

DOCUMENTO DE TRABAJO

EL ELEMENTO EXTRANJERO EN LOS PROCESOS DE MENORES

ALFONSO ORTEGA GIMÉNEZ

Profesor Titular de Derecho internacional privado

de la Universidad Miguel Hernández de Elche (Alicante)

alfonso.ortega@umh.es

ORCID: 0000-0002-8313-2070

Sumario: 1. Planteamiento: la protección de los menores en los casos internacionales. 2. Competencia judicial internacional y protección de menores. 3. Ley aplicable a las medidas de protección de menores. 4. Validez extraterritorial de decisiones y medidas de protección de menores. 5. Especial atención a la protección de menores y crisis matrimoniales internacionales. 6. Bibliografía consultada y recomendada.

1. Planteamiento: la protección de los menores en los casos internacionales.

Hasta hace pocos años, el concepto “derechos del niño” era absolutamente desconocido en todas las legislaciones del mundo. Sin embargo, en la actualidad, los derechos del niño, tanto en la esfera jurídico pública, -ejemplo: derecho a su salud y a su educación-, como en la esfera jurídico privada -ejemplo: derecho a relacionarse con sus padres-, se hallan reconocidos por muy diferentes textos legales. Tales textos pueden clasificarse en varios grupos:

1º) *Textos legales internacionales de carácter general que reconocen algunos “derechos del menor”*. Entre ellos, cabe citar: a) Declaración Universal de los derechos humanos de 10 diciembre 1948 (arts. 16.3, 25.2, 26.3); b) Pacto de derechos económicos, sociales y culturales, aprobado por Resolución de la AG de las Naciones Unidas 2200 (XXI) de 19 diciembre 1966 (arts. 10.1, 10.2, 11.1, 10.3 y 13); c) Pacto de derechos civiles y políticos, aprobado por Resolución de la AG de las Naciones Unidas 2200 (XXI) de 19 diciembre 1966 (arts. 10 y sobre todo, art. 24); d) Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales de 4 noviembre 1950 (arts. 1, 5.1, 6.1, 8.1, etc.). El TEDH admite que toda persona física, incluidos los menores, pueden activar los mecanismos legales de protección de los derechos humanos previstos en el CEDH; e) Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea hecha en Niza el 7 diciembre 2000 (especialmente, art. 24).

2º) *Textos legales internacionales específicos sobre los derechos del menor*. El más importante es, sin duda ninguna, la Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 noviembre 1989. Ha sido ratificado por todos los Estados miembros de la ONU, salvo Somalia y Estados Unidos. Varios datos deben subrayarse: (a) La Convención se aplica a todo niño “sujeto a la jurisdicción de los Estados partes” (art. 2), expresión polémica, pésima traducción al castellano del idioma francés, que deja poco claro a qué niños alcanza la Convención; (b) La cuestión más polémica sobre esta Convención es su posible “aplicabilidad directa”. Para que los particulares puedan invocar la Convención directamente ante las autoridades públicas y ante otros particulares, se exigen varios requisitos. Primero: la Convención debe haber sido incorporada al Derecho interno, algo indudable en el caso español. Segundo: el contenido del tratado debe ser suficientemente preciso para no necesitar una legislación interna de desarrollo, lo cual, salvo ciertas disposiciones concretas, parece también verificarse. Tercero: la Convención debe contener “derechos de los individuos” y no

sólo y exclusivamente “obligaciones para los Estados partes”. Este aspecto es muy controvertido: muchos preceptos de la Convención están claramente dirigidos a los Estados, *-ad ex.*: “los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento...” (art. 14.1)-, pero otros reconocen derechos directamente a los menores *-ad ex.*: “el niño [...] tendrá derecho a mantener [...] relaciones personales y contactos directos con ambos padres” (art. 10.2)-. El resultado es una interminable polémica sobre la (in)aplicabilidad directa de esta Convención. Ello ha sido muy notable en Francia: la *Cour de Cassation* optó en los años noventa por la “no aplicabilidad directa de la Convención” (Sent. 10 marzo 1993), mientras que el *Conseil d’État* admitió la “aplicabilidad directa” de algunos preceptos de la Convención. Es por ello que la doctrina (C. NEIRINCK / P.M. MARTIN) hablaba de que éste es un “tratado maltratado” por la *Cour de Cassation* (“*un traité maltraité*”). Sin embargo, la *Cour de Cassation* francesa ha reflexionado. Las Sents. 13 julio 2005, 18 mayo 2005, 14 junio 2005 y 22 noviembre 2005 aceptan la aplicabilidad directa de ciertos preceptos de la Convención, como el art. 3.1 (interés superior del niño) y art. 12.2 (audiencia al menor). En España la cuestión no parece grave. Explicación: el art. 3.1 LOPJM indica que “los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas....”, con lo que debe estimarse que los preceptos de la Convención que recogen “derechos del menor” son directamente aplicables en España.

3º) *Textos de Derecho español de producción interna*. Los más relevantes son la misma Constitución española (arts. 39 y 10) y la Ley orgánica de Protección jurídica del menor (muy especialmente, art. 3).

En el Derecho internacional privado. actual se encuentran instrumentos jurídicos que afrontan separadamente los diferentes aspectos que afectan a los menores en el contexto internacional, que hacen del menor el auténtico “centro de gravedad” de su normativa y que tienden a “eliminar” la regulación de DIPr. de producción interna.

La situación descrita pone de relieve varios datos: 1º) Existe un auténtico *overbooking* de instrumentos legales, nacionales e internacionales, relativos a los derechos del menor. Ello es producto de una “carrera política” en la que compiten organismos

internacionales e internos con el objetivo de apuntarse el “mérito político-propagandístico” de la protección del menor. El resultado es negativo, pues las contradicciones y la falta de coordinación entre estos textos legales pueden acabar por provocar un perjuicio al menor; 2º) Una excesiva protección del menor puede hacer que el “interés del menor” se convierta en un “principio autoatentatorio”. Es decir, la excesiva protección jurídica del menor puede hacer que ciertos particulares e instituciones renuncien a hacerse cargo de los menores debido a las extensa y exigentes obligaciones que ello comporta.

2. Competencia judicial internacional y protección de menores.

Para precisar la competencia judicial internacional en relación con la protección de menores, son aplicables distintos instrumentos legales: a) Reglamento 2201/2003 de 27 noviembre 2003; b) Convenio de La Haya de 5 octubre 1961 (protección de menores); c) LOPJ de 2015.

a) Reglamento 2201/2003. Caracteres básicos. En lo relativo a la protección de menores, cabe subrayar los siguientes caracteres del Reglamento 2201/2003.

1º) *Ámbito limitado del Reglamento 2201/2003.* El Reglamento 2201/2003 de 27 noviembre 2003 sólo regula la competencia judicial internacional y la validez extraterritorial de decisiones en “materia civil” relativa a la “responsabilidad parental” entre los Estados miembros de tal Reglamento, que son todos los Estados de la UE excepto Dinamarca. El Reglamento no regula la determinación de la “Ley aplicable” a la responsabilidad parental. El Derecho aplicable a la responsabilidad parental se precisa a través del Convenio de La Haya de 5 octubre 1961 sobre protección de menores y, en su caso, a través del art. 9.6 CC.

2º) *Prevalencia del Reglamento 2201/2003.* En la regulación de la competencia judicial internacional relativa a la responsabilidad parental, el Reglamento 2201/2003 prevalece sobre el Convenio de La Haya de 5 octubre 1961 [protección de menores], en las relaciones entre los Estados miembros en el Reglamento 2201/2003 y en las materias contempladas por tal Reglamento.

Concepto de “responsabilidad parental”. Se trata de un concepto jurídico complejo que exige perfilar varios datos.

1º) *Responsabilidad parental: concepto propio.* El concepto de “responsabilidad parental” es un concepto autónomo, propio del Reglamento 2201/2003 y cubre exclusivamente “materias civiles” (STJUE 27 noviembre 2007, *caso C*). Este concepto cubre también las medidas de protección de menores de “Derecho Público”, como la guarda administrativa (STJUE 27 noviembre 2007, *caso C*) o el acogimiento en centros públicos en casos de abandono de menores (STJCE 2 abril 2009, *menores C, D y E*). Por tanto, el concepto de “responsabilidad parental” no puede ni debe ser definido con arreglo a la Ley de ningún Estado miembro concreto. “Responsabilidad parental” no equivale a la noción española de “patria potestad”. El concepto “responsabilidad parental” no existe en Derecho Civil español.

2º) *Responsabilidad parental: concepto amplio.* La “responsabilidad parental” es un concepto muy extenso. Comprende “los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor” (art. 1.2, 1.3 y 2.7 R.2201/2003). Dicho concepto incluye, en particular: a) el derecho de custodia y derecho de visita; b) la tutela, la curatela y otras instituciones análogas; c) 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; d) el acogimiento del menor en una familia o en un establecimiento; e) las medidas de protección del menor ligadas a la administración, conservación o disposición de sus bienes; f) Las medidas de Derecho Público, como la guarda de un menor o su acogimiento en centros públicos en caso de abandono, siempre que sean medidas que no afecten a la educación y a la salud (STJUE 27 noviembre 2007, *caso C*, STJUE 2 abril 2009, *menores C, D y E*). Sin embargo, están excluidos del concepto (Cons.10 y art. 1.3 R.2201/2003): a) La determinación y la impugnación de la filiación; b) Las resoluciones sobre adopción y medidas que la preparan, y la anulación y revocación de la adopción; c) El nombre y apellidos del menor; d) La emancipación; e) Las obligaciones de alimentos; f) Los fideicomisos y las sucesiones; g) Las medidas adoptadas a consecuencia de infracciones penales cometidas por los menores; h) Las medidas relativas a la Seguridad Social; i) Las medidas de Derecho público de carácter

general en materia de educación y salud de menores; j) Las resoluciones relativas al derecho de asilo y a la inmigración.

3º) “Menor”: *relatividad del concepto*. El Reglamento 2201/2003 no contiene un concepto propio de “menor”. Grave descuido del legislador de la UE. Para definirlo habrá que acudir a las normas del DIPr. del Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto. Ello incrementa la “relatividad de soluciones” en la UE, lo que es negativo. En efecto, un sujeto puede ser considerado “menor” en un Estado miembro, pero “mayor de edad” en otro.

Competencia judicial internacional y “responsabilidad parental”. La cuestión se regula en la Sección Segunda del Capítulo II R.2201/2003. Con arreglo a tales disposiciones, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro del Reglamento 2201/2003, ya sean autoridades judiciales o administrativas, serán competentes para conocer de acciones relativas a la responsabilidad parental de los menores y también para modificar sentencias ya dictadas por tribunales de otros Estados (AAP Madrid 28 mayo 2010 [custodia y visita de menores con residencia habitual en España y sentencia ecuatoriana de divorcio], AAP Madrid 10 febrero 2010 [modificación de sentencia de divorcio dominicana]), en los siguientes casos.

Art. 8 R.2201/2003: competencia general. Son competentes en materia de responsabilidad parental, las autoridades del Estado miembro en el que el menor resida habitualmente en el momento en que se presenta el asunto ante la autoridad. Las autoridades del país de residencia habitual del menor son las que están en “mejor situación” para adoptar las “medidas de protección” del menor o medidas relativas a la “responsabilidad parental” del menor, ya que conocen de primera mano el “medio social en el que vive el menor” (AAP Burgos 29 julio 2010 [residencia dependiente, en España, de menores a efectos de nombramiento de defensor judicial en partición de herencia y padre con residencia temporal de facto en Austria], AAP Madrid 28 mayo 2010 [custodia y visita de menores con residencia habitual en España y sentencia ecuatoriana de divorcio], AAP Madrid 10 febrero 2010 [modificación de sentencia de divorcio dominicana y menor con residencia habitual en España], AAP Barcelona 21

septiembre 2006 [menor y padres colombianos todos ellos con residencia habitual en España], AAP Madrid 16 enero 2009 [menor con residencia habitual en Polonia]).

b) Competencia judicial internacional y protección de menores en el Convenio de La Haya de 5 octubre 1961 (protección de menores). Este Convenio regula la competencia judicial internacional en materia de protección de menores y la Ley aplicable a la cuestión. Sin embargo, en la actualidad, el Convenio de La Haya de 5 octubre 1961 no es aplicable en cuestiones de competencia judicial internacional y de validez extraterritorial de decisiones en materia de “protección de menores” en las relaciones entre los Estados miembros del Reglamento 2201/2003, a partir del 1 marzo 2005. En tal caso, se aplica el Reglamento 2201/2003. Queda a salvo el caso del art. 14 R.2201/2003: se aplica el Convenio de La Haya de 5 octubre 1961 y el art. 22 LOPJ cuando ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro tiene competencia para decidir del asunto con arreglo a los arts. 8-13 R.2201/2003.

c) Competencia judicial internacional y protección de menores en el artículo 22 LOPJ. Reducción práctica de su ámbito de aplicación. Este precepto determina la competencia judicial internacional de los tribunales españoles pero sólo en defecto del Reglamento 2201/2003 y del Convenio de La Haya de 5 octubre 1961 [protección de menores] (erróneamente: SAP Barcelona 1 abril 2003, SAP Lleida 10 febrero 2003, SAP Madrid 25 abril 2005, AAP Salamanca 30 noviembre 2005, AAP Barcelona 14 mayo 2008 [guarda y custodia de menor francesa sumisión de las partes a los tribunales españoles y aplicación errónea del art. 22 LOPJ], AAP Barcelona 27 marzo 2008 [guarda y custodia, visitas y pensión de menor ecuatoriano], erróneamente, AAP Tarragona 30 enero 2009 [menor marroquí]). En concreto, el art. 22 LOPJ es aplicable sólo si el menor no tiene su residencia habitual en un Estado parte en el Convenio de La Haya de 5 octubre 1961, ni en un Estado miembro del Reglamento 2201/2003. Nótese que si el menor tiene su residencia habitual en otro Estado miembro, lo más frecuente será que los jueces españoles carezcan de competencia en materia de protección de menores.

3. Ley aplicable a las medidas de protección de menores.

La protección de menores se lleva a cabo, en Derecho español, a través de diversas instituciones jurídicas.

1º) *Patria potestad*. La Ley aplicable a la patria potestad es la Ley nacional del menor (art. 9.4 CC).

2º) *Otras medidas de protección de menores*. En defecto de patria potestad, existen diversas medidas de protección de los menores (*patrem habenti tutor non datur*). La más importante, en Derecho español, es la tutela. La determinación de la Ley aplicable a estas medidas de protección de los menores en casos internacionales se lleva a cabo mediante los siguientes instrumentos legales: a) Convenio de La Haya de 5 octubre 1961 sobre protección de menores; b) Convenio de La Haya de 12 junio 1902 sobre tutela de menores; c) En defecto de aplicación de los Convenios citados, se aplica el art. 9.6 CC.

a) Convenio de La Haya de 5 octubre 1961: Ley aplicable a las “medidas de protección del menor”. El Convenio de La Haya de 5 octubre 1961 determina la “Ley aplicable” a la protección de menores, pues el Reglamento 2201/2003 no se ocupa de la cuestión. Las reglas del Convenio sobre “Ley aplicable” son las siguientes.

1º) *Regla general: Lex fori in Foro Proprio*. Toda autoridad competente en virtud del Convenio adoptará las medidas de protección establecidas por su *Ley interna* (arts. 2 y 4 Convenio). Es la regla *Lex Fori in Foro Proprio*. Esta remisión en favor de la “Ley interna” debe entenderse como una remisión en favor de la Ley sustantiva o material del Estado cuyas autoridades son competentes para conocer del asunto. Por tanto, en el caso español, si las autoridades españolas son competentes, aplicarán la normativa española material y no el art. 9.6 CC, que establece la “Ley aplicable a la tutela y demás instituciones de protección del menor”.

2º) *Casos de urgencia*. En “casos de urgencia” (art. 9 Convenio) o en caso de “peligro serio” (art. 8 Convenio), el Convenio no indica qué Ley estatal es aplicable. Algunos autores estiman que, en tales casos, la autoridad debe aplicar también su “Ley interna”. Otros autores entienden que son aplicables las normas de DIPr. del Estado

cuyas autoridades intervienen. Ello permitiría, en el caso español, aplicar el art. 9.6 CC para fijar la Ley aplicable a la protección de menores en casos de urgencia y de peligro serio para el menor.

1. “Medidas de protección”: ámbito de la Ley aplicable. Según el art. 2.II y 4.II Convenio de La Haya de 5 octubre 1961, la Ley aplicable regula las siguientes cuestiones: 1º) Las condiciones para el establecimiento, modificación y cesación de las medidas de protección del menor; 2º) Los efectos de tales medidas, tanto en lo que concierne a las relaciones entre el menor y las personas o instituciones a cuyo cargo esté, como respecto de terceros. Se incluyen los efectos internos de las medidas de protección, esto es, las relaciones entre el menor y los sujetos o instituciones que lo tienen a su cargo. Así pues, se cubre, por ejemplo, la cuestión de saber si el menor puede cambiar de residencia habitual sin el consentimiento de las personas o instituciones que lo protegen. También se incluyen los efectos externos de dichas medidas, como la representación del menor.

2. Convenio de La Haya de 5 octubre 1961: Ley aplicable a las “relaciones de autoridad”. Las “relaciones de autoridad resultantes de pleno derecho” son mecanismos de protección del menor y/o sus bienes que no son constituidas por una autoridad, sino que nacen directamente de la Ley. Es el caso de la patria potestad. En algunos países, también cubre el caso de la atribución de la guarda y custodia del menor en casos de divorcio cuando dicha medida se toma por mutuo acuerdo entre los ex-esposos y sin intervención judicial.

Estas “relaciones de autoridad” se rigen por el art. 3 del Convenio de La Haya de 1961. El precepto indica que, en todos los Estados partes, se reconocerá una relación de autoridad resultante de pleno derecho de la Ley interna del Estado del que es *nacional* el menor. Se trata de una disposición muy oscura y que ha suscitado interpretaciones divergentes. La más convincente es la que afirma que las autoridades del país de residencia habitual del menor pueden adoptar nuevas medidas de protección del menor y/o sus bienes con arreglo a la Ley del país de residencia habitual del menor, pero debe tratarse de “medidas” previstas en la Ley nacional del menor.

De todos modos, la competencia judicial internacional para decidir sobre estas “relaciones de autoridad” se rige, en España, a partir del 1 marzo 2005, por el Reglamento 2201/2003, que maneja un concepto de “responsabilidad parental” que incluye toda medida de protección del menor, ya sea acordada “en virtud de una resolución judicial”, o “por ministerio de la ley” o “por un acuerdo con efectos jurídicos”. Los problemas que suscita este art. 3 del Convenio de La Haya de 5 octubre 1961 sí permanecen a la hora de precisar la “Ley aplicable” a estas “relaciones de autoridad”.

3. Convenio de La Haya de 12 junio 1902 y Ley aplicable a la tutela de menores. Este Convenio ya más que centenario, está todavía vigente para España. Cuando el menor es nacional de Rumanía o Bélgica y debe constituirse una “tutela” sobre él, se aplica el Convenio de La Haya de 12 junio 1902 sobre tutela de menores. Dicha tutela se rige por la “Ley nacional del menor” (art. 1 Convenio de La Haya de 1902).

b) Artículo 9.6 CC y Ley aplicable a las “medidas de protección del menor”. Cuando el menor tiene su residencia habitual en un Estado miembro de la UE pero que no es un Estado parte en el Convenio de La Haya de 5 octubre 1961, por ejemplo Irlanda, entonces dicho Convenio internacional no puede aplicarse para fijar la Ley aplicable. La Ley aplicable a la “protección de menores” se fijará a través del art. 9.6 CC. Según dicho precepto, la tutela y las demás medidas de protección del menor se rigen por la Ley nacional del menor.

1º) *Vértigo de la Ley nacional.* La aplicación de la Ley nacional del menor es inconveniente y refleja el “vértigo de la Ley nacional”. Sería mucho más adecuado que la Ley aplicable a la protección de menores fuese la Ley del país de su residencia habitual, porque dicha Ley es la que se corresponde con el medio social en el que se halla integrado el menor. Ello haría aplicable una Ley previsible para las partes involucradas, lo que quiere decir que dicha regla reduciría los costes de información sobre la Ley aplicable.

2º) *Medidas provisionales relativas a menores*. En el caso de medidas provisionales sobre los menores, el art. 9.6.I *in fine* CC indica que tales medidas se rigen por la Ley de la residencia habitual del menor.

3º) *Medidas de carácter protector y educativo*. El art. 9.6.III CC es una norma de extensión que precisa que se aplicará la Ley española para adoptar medidas de carácter protector y educativo respecto de menores o incapaces abandonados que se hallen en territorio español. Esta última regla cubre también casos de menores en situación de “desamparo” (con criterio dudoso: SAP Barcelona 12 marzo 2009 [divorcio entre cónyuges marroquíes]).

4. Validez extraterritorial de decisiones y medidas de protección de menores.

Esta cuestión está regulada por diversos instrumentos legales: 1º) Reglamento 2201/2003, aplicable a las resoluciones dictadas en cualquier Estado de la UE excepto Dinamarca; 2º) En su defecto, Convenio de La Haya de 5 octubre 1961 (protección de menores), de los Convenios bilaterales que todavía sean aplicables.

a) Reglamento 2201/2003 y validez extraterritorial de decisiones en materia de protección de menores. El Reglamento 2201/2003 regula el reconocimiento de estas decisiones y también su *exequatur*. Varios aspectos deben destacarse al respecto.

a) Reconocimiento incidental. Las resoluciones relativas a la protección de menores (“responsabilidad parental”) se reconocen “de modo incidental”, es decir, sin necesidad de acudir a un “procedimiento específico” previo (art. 21 R.2201/2003). Ahora bien, “reconocimiento incidental” no equivale a “reconocimiento automático” o “sin posibles motivos de rechazo”. En efecto, todo reconocimiento incidental debe superar, siempre, un control legal (SAP Barcelona 4 marzo 2009 [modificación de medidas acordadas en sentencia francesa]). En relación con el reconocimiento incidental, debe tenerse en cuenta, en efecto, lo siguiente: 1º) No se puede controlar la competencia del órgano jurisdiccional de origen (art. 24 R.2201/2003), aunque cabe sostener que en España no

deben reconocerse, por vulnerar el orden público internacional español, las resoluciones dictadas sobre foros exorbitantes; 2º) Está prohibida la “revisión del fondo” de la resolución extranjera (art. 26 R.2201/2003); 3º) Cabe reconocer resoluciones judiciales no firmes. En dicho caso, se podrá suspender el procedimiento de reconocimiento si una resolución dictada en otro Estado miembro fuere objeto de un recurso ordinario; 4º) Es competente para otorgar el reconocimiento incidental de la resolución extranjera en España, la autoridad española que esté conociendo del asunto principal en cuyo contexto se invocan los efectos legales de tal resolución extranjera (SAP Barcelona 4 marzo 2009 [modificación de medidas acordadas en sentencia francesa]); 5º) Pueden ser objeto de reconocimiento todas las resoluciones judiciales dictadas por órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en las materias cubierta por el Reglamento 2201/2003, pero no las resoluciones en cuya virtud se adoptan medidas provisionales o cautelares (art. 20 R.2201/2003) (STJUE 15 julio 2010, as. C-256/09, *Bianca Purrucker*, FD 83-84-85-86), medidas que pueden, además, referirse a materias excluidas del Reglamento 2201/2003.

b) Reconocimiento por homologación. Las resoluciones relativas a la protección de menores (“responsabilidad parental”) pueden también ser objeto de un “reconocimiento” o un “no reconocimiento” por homologación. Tal reconocimiento no reconocimiento surte efectos legales *erga omnes* (art. 21.3 R.2201/2003) (STJUE 11 julio 2008, *Inga Rinau*). A tal efecto, se seguirán los trámites procedimentales del *exequatur* recogidos en el Reglamento 2201/2003. En el caso de solicitud de “no reconocimiento”, sin embargo, la parte contra la que se insta ese no reconocimiento “no puede ser privada de la posibilidad de presentar alegaciones” (STJUE 11 julio 2008, *Inga Rinau*).

c) Motivos de denegación del reconocimiento. Es necesario superar un “reconocimiento”. Éste se puede denegar si concurre alguno de los “motivos de denegación del reconocimiento” de estas resoluciones (art. 23 R.2201/2003) y que son los siguientes: 1º) Reconocimiento manifiestamente contrario al *orden público del Estado miembro requerido*, teniendo en cuenta el interés superior del menor; 2º) Resoluciones dictadas, excepto en casos de urgencia, sin haber dado posibilidad de *audiencia al menor*, en violación de principios fundamentales de procedimiento del

Estado miembro requerido; 3º) Resoluciones dictadas en rebeldía con infracción de derechos de defensa; 4º) Resoluciones dictadas sin haber dado posibilidad de *audiencia* a cualquier persona que alegue que la resolución menoscaba el ejercicio de su responsabilidad parental; 5º) Resolución *inconciliable* con otra dictada posteriormente en relación con la responsabilidad parental en el Estado miembro requerido; 6º) Resolución *inconciliable* con otra dictada posteriormente en relación con la responsabilidad parental en otro Estado miembro o en el Estado no miembro de residencia habitual del menor, siempre y cuando la resolución dictada con posterioridad reúna las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado miembro requerido; 7º) Falta de observancia del *procedimiento* previsto en el art. 56 R.2201/2003.

Reglamento 2201/2003: exequatur de resoluciones en materia de responsabilidad parental. El Reglamento 2201/2003 regula la cuestión en la Sección 2 del Capítulo III del mismo. El *exequatur* es todavía inevitable: no se ha suprimido (art. 28 R.2201/2003). Al respecto cabe subrayar varios datos.

1º) *Competencia para librar el exequatur.* La solicitud de declaración de ejecutoriedad o *exequatur* se presentará ante uno de los órganos jurisdiccionales indicados en la lista que cada Estado miembro ha de comunicar a la Comisión de conformidad con el art. 68 R.2201/2003 (art. 29 R.2201/2003). Es competente territorialmente: (a) El tribunal correspondiente al lugar de residencia habitual de la persona contra la que se solicite la ejecución o el correspondiente al lugar de residencia habitual del menor o menores a quienes se refiera la solicitud; (b) En defecto del foro anterior, la competencia territorial se determina por el lugar de ejecución.

2º) *Procedimiento.* Las modalidades de presentación de la solicitud se rigen por el Derecho Procesal del Estado miembro requerido (art. 30 R.2201/2003 y arts. 951-958 LEC 1881). Se deben presentar, junto a la “solicitud de ejecución”, los documentos mencionados en los arts. 37 y 39 R.2201/2003. Cuando las autoridades españolas expiden la resolución, la deben adoptar de forma separada y mediante providencia, a través del formulario contenido en el Anexo II R. 2201/2003 (Disp. Final 22ª LEC y Ley 19/2006 de 5 junio).

3º) *Tiempo*. El órgano jurisdiccional ante el que se presente la solicitud se pronunciará “en breve plazo” (art. 31 R.2201/2003). En esta fase del procedimiento no podrán presentar alegaciones ni el menor ni la persona contra la cual se solicite la ejecución.

4º) *Denegación del exequatur*. Cabe denegar el *exequatur* si concurre alguno de los motivos al efecto previstos en el art. 22 R.2201/2003, que son los mismos motivos para el posible rechazo del “reconocimiento” de una resolución de responsabilidad parental.

5º) *Recurso*. Cabe un recurso contra la decisión relativa al *exequatur*. El recurso sigue un procedimiento contradictorio. La resolución que resuelve el recurso puede, a su vez, ser recurrida (art. 34 R.2201/2003).

6º) *Resoluciones no firmes*. Cabe presentar a *exequatur* resoluciones judiciales *no firmes*. En tal caso, puede suspenderse el procedimiento si la resolución extranjera es objeto de un recurso ordinario en el Estado miembro de origen (art. 35 R.2201/2003).

7º) *Exequatur parcial*. Cabe acordar un *exequatur parcial* (art. 36 R.2201/2003).

b) Validez extraterritorial de las medidas de protección de menores en el Convenio de La Haya de 5 octubre 1961. Varios aspectos deben subrayarse.

1º) Las reglas que contiene este Convenio al respecto sólo son aplicables si el Reglamento 2201/2003 no es aplicable al concreto supuesto y si las medidas han sido acordadas por un Estado contratante parte en el Convenio de 5 octubre 1961. Ejemplo: medidas de protección de un menor adoptadas por tribunal turco.

2º) El Convenio contiene una regla importante (art. 7 CH 1961): las medidas de protección de menores acordadas por las autoridades competentes en virtud del Convenio se reconocen en todos los Estados contratantes. Se trata de un “reconocimiento de pleno derecho” que cubre el efecto constitutivo de estas decisiones. No se precisa inscripción, ni *exequatur* ni cualquier otro procedimiento. Sólo puede denegarse este reconocimiento en el caso de que la decisión vulnere el orden público del Estado requerido. Están incluidas las medidas a adoptar en casos de urgencia (art. 9 Convenio), pero no las medidas adoptadas en “caso de peligro” (art. 8 Convenio), que *pueden* ser reconocidas, aunque no se obliga a los Estados partes a su reconocimiento.

3º) El art. 7 CH 1961 no es aplicable a los efectos en España de las resoluciones dictadas en los Estados miembros del Reglamento 2201/2003, a partir del 1 marzo 2005.

5. Especial atención a la protección de menores y crisis matrimoniales internacionales.

a) Competencia judicial internacional: la “dispersión jurisdiccional del pleito internacional”. Para decidir sobre la competencia judicial internacional en casos de crisis matrimoniales, se sigue un sistema de “dispersión jurisdiccional del pleito”. Ello significa que cada cuestión se trata independientemente con arreglo a sus propias normas de DIPr. Ello provoca una “multiplicación de normas de DIPr. aplicables”, que complican la resolución del caso. Para paliar en cierta medida esta “dispersión jurisdiccional del pleito internacional”, el Reglamento 2201/2003 de 27 noviembre 2003, trata de “concentrar” ciertos aspectos bajo la competencia del mismo tribunal o autoridad. Varios aspectos deben distinguirse.

1º) *Competencia judicial internacional en lo relativo a la disolución o relajación del vínculo matrimonial.* Se determina con arreglo al Reglamento 2201/2003, o en su defecto, el art. 22.3 LOPJ (foros en materia matrimonial).

2º) *Competencia judicial internacional en lo relativo a las medidas de protección de los hijos.* Es aplicable el Reglamento 2201/2003. Dicho Reglamento 2201/2003 indica que los tribunales del Estado miembro que son competentes para conocer de la crisis matrimonial a través de uno de los foros recogidos en el art. 3 R.2201/2003, *también* tendrán competencia en las cuestiones relativas a la “responsabilidad parental vinculadas a dicha demanda” si se verifican estos tres requisitos cumulativos (art. 12 R.2201/2003) (sent. Cass. Francia 3 diciembre 2008) (CH. CHALLAS): (a) Que al menos uno de los cónyuges ejerza la responsabilidad parental sobre el menor; (b) Que los cónyuges o los titulares de la responsabilidad parental hayan aceptado la competencia de dichos tribunales expresamente o de cualquier otra forma inequívoca en el momento de someter el asunto ante los mismos; (c) Que la competencia judicial internacional de dicho tribunal responda al interés superior del menor. Es indiferente el país de la “residencia habitual” de tales hijos, ya sea un “Estado miembro” o un “tercer Estado”. Lo que persigue el Reglamento 2201/2003 con esta regulación es, en primer lugar,

garantizar la proximidad entre el juez competente para conocer del divorcio y la cuestión de la responsabilidad parental y en segundo lugar, proteger el interés del menor (CH. CHALLAS). En defecto de este Reglamento 2201/2003, se aplicará el Convenio de La Haya de 5 octubre 1961 (erróneamente: AAP Tarragona 12 enero 2006).

3º) *Competencia judicial internacional en lo relativo a los alimentos debidos a los hijos.* Es aplicable el Reglamento 4/2009.

4º) *Competencia judicial internacional en lo relativo a la pensión compensatoria debida, en su caso, a un cónyuge.* Es aplicable el Reglamento 4/2009.

5º) *Competencia judicial internacional en lo relativo al uso y disfrute de la vivienda familiar.* Es aplicable el art. 22 LOPJ (foros en materia matrimonial).

6º) *Competencia judicial internacional en lo relativo a la disolución del régimen económico matrimonial.* Es aplicable el art. 22 LOPJ (foros en materia matrimonial).

b) Ley aplicable a los mecanismos de protección del menor en casos de crisis matrimonial. Este aspecto es muy complejo. Varios supuestos pueden distinguirse.

1º) Si el menor reside habitualmente en España y los tribunales españoles son competentes para conocer de la crisis matrimonial con arreglo al Reglamento 2201/2003, es aplicable el art. 2 Convenio de La Haya de 5 octubre 1961. Por tanto, las “medidas de protección de los menores” se regirán por la “Ley material española” que es la “Ley interna del país de residencia habitual del menor”.

2º) Si el menor reside habitualmente en otro Estado, ya sea un Estado miembro o no del Reglamento 2201/2003, pero que es un Estado parte en el Convenio de La Haya de 5 octubre 1961 y las autoridades españolas pueden conocer de la responsabilidad parental del menor pese a que éste no reside en España, surge una *laguna legal*: ¿qué Ley será aplicable a las medidas de protección del menor? El Convenio de La Haya de 5 octubre 1961, aunque es plenamente aplicable al supuesto, no ha previsto una solución específica. Puede utilizarse la regla *Lex Fori in Foro Proprio* que se deduce de los arts. 2 y 4 Convenio de La Haya de 5 octubre 1961. En suma: el tribunal español aplicará a la responsabilidad parental su propia *Ley interna*, es decir, la Ley material española, que no será ni la Ley del país de la “residencia habitual del menor” y puede que no sea tampoco la “Ley nacional del menor”.

3º) Si el menor reside en un Estado que no es parte en el Convenio de La Haya de 5 octubre 1961, -caso de USA-, y son competentes los tribunales españoles para conocer de la crisis matrimonial, tribunales que también son competentes para conocer de la guarda y custodia de los hijos del matrimonio, resulta que el Convenio de La Haya de 5 octubre 1961 no es aplicable al caso. Por tanto, la Ley aplicable a la protección de tales menores debe fijarse a través del art. 9.6 CC: “Ley nacional del hijo”. Ello es muy relevante, pues de la “Ley nacional del menor” dependen cuestiones cruciales en las que los conflictos de Leyes son muy acusados, como la “custodia compartida” ordenada por el juez (art. 92.8 CC reformado por Ley 15/2005 de 8 de julio).

La jurisprudencia española en la materia es variable, imprecisa y con frecuencia, equivocada, nacionalista y de baja calidad (SAP Las Palmas Gran Canaria 31 mayo 1993, SAP Bilbao, Sec.2ª, 24 mayo 1993, SAP Burgos 25 junio 1997, SAP Barcelona 12 noviembre 1999, SAP Barcelona 30 septiembre 2003).

6. Bibliografía consultada.

CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier (Dir.), *Compendio de Derecho internacional privado*, Rapid Centro Color, Murcia, 2021.

CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier (Dir.), *Derecho internacional privado*, Volúmenes I y II, Comares, Granada, 2018.

ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso, “Competencia judicial internacional y la determinación de la Ley aplicable en casos de crisis matrimoniales internacionales (nulidad matrimonial, separación judicial y divorcio)”, en *Revista Economist & Jurist*, Número 241, Difusión Jurídica, Barcelona, junio 2020, pp. 26-37.

ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso, HEREDIA SÁNCHEZ, Lerdys S Y LORENTE MARTÍNEZ, Isabel, *Materiales de Derecho Internacional Privado para el Grado en Derecho*, Difusión Jurídica, Madrid, 2020.

ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso y HEREDIA SÁNCHEZ, Lerdys S., “Efectos jurídicos de la determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados. La polémica que no termina”, en CEBRIÁN SALVAT, María Asunción y LORENTE MARTÍNEZ, Isabel, *Protección de menores y Derecho internacional privado*, Colección Ciencia Jurídica y Derecho internacional, Comares, Granada, octubre 2019, pp. 19-34.