menores constituye, en la actualidad, una cuestión de interés general¹, ya que la intervención de los poderes públicos en problemas que, tradicionalmente, se habían solucionado en el seno familiar², se hace necesaria desde el momento en que la estabilidad e indisolubilidad ya no constituyen características íntimamente unidas al concepto de familia.

El problema se agrava cuando el menor en cuestión se halla en una situación en cuya regulación pueden concurrir diversos ordenamientos jurídicos, por ejemplo, porque los progenitores residan en diferentes Estados³; cuando esto ocurre, las normas nacionales de protección resultan claramente insuficientes, puesto que, en principio, las medidas adoptadas por las autoridades de cada Estado únicamente serán válidas en el territorio de dicho Estado, dejando de surtir efectos en el caso de que, por ejemplo, el menor se haya desplazado a otro Estado para que uno de los progenitores pueda ejercer su derecho de visita.

* Profesora Ayudante Doctora del Área de Derecho Internacional Privado, Departamento de Derecho Privado. Universidad de Salamanca.

© M^a del Mar Velázquez Sánchez. Todos los derechos reservados.

¹ M. MOYA ESCUDERO, “Competencia judicial y reconocimiento de decisiones en materia de responsabilidad parental: el Reglamento Bruselas II”, *Diario La Ley*, año XXIII, núm. 5647, lunes, 4 de noviembre de 2002, pp. 1- 8, p. 7; <http://www.laley.net>

² Véase al respecto P. TRINIDAD NÚÑEZ, “La cara oscura de las relaciones familiares: la protección internacional del niño frente a los miembros de su propia familia”, *Diario La Ley*, Año XXV, pp. 1 – 12; <http://www.laley.net>

³ La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989 (B.O.E. núm. 313, de 1 de diciembre de 1990) establece en su art. 9.3 que es un derecho fundamental del niño mantener relaciones periódicas y contactos directos regularmente con ambos progenitores, derecho que se configura en el art. 10.2, específicamente para aquellos casos en los que uno o ambos padres residen en un Estado distinto al de la residencia del hijo.

Obtener unas medidas protectoras que realmente se fundamenten en la consecución del interés del menor, principio que debe configurarse como elemento esencial de todo el sistema⁴, requiere el establecimiento de mecanismos de colaboración entre las autoridades que, en cada país, se ocupan de esta materia, así como el establecimiento de sistemas de eficacia extraterritorial de las medidas de protección adoptadas, lo que conlleva un recorte y una distribución de la competencia jurisdiccional de los distintos Estados.

El cumplimiento de tales objetivos únicamente será posible a través de instrumentos internacionales en los que participe el mayor número posible de Estados⁵; en la actualidad existe un elenco bastante amplio de convenios internacionales que regulan distintas instituciones de protección de menores en el ámbito del D.I.Pr., no obstante, el objeto de este trabajo es analizar únicamente los instrumentos de origen institucional o comunitario, es decir, aquellos elaborados en el seno de la Unión Europea.

La importancia de la existencia de una legislación comunitaria o institucional en esta materia, se manifiesta, sobre todo, en dos aspectos:

- en primer lugar, por el principio de primacía del Derecho Comunitario, pues, en virtud de tal principio, las disposiciones legislativas adoptadas en el seno de las instituciones comunitarias, prevalecen sobre el Derecho interno de los Estados miembros,
- y en segundo lugar, por la figura normativa que, finalmente, se ha utilizado para regular las cuestiones que atañen al menor en el D.I.Pr. comunitario, puesto que no se ha utilizado la tradicional figura del “convenio” -que para poder integrarse en los ordenamientos jurídicos de los Estados partes requiere ser firmado y ratificado por cada uno de ellos-, sino que la figura que se utiliza es la del “Reglamento comunitario”, que es de aplicación directa e inmediata en el territorio de los Estados miembros, una vez que, aprobado por las instituciones europeas, entra en vigor⁶.

En el ámbito de la Unión Europea se ha producido una auténtica revolución en materia de Derecho de Familia, ya que la libertad de circulación y establecimiento en todo el territorio, ha dado lugar a que cada vez sean más frecuentes las situaciones en las que los miembros de una familia se hallan dispersos en distintos Estados de la

⁴ A. DURÁN AYAGO pone de relieve como, con carácter general, en las sociedades occidentales, el Derecho de Familia “ha devenido en un Derecho *puerocéntrico*, en el que el interés superior del menor se ha convertido en el principio que ha de informar y regir todas las relaciones que surjan en su seno” (“El interés del menor en el conflicto de civilizaciones: elementos para su concreción en un contexto intercultural”, en AA.VV. *El Derecho de Familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, dirig. por A.L. Calvo Caravaca y E. Castellanos Ruiz, Madrid, Colex, 2004, p. 303).

⁵ M. P. DIAGO DIAGO, “La mundialización y las relaciones jurídicas entre padres e hijos”, en AA.VV. *Mundialización y Familia*, coord. por A. L. Calvo Caravaca y J. L. Iriarte Ángel, Madrid, Colex, 2001, pp. 143 – 144. A. DURÁN AYAGO, “El interés del menor...”, *cit.*, p. 318.

⁶ M. A. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, “Procesos civiles de divorcio en la U.E.: el nuevo Reglamento comunitario 1347/2000, repercusión del sistema en nuestro actual sistema”, en AA.VV., *Mundialización y Familia*, coord. por A. L. Calvo Caravaca y J. L. Iriarte Ángel, Madrid, Colex, 2001, p. 245.

Unión. Esta realidad social ha obligado a las instancias comunitarias a elaborar normas uniformes para determinar la competencia judicial internacional de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros y para permitir la libre circulación de decisiones judiciales en todo el territorio comunitario.

II. ACTUACIÓN DE LAS INSTANCIAS COMUNITARIAS: LA “EUROPEIZACIÓN” DEL DERECHO DE FAMILIA.

La gran disparidad de los ordenamientos jurídicos nacionales en materia de Derecho de Familia⁷, unida al hecho de la ausencia de regulación de tales cuestiones en el Derecho comunitario originario, han dado lugar a que la tarea unificadora en este sector no haya sido excesivamente fácil.

En el ámbito del Derecho comunitario derivado, concretamente, mediante el desarrollo del art. 293 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea⁸ (en adelante TCE), y a través de la figura del convenio internacional, se intentó una primera aproximación al problema comenzando por una materia que, aunque de carácter eminentemente patrimonial, incide directamente en la protección de menores: las obligaciones de alimentos. Tales obligaciones quedaron incluidas en el ámbito material de aplicación del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en adelante, Convenio de Bruselas)⁹, que tiempo después se convertiría en el Reglamento (CE) nº 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en adelante R 44/2001)¹⁰; y, aunque no haya llegado a entrar en vigor, también hay que hacer referencia a la elaboración del Convenio de Roma de 6 de noviembre de 1990, sobre simplificación de los procedimientos relativos al cobro de las pensiones alimenticias, cuyo objetivo era complementar al Convenio de Bruselas.

La importancia de los temas de familia en el ámbito comunitario llevó a la elaboración del llamado “Proyecto de Heidelberg” por el Grupo Europeo de Derecho internacional privado en 1993, proyecto que se refería a la totalidad del Derecho de Familia, incluido el Derecho sucesorio, y que constituye el origen de la regulación actual.

La amplitud de cuestiones contempladas en este proyecto inicial fue considerablemente reducida cuando el 28 de mayo de 1998 se concluyó el Convenio de Bruselas sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial (en adelante, Convenio de Bruselas de 1998)¹¹, que constituyó la primera manifestación de la extensión de los objetivos comunitarios¹² hacia el ámbito

⁷ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Cuestiones polémicas en el Reglamento 1347/2000”, en AA.VV., *Mundialización y Familia*, coord. A. L. Calvo Caravaca y J. L. Iriarte Ángel, Madrid, Colex, 2001, p. 214.

⁸ Hecho en Roma, el 25 de marzo de 1957 (B.O.E. núm. 1, de 1 de enero de 1986).

⁹ Texto refundido del Convenio y sus sucesivas modificaciones, D.O.C.E. C 27, de 26 de enero de 1998.

¹⁰ D.O.C.E. L 012, de 16 de enero de 2001; corr. de errores, D.O.C.E. L 307, de 24 de noviembre; D.O.C.E. núm. L 176, de 5 de julio de 2002; modifi. D.O.C.E. L 225, de 22 de agosto de 2002; modifi. D.O.U.E. L 236, de 23 de septiembre de 2003.

¹¹ D.O.C.E. C 221, de 16 de julio de 1998.

¹² M.A. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, “Procesos civiles...”, *cit.* p. 243.

del Derecho de Familia. Este Convenio nunca llegó a entrar en vigor, y su elaboración supuso una ardua tarea, ya que la exigencia de unanimidad para adoptar cada una de sus disposiciones impidió una negociación flexible y ágil de las mismas; no obstante el esfuerzo del legislador comunitario dio como fruto un texto que, posteriormente se transformaría en Reglamento comunitario.

Tal transformación tiene su causa y origen en la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997, que tuvo lugar el 1 de mayo de 1999. Dicho texto introduce el art. 65 en el TCE, disposición que atribuye a las instituciones comunitarias competencia para elaborar Reglamentos y Directivas sobre cooperación judicial en materia civil, tanto en cuestiones patrimoniales como en cuestiones de persona y familia¹³.

El impulso que la Unión Europea pretendía dar a la armonización del Derecho de Familia se puso de manifiesto en el Plan de Acción de Viena, de 3 de diciembre de 1998, del Consejo y de la Comisión sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia, así como en el Consejo de Ministros de Justicia y Asuntos de Interior, de 12 de marzo de 1999, en el que se configuró el principio de reconocimiento mutuo de sentencias como piedra angular para la creación de un espacio judicial europeo; en dicha reunión se llegó a la conclusión de que era necesario que los Estados miembros ratificasen el Convenio de Bruselas de 1998 antes de 2001, lo que, finalmente, no ocurrió.

Asimismo, el Consejo Europeo de Tampere, celebrado los días 15 y 16 de octubre de 1999, expresó la voluntad de los Estados miembros de reforzar el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y puso de relieve la necesidad de un reconocimiento automático en el sector del Derecho de Familia y más particularmente respecto de cuestiones como las pensiones alimenticias o el derecho de visita, invitando al Consejo y a la Comisión a adoptar un programa de medidas para llevar a la práctica dicho principio de reconocimiento mutuo antes de que terminase el año 2000.

El primer paso hacia el reconocimiento mutuo en el ámbito de la legislación sobre la familia es el Reglamento (CE) nº 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes (en adelante, R 1347/2000)¹⁴, que entró en vigor el 1 de marzo de 2001¹⁵; no obstante,

¹³ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Cuestiones polémicas...”, *cit.*, p. 214; F. F. GARAU SOBRINO, “El ámbito de aplicación del Reglamento 1347/2000 en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes”, en AA.VV. *El Derecho de familia ante al siglo XXI: aspectos internacionales*, dirig. por A. L. Calvo Caravaca y E. Castellanos Ruiz, Madrid, Colex, 2004, p. 399; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “La evolución del Derecho Internacional Privado comunitario en el Tratado de Ámsterdam”, *R.E.D.I.*, 1998, 1, Vol. L, pp. 373 – 376.

¹⁴ D.O.C.E. L 160, de 30 de junio de 2000.

¹⁵ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Cuestiones polémicas...”, *cit.*, p. 214. M. GÓMEZ JENE, pone de relieve que la conversión del Convenio en Reglamento no ha supuesto una modificación de su articulado, sino que como recoge el propio Reglamento (Considerando sexto), el contenido material del Convenio ha quedado ampliamente recogido en el Reglamento (“El Reglamento Comunitario en materia matrimonial: criterio de

dicho instrumento no establece un reconocimiento automático de decisiones, sino que mantiene el procedimiento de exequátur¹⁶, de ahí que Francia, presentara de forma inmediata, el 3 de julio de 2000, una iniciativa de modificación del R 1347/2000 que pretendía suprimir el procedimiento de exequátur y establecer un reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales relativas a los derechos de visita para los hijos de parejas divorciadas o separadas cuyos componentes residen en distintos Estados miembros¹⁷.

Dicha propuesta francesa solo incluía las resoluciones judiciales contempladas en el R 1347/2000, pero como consecuencia de la invitación realizada en el Consejo Europeo de Tampere¹⁸, el Consejo y la Comisión adoptaron, en diciembre de 2000, un “Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil”¹⁹, en el que se señala la necesidad de elaborar nuevos instrumentos jurídicos sobre disolución de regímenes matrimoniales, consecuencias patrimoniales de la separación de parejas no casadas y sucesiones, y también en materia de responsabilidad parental y demás aspectos no patrimoniales de la separación de parejas no casadas²⁰.

Es clara y patente la discriminación que realiza el R 1347/2000 respecto a la responsabilidad parental de los hijos habidos fuera de una unión matrimonial y, por ello, el 6 de septiembre de 2001 se presenta a la Comisión una propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia de responsabilidad parental²¹, en cuya exposición de motivos se pone de relieve la necesidad de ampliar el principio de reconocimiento mutuo a todas las resoluciones en materia de responsabilidad parental, incluidas aquellas que establecen un derecho de visita, con el fin de garantizar la igualdad de todos los niños.

Finalmente, se presenta una propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) 1347/2000²², cuyo texto definitivo fue aprobado por los ministros de justicia el 27 de noviembre de 2003, dando lugar al nuevo Reglamento (CE) nº 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad

aplicación personal, privilegios de los nacionales comunitarios y discriminación por razón de la nacionalidad”, *Diario La Ley*, 2001, Ref.º D – 131, Tomo 4, pp. 1 – 12, p. 1; <http://www.laley.net>)

¹⁶ M. MOYA ESCUDERO, “Competencia judicial...”, *cit.*, p. 7.

¹⁷ D.O.C.E. C 234, de 15 de agosto de 2000. M. MOYA ESCUDERO, pone de relieve que, con el objetivo final de suprimir el exequátur para las situaciones familiares, el Consejo de Justicia e Interior adoptó, en noviembre de 2000, un programa de reconocimiento mutuo de decisiones (“Competencia judicial...”, *cit.*, p. 7)

¹⁸ M. A. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, “Procesos civiles...”, *cit.*, p. 250; M. L. PUERTO MENDOZA, “La libre circulación de resoluciones judiciales sobre responsabilidad parental dentro de la Unión Europea”, *Diario La Ley*, nº 5616, Año XXIII, 20 septiembre 2002, Ref.º D – 205, p. 1692, Tomo 5; <http://www.laley.net>

¹⁹ D.O.C.E. C 12, de 15 de enero de 2001.

²⁰ M. A. JIMÉNEZ SÁNCHEZ destaca la importancia de estas cuestiones, excluidas del ámbito de aplicación del R 1347/2000, dado que cada vez es más frecuente la formación de parejas fuera del vínculo matrimonial y el consiguiente aumento del número de hijos nacidos fuera del matrimonio. (“Procesos civiles...”, *cit.*, p. 235)

²¹ D.O.C.E. C 332 E, de 27 de noviembre de 2001.

²² COM (2002) 222, de 3 de mayo.

parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000 (en adelante, R 2201/2003)²³.

No obstante, la labor unificadora en absoluto ha terminado, y así, en la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 2 de junio de 2004, sobre la valoración del Programa de Tampere y orientaciones futuras, se señala, como prioridad, continuar e incrementar el programa de reconocimiento mutuo de resoluciones en aquellos ámbitos aún no regulados, como son las consecuencias patrimoniales de la separación de un matrimonio o de una pareja no casada²⁴.

III. DEFICIENCIAS DEL REGLAMENTO (CE) Nº 1347/2000 Y SOLUCIONES QUE APORTA EL REGLAMENTO (CE) Nº 2201/2003.

El R 1347/2000 constituyó un hito importante en la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia²⁵; supuso un primer paso hacia el reconocimiento mutuo en el ámbito de la legislación sobre familia, puesto que ya establecía normas armonizadas sobre jurisdicción y sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

No obstante, su período de vigencia ha sido muy corto, puesto que el 1 de agosto de 2004 entró en vigor el nuevo R 2201/2003 que comenzó a aplicarse el 1 de marzo de 2005²⁶, fecha a partir de la cual el R 1347/2000 ha quedado, por tanto, derogado.

La necesidad de modificar el R 1347/2000, se manifestó prácticamente desde el momento de su entrada en vigor, ya que rápidamente se levantaron voces críticas que pusieron de relieve las dificultades que planteaba su reducido ámbito de aplicación, así como algunas de las técnicas empleadas que impedían la consecución de las finalidades perseguidas²⁷. El R 2201/2003 pretende resolver las dificultades planteadas por su antecesor y, por lo que se refiere a las cuestiones relacionadas con la protección de menores, entre sus objetivos figura la extensión del sistema de reconocimiento mutuo a todas las decisiones sobre responsabilidad parental, asegurar el derecho del hijo a mantener contacto con ambos padres, y frenar el secuestro de niños por parte de sus progenitores en el territorio de la Unión Europea.

En este trabajo, centrándome en la protección de menores y dejando a un lado las cuestiones relativas a las crisis matrimoniales, intentaré poner de relieve las

²³ D.O.U.E. L338, de 23 de diciembre de 2003.

²⁴ F. LLODRÁ GRIMAL, "La armonización del Derecho de Familia en Europa: ¿Hacia una armonización de los regímenes económicos matrimoniales?", *Comunicació a las XII Jornades de Dret Català a Tossa*; <http://civil.udg.es/tossa/2004>

²⁵ M. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, "Procesos civiles...", *cit.*, p. 290.

²⁶ A excepción de los arts. 67, 68, 69 y 70, preceptos que preparan el sistema de información y cooperación de autoridades previsto en el Reglamento, y que son de aplicación desde el momento de su entrada en vigor.

²⁷ E. RODRÍGUEZ PINEAU, "El nuevo Reglamento Comunitario sobre litigios matrimoniales y responsabilidad parental", *Diario La Ley*, nº 5944, año XXV, 30 enero 2004, Ref.º D- 25, pp. 1 – 18, p. 1; <http://www.laley.net>; M. GONZALO QUIROGA, "La reforma de Bruselas II: aspectos prácticos sobre su aplicación en el marco del reconocimiento y la ejecución", en AA.VV. *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, dirig. por A. L. Calvo Caravaca y E. Castellanos Ruiz, Madrid, Colex, 2004, p. 470.

deficiencias más importantes que presentaba el R 1347/2000 así como las soluciones que aporta al respecto el R 2201/2003, partiendo de tres aspectos que, a mi modo de ver son bastante significativos por lo novedosos que resultan:

- La nueva determinación del ámbito de aplicación de las disposiciones reglamentarias.
- La regulación de las cuestiones relativas al secuestro internacional de niños y al ejercicio del derecho de visita.
- Y el establecimiento de un sistema de cooperación de autoridades en el marco comunitario.

1. Ámbito de aplicación.

Complejidad de su delimitación:

Una de las principales críticas que recibió el R 1347/2000 es la referente a que su ámbito de aplicación resultó ser mucho más limitado de lo que, en principio, se pretendía; tal reducción de las cuestiones reguladas se debió a las importantes diferencias existentes entre los distintos Estados comunitarios en materia de Derecho de Familia²⁸.

En cualquier caso, quizá una de las cuestiones más debatidas fue la inclusión de la responsabilidad parental, problema que se planteó ya durante los trabajos preparatorios del antecedente inmediato del R 1347/2000, es decir, el Convenio de Bruselas de 1998. No fue fácil que todos los Estados participantes en la elaboración de dicho texto aceptasen la inclusión en el mismo de la responsabilidad parental, dada la importante disparidad existente entre sus respectivos ordenamientos jurídicos, pues, mientras en algunos Estados la resolución relativa a la crisis matrimonial ha de incluir obligatoriamente las cuestiones de responsabilidad parental, en otros Estados ambas cuestiones son completamente independientes²⁹.

No obstante, aunque finalmente se optó por la inclusión de la responsabilidad parental en el ámbito de aplicación, primero del Convenio de Bruselas de 1998 y después del R 1347/2000, la regulación era bastante incompleta puesto que solo contemplaba las cuestiones de responsabilidad parental sobre los hijos comunes de los cónyuges en el marco de un procedimiento de nulidad, separación o divorcio de tales cónyuges.

Consecuencia de esta limitación era la necesidad de mantener la vigencia de otros instrumentos internacionales celebrados entre los Estados miembros, lo que conllevaba dos dificultades añadidas a la hora de determinar la competencia judicial internacional de un juez o tribunal:

²⁸ E. RODRÍGUEZ PINEAU hace referencia a que el Reglamento no se ocupa de cuestiones que, en algunos Estados miembros, reciben un tratamiento conjunto con el de las crisis matrimoniales, como es el caso de las disolución del régimen económico matrimonial (“El nuevo Reglamento...”, *cit.*, p. 1).

²⁹ M. MOYA ESCUDERO, “Competencia judicial ...”, *cit.*, p. 1.

1ª) Que la tarea de identificar la norma aplicable resultaba compleja e incluso algunas veces imposible.

2ª) Que el órgano jurisdiccional ante el que se planteaba el litigio se veía obligado a aplicar una pluralidad de instrumentos internacionales para determinar su competencia respecto de las diversas cuestiones sobre las que tenía que resolver en el marco del procedimiento de nulidad, separación o divorcio.

Y las mismas dificultades surgían a la hora de determinar el régimen de reconocimiento y ejecución aplicable respecto de una resolución en materia matrimonial en la que también se decidían otras muchas cuestiones al margen de la disolución o relajación del vínculo³⁰.

La definición del término “responsabilidad parental”:

Aunque finalmente la responsabilidad parental quedó incluida en el ámbito de aplicación del R 1347/2000, en su texto no se contemplaba una definición de dicho término³¹; tal ausencia se ha justificado por el hecho de que, por vía convencional, aparece claramente determinado que ha de entenderse por responsabilidad parental, concretamente, hallamos una definición del término en la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989, en el Convenio de la Conferencia La Haya de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción (en adelante, CLH1993)³², y en el Convenio de la Conferencia de La Haya de 19 de octubre de 1996 concerniente 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 (en adelante, CLH 1996)³³. Sin embargo, hubiera sido necesario que el legislador comunitario incluyese en el texto del Reglamento al menos una remisión a la definición ofrecida por los citados Convenios.

Para acabar con la inseguridad jurídica que derivaba de la ausencia de definición en el R 1347/2000, el R 2201/2003 establece en su art. 2.7 que la responsabilidad parental es el conjunto de *derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o bienes de un menor. El término incluye, en particular, los derechos de custodia y visita.*

Es de particular relevancia la mención a los derechos de custodia y visita que realiza este texto³⁴, dado que una de las novedades introducidas por el mismo es la

³⁰ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Cuestiones polémicas...”, *cit.*, p. 236.

³¹ F. F. GARAU SOBRINO indica que será el ordenamiento jurídico del Estado miembro ante cuyos tribunales se interpone la demanda el que determinará el concepto de responsabilidad parental (“El ámbito de aplicación...”, *cit.*, p. 400).

³² B.O.E. núm. 182, de 1 de agosto de 1995.

³³ Texto del Convenio en la página web de la Conferencia de La Haya: <http://www.hcch.net>

³⁴ M. L. PUERTO MENDOZA, “La libre circulación...”, *cit.*, p. 6.

regulación de los supuestos de sustracción internacional de menores³⁵; además los conceptos de “derecho de custodia” y de “derecho de visita” también aparecen claramente definidos en el mismo art. 2 R 2201/2003³⁶.

La determinación de las medidas de protección incluidas y excluidas:

La aplicación del R 1347/2000 a las cuestiones sobre responsabilidad parental se restringió en exceso, ya que quedó limitada a aquellas cuestiones de responsabilidad parental planteadas en el marco de un procedimiento de nulidad, separación o divorcio de los progenitores, lo que significa que, si una vez finalizado el procedimiento de divorcio de los padres -con la correspondiente atribución de los derechos y deberes que integran la responsabilidad parental-, las circunstancias cambiaban, siendo necesario entablar un nuevo procedimiento relativo a la modificación del ejercicio de dicha responsabilidad parental, a ese nuevo procedimiento no podía serle aplicado el R 1347/2000, porque quedaba fuera de su ámbito material de aplicación³⁷.

La situación resulta aún más grave si tenemos en cuenta que en el texto del R 1347/2000 no se establecía claramente cuales eran las cuestiones comprendidas en la institución de la responsabilidad parental que, al estar estrechamente vinculadas con un procedimiento de nulidad, separación o divorcio³⁸, les era aplicable el Reglamento; por ejemplo, podía plantearse la duda de si la administración de los bienes del hijo, cuestión que en la mayoría de los ordenamientos jurídicos constituye un derecho/deber derivado del ejercicio de la responsabilidad parental, tenía cabida o no en el ámbito de aplicación del R 1347/2000.

Con la pretensión de solucionar estos problemas el R 2201/2003 concreta su ámbito material de aplicación mediante dos listas: una en la que establece algunos de los supuestos en los que resultan aplicables sus disposiciones, con independencia de que el litigio se plante o no con ocasión de la crisis matrimonial de los progenitores y otra en la que determina las materias excluidas de su ámbito de aplicación³⁹.

³⁵ E. RODRÍGUEZ PINEAU, “El nuevo Reglamento...”, *cit.*, p. 3; E. RUBIO TORRANO, “Conflictos matrimoniales y responsabilidad parental: Nuevo Reglamento Comunitario”, *Tribuna (A. Civil)* núm. 21, marzo 2004 – bib 2004/92), pp. 1- 2, p.1. <http://www.aranzadi.es/online>

³⁶ Se define el “derecho de custodia” como *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* (art. 2.9 R 2201/2003), y el “derecho de visita” como *el derecho de trasladar a un menor a un lugar distinto al de su residencia habitual durante un período de tiempo limitado* (art. 2.10 R 2201/2003).

³⁷ M. GONZALO QUIROGA, “La reforma de Bruselas II...”, *cit.*, p. 485; M. L. PUERTO MENDOZA, “La libre circulación...”, *cit.*, p. 4.

³⁸ M. MOYA ESCUDERO, “Competencia judicial...”, *cit.*, p. 3.

³⁹ El art. 1.2 R 2201/2003 hace referencia al derecho de custodia y al derecho de visita; a la tutela, la curatela y otras instituciones análogas; a la designación 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; al acogimiento del menor en una familia o en un establecimiento; y a las medidas de protección del menor ligadas a la administración, conservación o disposición de sus bienes. Por su parte el art. 1.3 pone de relieve que quedarán excluidas: la determinación y la impugnación de las resoluciones sobre adopción y medidas que la preparan; la anulación y la revocación de la adopción; el nombre y los 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.

Hijos matrimoniales e hijos extramatrimoniales:

Otra de las críticas recibidas por el R 1347/2000 se refería a su exclusiva aplicación a la responsabilidad parental respecto de los hijos comunes de los cónyuges⁴⁰, lo que significa que sus disposiciones no eran de aplicación cuando la responsabilidad parental se refería a hijos habidos fuera del matrimonio cuya crisis se intentaba solventar o bien se refería a hijos de parejas de hecho, en cuyo caso, evidentemente, no es necesaria una disolución del vínculo, ya que éste no existe, pero si es necesario adoptar medidas de protección respecto a los hijos⁴¹.

Tal restricción del ámbito de aplicación del R 1347/2000, propiciaba la desigualdad entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, lo que es contrario al orden público de todos los Estados miembros, como es el caso del nuestro, ya que fácilmente podría plantearse la inconstitucionalidad de esta discriminación que resulta claramente incompatible con el art. 14 de nuestra Constitución⁴².

El R 2201/2003, con el fin de enmendar el error cometido en su antecesor, extiende su aplicabilidad a la responsabilidad parental de los hijos habidos tanto dentro como fuera del matrimonio; de esta manera se pretende garantizar el respeto al principio de igualdad de todos los hijos ante la ley, contemplado en los ordenamientos jurídicos de todos los Estados de la Unión y también en la normativa convencional internacional en materia de protección de menores.

Las cuestiones patrimoniales relativas a los menores:

Igualmente se criticó la exclusión del ámbito de aplicación del R 1347/2000 de ciertos aspectos relativos a la responsabilidad parental que tienen un marcado carácter patrimonial, como es el caso de las medidas tendentes a la protección de los bienes del hijo menor de edad.

El R 2201/2003 deja bien clara su aplicabilidad respecto a la designación y funciones de la persona u organismo encargado de administrar los bienes del menor, de representarlo y de prestarle asistencia, así como a las medidas relativas a la administración, conservación o disposición de los bienes del menor (art. 1.2, apartados c) y e)⁴³.

⁴⁰ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Cuestiones polémicas...", *cit.*, p. 235.

⁴¹ H. GAUDEMET – TALLON, "Le règlement 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000: Compétence, reconnaissance et exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs", *JDI*, 2001, p. 387.

⁴² En este sentido se ha manifestado el Tribunal Constitucional al poner de relieve que "cualquier opción legislativa de protección de los hijos" que quebrante el principio de igualdad de éstos ante la ley con independencia de su filiación, "incurre en una discriminación por razón de nacimiento expresamente prohibida por el art. 14 de la Constitución". (STC 18 marzo 1998).

⁴³ E. RUBIO TORRANO hace referencia a que el nuevo Reglamento realiza una diferenciación entre, por un lado, medidas de protección de bienes afectos a la protección del menor, como por ejemplo, si se plantea un litigio entre los progenitores a propósito de la administración de los bienes del menor, en cuyo caso si serían aplicables las disposiciones del Reglamento, y, por otro lado medidas referidas a los bienes del menor que no atañen a su protección, que quedan fuera del ámbito de aplicación de este Reglamento, siendo necesario acudir, para su

Las obligaciones de alimentos:

Otra cuestión, también de carácter patrimonial, excluida del ámbito de aplicación del R 1347/2000 es la referente a las obligaciones de alimentos⁴⁴.

El legislador comunitario argumentó su decisión en el hecho de que tales obligaciones eran objeto de regulación por parte de otros instrumentos institucionales, como es el caso del Convenio de la Conferencia de La Haya de 2 de octubre de 1973⁴⁵, sobre reconocimiento de resoluciones en materia de obligaciones de alimentos, y además, en el espacio comunitario, dicha materia queda incluida en el ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas de 1968 y del R 44/2001 que lo sustituye.

Esta argumentación ha sido mantenida a la hora de elaborar el R 2201/2003, puesto que, aunque en un primer momento se pretendió “sacar” la regulación de los alimentos del entonces recientemente aprobado R 44/2001, e incluirla en este nuevo Reglamento, sin embargo, finalmente se optó por no modificar el citado R 44/2001. En definitiva, si se plantea un litigio relativo a los derechos de custodia y visita sobre un menor y, conjuntamente, se solicita una pensión alimenticia para éste, para determinar si el juez que conoce del asunto es competente para resolver acerca de los derechos de custodia y visita, tendremos que aplicar el R 2201/2003, mientras que para saber si es competente para resolver en lo relativo a la pensión de alimentos, tendremos que aplicar el R 44/2001. Tal duplicidad de normas puede conducir, en muchos casos, a la confusión del intérprete y aplicador del Derecho⁴⁶.

2. El problema de la sustracción de menores y el ejercicio de los derechos de custodia y de visita.

Planteamiento del problema en el marco de la Unión Europea:

Otra de las innovaciones que introduce el R 2201/2003, es la regulación de las cuestiones relativas a la sustracción internacional de menores y al ejercicio del derecho de visita.

No es en absoluto extraña la situación en que, una vez divorciados o separados los cónyuges, o bien disuelta la pareja de hecho, los hijos residen junto con el progenitor al que se otorga el derecho de custodia en un Estado miembro mientras que el otro, al que corresponde el derecho de visita, reside en el territorio de un Estado miembro distinto.

regulación, al R 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (“Conflictos matrimoniales...”, *cit.*, p. 1).

⁴⁴ Esta exclusión ha sido criticada desde el momento en que, en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, si no en todos, así como en la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989, se estima que las obligaciones de alimentos respecto de los hijos constituyen parte del contenido esencial de las relaciones de responsabilidad parental

⁴⁵ B.O.E. núm. 192, de 12 de agosto de 1987; coor. de errores, B.O.E. núm. 282, de 25 de noviembre.

⁴⁶ M. MOYA ESCUDERO ya consideraba esta complicación respecto del R 1347/2000 “injustificada y absurda” (“Competencia judicial...”, *cit.*, p. 4).

En tales casos, el miedo a que se produzca una retención ilícita de los menores si estos se desplazan a otro Estado, suele llevar a que surjan ciertas reticencias, por parte del progenitor que ostenta la custodia, que impiden el ejercicio efectivo del derecho de visita y acceso del otro padre a los menores.

El R 1347/2000: remisión al Convenio de La Haya de 1980:

El problema de la sustracción de menores ya fue objeto de atención en el R 1347/2000, pero dicho texto únicamente se limitó a realizar una remisión⁴⁷ a lo dispuesto en el Convenio de la Conferencia de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 de octubre de 1980 (en adelante CLH1980)⁴⁸.

El R 2201/2003, por el contrario, aunque mantiene ciertas previsiones del CLH1980⁴⁹, establece una regulación específica, dentro del espacio comunitario, del problema del desplazamiento y retención ilícita de menores.

El efecto disuasorio del R 2201/2003:

Uno de los objetivos perseguidos por el legislador comunitario en el R 2201/2003, es frustrar los secuestros de menores dentro de la Unión Europea y para ello, intenta crear un efecto disuasorio, en el sentido de que deja la decisión final en manos de los tribunales del Estado miembro en que residía el niño antes de ser secuestrado; de esta forma, el progenitor al que únicamente le ha sido otorgado un derecho de visita en el Estado miembro en que reside el menor, no se verá tentado a recurrir al secuestro para plantear su caso ante un juez de otro Estado miembro con la esperanza de obtener la custodia ante esa nueva jurisdicción.

En este mismo sentido, el R 2201/2003 también pretende que el progenitor que ostenta la custodia del menor supere sus reticencias a permitirle viajar al Estado miembro en que reside el progenitor al que corresponde el derecho de visita, puesto que, en caso de que se produzca la retención ilícita de dicho menor, el progenitor que se ve privado de sus derechos puede pedir que la resolución dictada en su Estado de residencia despliegue sus efectos en cualquier otro Estado miembro; de igual manera, el progenitor al que se impide el ejercicio efectivo del derecho de visita puede pedir que la resolución que le otorgó tal derecho, dictada en un Estado miembro, se haga efectiva en cualquier otro Estado miembro.

Incorporación de normas de competencia judicial internacional en materia de sustracción de menores y derechos de custodia y visita:

⁴⁷ M. SABIDO RODRÍGUEZ, “Algunas cuestiones sobre el régimen legal de la sustracción internacional de menores a partir de su práctica judicial”, en AA.VV., *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, dirg. por A. L. Calvo Caravaca y E. Castellanos Ruiz, Madrid, Colex, 2004, pp. 735 – 736.

⁴⁸ B.O.E. núm. 202, de 24 de agosto de 1987; corr. de errores, B.O.E. núm. 155, de 30 de junio de 1989 y B.O.E. núm. 21, de 24 de enero de 1996.

⁴⁹ El art. 2, apartado 11 del R 2201/2003 reproduce la definición de “traslado o retención ilícitos” establecida por el CLH1980, evitando así que puedan producirse discordancias entre ambos textos.

Quizá uno de los aspectos más importantes y novedosos del R 2201/2003, sea la incorporación de normas de competencia en materia de traslado o retención ilícita de un menor: la norma general de competencia del Reglamento, que es la misma que en el CLH1980, establece que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro dónde el menor tenía su residencia habitual antes del traslado o la retención ilícitos, siguen siendo competentes después del secuestro, hasta que el niño disponga de una residencia habitual en otro Estado miembro.

La prevalencia de la decisión adoptada por las autoridades de la residencia habitual:

No obstante, el R 2201/2003 presenta una diferencia fundamental respecto del CLH1980, ya que en el caso de que se produzca el traslado o la retención ilícitos a otro Estado miembro y el órgano jurisdiccional de dicho Estado no acceda a la restitución del menor a su país de origen (es decir, al Estado de la residencia habitual del menor inmediatamente anterior al secuestro), tal decisión carecerá de efectos si el órgano jurisdiccional de la residencia habitual del menor determina que éste debe volver (art. 11.8 R 2201/2003). En definitiva, la última palabra para decidir si el menor debe o no ser restituido corresponde a las autoridades de la residencia habitual inmediatamente anterior al traslado o a la retención ilícitos.

El problema del conflicto móvil: ¿cuándo adquiere el menor una nueva residencia habitual?:

El R 2201/2003 establece la diferencia entre el secuestro y el cambio legal de residencia del menor, y en este último supuesto, otorga la competencia a las autoridades del Estado de la nueva residencia habitual.

Para diferenciar el traslado lícito del ilícito, el R 2201/2003 determina cuando se considera adquirida una nueva residencia (art. 10); ello tendrá lugar:

- bien porque la persona que ejerce la custodia de su consentimiento al traslado,
- o bien porque haya transcurrido un período mínimo de un año de residencia en el nuevo Estado, siempre y cuando concurren las siguientes circunstancias:
 - que el menor se haya integrado social y familiarmente en el nuevo Estado de residencia,
 - y que no exista ninguna resolución en la que se exija la restitución del menor a su anterior Estado de residencia⁵⁰.

Rapidez y agilidad en el procedimiento de restitución:

⁵⁰ Es importante que el Reglamento establezca un concepto claro de lo que debe entenderse por “residencia habitual del niño”, pues la ausencia de una norma específica al respecto en el CLH1980 ha dado lugar a problemas de interpretación a la hora de su aplicación por las jurisdicciones de los distintos Estados partes; en este sentido, B. L. CARRILLO CARRILLO, “Doble secuestro internacional de menores y Convenio de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 de octubre de 1980”, en AA.VV., *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, dirig. por A. L. Calvo Caravaca y E. Castellanos Ruiz, Madrid, Colex, 2004, pp. 233 – 235.

Por lo que se refiere al procedimiento para obtener la inmediata restitución del menor, el R 2201/2003 pretende que sea lo más rápido y ágil posible; así, la solicitud ha de realizarse ante las autoridades del Estado miembro al que ha sido trasladado o retenido ilícitamente el menor; el proceso se tramitará con urgencia, *utilizando los procedimientos más expeditivos que prevea la legislación nacional* y, en cualquier caso, habrá de dictarse resolución en un plazo máximo de seis semanas, *salvo que existan circunstancias excepcionales que lo hagan imposible* (art. 11.3).

Motivos de denegación de la restitución:

Se mantienen los motivos de denegación de la restitución previstos en el CLH1980 aunque de forma matizada, ya que el R 2201/2003 establece que no se puede fundamentar la denegación en la circunstancia de que la restitución ponga en peligro al menor (motivo de denegación de la restitución previsto en el art. 13 b) CLH1980) si en el Estado del que fue sustraído el menor se adoptan las medidas necesarias para garantizar su protección (art. 11.4 R 2201/2003)⁵¹.

Importancia de la cuestión en el sector del reconocimiento y ejecución de decisiones:

Dónde mayor innovación ofrece el R 2001/2003, respecto a la materia de sustracción de menores, es en el sector del reconocimiento y ejecución de decisiones, ya que otorga fuerza ejecutiva directa, en todos los Estados miembros, a las decisiones dictadas en alguno de ellos que ordenan la restitución inmediata del menor o bien establecen el derecho de visita; es decir, tales decisiones son ejecutables en cualquiera de los Estados miembros sin necesidad de un procedimiento previo de declaración de ejecutabilidad, siempre y cuando se trate de decisiones ejecutivas en el Estado en que fueron dictadas y consten en un documento que certifique que tales decisiones fueron adoptadas de conformidad con lo previsto en el Reglamento.

El certificado de conformidad al Reglamento:

El certificado de conformidad al R 2201/2003 habrá de ser expedido, por la autoridad que dictó la decisión, en el modelo que aparece en el Anexo IV del propio Reglamento, en el cual se controla el cumplimiento de una serie de requisitos que son distintos dependiendo de que se trate de una decisión relativa al derecho de visita (art. 41)⁵² o de una decisión relativa a la restitución del menor (art. 42)⁵³.

⁵¹ E. RODRÍGUEZ PINEAU pone de relieve que de esta manera “la decisión de no restitución deja de ser una negativa absoluta para quedar convertida en una aceptación condicionada” (“El nuevo Reglamento...”, *cit.*, p. 8).

⁵² Según el art. 41 R 2201/2003, son requisitos imprescindibles la audiencia a todas las partes afectadas, incluido el menor si tuviere la suficiente edad o madurez, y la prueba de la correcta notificación al demandado rebelde o, en su defecto, la inequívoca aceptación de la resolución por parte de éste.

⁵³ El art. 42 R 2201/2003 exige igualmente la audiencia de las partes implicadas y del menor, y además también requiere, si la resolución se dictó en virtud de lo previsto en el art. 12 CLH1980 (es decir, en el caso de que haya transcurrido menos de un año desde que se produjo el traslado o la retención ilícita o, incluso aunque hubiera transcurrido ya un año, no se demuestre que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio), que el órgano jurisdiccional tuviese en cuenta las razones y pruebas en las que se fundamenta tal resolución.

Denegación de ejecución:

Únicamente podrá denegarse la ejecución de estas decisiones si son incompatibles con otra resolución dictada con posterioridad (art. 47.2 últ. inc. R 2201/2003).

3. La cooperación internacional de autoridades.

La novedad de la cooperación de autoridades en el ámbito comunitario:

Otra de las novedades que presenta el Reglamento 2001/2003 es el establecimiento de un sistema de cooperación de autoridades en el ámbito comunitario, puesto que dedica todo un capítulo (el IV) a la regulación de la cooperación de autoridades en materia de responsabilidad parental⁵⁴.

El origen y fundamento de estas disposiciones se halla en el sistema de cooperación internacional de autoridades implantado por la Conferencia de La Haya en muchos de sus convenios desde hace ya algunas décadas.

Designación de autoridades centrales:

Cada Estado miembro tiene la obligación de designar una o varias autoridades centrales que deberán prestarle asistencia en la aplicación del Reglamento (art. 53 R 2201/2003).

Funciones de las autoridades centrales:

Las autoridades centrales deberán proporcionar información sobre las legislaciones y procedimientos nacionales, y además, adoptarán las medidas que sean necesarias para mejorar la aplicación del Reglamento y reforzar el sistema de cooperación (art. 54 R 2201/2003).

Método de trabajo de las autoridades centrales:

El método de trabajo o funcionamiento de las autoridades centrales aparece perfectamente detallado en el R 2201/2003 (art. 57); asimismo, también prevé la necesidad de que las autoridades centrales se reúnan periódicamente para facilitar la aplicación de las disposiciones contenidas en el Reglamento (art. 58).

⁵⁴ E. RODRÍGUEZ PINEAU considera que la inclusión en el texto comunitario de un régimen de cooperación internacional basado en la designación y actuación de unas autoridades centrales, constituye una verdadera revolución ("El nuevo Reglamento...", *cit.*, p. 13). A. FONT I SEGURA indica que debe valorarse positivamente la introducción de el Capítulo IV en el R 2201/2003, pero también pone de relieve que no hubiera estado de más que, igualmente, fuese aplicable en materia de crisis matrimoniales, por ejemplo, facilitando la colaboración entre las autoridades encargadas de los correspondientes Registros Civiles en los distintos Estados miembros. ("La competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental: breve presentación del Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003", *Revista General de Derecho de la Unión Europea*, vol. 4, 2004, <http://www.iustel.com>)

Cooperación en casos específicamente relacionados con la responsabilidad parental:

El art. 55 R 2201/2003 delimita las funciones de las autoridades centrales en casos específicamente relacionados con la responsabilidad parental⁵⁵.

Cooperación en materia de acogimiento de menores:

También contempla el R 2201/2003, en su art. 56, una disposición específica de cooperación en materia de acogimiento de menores en otro Estado miembro⁵⁶, en virtud de la cual la autoridad que va a dictar la medida de acogimiento en un Estado miembro ha de exigir la cooperación y el consentimiento de la autoridad del otro Estado miembro en el que se pretende llevar a cabo dicho acogimiento; en defecto de tal consentimiento, la medida de acogimiento dictada en un Estado miembro carecería de eficacia en el Estado miembro donde el acogimiento ha de tener lugar⁵⁷.

IV. CONCLUSIONES.

Objetivos del R 2201/2003:

Podemos llegar a la conclusión de que el objetivo que se pretende conseguir, con la elaboración del R 2201/2003, es reunir en un único texto las disposiciones sobre crisis matrimoniales y responsabilidad parental, regulando, asimismo, los derechos de visita transfronterizos, lo que supone un paso importante en la lucha contra los secuestros de menores en el ámbito de la Unión Europea.

El Reglamento 2201/2003 intenta apaciguar algunas de las críticas que surgieron nada más entrar en vigor el R 1347/2000, y que, especialmente, se referían al ámbito de aplicación de dicho instrumento en materia de responsabilidad parental⁵⁸; no obstante, en la nueva regulación aún se aprecian ciertas lagunas que es necesario poner de relieve.

Medidas de protección incluidas y excluidas:

⁵⁵ Dicho precepto establece que las autoridades centrales deberán: recabar e intercambiar información sobre la situación del menor, los procedimientos relativos al mismo que se hallen pendientes, o las resoluciones adoptadas que le conciernan; proporcionar información y ayuda a los titulares de la responsabilidad parental que soliciten el reconocimiento y la ejecución de resoluciones, en especial en materia de derecho de visita y de restitución del menor; facilitar la comunicación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, en especial en materia de restitución de menores (art. 11, apartados 6 y 7) y cuando se haga uso del mecanismo del *forum non conveniens* (art. 15); proporcionar toda la información y asistencia que puedan ser de utilidad respecto del acogimiento del menor en otro Estado miembro (art. 56); y facilitar la celebración de acuerdos entre los titulares de la responsabilidad parental a través de la mediación o por otros medios, y facilitar con este fin la cooperación transfronteriza.

⁵⁶ El antecedente inmediato de esta disposición es el art. 33 CLH1996.

⁵⁷ E. RODRÍGUEZ PINEAU pone de relieve que mientras en el art. 33 CLH1996 se exige tener en cuenta el interés del menor, en el Reglamento se ha prescindido de tal exigencia, lo que puede plantear la duda de si esta medida de cooperación responde realmente a la protección de los intereses privados del menor ("El nuevo Reglamento...", *cit.*, p. 13).

⁵⁸ E. RUBIO TORRANO, "Conflictos matrimoniales...", *cit.*, p. 1.

El R 2201/2003 trata de zanjar la cuestión relativa a cuales son las medidas de protección que tienen cabida en el concepto de responsabilidad parental, a las que resulta aplicable su regulación, mediante el establecimiento de dos listas, una para las materias incluidas en el ámbito de aplicación del Reglamento y otra para las materias excluidas del mismo; pero ello no impide que puedan surgir dudas en relación a la aplicabilidad del Reglamento respecto de alguna medida de protección no contemplada en dichos listados, como es el caso, por ejemplo, del acogimiento preadoptivo, ya que nos encontramos con que la adopción es una materia excluida pero el acogimiento es una medida incluida.

No obstante, aunque el texto no lo indique expresamente, de su redacción se infiere la posibilidad de aplicar el Reglamento respecto de medidas de protección no mencionadas en la lista de materias incluidas (art. 1.2), siempre que no se mencionen en la lista de materias excluidas (art. 1.3); en cualquier caso, el legislador debería haber sido un poco más explícito.

Delimitación de la “materia civil”:

El R 2201/2003 delimita su ámbito de actuación concretando su aplicabilidad respecto de “las materias civiles relativas a la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental”, es decir, en principio, sólo es aplicable a las medidas de protección de carácter privado; pues bien, pese a lo que en un primer momento pudiera parecer, tal delimitación en absoluto resulta sencilla, ya que en algunos casos no es tarea fácil deslindar lo público de lo privado respecto de una medida protectora de menores, como ocurre, por ejemplo, con el acogimiento de menores en una institución pública.

Interpretación del R 2201/2003:

Tanto por lo que se refiere a la inclusión o exclusión de ciertas medidas de protección no mencionadas en el texto, como por lo que se refiere a la delimitación de la “materia civil”, será necesario esperar a la interpretación que realice al respecto el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE)⁵⁹.

Justificación de la ampliación del ámbito de aplicación en el R 2201/2003: el interés del menor:

La ampliación del ámbito de aplicación del R 22001/2003 obedece a una importante modificación del punto de vista del legislador, ya que la nueva regulación deja de estar centrada en los padres para pasar a centrarse en los hijos; es decir, con el R 2201/2003 se opta, de manera decidida, por el interés del menor, en cuanto que criterio que debe presidir toda su regulación⁶⁰.

⁵⁹ E. RODRÍGUEZ PINEAU pone de relieve que “la interpretación del Reglamento que pueda realizar el TJCE conforme al art. 68 TCE será básica para terminar de perfilar su ámbito de aplicación”, aunque, sin perjuicio de tal interpretación, es necesario entender que “las medidas de protección del menor van más allá de la distinción civil/ no civil”. (“El nuevo Reglamento...”, *cit.*, p. 3).

⁶⁰ En el propio Preámbulo del Reglamento, se incide sobre la relevancia del interés del menor como criterio de inspiración de las soluciones adoptadas (Punto 12).

Manifestaciones del “interés del menor”:

Hallamos manifestaciones del principio de primacía del “interés del menor” a lo largo de todas las disposiciones, relativas a la responsabilidad parental, previstas en el R 2201/2003, por ejemplo, la determinación de la competencia judicial internacional se fundamenta en el principio de proximidad entre el órgano jurisdiccional y el menor; en el mismo orden de ideas, la audiencia al menor desempeña un papel muy importante en toda cuestión relativa a la responsabilidad parental que le concierna⁶¹.

El “forum non conveniens”:

No podemos obviar que la aplicación del R 2001/2003 va a conllevar problemas de ajuste entre las soluciones en él previstas y las existentes en la normativa interna de los Estados miembros; así ocurre, por ejemplo, con la figura del *forum non conveniens*, prevista en el art. 15 R 2201/2003 y en virtud de la cual el órgano jurisdiccional competente que está conociendo de un litigio sobre responsabilidad parental, puede declinar su competencia en otro tribunal de un Estado miembro mejor situado para conocer del asunto, siempre y cuando concurren determinadas circunstancias excepcionales, fijadas por el propio precepto, y ello redunde en el interés superior del niño. La articulación concreta de este mecanismo de atribución de competencia en los Estados miembros se remite al Derecho interno de éstos, lo que no va a dejar de plantear problemas en algunos de ellos, como es el caso del nuestro⁶², dónde no se conoce la figura del *forum non conveniens*.

Compatibilidad del R 2201/2003 con el Convenio de la Conferencia de La Haya sobre sustracción de menores y multiplicación de los organismos encargados de la cooperación internacional:

Hay que tener en cuenta que la coexistencia del R 2201/2003 con el CLH1980 sobre sustracción de menores, que también establece un sistema de cooperación internacional de autoridades, puede dar lugar a dos problemas:

- bien a un problema de multiplicación de los organismos encargados de poner en funcionamiento el sistema de cooperación, que tendrá lugar en el caso de que las autoridades centrales designadas para llevar a cabo tal cooperación no sean las mismas en el Reglamento y en el Convenio de la Conferencia de La Haya;
- o bien a un problema de multiplicidad de funciones, en el caso de que la misma autoridad central deba encargarse de la cooperación prevista en el Reglamento y de la cooperación prevista en el Convenio de La Haya.

⁶¹ No obstante, E. RODRÍGUEZ PINEAU considera que algunas de las medidas previstas en el nuevo Reglamento son fruto de la disyuntiva que se plantea entre alcanzar soluciones que respondan al interés del menor o la consecución de determinados fines comunitarios, y, aunque ambos fines no son contrapuestos, lo cierto es que, en algunos casos, la consecución de los segundos se realiza a consta de sacrificar los primeros. (“El nuevo Reglamento...”, *cit.*, p. 3).

⁶² Por ejemplo, a la hora de determinar el momento procesal en el que hacer efectivo tal mecanismo de atribución de competencia.

Tal multiplicidad de autoridades centrales o de funciones por ellas a desempeñar puede traducirse en situaciones no libres de cierta confusión: por ejemplo, si se produce el traslado ilícito a España (Estado miembro en el R2201/2003 y Estado parte en el CLH1980) de un menor residente en Noruega (Estado no miembro en el R2201/2003, pero parte en el CLH1980), las autoridades centrales noruegas solicitarán la cooperación de las autoridades centrales españolas, cooperación que, por tratarse de un supuesto extracomunitario, se llevará a cabo en virtud del CLH1980. Pero, después de haber sido trasladado a España, vuelve a producirse el desplazamiento ilícito de ese menor a Francia (Estado miembro en el R 2201/2003 y también Estado parte en el CLH1980), por lo que la autoridad central española deberá remitir la solicitud de colaboración a la autoridad central francesa; en tal caso, la comunicación entre la autoridad central española y la autoridad central francesa constituye un supuesto intracomunitario, por lo que, en principio, deberá realizarse conforme al Reglamento. Sin embargo, no hay que olvidar que la situación tiene su origen en un Estado no comunitario (Noruega), por lo que cabe plantearse si esa última comunicación entre la autoridad central española y la autoridad central francesa debe realizarse conforme a lo dispuesto en el R 2201/2003 o por el contrario, teniendo en cuenta el origen extracomunitario de la situación, debe realizarse conforme a lo previsto en el CLH1980⁶³.

Valoración matizada de las innovaciones del R 2201/2003 y perspectivas de futuro:

En cualquier caso, es necesario reconocer la importancia de las innovaciones introducidas por el R 2201/2003 desde el momento en que constituyen una mejora indiscutible respecto de la regulación prevista en el R 1347/2000; no obstante, la valoración positiva de las mismas ha de ser matizada, dadas las lagunas o deficiencias que aún perviven pese al esfuerzo realizado por el legislador comunitario.

La labor interpretativa que realice el TJCE –Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), si llega a entrar en vigor la Constitución Europea-, será un elemento esencial a la hora de definir y concretar el alcance de las disposiciones contenidas en el R 2201/2003, y ello, pese a la fuerte restricción realizada por el art. 68 TCE respecto de tal labor interpretativa, al no permitir que se interponga recurso prejudicial de interpretación de las normas contenidas en el Reglamento hasta que el asunto no llegue a casación. La situación podrá cambiar si entra en vigor la Constitución Europea, puesto que su art. III-369, aunque mantiene la obligación de interponer recurso prejudicial para los órganos jurisdiccionales que conocen en última instancia, también prevé la posibilidad de que dicho recurso sea interpuesto, con carácter facultativo, por órganos jurisdiccionales que conocen en instancias inferiores.

Evidentemente, sólo el transcurso del tiempo pondrá de manifiesto si los objetivos buscados con la nueva normativa se cumplen o no.

Salamanca, enero 2006.

⁶³ E. RODRÍGUEZ PINEAU, “El nuevo Reglamento...”, *cit.*, p. 13.