

Catalina
Perazzo
Aragoneses



Instituto Universitario de Estudios sobre Migraciones

ALGUNAS CUESTIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN TORNO AL ACOGIMIENTO TRANSFRONTERIZO

Autor: Catalina Perazzo Aragoneses
Director: Isabel E. Lázaro González

ALGUNAS CUESTIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN TORNO AL ACOGIMIENTO TRANSFRONTERIZO

MADRID | diciembre 2022



ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS	5
ABREVIATURAS.....	7
CAPÍTULO I ASPECTOS INTRODUCTORIOS	9
1.1 Interés del tema y estado del arte.	9
1.2 El objeto de la tesis y la pregunta de investigación.....	23
1.3 La investigación.	26
1.4 La estructura de la tesis.	36
CAPÍTULO II ACOGIMIENTO TRANSFRONTERIZO.....	39
2.1 El acogimiento transfronterizo como medida de cuidado alternativo en el marco de los derechos de la infancia y la adolescencia	40
2.1.1 Medidas de cuidado alternativo en el marco de los derechos de la infancia y la adolescencia.	40
2.1.2 Evaluación y determinación del interés superior del niño en la elección de la medida de cuidado alternativo más adecuada.	45
2.1.3 Acogimientos con componentes internacionales que no son acogimientos transfronterizos conforme a las normas de Derecho Internacional Privado aplicables.	54
2.1.4 Conclusión.....	59
2.2 Antecedentes y regulación actual del acogimiento transfronterizo.	60
2.2.1 El marco convencional.	62
2.2.1.1 Antecedentes.	62
1. Los trabajos de la Primera Comisión Especial: del Informe DYER al primer borrador del CH96. ..	64
a) El ámbito material de aplicación.....	67
b) La colocación transfronteriza del niño.	69
c) La cooperación entre autoridades.	72
2. El Acta de la XVIII sesión de la Conferencia de La Haya.....	74
3. Remisión al Convenio de La Haya sobre Adopción internacional de 1993.....	80
2.2.1.2 Regulación vigente: el CH96.	86
1. Ámbito material de aplicación.....	86
2. Cooperación entre autoridades.....	88
3. Colocación transfronteriza.	90
2.2.2 El marco comunitario.	99
2.2.2.1 Antecedentes.	99
1. Antecedentes del RBIIbis.	99
a) El ámbito material de aplicación.....	100
b) Acogimiento transfronterizo.	102
2. El artículo 56 del RBIIbis.	104
3. Jurisprudencia del TJUE: el caso Health Executive Service.	112
a) Asunto y cuestiones prejudiciales planteadas ante el TJUE.	113
b) Conclusiones.	126
4. De RBIIbis a RBIIter.	128
a) Obstáculos en la aplicación práctica del RBIIbis.	130
b) El irremediable paso del tiempo y su impacto en los derechos del niño/a como consecuencia común de los obstáculos expuestos.	144
c) El proceso de refundición: la propuesta y debates en torno a esta.	145
2.2.2.2 Regulación vigente: el artículo 82 RBIIter.	149
1. Ámbito material de aplicación.....	149

2. Acogimiento transfronterizo.	151
2.2.3 La regulación española del acogimiento transfronterizo.	160
2.2.3.1 Los acogimientos transfronterizos en y desde España: la práctica.	163
2.2.3.2 Antecedentes.	166
2.2.3.2 Regulación vigente.	171
1. Solicitudes de acogimiento transfronterizo en España.	174
a) Las características del procedimiento.	174
b) Las autoridades implicadas y su papel en el procedimiento.	177
c) Los motivos de denegación de la solicitud.	181
2. Solicitudes de acogimiento transfronterizo emitidas desde España a otro Estado.	183
a) Modalidades de acogimiento excluidas.	184
b) Las autoridades competentes para valorar la propuesta y emitir autorización.	185
c) La valoración de la idoneidad del centro o la familia de acogida.	186
3. La determinación del interés superior del niño por las autoridades españolas ante una medida de acogimiento transfronterizo.	187
2.3 Conclusión.	198
CAPÍTULO III CUESTIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN EL ACOGIMIENTO TRANSFRONTERIZO.	201
3.1 Competencia: la cuestión de la residencia habitual.	202
3.1.1 Las autoridades del Estado donde el menor tiene su residencia habitual ejercen la competencia en base a la regla general.	204
3.1.2 Las autoridades del Estado en el que se encuentra el menor ejercen la competencia en base a la norma particular/ excepcional que se aplica cuando la residencia habitual no puede ser determinada.	208
3.2 La eficacia extraterritorial de las resoluciones extranjeras de acogimiento transfronterizo.	213
3.2.1 Algunas causas de denegación del reconocimiento de las resoluciones sobre acogimiento transfronterizo.	216
3.2.2 Manifiestamente contrario al Orden Público, teniendo en cuenta el Interés Superior del Niño: tratamiento general.	219
3.2.2.1 Orden Público, tratamiento general.	220
3.2.2.2 El contenido de la excepción de Orden Público teniendo en cuenta el Interés Superior del Niño ante el reconocimiento de una resolución de acogimiento transfronterizo.	227
3.2.2.3 Conclusión.	240
3.2.3 Audiencia del menor: derecho del niño a ser escuchado.	240
3.2.3.1 Contenido esencial del derecho del niño a ser escuchado.	241
3.2.3.2 El derecho del niño a ser escuchado en instrumentos de DIPR de responsabilidad parental.	245
3.2.3.3 La ausencia de oportunidad de audiencia del menor en el procedimiento de adopción de una resolución sobre responsabilidad parental como motivo de denegación de su reconocimiento (y ejecución).	253
3.2.3.4 El derecho del niño a ser escuchado en los procedimientos de acogimiento transfronterizo.	262
3.2.3.5 Conclusión.	266
3.2.4 Infracción del procedimiento de cooperación entre autoridades en supuestos de acogimiento transfronterizo.	267
3.2.4.1 Un procedimiento de cooperación de carácter obligatorio: antecedentes y regulación actual.	267
3.2.4.2 La infracción del procedimiento como causa de denegación del reconocimiento.	275
3.2.4.3 Conclusión.	279
3.2.5 Conclusión.	279
CAPÍTULO IV CONCLUSIONES.	281
CAPÍTULO V RECOMENDACIONES.	285
DOCUMENTACIÓN.	288
BIBLIOGRAFÍA.	288

ANEXO I..... 323
ANEXO II.....¡Error! Marcador no definido.

AGRADECIMIENTOS

Madrid- Ceuta- San Lorenzo de El Escorial- Alcalá de Henares, 2022

Isabel, gracias infinitas por ayudarme a encontrar y seguir mi camino, por aceptar mi caos y mi sentido del humor. Este proyecto no sería posible sin tu generosidad.

Mis amores, Jairo y Malena, espero que lo que me ha hecho llegar hasta aquí os inspire para seguir vuestros sueños con determinación.

A mis amigas, porque sola no se recorre el camino, porque alimentan mi corazón y mi alma.

A mi equipo y familia de Save the Children, por enseñarme cada día a luchar por una sociedad más justa, por aguantarme con mis excentricidades y mi fuego, por evidenciar que merece la pena.

"Humanity owes the child the best it has to give"
Eglantyne Jebb.

ABREVIATURAS

ACNUR: Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados

BOE: Boletín Oficial del Estado

CDN: Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas.

CE: Constitución Española

CEDH: Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

CNUDN: Convención de Naciones Unidas de los Derechos del Niño (UNCRC en inglés)

CH: Conferencia de La Haya

CH61: Convenio de 5 de octubre de 1961 sobre Competencia de Autoridades y Ley Aplicable en Materia de Protección de Menores

CH70: Convenio relativo a la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil, hecho en La Haya el 18 de marzo de 1970.

CH80: Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980.

CH93: Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993.

CH96: Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993.

COREPER: Comité de Representantes Permanentes de los Gobiernos de los Estados miembros de la Unión Europea

DIPR: Derecho Internacional Privado

DOUE: Diario Oficial de la Unión Europea

HCCH: Conferencia de La Haya del Derecho Internacional Privado

HSE: Health Executive Service

interés superior del niño: Interés superior del niño.

LCJIC: Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil

LJV: Ley de Jurisdicción Voluntaria

LO: Ley Orgánica

LOPVI: Ley Orgánica 8/2021 de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial

LOPJM: Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor

OG: Observación General.

PPU: Procedimiento Prejudicial de Urgencia

RBIIbis: Reglamento Europeo 2201/2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental

RBIIter: Reglamento Europeo 111/2019 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores

REDI: Revista Española de Derecho Internacional

STEDH: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

UE: Unión Europea

UNICEF: Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia

UNRWA: Agencia de Naciones Unidas para los Refugiados de Palestina en Oriente Próximo

CAPÍTULO I

ASPECTOS INTRODUCTORIOS

1.1 Interés del tema y estado del arte.

La aprobación en 1989 de la Convención de Naciones Unidas de los Derechos del Niño (CNUDN)¹ supuso un hito en el reconocimiento de los niños y niñas como sujetos de derechos². Los Estados han incorporado esa Convención- como tratado internacional- a sus sistemas jurídicos. Además, estos derechos se han incorporado a otros tratados y a normas internas. De todos ellos emanan obligaciones para los Estados de actuar para garantizarlos, pero también de eliminar los obstáculos que puedan existir para su efectivo y pleno disfrute por parte de sus titulares, en este caso, los niños, niñas y adolescentes³. En ellos se reconoce a la familia como el núcleo de la sociedad y el espacio en el que niños y niñas ven mejor garantizado su bienestar y pleno desarrollo. En este sentido, salvo que resulte contrario a su interés superior no se deberá separar al niño de su familia y se promoverá su mantenimiento en ella. Sin embargo, cuando la separación deba tener lugar para efectivamente garantizar los derechos del niño y este se encuentre así privado de cuidado parental, los Estados deberán ofrecerle una protección especial a través de medidas de cuidado alternativo.

¹ La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989 (RCL 1990, 2712).

² Sobre la evolución en el reconocimiento del niño como sujeto de derechos: LÁZARO GONZÁLEZ, I. E., Notas para una redefinición de la infancia en términos de justicia, lección inaugural pronunciada en la Universidad Pontificia Comillas en el curso académico 2021-2011, p. 2.

³ A ello se refiere CILLERO BRUÑOL como principio de efectividad de los derechos cuando establece que *“El desafío central que pretende vencer la CDN es pasar del mero reconocimiento de derechos y su proclamación, a la protección efectiva de ellos, a su satisfacción real”* en CILLERO BRUÑOL, M. Infancia, Autonomía y Derechos: una Cuestión de Principios, *Revista Infancia, Boletín del Instituto Interamericano del Niño*, núm. 234, 1997, pp. 1-15.

En todas las decisiones que afecten a un niño el interés primordial al que se atenderá es el interés superior del niño evaluando las circunstancias particulares del caso y el cumplimiento de los derechos del niño individualmente considerado, se debe ponderar la opción que mejor responde a sus necesidades. Esta evaluación y determinación del interés superior del niño debe llevarse a cabo de manera formal, tanto para decidir si el niño debe ser separado de su familia como para elegir la mejor medida de cuidado alternativo, en su caso. La solución prioritaria debe ser el acogimiento familiar, ya sea en familia extensa o familia ajena, para así garantizar el derecho del niño a vivir en familia y reducir el impacto de la ausencia de cuidado parental en su desarrollo y bienestar. Sin embargo, deben existir también estándares para asegurar que este derecho se respeta en el marco de modalidades de acogimiento residencial.

De acuerdo con las Directrices de Naciones Unidas de Medidas de Cuidado Alternativo⁴, los Estados deben ofrecer un abanico amplio de medidas para garantizar la especial protección que requieren los niños y niñas privados de cuidado parental. Esta responsabilidad debe ser atendida tanto desde el ámbito internacional como desde el regional y el estatal.

En este sistema de protección de los derechos de la infancia y la adolescencia, con la entrada en vigor en España en 2009 del Convenio de La Haya de 1996 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (CH96)⁵ nos pareció relevante estudiar las posibilidades que este instrumento ofrecía para promover un mayor respeto de estos⁶. La Conferencia de La Haya-organización internacional en la que debe enmarcarse este Convenio- tiene por objetivo «trabajar para la unificación progresiva de las reglas de Derecho

⁴ Resolución 64/142 de la Asamblea General de Naciones Unidas [sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/64/434)] "Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños" (A/RES/64/142).

⁵ Instrumento de Ratificación del Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996 (BOE núm. 295, de 2 de diciembre de 2010).

⁶ Importante también resaltar el contexto de europeización en el que se aprueban estos reglamentos. "(...) la vinculación que se ha establecido entre el derecho de familia y la libre circulación de personas, ha permitido que se adoptaran los reglamentos R2201/2003, 4/2009 y 1259/2010 (...)". CAMPUZANO DÍAZ, B., La política legislativa de la UE en Derecho Internacional Privado de Familia, Cuadernos de Derecho Transnacional, Octubre 2013, Vol. 5, nº2 p.237 pº 8.

internacional privado» para salvar las lagunas y la inseguridad jurídica que surgen de las diferencias entre los sistemas jurídicos estatales cuando las cuestiones trascienden las fronteras⁷. Como mediante soluciones acordadas internacionalmente se busca generar un espacio de confianza entre autoridades de los Estados parte, cada vez más evidente en otras materias de responsabilidad parental como son las adopciones internacionales o la sustracción internacional, esperábamos encontrar avances en lo que se refiere a otras medidas de protección para la garantía del derecho a la vida en familia de niños y niñas. Como expondremos más adelante, teníamos especial interés en buscar alternativas para la protección de los derechos de la infancia migrante no acompañada.

Iniciamos así un estudio tanto del CH96 como del Informe explicativo de este y su manual de aplicación junto a la bibliografía señalada por la propia Conferencia de La Haya⁸. De manera lógica, incorporamos en el análisis el ámbito comunitario, en el que, inspirados en el CH96 del que ya eran parte los Estados miembros y la propia Unión Europea (UE), se adoptó el Reglamento Bruselas II bis relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (RBI bis)⁹. Junto al texto normativo, hallamos una nutrida jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sobre la aplicación del Reglamento, así como estudios elaborados en el seno de la Comisión y el Parlamento europeo sobre su funcionamiento.

Tras un primer estudio sobre el derecho del niño a vivir en familia y su regulación en las normas internacionales y europeas, así como un análisis de

⁷ Art. 1 del Estatuto de La Conferencia de La Haya.

⁸ LAGARDE, P., Informe explicativo del Convenio de La Haya de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, 1996. Disponible en <https://assets.hcch.net/docs/aa132b31-385d-4a66-b8d9-2d362053ed75.pdf> (última consulta: 6 de diciembre de 2022).

En la página web de la Conferencia de La Haya encontramos una relación de referencias a modo de bibliografía referente al CH96 que hemos consultado, pero de la que hemos seleccionado la más relevante para ser citada a lo largo de este trabajo. Puede consultarse en: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/publications1/?dtid=1&cid=70> (última consulta: 6 de diciembre de 2022).

⁹ 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 parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000. DOUE núm. 338, de 23 de diciembre de 2003, páginas 1 a 29 (DOUE-L-2003-82188).

jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) referente al artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, hicimos una primera aproximación a cómo se garantiza este derecho a los niños y niñas, con especial atención a los migrantes¹⁰. La realidad española y europea del momento evidenciaba la necesidad de una reflexión profunda sobre la gestión de las políticas migratorias y la protección de la infancia migrante, especialmente la no acompañada. La situación de triple vulnerabilidad en la que se encuentra esta

¹⁰ Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relevantes en el estudio del derecho a vivir en familia analizadas para la elaboración del trabajo de fin de máster que supuso un primer paso en esta investigación: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 3 de julio de 2012 (TEDH, 5 2178/10) Caso Samsonnikov contra Estonia; Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de abril de 2012, (TEDH nº 59819/08), caso K. A. B. contra España; Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de mayo de 2011 (TEDH 66167/09) caso Bardi contra España; Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de julio de 2010 (TEDH 41615/07), caso Neulinger y Shuruk contra Suiza; Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de junio de 2008 (TEDH 1638/03), caso Maslov contra Austria; Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22 de enero de 2008 (TEDH 43546/02) Caso E.B. contra Francia; Sentencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos del 21 de noviembre de 2006, (TEDH 10427/02) caso Roda y Bonfatti contra Italia; Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de octubre de 2006. Caso Wallova y Walla contra República Checa (TEDH); Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 12 de octubre de 2006 (TEDH 13178/03), caso Mubilanzila Mayeka y Kariki Mitunga contra Bélgica; Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 1 Diciembre 2005, (TEDH 60665/00), Tuquabo-Tekle y Otros contra los Países Bajos; Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2003, (TEDH 30943/96) caso Sahin contra Alemania; Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 12 de diciembre de 2002 (TEDH 2002, 75), caso Venema contra los Países Bajos; Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 Diciembre 2001, (TEDH 31465/96), Şen contra los Países Bajos; Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 7 de agosto de 1996 (TEDH, 1999/59) caso Johansen c. Noruega; Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de septiembre de 1994 (TEDH 1994, 35), caso Hokkanen contra Finlandia; Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 27 de septiembre de 1990 (TEDH 1990, 22), caso Cossey contra Reino Unido.

En este trabajo de investigación previo, también se acudió a la jurisprudencia estatal al respecto, tanto en España como en otros Estados. Jurisprudencia de tribunales nacionales: Sentencia de la Corte Constitucional de Sudáfrica de 11 de enero de 2012 (ZACC 1), caso C. y Otros contra el Departamento de Salud y Desarrollo Social; Sentencia de la Corte Suprema del Reino Unido de 1 de febrero de 2011 (UKSC 4), caso Z.H. contra el Departamento del Interior; Sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos de 2005, (423 F3d 1006 (9 Cir 2005)), caso Cabrera Álvarez contra Gonzales (Fiscal General); Sentencia de la Corte Suprema Israelí de 16 de julio de 2003 (HCJ 7052/03), caso Adalah contra el Ministerio del Interior de Israel. Sentencias del Tribunal Constitucional español: Sentencia 221/2002 de 25 de noviembre de 2002 (RTC 2202, 221). BOE núm. 304, de 20 de diciembre de 2002; Sentencia 141/2000, de 29 de mayo de 2000 (RTC 2000, 41). BOE núm. 156 de 30 de junio del 2000.

Para un estudio jurisprudencial en profundidad véase: LÁZARO GONZÁLEZ, I. E., Intervención pública en la protección de los menores y respecto a la vida en familia: aportaciones del Tribunal de Estrasburgo, Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, nº 83-34. Especial 50 Aniversario ICADE, 2011, pp. 255-290. BEAUMONT, P. R., European Court Of Human Rights Cases Concerning The Hague Convention On International Child Abduction, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 335, 2008, pp. 24-80. HeinOnline. Sobre la vulneración del art. 8 de CEDH y las obligaciones de actuar que supone para los Estados, podemos leer también: KINKELLY, U., Protecting Children's Rights under the ECHR: The Role of Positive Obligations, Northern Ireland Legal Quarterly, vol. 61, no. 3, Autumn 2010, pp.245-262. HeinOnline.

última al cruzar una frontera: siendo personas menores de edad, estando en situación de desamparo por encontrarse sin referente familiar y por ser de origen extranjero, chocaba con un sistema que, aún hoy, les trata como inmigrantes antes que como niños/as. Su interés superior no era el centro de la respuesta obtenida a su llegada, cuando se cuestionaba su edad, no se identificaban las potenciales situaciones de violencias de las que huían, ni se hacía una efectiva determinación de su interés superior para decidir la solución duradera más adecuada para él/ella.

La Convención en su artículo 3 y el Comité reiteradamente en sus Observaciones Generales, especialmente en la número 14 dedicada al Interés Superior del Niño, señalan que la evaluación y determinación del interés superior del niño resulta fundamental ante cualquier toma de decisiones que les afecte, incluyendo la de identificar cuál es la solución duradera más adecuada para él o ella. Integrado en el interés superior del niño, ante un niño/a de origen extranjero que migra sin referentes familiares, esta decisión es central para asegurar su bienestar. Los instrumentos internacionales mencionados hablan de la reagrupación familiar en el país de origen como la solución duradera deseable, salvo que ello sea contrario a su interés superior en el caso concreto, previendo como alternativas la reunificación en un tercer país mediante el reasentamiento o, en su defecto, la permanencia en el país de acogida¹¹. En este último supuesto, de la misma manera que en los dos primeros, se ha de promover el respeto de su derecho a vivir en familia para garantizar su bienestar y pleno desarrollo, ya sea mediante el acogimiento familiar o el residencial.

El Manual práctico de aplicación del CH96 establece que el marco de cooperación establecido por este puede contribuir a la protección de los niños y niñas no acompañados o separados:

¹¹ Al respecto se pronuncia el CDN en su Observación General núm. 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, CRC/GC/2005/6, 2005. Disponible en:

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2FGC%2F2005%2F6&Lang=en (última consulta realizada el 6 de diciembre de 2022).

También podemos leer sobre la determinación del interés superior y la elección de una solución duradera en las Directrices del ACNUR. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño, Mayo 2008, disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org/es/docid/4d9410042.html> (última consulta realizada el 19 Noviembre de 2022).

“(...) el amplio movimiento transfronterizo de niños en muchas regiones del mundo plantea diversos problemas que comprenden desde la venta y el tráfico de niños y la explotación de niños no acompañados hasta la difícil situación de los niños refugiados y la colocación, a veces no regulada, de niños en el extranjero. El marco general de cooperación que el Convenio de 1996 pone en práctica podría facilitar el traslado transfronterizo de niños. (...)”¹².

En este sentido, la utilización de las técnicas y mecanismos del Derecho Internacional Privado en general y de la Conferencia de La Haya en particular a *“los problemas que plantea la emigración”* ha sido objeto de debate en varias sesiones del Consejo sobre los Asuntos Generales y la Política de la Conferencia de La Haya¹³, pero en un primer momento se descartó por existir dos bloques de

¹² CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, Manual Práctico sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños, La Haya, 2014, párr. 1.3, p. 12, disponible en

¹³ Se introduce el tema en la sesión de 2003 y en 2006 la Oficina Permanente elabora un estudio respecto a la utilidad de aplicar ciertas técnicas de cooperación internacional de la Conferencia de La Haya a asuntos de migraciones internacionales. Los documentos preliminares utilizados en los debates en el seno de la Conferencia de La Haya son: PERMANENT BUREAU OF THE HAGUE CONFERENCE, The Hague Family Law Conventions, International Family Law, 2003, pag. ref. June 2003, p. 57; June 2005, p. 105; PERMANENT BUREAU OF THE HAGUE CONFERENCE, Preliminary Document No 11 of June 2006 for the attention of the Council of April 2007 on General Affairs and Policy of the Conference, Conclusions of the Special Commission of 3-5 April 2006 on General Affairs and Policy of the Conference; PERMANENT BUREAU OF THE HAGUE CONFERENCE, Preliminary Document No 8 of March 2006 for the attention of the Special Commission of April 2006 on General Affairs and Policy of the Conference, Some reflections on the utility of applying certain techniques for international co-operation developed by the Hague Conference on Private International Law to issues of international migration; PERMANENT BUREAU OF THE HAGUE CONFERENCE, Preliminary Document No 23 of March 2007 for the attention of the Council of April 2007 on General Affairs and Policy of the Conference, Some reflections on the utility of applying certain techniques for international co-operation developed by the Hague Conference on Private International Law to issues of international migration (follow up note); PERMANENT BUREAU OF THE HAGUE CONFERENCE, Preliminary Document No 19 of March 2007 for the attention of the Council of April 2007 on General Affairs and Policy of the Conference, Report on the fifth meeting of the Special Commission to review the operation of the Hague Convention of 25 October 1980 on the civil aspects of international child abduction and the practical implementation of the Hague Convention of 19 October 1996 on jurisdiction, applicable law, recognition, enforcement and co-operation in respect of parental responsibility and measures for the protection of children (30 October- 9 November 2006); PERMANENT BUREAU OF THE HAGUE CONFERENCE, Preliminary Document No 6 of March 2008 for the attention of the Council of April 2008 on General Affairs and Policy of the Conference, Some reflections on the utility of applying certain techniques for international co-operation developed by the Hague Conference on Private International Law to issues of international migration (second follow up note); PERMANENT BUREAU OF THE HAGUE CONFERENCE, Preliminary Document No 8 of March 2009 for the attention of the Council of March / April 2009 on General Affairs and Policy of the Conference, Some reflections on the utility of applying certain techniques for international co-operation developed by the Hague Conference on Private International Law to issues of international migration (third follow up note); PERMANENT BUREAU OF THE HAGUE CONFERENCE, Preliminary Document No 7 of February 2010 for the attention of the Council of April 2010 on General Affairs and Policy of the Conference, Some reflections on the utility of applying certain

Estados enfrentados y se resaltaba el carácter político de la materia como factor determinante¹⁴. La Oficina Permanente llevó a cabo un estudio al respecto para ver las opciones disponibles en el que señala que, si bien el objeto de la Conferencia es lidiar con asuntos derivados del movimiento transfronterizo de personas, las políticas migratorias no han sido un aspecto central de esta¹⁵. En ese mismo documento se plantea la existencia de vínculos entre el trabajo de la CH y las migraciones internacionales en dos sentidos:

- El impacto de las políticas y percepciones de las migraciones internacionales en la voluntad de los Estados de negociar cuestiones de DIPR que las aborden; y,

techniques for international co-operation developed by the Hague Conference on Private International Law to issues of international migration (fourth follow up note); PERMANENT BUREAU OF THE HAGUE CONFERENCE, Preliminary Document No 18 of December 2018 for the attention of the Council of March 2019 on General Affairs and Policy of the Conference, Report on the cross-border recognition of domestic adoptions; PERMANENT BUREAU OF THE HAGUE CONFERENCE, Preliminary Document No 9 of January 2018 for the attention of the Council of March 2018 on General Affairs and Policy of the Conference, Conclusions & Recommendations (C&R) of the meeting of the Special Commission on the 1980 Child Abduction and 1996 Child Protection Conventions – *October 2017*. Todos los documentos preliminares de las reuniones del Consejo de Asuntos Generales y Política entre el año 2000 y el 2022 están disponibles en el archivo online de la Conferencia de La Haya en: <https://www.hcch.net/es/governance/council-on-general-affairs/archive> (última consulta realizada el 6 de diciembre de 2022).

¹⁴ Sobre la creciente necesidad de alinear las disposiciones sobre protección a la infancia y las de extranjería que abordan las cuestiones migratorias, así como sobre la utilización de los mecanismos de DIPR al efecto: “*Although migration law and private international law are usually treated as separate sets of law, there are many interactions between the two fields. Private international law possesses tools provided by its international instruments that may serve the migrant and asylum seeker children's best interests (p. 424)*” en GRAMMATICAKI-ALEXIOU, A., *Best interests of the child in Private International Law*, Recueil des cours/ Collected courses, 412, 2020, pp.423-434. HeinOnline. La autora aborda en el capítulo VII la cuestión de los niños migrantes y refugiados, pero considera que la presión de los flujos migratorios es lo que está detrás de la falta de uso de las herramientas disponibles en los instrumentos de DIPR. A nuestro entender se trata de una falta de voluntad política que parte de la premisa de que los niños y niñas migrantes tienen que ser tratados antes desde las normas de extranjería que desde las de protección a la infancia.

¹⁵ Resulta interesante la reflexión que plantea VAN LOON al hacer un recorrido por la historia de la Conferencia de La Haya para llegar a plantear que es necesaria la cooperación internacional para ejercitar derechos privados, lo que vincula específicamente con los desafíos que presenta la migración económica. Teniendo en cuenta los intereses en juego, señala: “*Lo que hace falta es un sistema que reafirme el derecho fundamental de cada uno a una existencia digna, un sistema de procedimientos que integre las políticas migratorias y de desarrollo así como un marco de cooperación de las instituciones en cada Estado para implementar las garantías y procesos de los convenios*”. P. 39 en VAN LOON, J.H.A., *The Hague Conference on Private International Law: current problems and perspectives*, en *Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz = Vitoria-Gasteizko nazioarteko zuzenbide eta nazioarteko herremanen ikastaroak*, nº 1, 2002, pp. 17-42. También abordan y promueven la utilización del Derecho Internacional Privado y los mecanismos de cooperación que establece para la protección a la infancia migrante, en particular, la que llega separada o no acompañada de sus referentes familiares. CORNELOUP, S. et al., *Children on the move: a Private International Law Perspective*, junio, 2017, disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/studies>.

- Ya existen diversos convenios de la Conferencia de La Haya que ofrecen soluciones a cuestiones derivadas de las migraciones internacionales (en materia de matrimonio y divorcio, derechos de visita, etc.).

Se resalta la utilidad del CH93 sobre adopciones internacionales, haciendo hincapié en la necesidad de acuerdo entre las Autoridades Centrales de los dos Estados implicados para que se lleve a cabo la adopción. En lo que se refiere al objeto de esta investigación, se alude expresamente al enorme potencial del CH96 para “*apoyar a los países alrededor del mundo a proteger los derechos -tanto bajo el Derecho Internacional Público como el Privado- de la infancia en movimiento, incluyendo a la infancia migrante*”. En este sentido, se planteaba como un reto la necesidad de que se ratifique este instrumento, así como otros disponibles, para garantizar una mayor seguridad jurídica y orden al tratamiento de las migraciones y sus consecuencias¹⁶.

Tras varias sesiones se identificaron cuidadosamente asuntos muy concretos de carácter transfronterizo en los que la utilidad de los mecanismos de cooperación internacional fuese evidente:

- cooperación en la implementación de programas de migración laboral temporal acordada entre países de origen y destino;
- cooperación para asegurar el retorno ordenado y reasentamiento de migrantes en otros casos en los que este retorno es acordado entre países de origen y destino;
- cooperación en el establecimiento y monitoreo de un sistema de permisos y regulación de intermediarios involucrados en facilitar la migración internacional;
- cooperación para facilitar la transferencia de remesas enviada a casa por los migrantes internacionales de manera sencilla y con bajo coste.

¹⁶ Sobre el debate en el seno de la Conferencia de La Haya sobre la aplicación de sus instrumentos escribe LEONARD, S., The application of the CH96 to unaccompanied and separated children, *The judges' Newsletter XXI*, winter-spring 2018, pp. 31-33.

De estos cuatro se decidió avanzar en dos: la agilidad en el envío de remesas a países de origen por parte de las personas migrantes y las cuestiones del mercado laboral. No se extiende la reflexión a materia de responsabilidad parental en particular hasta más adelante¹⁷.

En este sentido se pronunciaban en noviembre de 2017, el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y el Comité de los Derechos del Niño, cuando publicaron dos Observaciones Generales conjuntas, una sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno, y otra sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional. En ambas se ofrece a los Estados parte de la Convención sobre los Derechos del Niño y de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, un marco de interpretación de ambos tratados con el fin de *“proteger plenamente los derechos de los niños en el contexto de la migración internacional”*¹⁸.

Como parte de este marco, resulta fundamental la cooperación en el ámbito internacional para asegurar la protección de los derechos de la infancia y la adolescencia migrante:

“64. Los Comités reafirman la necesidad de abordar la migración internacional por medio de la cooperación y el diálogo a nivel internacional, regional o bilateral y de un enfoque amplio y equilibrado, que reconozca las funciones y responsabilidades de los países de origen, tránsito, destino y retorno en la promoción y protección de los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional, a fin de conseguir una migración

¹⁷ Al respecto podemos leer los documentos elaborados por la Oficina Permanente (ídem.) así como las crónicas publicadas en la REDI por distintas autoras al respecto.

BORRÁS RODRÍGUEZ, A., Consejo sobre los Asuntos Generales y la Política de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (5-7 de abril de 2011), R.E.D.I., vol. LVIII (2006). GONZÁLEZ BEILFUSS, C. (coord.), R.E.D.I., vol. LXIII/2 Madrid, julio-diciembre 2011 págs. 309-338. FORNER DELAYGUA, J. J. (coord.), R.E.D.I., vol. LXV/2 Madrid, julio-diciembre 2013 págs. 377-403.

¹⁸ Párrafo 7 de la OG conjunta núm. 22 del CDN y de la núm. 3 del Comité de de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (2017).

segura, ordenada y regular, en el pleno respeto de los derechos humanos y evitando actitudes que podrían agravar su vulnerabilidad. En particular, deben establecerse de inmediato procedimientos para la gestión de los casos transfronterizos de conformidad con la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y el Convenio de La Haya de 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños¹⁹.

Esta gestión de casos transfronterizos a la que alude la Observación General se concreta en la necesaria evaluación y determinación del interés superior para elegir la solución duradera más adecuada para un niño o niña concreto. Cuando nos encontramos ante un niño/a separado de su familia, señalan los Comités, la primera valoración debe estar dirigida a considerar la reagrupación familiar. Sin embargo, si esta no fuese posible, por resultar contraria a su interés superior, se valorará su permanencia en el Estado de acogida, aunque, para garantizar su derecho a vivir en familia, sin desatender al resto de sus derechos, se considerará el reasentamiento en un tercer Estado²⁰.

¹⁹ Observación general conjunta núm. 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno, noviembre 2017. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/documents/general-comments-and-recommendations/joint-general-comment-no-4-cmw-and-no-23-crc-2017> (última consulta el 6 de diciembre de 2022).

²⁰ Podemos leer sobre la reunificación familiar: párrafos 32 a 38 de la OG nº 23 CDN y, sobre reasentamiento en un tercer país: párrafos 92 a 94 en la OG nº 6 CDN. Nos interesa resaltar entre las obligaciones que establecen los Comités para los Estados respecto a Interés Superior del Niño la recogida en el inciso f del párrafo 32 de la OG nº 22 CDN:

“Realizar una evaluación del interés superior en cada caso para decidir, si es necesario, y de conformidad con las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños⁸, el tipo de alojamiento que sería más apropiado para un niño no acompañado o separado, o niños con padres. En ese proceso, debe darse prioridad a las soluciones de cuidados comunitarios. Toda medida que limite la libertad de los niños a fin de protegerlos, por ejemplo, el acogimiento en establecimientos de seguridad, debe aplicarse dentro del sistema de protección infantil con las mismas normas y salvaguardias; ser estrictamente necesaria, legítima y proporcionada para el objetivo de proteger al niño concreto de hacerse daño a sí mismo o a otras personas; formar parte de un plan de atención holística; y estar desconectada de las políticas, prácticas y autoridades relacionadas con la aplicación de las leyes de migración;”

En el mismo año, en el ámbito de la Unión Europea encontramos una Comunicación de la Comisión sobre la protección de la infancia migrante que abordaba tanto la situación actual como los desafíos, asumiendo como prioritaria la protección de esta infancia y recomendando acciones urgentes en el seno de la UE:

- Abordar las causas de raíz;
- Asegurar la identificación y protección ágil e integral;
- Ofrecer una acogida adecuada en la UE;
- Asegurar el acceso ágil y efectivo a los procedimientos de determinación del estatus;
- Implementar garantías procedimentales; y,
- Asegurar soluciones duraderas y acciones transversales²¹.

Subraya que el interés superior del niño debe ser una consideración primordial en todas las decisiones que afecten a la infancia, incluyendo la valoración de la solución duradera adecuada conforme a las necesidades y circunstancias específicas en el caso concreto.

De esta forma, a lo largo de los últimos años se ha evidenciado la necesidad de un mayor estudio y difusión de las herramientas establecidas en estos instrumentos en situaciones de crisis, como han sido las guerras en Siria, Afganistán y Ucrania y los consecuentes desplazamientos. Según la organización internacional Save the Children, en 2021 uno de cada seis niños y niñas crecía en áreas en conflicto en todo el mundo. Esto es, 449 millones de niños y niñas viviendo a 50 kilómetros de un conflicto. Esta cifra ha descendido por primera vez desde 2013, pero el número de niños y niñas viviendo en zonas de conflictos de

²¹ Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on the protection of children in migration, 12 April 2017, COM(2017) 211 final. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017DC0211> (última consulta realizada el 6 de diciembre de 2022).

Conclusions of the Council of the European Union and the representatives of the governments of the Member States on the protection of children in migration, Brussels, 8 June 2017, 10085/17 <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10085-2017-INIT/en/pdf>

alta intensidad, aquellos con más de 1.000 muertes relacionadas con batalla a lo largo del año, ha subido en un 9% respecto al año anterior²². Así, el número de niños y niñas desplazados por conflictos, violencia u otras crisis es el más alto registrado desde la Segunda Guerra Mundial según las cifras de UNICEF. A finales de 2021, la cifra ascendía a 36,5 millones de niños y niñas, de los que 13,7 millones eran refugiados y solicitantes de asilo, y casi 22,8 millones de niños y niñas desplazados internamente debido a conflictos y violencia²³.

Sin embargo, no sólo en estas situaciones, que permiten además la puesta en marcha de mecanismos de emergencia principalmente vinculados con el Derecho de Asilo referente a la protección de las personas refugiadas y solicitantes de asilo, resultarían útiles los mecanismos de Derecho Internacional Privado²⁴. Nos interesaba con este trabajo explorar mecanismos de protección a

²² Encontramos el análisis completo sobre los niños y niñas que viven en zonas de conflicto en SAVE THE CHILDREN, “Stop the war on children: the forgotten ones”, 2022, disponible en: <https://www.savethechildren.es/actualidad/informe-no-la-guerra-contra-la-infancia-2022> (última consulta realizada el 6 de diciembre de 2022). La fuente citada por Save the children en su informe es: UCDP GED dataset v.22.1 and UN (2019) World Population Prospects.

²³ La cifra incluye las personas menores de edad refugiadas bajo el mandato del ACNUR y la UNRWA, así como los niños y niñas de origen venezolano que han sido desplazados, que son registrados por el ACNUR de manera separada. No se incluye en estas cifras a los niños y niñas desplazados por desastres o shocks climáticos o medioambientales, tampoco el número de desplazados por la reciente guerra en Ucrania. Este último dato, a junio de 2022, ascendía a más de 2 millones de niños y niñas que han abandonado el país y 3 millones desplazados internamente desde febrero. La sequía en el Cuerno de África y en el Sahel, y las graves inundaciones en Bangladesh, India y Sudáfrica, también se han de sumar a estas cifras. En 2021 el número de niños y niñas desplazados a consecuencia de desastres naturales fue de 7,3 millones. UNICEF, nota de prensa: “Nearly 37 million children displaced worldwide – highest number ever recorded”, Junio 2022. Puede consultarse en: <https://www.unicef.org/press-releases/nearly-37-million-children-displaced-worldwide-highest-number-ever-recorded#:~:text=NEW%20YORK%2C%2017%20June%202022,since%20the%20Second%20World%20War> (última consulta realizada el 6 de diciembre de 2022).

²⁴ Según los autores, la división de tareas entre los Estados miembros para la protección de los niños y niñas no acompañados bajo las normas de extranjería y asilo, por un lado, y las de Derecho civil por otro, según los autores, no parecen estar alineadas. Destacan así que hay cuatro asuntos clave en los que se produce esta falta de alineamiento que impide que los Estados cumplan con su responsabilidad de garantizar los derechos de toda la infancia, independientemente de su nacionalidad u origen.

- La distribución de la jurisdicción entre Estados es variada, y las autoridades competentes en materia de extranjería y en materias civiles son distintas;
- Los mecanismos de cooperación en el ámbito europeo para migraciones (a través de del sistema común de asilo o Dublín) y para materias civiles (a través de las autoridades centrales en CH96 y RBIIbis- ahora RBIIter) no están vinculados entre sí;
- El reconocimiento del estatus personal o las cuestiones familiares se encuentran bajo la legislación en materias civiles, mientras que son esenciales en cuestiones migratorias;
- Las medidas de protección a la infancia y el reconocimiento de medidas de cuidado de otros Estados operan como marcos legales separados.

CORNELOUP, S. et al., 2017, op. cit. p. 70.

Respecto a la aplicación a menores extranjeros no acompañados también puede leerse GATZSCHE, K., “Child protection in flight situations: The Hague Child protection Convention and

la infancia mediante la cooperación entre las autoridades de los Estados propios del Derecho Internacional Privado para dar respuesta a las necesidades de los niños y niñas privados de cuidado parental tras haber sido separados de su familia y que requieren una protección especial, especialmente aquellos que migran solos para garantizar su derecho a vivir en familia.

En el transcurso de tiempo de elaboración de este trabajo de investigación se inició en el seno de la Unión Europea la revisión del RBlIbis. A partir de un informe del Parlamento Europeo sobre la aplicación de este Reglamento en los Estados miembros y la jurisprudencia del TJUE a la que había dado lugar, se identificaron los temas que presentaban mayor dificultad²⁵. Entre ellos se encontraba el acogimiento transfronterizo y el mecanismo de cooperación entre autoridades que establecía el RBlIbis, de manera que se elaboró también un estudio específico en el que se recogió la información disponible en los Estados miembros al respecto. Se evidenció que era una medida que se estaba utilizando sin seguir el procedimiento de cooperación entre autoridades establecido con carácter obligatorio en las normas. Se enunció también el posible conflicto que podría estar surgiendo del traslado de niños conflictivos alemanes a otros Estados miembros. En el informe del Parlamento Europeo se habla incluso de *colocación subrepticia* y se cuestiona si la medida de educación intensiva bajo la que se les situaba respetaba sus derechos²⁶. Finalmente, en junio de 2019 se aprueba el Reglamento Europeo 111/2019 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad

unaccompanied minors”, Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 11, No 1, Enero 2019, pp. 340-349.

²⁵ DIRECTORATE-GENERAL FOR JUSTICE AND CONSUMERS, COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT, Impact assessment, Accompanying the document Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction (recast), 11/02/2021, SWD(2016)207. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/HIS/?uri=CELEX:32019R1111&qid=1670360882580> (última consulta 7 de diciembre de 2022).

²⁶ El término colocación transfronteriza, del inglés cross-border placement, es el utilizado en la versión en castellano de la CH96, que en el RBlIbis se traduce como acogimiento transfronterizo. Desconocemos el origen del cambio de terminología entre el ámbito convencional y el comunitario, pero llama la atención que para resaltar la utilización errónea de la medida se utilice este término en el informe del Parlamento Europeo.

parental, y sobre la sustracción internacional de menores (RBIItter)²⁷, que sustituye al RBIIbis.

La Conferencia de La Haya ha tratado nuevamente esta cuestión en su Consejo sobre Asuntos Generales y Política de marzo de 2020, para lo que la Oficina Permanente preparó un documento preliminar sobre la aplicación del CH96 a niños no acompañados o separados²⁸, en el que se ponen de relieve las herramientas que el Convenio ofrece a los Estados parte para cumplir con su responsabilidad de proteger especialmente a estos niños. Entre estas destacan las de cooperación entre autoridades, para solicitar información sobre las leyes aplicables, sobre un niño en otro Estado o su familia, o para la colocación transfronteriza del niño en una familia o centro residencial en otro Estado. Este último mecanismo se recoge entre *las disposiciones pertinentes del Convenio de 1996 aplicables a las medidas a largo plazo dirigidas a la protección de la persona de un niño no acompañado o separado que causarían que el niño regresara al Estado de origen o que se trasladara a un tercer Estado*²⁹. Sin embargo, aparte de exponer las ventajas de la aplicación del CH96 para una cooperación eficaz entre Estados parte para estos asuntos, y promover su ratificación, no se analiza en profundidad ninguna medida en particular.

Para poder plantear esta utilización de las herramientas del DIPR y, en particular, de la cooperación entre autoridades establecido para el acogimiento

²⁷ Reglamento (UE) 2019/1111 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores, DOUE núm.178, de 2 de julio de 2019, pp. 1 a 115 (DOUE-L-2019-81122).

²⁸ OFICINA PERMANENTE DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA, Documento preliminar no. 7 de febrero de 2020 para el Consejo sobre Asuntos Generales y Política de marzo de 2020, La aplicación del Convenio sobre Protección de Niños de 1996 a niños no acompañados o separados. Disponible en: (última consulta 7 de diciembre de 2022). Con el objetivo general de: “ayudar(á) a profesionales del derecho, jueces y especialistas (por ejemplo, funcionarios encargados del bienestar/protección infantil y del cumplimiento de la ley) responsables de la protección de estos niños a comprender mejor el Convenio, cuando sea aplicable”(p.4), este documento se fija los siguientes objetivos específicos (p.7): “– aclarar lo que hace y no hace el Convenio de 1996 como instrumento de derecho internacional privado en relación con los niños no acompañados y separados; – explicar el ámbito de aplicación del Convenio de 1996 y, en particular, aclarar qué cuestiones están comprendidas en el ámbito de aplicación y cuáles no; – presentar un breve resumen de las normas de derecho internacional privado del Convenio de 1996; – explicar la manera en la que el marco de cooperación entre los Estados contratantes puede facilitar la adopción y aplicación de medidas de protección dirigidas a los niños no acompañados y separados, de conformidad con el Convenio de 1996; e – invitar a los Miembros de la HCCH a promover una ratificación más amplia del Convenio de 1996”.

²⁹ Ibídem, Anexo I-C, iii.

transfronterizo a la protección de los derechos de la infancia la adolescencia migrante, especialmente su derecho a vivir en familia, nos embarcamos en esta investigación. Para ello, ha sido fundamental conocer en profundidad estos mecanismos y su funcionamiento. Así, acudimos tanto a las normas y sus antecedentes, como a la literatura disponible. Sin embargo, encontramos poca investigación específicamente sobre el acogimiento transfronterizo y sobre su extensión a la realidad de la infancia migrante. Esta ausencia de un tratamiento en profundidad de la cuestión nos impulsó a entrar en un mejor conocimiento de los distintos instrumentos y las posibilidades que ofrecen a la infancia migrante.

El valor añadido de esta investigación respecto a lo que ya existía es el planteamiento en clave de oportunidad de esta en cuanto al estudio y comprensión del acogimiento transfronterizo como una medida de cuidado alternativo que podría contribuir a un mayor y mejor cumplimiento de los derechos del niño. Se completa así el análisis de las características de la figura y las normas que la regulan, dotando de contenido a las exigencias/ los requisitos las garantías procesales establecidas y asumidas por los Estados parte/miembros, especialmente el interés superior del niño y el derecho del niño a ser escuchado. Asimismo, desde un enfoque práctico, se analizan los obstáculos en la aplicación de esta medida y cómo se ha pretendido superarlos con las modificaciones y el desarrollo normativo comunitario y estatal, para finalmente hacer propuestas de mejora.

Esperamos que este más profundo conocimiento y valoración de la medida, contribuya a su utilización más adecuada.

1.2 El objeto de la tesis y la pregunta de investigación.

El objeto de esta tesis es valorar si el acogimiento transfronterizo regulado en las normas de Derecho Internacional Privado sobre responsabilidad parental

ofrece la oportunidad de garantizar el derecho a vivir en familia de los niños privados de cuidado parental conforme a su interés superior.

En este marco, surgen las siguientes cuestiones que se han analizado a través de este trabajo de investigación para responder a la pregunta planteada:

1. En la toma de decisión sobre cuál es la medida de cuidado alternativo más adecuada hay que llevar a cabo una evaluación y determinación formal del interés superior del niño ponderando los elementos particulares del caso y atendiendo a las garantías que derivan de este. Planteamos, siguiendo el esquema provisto por la OG n° 14 del Comité de Derechos del Niño, cómo debe llevarse a cabo para la elección de una medida de cuidado alternativo, en particular, las consideraciones respecto a los derechos que resultan afectados en mayor o menor medida.
2. El escaso conocimiento que hay del acogimiento transfronterizo como medida de cuidado alternativo, que intuimos de la poca investigación que hay al respecto y porque la aplicación hasta el momento no está siendo la adecuada, requiere de un mayor análisis. Delimitamos lo que es un acogimiento transfronterizo conforme a las normas de Derecho Internacional Privado de responsabilidad parental que lo regulan frente a otras medidas de acogimiento que presentan elementos internacionales. Analizamos tanto las normas como la bibliografía y la jurisprudencia al respecto para conocer en profundidad la figura, así como las particularidades de su aplicación.
3. Las normas de Derecho Internacional Privado establecen mecanismos de cooperación entre autoridades que, respondiendo al interés superior del niño, permiten la adopción de una medida de acogimiento transfronterizo que promueva el derecho del niño a vivir en familia. Analizamos cómo se ha de valorar este derecho en el proceso de determinación del interés superior del niño que forma parte de este mecanismo de cooperación.

4. En la aplicación práctica del RBIIbis se evidenciaron obstáculos en el uso del acogimiento transfronterizo que se pretenden resolver mediante el nuevo Reglamento, RBIIter, simplificando el procedimiento de consulta y aprobación y regulándolo en mayor detalle, así como apostando por una clarificación de los roles de las autoridades implicadas, veremos si se avanza efectivamente en este sentido.
5. La remisión que hacen tanto el Convenio como el Reglamento a los ordenamientos internos de los Estados parte/miembros requiere de un desarrollo estatal de lo previsto en ellos y una coordinación proactiva con la Conferencia de La Haya y la Unión Europea para favorecer el acceso a la información por parte de las Autoridades Centrales. Nos detenemos en el caso español y señalamos algunas particularidades de lo establecido en otros ordenamientos europeos para ver si efectivamente responde a las necesidades detectadas.
6. El Orden Público de los Estados, teniendo en cuenta el interés superior del niño, requiere acudir al contenido que a este le da el marco internacional asumido por los Estados parte/ miembros y que planteamos.
7. El derecho del niño a ser escuchado y que su opinión sea tenida en cuenta es, además, una garantía procesal exigible en el interés superior del niño que debe respetarse en el procedimiento de adopción de una resolución de acogimiento transfronterizo. Haremos el recorrido de cómo se ha recogido este derecho en los instrumentos de Derecho Internacional Privado sobre responsabilidad parental en general y, en particular, en sus disposiciones sobre acogimiento transfronterizo.
8. Analizaremos si el acogimiento transfronterizo es una medida de cuidado alternativo que debería ser contemplada entre las posibles a adoptar al hacer la evaluación y determinación del interés superior de un niño/a extranjero no acompañado o separado de sus padres para

identificar la solución duradera más adecuada para responder a sus necesidades y garantizar el pleno cumplimiento de sus derechos.

1.3 La investigación.

Se ha utilizado una combinación de métodos para abordar esta investigación, el estudio de las normas de ámbito convencional, comunitario y español correspondientes, la revisión bibliográfica de la doctrina específica y la generalista, el análisis de la jurisprudencia del TJUE y la elaboración y estudio de la base de datos de los casos registrados en España entre 2010 y 2014.

- **Análisis jurídico de las normas:**

En un primer lugar, resultó fundamental llevar a cabo un análisis jurídico de las normas vigentes en el ámbito convencional y comunitario, el CH96 y el RBIIbis respectivamente. El informe explicativo de LAGARDE del CH96 y los manuales de implementación de ambos resultaron muy útiles para completar la interpretación literal de los preceptos estudiados³⁰. Pronto se hizo evidente que era necesario acudir a los antecedentes del CH96 que, siendo el primer instrumento en regular el acogimiento transfronterizo y estando implicadas en ello las delegaciones de los Estados europeos, podíamos considerar comunes al RBIIbis. Así, acudimos a las actas de la XVIII Sesión de la CH y los trabajos preparatorios en las que se puede trazar la reflexión de las delegaciones hasta llegar a la redacción del CH96. Como consecuencia de lo manifestado en estos debates, acudimos también al CH61 y al CH93 y sus informes explicativos³¹, por un lado, para comprender la delimitación

³⁰ LAGARDE, P., Informe explicativo del Convenio de La Haya de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, 1996. Disponible en <https://assets.hcch.net/docs/aa132b31-385d-4a66-b8d9-2d362053ed75.pdf> (última consulta: 6 de diciembre de 2022).

³¹ DE STEIGER, W., Rapport explicative, Offprint from the *Acts and Documents of the Ninth Session (1960)*, tome IV, *Protection of minors*. Disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/c3036f8d-4a73-4d6f-b97b-3bed85e1a643.pdf> (última consulta 6 de diciembre de 2022).

PARRA ARANGUREN, G., "Rapport explicatif", Actes et documents de la Dix-septième session, t. II, Conference de La Haye de droit international privé, 1994, no. 411. Disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/9962f11b-1df5-4c7a-96fa-e03054d7abf9.pdf> (última consulta 6 de diciembre de 2022).

del ámbito material de aplicación que finalmente se daría al CH96 y, por otro, para conocer el antecedente al mecanismo de consulta y aprobación entre Estados que se introduciría para la constitución de una medida de acogimiento transfronterizo y que se inspira en el establecido para las adopciones internacionales.

Así, hemos querido plantear nuestro análisis de la normativa y los documentos preparativos de la CH y la UE en torno a tres cuestiones: el ámbito material de aplicación y la cooperación entre autoridades. La propia figura del acogimiento transfronterizo no se había regulado con anterioridad, por lo que resulta fundamental para entender su delimitación frente a otras figuras el conocer cómo se produce su inclusión en el ámbito material de estas normas y cuáles son sus características básicas. Precisamente como consecuencia de estas características, necesitamos acudir al marco de cooperación entre autoridades en el que se plantea, ya que es clave el mecanismo de consulta y aprobación que se establece para la adopción, desarrollo y seguimiento de esta medida. Finalmente, revisamos la regulación propuesta específicamente para el acogimiento transfronterizo y contrastamos la evolución hasta los preceptos aprobados y vigentes en la actualidad.

Adicionalmente, en el ámbito comunitario se mostró muy útil el seguimiento y evaluación de la aplicación del RBIIbis. Tanto a través de la jurisprudencia del TJUE, que se recoge a continuación, como de los estudios elaborados por la Comisión Europea para el Parlamento Europeo, el Consejo de la UE y el Comité de las Regiones, se ha podido hacer un análisis de la implementación práctica de este Reglamento identificando los obstáculos y los espacios de mejora del mismo³². De esta forma, los documentos y actos del proceso de revisión y

³² CARPANETO, L. "Cross-border placement of children in the European Union", Parlamento Europeo (Directorate General For Internal Policies.Policy Department on Citizens Rights and Constitutional Affairs), 2016. También escribe sobre los obstáculos en la aplicación de las disposiciones sobre acogimiento transfronterizo: FORCADA MIRANDA, F.J. (2020) op. cit. p. 335. Como será después señalado, el análisis jurisprudencial ha abarcado todas las sentencias sobre cuestiones de responsabilidad parental que han sido planteadas ante el TJUE a raíz de la aplicación del RBIIbis, empresa necesaria para conocer la interpretación del Tribunal de las disposiciones del Reglamento. Resulta fundamental en nuestra investigación la única sentencia sobre la aplicación del art. 56 del RBIIbis que regula el acogimiento transfronterizo, en el asunto HSE, pero las demás también han sido enriquecedoras en nuestro análisis de conceptos como la residencia habitual, el Orden Público o la existencia de un vínculo estrecho. CUARTERO RUBIO, M. V. y VELASCO RETAMOSA, J.M. (dirs.), *La vida familiar internacional en una Europa compleja: cuestiones abiertas y problemas de la práctica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021 sobre la realidad

refundición que se inició en el seno de la Unión Europea, nos han permitido conocer en mayor profundidad estos aspectos y las reflexiones en las que se vieron inmersos los Estados miembros hasta la aprobación en 2019 del RBIIter³³.

Una vez delimitada la figura del acogimiento transfronterizo y su regulación, regresamos al texto de las normas para estudiar con detenimiento las cuestiones de DIPR que surgen en torno a esta. Así, analizamos comparativamente las disposiciones del CH96 y el RBIIter, pasando por el RBIIbis, relativas a las reglas de la competencia, el reconocimiento de las resoluciones y la cooperación entre autoridades. Una vez más, la jurisprudencia del TJUE resultó esencial para comprender en mayor profundidad la interpretación de lo dispuesto en el RBIIbis y algunos de los cambios propuestos en su refundición.

- **Revisión bibliográfica/ Doctrina:**

Al abordar la revisión bibliográfica de cara a esta investigación necesitamos distinguir entre, los estudios que directamente abordan el acogimiento transfronterizo, la doctrina en materia de protección a la infancia en el marco del DIPR y la doctrina de cuestiones más generales.

Comenzamos por la consulta de obras monográficas, por ser este un tema muy poco estudiado doctrinalmente y buscando así identificar cuestiones pendientes de analizar y otras de carácter más generalista que exigían la remisión a obras igualmente generalistas.

Partimos de la bibliografía referenciada por la propia Conferencia de La Haya en relación con el CH96. Sin embargo, no encontramos publicaciones que aborden la “colocación transfronteriza” tal y como se establece en el CH96. Las obras y publicaciones sobre sustracción internacional de menores y adopción internacional son más numerosas. Únicamente encontramos obras monográficas

transfronteriza de la vida familiar, incluyendo un capítulo de CAMPUZANO DÍAZ sobre la aplicación del RBIIbis y su reforma.

³³³³ Sobre el proceso de refundición con, además de un análisis en profundidad, el valor añadido de encontrarse el autor cercano al proceso podemos leer a FORCADA MIRANDA, F.J., Comentarios prácticos al Reglamento (UE) 2019/1111. Competencia, Reconocimiento y Ejecución de Resoluciones en materia Matrimonial, Responsabilidad Parental y Sustracción Internacional de Menores, Ed. SEPIN, 2020, op. cit. pp. 33-48.

respecto al acogimiento transfronterizo en el ámbito comunitario. En concreto, con carácter previo al inicio de la revisión del RIIbis, sólo encontramos un artículo de FORCADA MIRANDA, magistrado representante de España en la Red Internacional de Jueces de la Conferencia de La Haya, que se detiene sobre esta figura³⁴.

Este autor ya destaca que, a pesar de que existe una casuística numerosa, como se confirmaría en la evaluación de la aplicación práctica del RIIbis en la que los Estados miembros aportaron sus estadísticas e informes estatales, el acogimiento transfronterizo es una realidad poco estudiada doctrinalmente y que únicamente ha dado lugar a una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

Hasta el proceso de revisión y refundición no empiezan a publicarse obras que abordan en mayor medida el acogimiento transfronterizo. Así, en un primer momento, ante el proceso de evaluación de la implementación práctica del RIIbis, disponemos del informe general y del específico sobre el acogimiento transfronterizo, que ofrecen información valiosa sobre el funcionamiento del Reglamento de cara a su refundición³⁵. En este contexto se publican varias obras

³⁴ FORCADA MIRANDA, F.J., Revision with respect to the cross-border placement of children, Dutch Journal of Private International Law, 2015, p. 37.

³⁵ DIRECTORATE-GENERAL FOR JUSTICE AND CONSUMERS, COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT – Executive summary of the impact assessment - Accompanying the document Draft Council Regulation amending Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000 (Brussels IIa), 20/06/2016, SWD(2016)208. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/HIS/?uri=CELEX:32019R1111&qid=1670360882580> (última consulta 7 de diciembre de 2022).

DIRECTORATE-GENERAL FOR JUSTICE AND CONSUMERS, Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction (recast), Opinion on impact assessment, 23/06/2016, SEC(2016)294. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/HIS/?uri=CELEX:32019R1111&qid=1670360882580> (última consulta 7 de diciembre de 2022).

DIRECTORATE-GENERAL FOR JUSTICE AND CONSUMERS, Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction (recast), 29/09/2016, COM(2016)411. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/HIS/?uri=CELEX:32019R1111&qid=1670360882580> (última consulta 7 de diciembre de 2022).

GENERAL SECRETARIAT OF THE COUNCIL, Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction (recast), Opinion of the Consultative Working Party of Legal Services, 25/11/2016, 2016/0190 (CNS). Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/HIS/?uri=CELEX:32019R1111&qid=1670360882580>

valorando tanto el funcionamiento del RBIIbis como la propuesta de refundición en las que se abordan en mayor o menor medida el acogimiento transfronterizo³⁶.

En el caso de España el informe suministrado al respecto fue elaborado por HERRANZ BALLESTEROS, que además publicó dos artículos sobre este tema³⁷. También sobre la casuística en España y haciendo una aproximación a la figura del acogimiento transfronterizo frente a otras, encontramos un artículo de ADROHER BIOSCA³⁸. Finalmente, existe también un Trabajo de Fin de Grado muy prolijo de RABANAL DE LABRA, dirigido por ADROHER BIOSCA, que aborda esta realidad y su marco jurídico³⁹.

Con la aprobación del nuevo RBIIter, volvemos a encontrar obras que analizan el Reglamento en su conjunto, deteniéndose en algunas materias concretas. La publicación más completa es la obra sobre el RBIIter elaborada por el magistrado FORCADA MIRANDA, que con ocasión de la refundición ha publicado una monografía sobre el nuevo Reglamento y el proceso de reforma, recogiendo tanto la jurisprudencia como los debates que dieron lugar a la nueva

[lex.europa.eu/legal-content/EN/HIS/?uri=CELEX:32019R1111&qid=1670360882580](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/HIS/?uri=CELEX:32019R1111&qid=1670360882580) (última consulta 7 de diciembre de 2022).

DIRECTORATE-GENERAL FOR JUSTICE AND CONSUMERS, COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT, Impact assessment, Accompanying the document Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction (recast), 11/02/2021, SWD(2016)207. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/HIS/?uri=CELEX:32019R1111&qid=1670360882580> (última consulta 7 de diciembre de 2022).

³⁶ DUTTA, A. y SCHULZ, A., First Cornerstones of the EU Rules on Cross-Border Child Cases: The Jurisprudence of the Court of Justice of the European Union on the Brussels IIa Regulation from C to Health Service Executive, *Journal of Private International Law*, V ol. 10 Issue 1, 2014, pp. 1-40. Disponible en: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.5235/17441048.10.1.1> (última consulta 7 de diciembre de 2022). KRUGER, T., Brussels II bis successes and suggested improvements, *Journal of Private International Law*, 2016. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1080/17441048.2016.1151150>. DE BOER, T., What we should not expect from a recast of the Brussels IIa Regulation, *Nederlands Internationaal Privaatecht*, 2015. Disponible en: https://nipr-online.eu/upload/documents/20150331T124932-NIPR%202015-1_De%20Boer_sample%20copy.pdf (última consulta 7 de diciembre de 2022).

³⁷ HERRANZ BALLESTEROS, M., Cross-border placement of children: the current situation in Spain. *Yearbook of Private International Law*, Volume 17 (2015/2016), pp. 449-461.

HERRANZ BALLESTEROS, M., El acogimiento transfronterizo en la propuesta de refundición del Reglamento Bruselas II bis. *Revista La Ley Unión Europea*, núm. 44, enero de 2017, pp. 1-16.

³⁸ ADROHER BIOSCA, S., Estancias temporales de menores extranjeros en España: régimen jurídico vigente y desafíos de futuro, *Cuadernos de Derecho transnacional*, 2019, vol.11.

³⁹ RABANAL DE LABRA, C., Acogimiento internacional de menores y responsabilidad parental (trabajo de fin de grado), Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2018. <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/handle/11531/19671> (última consulta el 6 de diciembre de 2022).

redacción⁴⁰. La última publicación, hasta la fecha, ha sido la dirigida por CAMPUZANO DÍAZ, que hace un estudio en profundidad del RBlter, incluyendo un capítulo específico sobre acogimiento transfronterizo escrito por CANO BAZAGA⁴¹.

Siendo el núcleo de esta tesis el estudio de los instrumentos de Derecho Internacional Privado sobre responsabilidad parental ha resultado fundamental la documentación y lectura de obras generalistas en la materia, así como de aquellas que ponen un foco en los derechos de la infancia en el seno de la Conferencia de La Haya y de la Unión Europea. Se ha realizado un seguimiento de los debates en ambos espacios.

La consulta de obras monográficas sobre responsabilidad parental en el Derecho Internacional Privado se realizó en las siguientes revistas especializadas: Dutch Journal of Private International Law, International Family Law, Irish Journal of Family Law, Japanese Yearbook of Private International Law, Journal of Private International Law, Netherlands International Law Review, New York University Journal of International Law and Politics y Nordic Journal of International Law. Se realizó también un vaciado del Boletín de los Jueces publicado por la CH Derecho Internacional Privado sobre Protección Internacional del Menor. Asimismo, se ha accedido a bases de datos online/ digitales: Aranzadi Instituciones, Dialnet, Diario La Ley, El Derecho, Encyclopedia of Private International Law, Family and Society Studies Worldwide, Iustel, Hein Online, Tirant online, Oxford Academic, Enciclopedia de Derecho Internacional Privado y EUR-Lex. Las bibliotecas a las que se acudió físicamente en este proceso fueron la de la Universidad Pontificia Comillas y la de la Universidad Carlos III, ambas en Madrid. De manera online se ha accedido a las bibliotecas de: la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, la Universidad de Alicante y la Universidad de La Rioja.

⁴⁰ FORCADA MIRANDA, F.J., *Comentarios prácticos al Reglamento (UE) 2019/1111. Competencia, Reconocimiento y Ejecución de Resoluciones en materia Matrimonial, Responsabilidad Parental y Sustracción Internacional de Menores*, Ed. SEPIN, 2020.

⁴¹ CAMPUZANO DÍAZ, B. (dir.), ADAM MUÑOZ, M. D., CALZADO LLAMAS, A. J., CANO BAZAGA, E. et al., *Estudio del Reglamento (UE) 2019 / 1111 sobre crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*, Thompson Reuters-Aranzadi, 2022.

La revisión bibliográfica realizada nos muestra que el acogimiento transfronterizo no ha sido tratado en profundidad por la doctrina y que plantea cuestiones jurídicas muy diversas que es necesario investigar.

- **Análisis jurisprudencial de las sentencias del TJUE.**

Se ha hecho un barrido de jurisprudencia a través de la base de datos digital del propio TJUE. Hemos realizado un análisis de todas las sentencias de este Tribunal sobre la aplicación del RBIIbis en materia de responsabilidad parental para identificar cuestiones relevantes para nuestro estudio⁴². En particular, este trabajo se ha nutrido de la jurisprudencia sobre las reglas de atribución de la competencia, haciendo hincapié en el concepto autónomo de residencia habitual, así como en materia de reconocimiento y las causas para su denegación. En este último asunto, la jurisprudencia ha sido especialmente relevante en el análisis de cómo se garantiza el derecho del niño a ser escuchado en el procedimiento.

La sentencia del TJUE sobre el caso HSE y la Opinión vertida por la Abogado General Kokkot en este, resultan fundamentales en nuestra investigación, ya que se trata de la única ocasión en la que el Tribunal trata específicamente la aplicación e interpretación del artículo 56 del RBIIbis que

⁴² De las sentencias analizadas, las relevantes para el objeto de esta tesis, ya sea directa o indirectamente han sido el total de las sentencias del TJUE sobre la aplicación del RBIIbis en materia de responsabilidad parental conforme a la página web del propio Tribunal (https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/es/): STJUE (Gran Sala) de 27 de noviembre de 2007, "Caso C", C-435/06, EU:C:2007:714; STJUE (Sala Tercera) de 2 de abril de 2009, "Caso A", C-523/07, ECLI:EU:C:2009:225; STJUE (Sala Tercera) de 23 de diciembre de 2009, "Caso Detiček", C-403/09, ECLI:EU:C:2009:810; STJUE (Sala Segunda) de 15 de julio de 2010, "Caso Purrucker I", C-256/09, ECLI:EU:C:2010:437; STJUE (Sala Segunda) de 9 de noviembre de 2010, "Caso Purrucker II", C-296/10, ECLI:EU:C:2010:665; STJUE (Sala Primera) de 22 de diciembre de 2010, "Caso Mercredi", C-497/10, ECLI:EU:C:2010:829; STJUE (Sala Primera) de 22 de diciembre de 2010, "Caso Aguirre Zarraga", C-491/2010, ECLI:EU:C:2010:828; STJUE (Sala Segunda) de 26 de abril de 2012, "Caso HSE", C-92/12, ECLI:EU:C:2012:255; STJUE (Sala Cuarta) de 21 de octubre de 2015, "Caso Gogova", C-215/15, ECLI:EU:C:2015:710; STJUE (Sala Tercera) de 27 de octubre de 2016, "Caso D", C-428/15, ECLI:EU:C:2016:819; STJUE (Sala Primera) de 15 de febrero de 2017, "Caso W y V", C-499/15, ECLI:EU:C:2017:118. CJEU 17 June 2010, C-312/09; CJEU 27 November 2007, C-435/06, *NIPR* 2008, 1; CJEU 29 November 2007, C-68/07, *NIPR* 2008, 2; CJEU 11 July 2008, C-195/08 PPU, *NIPR* 2008, 159; CJEU 2 April 2009, C-523/07, *NIPR* 2009, 85; CJEU 16 July 2009, C-168/08, *NIPR* 2009, 173; CJEU 23 December 2009, C-403/09 PPU, *NIPR* 2010, 1; CJEU 1 July 2010, C-211/10 PPU, *NIPR* 2010, 384; CJEU 15 July 2010, C-256/09, *NIPR* 2011, 289; CJEU 5 October 2010, C-400/10 PPU, *NIPR* 2011, 1; CJEU 9 November 2010, C-296/10 PPU, *NIPR* 2011, 2; CJEU 22 December 2010, C-491/10, *NIPR* 2011, 4; CJEU 22 December 2010, C-497/10 PPU, *NIPR* 2011, 5; CJEU 26 April 2012, C-92/12 PPU, *NIPR* 2012, 289; CJEU 1 October 2014, C-436/13, *NIPR* 2014, 327; CJEU 9 October 2014, C-376/14, *NIPR* 2015, 1 and CJEU 12 November 2014, C-656/13, *NIPR* 2015, 2.

regula el acogimiento transfronterizo. Las cuestiones planteadas permiten al Tribunal aclarar diversos extremos sobre esta figura que, además de guiar a partir de entonces la aplicación por parte de los Estados, nutrirían la revisión y refundición del Reglamento. El haber realizado este análisis jurisprudencial nos ha permitido contrastar qué interpretaciones del TJUE han sido incorporadas en la refundición del RBIIbis dando lugar a la redacción final del RBIIter.

- **La base de datos de los casos registrados en España entre 2010 y 2014.**

Un punto de inflexión en el planteamiento de este trabajo de investigación fue el acceso a todos los expedientes disponibles hasta junio de 2014 en el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad gracias a la entonces Directora General de Servicios para la Familia y la Infancia, Salomé Adroher Biosca, que vio el valor científico de dichos expedientes. De esta forma, se procedió a elaborar una base de datos que sistematizase la información de los expedientes para permitir un seguimiento de los casos, así como para disponer de una fotografía de las realidades que se estaban dando⁴³.

Registramos 118 casos entre agosto de 2010 y junio de 2014 recibidos por la Dirección General de Servicios para la Familia y la Infancia a través de la Dirección General de Cooperación Jurídica Internacional y Relaciones con las Confesiones del Ministerio de Justicia en su papel de Autoridad Central para después redirigirlos a las entidades de protección a la infancia autonómicas y viceversa.

Entre los expedientes encontramos tanto casos remitidos por Estados miembros de la UE como de terceros Estados. A los efectos de una mayor eficiencia en la gestión de los expedientes, en la Dirección General se distinguía entre expedientes internacionales, los casos de Estados de fuera de la UE, y los expedientes del Reglamento, casos provenientes de Estados miembros que en su momento aplicaban el RBIIbis vigente.

⁴³ La base de datos fue elaborada entre marzo y junio de 2014.

Realizamos una base de datos sistematizando la información anonimizada⁴⁴ de los expedientes recogiendo los siguientes campos⁴⁵:

- Respecto a los responsables parentales: la categoría a la que pertenecían entre progenitores, acogedores, adoptantes u otros; su nacionalidad y su residencia.
- Respecto al niño o niña: edad, nacionalidad y residencia.
- Normativa aplicada, en el sentido de invocada en el propio expediente. Encontramos referencia al CH96, el RBIIbis y el CH80.
- Categorización del asunto hecha a partir de la lectura del expediente a los efectos de la sistematización. Las categorías posibles son: desamparo, acogimiento familiar, acogimiento residencial, sustracción internacional u otras medidas de protección.
- Autoridad competente en España.
- Fechas de inicio y cierre del expediente.
- El tiempo transcurrido.
- Un resumen del caso con las distintas gestiones hechas por las autoridades implicadas. En este campo se iban introduciendo las distintas comunicaciones entre autoridades con las fechas correspondientes.
- La resolución del caso.
- El estado del expediente indicando el motivo del cierre, en su caso. Se diferencia entre los expedientes que seguían abiertos a la fecha, aquellos supuestos en los que la resolución había sido atendida, en los que la medida de protección había finalizado, los que habían sido cerrados de hecho por el regreso del niño al país de origen, aquellos en los que el niño había alcanzado la mayoría de edad y los que se habían cerrado por otros motivos.

La elaboración de esta base de datos permitió aproximar nuestro trabajo a los problemas que se estaban planteando, confirmando que existía casuística transfronteriza entre los Estados, que podría calificarse o no de acogimiento transfronterizo, pero que requería de un análisis más profundo. Se detectó una

⁴⁴ Para anonimizar la información se otorgó a cada expediente un código compuesto por la primera letra del apellido de la persona menor de edad y un número por orden de registro. Por ejemplo, el primer expediente de un niño apellidado Aragonese hubiese sido A.1 y el siguiente cuyo apellido también empezase por A hubiese sido A.2.

⁴⁵ No se ha recogido el sexo de las personas menores de edad.

sustancial inobservancia del procedimiento de cooperación entre autoridades establecido que evidenciaba la necesidad de un desarrollo interno de lo previsto en el ámbito convencional y comunitario. Se confirma también el interés del estudio de los instrumentos de DIPR sobre responsabilidad parental en lo que a mecanismos de cooperación entre autoridades se refiere.

- **Publicaciones y vida profesional.**

En paralelo a esta investigación, además del trabajo de fin de máster sobre el Derecho del niño a la vida privada y familiar, en el marco de este trabajo se han elaborado dos capítulos de libros que versan sobre materias que resultaban tangenciales al objeto de la investigación⁴⁶. Como consecuencia de lo observado respecto al supuesto más mayoritario de traslados a España de los niños alemanes con medidas de educación intensiva, se elaboró un capítulo sobre las cuestiones de DIPR en relación con el internamiento en centros para menores con trastorno de conducta con el que se apreciaba un paralelismo⁴⁷. Asimismo, ahondando en la importancia de dotar de contenido al Interés Superior del Niño, se elaboró el capítulo sobre este en un libro publicado con ocasión del treinta aniversario de la ratificación por España de la CNUDN. En este se analiza la evolución del Interés Superior del Niño en el ordenamiento jurídico español, así como un recorrido a través de las Observaciones Finales del CDN a España al respecto.

Por último, cabe señalar que la vida profesional de la doctoranda vinculada a la investigación y el tercer sector ha permitido una cercanía constante con la actualidad y la práctica de las políticas públicas en materia de derechos de la

⁴⁶ Máster en protección internacional de los derechos humanos de la Universidad de Alcalá, curso 2011-2012.

⁴⁷ PERAZZO ARAGONESES, C., Internamiento en un centro de protección específico para menores con trastornos de conducta: cuestiones de Derecho Internacional Privado, en LÁZARO GONZÁLEZ, I.E. y LEGAZ CERVANTES, F. (Dirs.) y SALINAS ÍÑIGO, A.M. y MAYORAL NARROS, I.V. (Coords.), Los centros de protección específicos de menores con problemas de conducta, Ed. Thomson Reuters- Aranzadi, Pamplona, 2021, pp. 299-326.
PERAZZO ARAGONESES, C., Capítulo X.2 La violencia contra la infancia, en Varios Autores, MARTÍNEZ GARCÍA, C. (coord.), *Tratado del Menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 709-725.

infancia y la adolescencia⁴⁸. Tanto desde la investigación como desde la incidencia política y social para la incorporación de los estándares internacionales en el ordenamiento jurídico español.

1.4 La estructura de la tesis.

Planteada la cuestión de si el acogimiento transfronterizo regulado en las normas de DIPR sobre responsabilidad parental ofrece la oportunidad de garantizar el derecho a vivir en familia de los niños privados de cuidado parental conforme a su interés superior, la estructura de la exposición que sigue invita a un recorrido lógico que permita comprender esta figura y los requisitos establecidos para la eficacia extraterritorial de la resolución extranjera por la que se constituye.

Partimos de la delimitación de la figura del acogimiento transfronterizo como medida de cuidado alternativo en el marco de los derechos de la infancia y la adolescencia, exponiendo las características que la definen y distinguen de otras medidas. Ya que se trata de una medida de protección que se caracteriza por requerir la cooperación entre las autoridades de dos Estados distintos, aquel en el que se encuentra el niño y el que se pretende que lo acoja, nos remitimos a los instrumentos de DIPR que establecen y regulan esta figura, el CH96 y el RBIIter.

Un análisis detallado de la regulación vigente y sus antecedentes nos permitirá conocer no sólo cómo funciona esta medida, sino también la voluntad de los Estados parte/miembro al incorporarla y, en particular, el cumplimiento o no de la exigencia de cooperación entre autoridades que se establece tanto en el ámbito convencional como en el comunitario. Veremos si los requisitos establecidos en

⁴⁸ La labor investigadora desarrollada ha estado vinculada a los derechos de la infancia y la adolescencia, especialmente de aquella en movimiento, mediante la colaboración con la Cátedra de Derechos del niño de la Universidad Pontificia Comillas en Madrid. Por lo que respecta a la vida profesional, la doctoranda ha ocupado puestos en organizaciones del tercer sector como la Asociación Colectivo La Calle y la Fundación La Merced Migraciones. Desde 2014 desarrolla su actividad profesional en el área de incidencia social y política de la fundación Save the Children, de la que es directora desde diciembre de 2019.

las normas promueven efectivamente el interés superior del niño tanto en su dimensión de derecho subjetivo como en la de garantía procesal.

Se realiza así un análisis en orden cronológico de las normas vigentes del ámbito convencional y comunitario y de sus antecedentes. Esto nos permitirá comprender cómo se incluye esta figura y cómo los requisitos que se establecieron para su eficacia extraterritorial pretenden reforzar la importancia de la cooperación entre autoridades para garantizar los derechos de la infancia y la adolescencia en el marco de la construcción de un espacio de confianza mutua entre los Estados. Adicionalmente, en el ámbito comunitario, tienen especial relevancia los aprendizajes que pueden abstraerse de la aplicación práctica del RBIIbis y que nutrieron su refundición. Para ello disponemos de una única sentencia del TJUE y de los informes del propio Parlamento Europeo de la evaluación del Reglamento a partir de las contribuciones de los Estados miembros.

En paralelo al estudio del marco convencional y comunitario se ha procedido también al análisis del ordenamiento jurídico español como ejemplo del desarrollo interno que las normas de DIPR dejan a los Estados parte/miembros y que se muestra necesario en la práctica. Haciendo un recorrido por la progresiva incorporación de esta figura en el Derecho español veremos, contraponiéndolo con la casuística observada, en qué medida se responde a los obstáculos encontrados y los retos que permanecen. Realizaremos también un breve repaso del desarrollo realizado en otros Estados miembros de lo establecido en el Reglamento comparando lo dispuesto por unos y otros.

De las cuestiones jurídicas que surgen en torno a la figura del acogimiento transfronterizo y su funcionamiento, se han considerado especialmente relevantes las relacionadas con la determinación de la competencia de la autoridad que propone la medida y, en su caso, la constituye, así como los requisitos establecidos en las normas para que la resolución despliegue sus efectos en otro Estado. Para ello, nos detendremos en tres de las causas de denegación del reconocimiento que establecen el CH96 y el RBIIter: que la resolución sea contraria al Orden Público, teniendo en cuenta el interés superior del niño; la falta de oportunidad de audiencia al niño en la adopción de la medida; y, la infracción del procedimiento de consulta y aprobación establecido para el acogimiento

transfronterizo. Hemos querido completar el análisis de estas causas de denegación dotando de contenido a las exigencias establecidas a partir de los instrumentos internacionales de derechos del niño asumidos por los Estados parte/ miembros, como son el interés superior del niño y su derecho a ser escuchado y que su opinión sea tenida en cuenta, principios generales de la CNUDN que requieren de un aterrizaje específico a la realidad que nos ocupa y que son garantías procesales para el efectivo cumplimiento del derecho del niño a vivir en familia, que representa la base de cualquier medida de cuidado alternativo⁴⁹.

Una vez expuesto el acogimiento transfronterizo y analizadas las cuestiones jurídicas que surgen en torno a este estamos en condiciones de exponer las conclusiones a las que hemos llegado sobre si efectivamente los instrumentos de DIPR sobre responsabilidad parental ofrecen un mecanismo de cooperación entre autoridades que permite reforzar la garantía del derecho a vivir en familia de la infancia y la adolescencia al determinar la medida de cuidado alternativo más adecuada en base a su interés superior.

En términos prácticos nos pronunciaremos sobre si realmente estos instrumentos de DIPR brindan esta oportunidad, si se están usando o no, si se han establecido los mecanismos adecuados y se respetan, si las garantías procesales que exige considerar primordial del interés superior en la toma de decisiones están adecuadamente establecidas y se cumplen.

Alcanzadas esas conclusiones nos ha parecido oportuno, por último, incluir un capítulo con unas breves recomendaciones para mejorar la regulación y aplicación del acogimiento transfronterizo en el marco de los derechos de la infancia y la adolescencia en la lógica de que la investigación debe estar al servicio de la sociedad y que los cambios duraderos y sostenibles vendrán de la mano de las políticas públicas para cuyo diseño y revisión resulta imprescindible la evidencia.

⁴⁹ DE LA IGLESIA MONJE, M. I., Reflexiones en torno a los nuevos derechos y el principio del interés superior del menor. Su evolución en los Tribunales de Justicia, Diario La Ley, nº 8395, sección doctrina, 9 de octubre de 2014, año XXXv, pp. 1-2.

CAPÍTULO II

ACOGIMIENTO TRANSFRONTERIZO

El objeto de estudio de esta tesis es analizar la eficacia extraterritorial de una resolución por la que se constituye el acogimiento transfronterizo de un niño/a, la competencia de las autoridades que la adoptan y la cooperación entre todas las implicadas. El acogimiento transfronterizo es una medida de protección a la infancia que tiene unas características particulares que requieren de un análisis más detallado para así comprender la regulación que de ella hacen los instrumentos internacionales y comunitarios que estudiaremos detenidamente en los siguientes capítulos.

Esta medida de protección, que se adopta por las autoridades de un Estado para que sea cumplida en el territorio de otro suponiendo el traslado del niño, requiere de la cooperación entre autoridades tanto para su adopción como para su cumplimiento y seguimiento que, como veremos, es lo que establecen las normas de Derecho Internacional Privado sobre responsabilidad parental. Estas normas son el Convenio de La Haya de 1996 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental⁵⁰ y el Reglamento Europeo 111/2019 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores⁵¹.

⁵⁰ Decisión 2003/93/CE de 19 de diciembre de 2002, por la que se autoriza a los Estados miembros a firmar, en interés de la Comunidad, el Convenio de La Haya de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños. (DOUE 21 de febrero de 2003).

⁵¹ Reglamento (UE) 2019/1111 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción

Los aspectos nucleares a analizar son los relacionados con estas normas que regulan cómo debe adoptarse este tipo de medida para producir sus efectos en el Estado correspondiente, respetando los derechos del niño o niña acogida. Sin embargo, resulta fundamental empezar por delimitar qué medida es la que nos ocupa y la que desencadena la aplicación de dichas normas.

En el primer epígrafe de este capítulo analizaremos qué caracteriza a una medida de acogimiento transfronterizo como medida de cuidado alternativo a ser cumplida en otro Estado en el marco de derechos de la infancia y la adolescencia, para, a continuación, exponer algunas de las realidades que abarca, las que no y las realidades que, en la práctica, se están quedando al margen pudiendo beneficiarse de este marco jurídico. Por último, acabaremos este capítulo analizando los antecedentes de la regulación de esta figura, así como la regulación actual en el ámbito convencional, el comunitario y el Derecho autónomo.

2.1 El acogimiento transfronterizo como medida de cuidado alternativo en el marco de los derechos de la infancia y la adolescencia

Tras un acercamiento a lo que es el acogimiento transfronterizo como medida de cuidado alternativo, expondremos sus características particulares, especialmente derivadas de su condición transfronteriza, así como la diferenciación de aquellas medidas que, teniendo un componente transfronterizo, no se corresponden con esta figura. Este ejercicio nos permitirá ver, a continuación, cómo se ha regulado en las normas de Derecho Internacional Privado (DIPR) y si se delimita en mayor o menor medida la figura en cuestión.

2.1.1 Medidas de cuidado alternativo en el marco de los derechos de la infancia y la adolescencia.

internacional de menores, DOUE núm.178, de 2 de julio de 2019, pp. 1 a 115 (DOUE-L-2019-81122).

Dado que la familia es el núcleo de la sociedad y el entorno que contribuye al pleno desarrollo y bienestar del niño/a, tanto la Convención de Naciones Unidas de los Derechos del Niño (CNUDN)⁵² como la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CEDH)⁵³ establecen que los niños privados de su medio familiar tendrán derecho a una protección especial. Como parte de esa protección, los Estados deben prever medidas de cuidado alternativo para lo que tanto la Convención como las Directrices de Naciones Unidas de Medidas de Cuidado Alternativo ofrecen un marco⁵⁴.

El derecho del niño a que en todas las decisiones que le afecten su interés superior sea una consideración primordial debe guiar, en un primer momento, la decisión sobre la separación de la familia, así como, a continuación, la adopción de la medida de protección correspondiente en su caso⁵⁵. El interés superior del niño se traduce así en dos principios establecidos en las Directrices, el de necesidad y el de idoneidad⁵⁶. Ambos exigen que únicamente se recurra a una medida de cuidado alternativo, se garantice que supone la separación de la familia, en caso de necesidad real. Y que el cuidado sea proporcionado de manera adecuada, prioritariamente en un entorno familiar en vez de en uno residencial y que, si esta última modalidad es la más adecuada, debe garantizarse que responde a sus necesidades y cumple unos estándares de calidad.

La separación de la familia debe ser el último recurso, esto es, los Estados deben disponer mecanismos para prevenir que ello ocurra apoyando a las familias y facilitando el acompañamiento para evitar la ruptura, de gran impacto en el desarrollo y bienestar del niño. Asimismo, cuando la separación resulte inevitable y responde al interés superior del niño, debe llevarse a cabo una evaluación de

⁵² La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989 (RCL 1990, 2712).

⁵³ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 26 octubre 2012, DOUE núm. 326, de 26 de octubre de 2012, páginas 391 a 412 (DOUE-Z-2012-70012).

⁵⁴ Resolución 64/142 de la Asamblea General de Naciones Unidas [sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/64/434)] "Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños" (A/RES/64/142).

⁵⁵ Sobre la necesidad de contemplar medidas de cuidado alternativo ante la separación de la familia, el ejemplo de la tutela (guardianship) en Reino Unido: HALL, A., *Special Guardianship and Permanency Planning: Unforeseen Consequences and Missed Opportunities*, *Child and Family Law Quarterly*, vol. 20, no. 3, 2008, pp. 359-377. HeinOnline.

⁵⁶ CANTWELL, N.; DAVIDSON, J.; ELSLEY, S.; MILLIGAN, I.; y QUINN, N. (2012). "Avanzando en la implementación de las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños" Reino Unido: Centre for Excellence for Looked After Children in Scotland. p. 23.

las circunstancias concretas y elegir la medida de protección que mejor responda a las necesidades del niño y garantice el cumplimiento de sus derechos⁵⁷. Para ello, tal y como establecen las Directrices, los Estados deben contar en sus ordenamientos con un abanico suficientemente amplio de modalidades de cuidado entre las que profesionales especializados puedan, escuchando al niño y la familia, elegir aquella más adecuada⁵⁸.

El artículo 20 de la CNUDN, que establece que los niños privados de su medio familiar tienen derecho a la protección por parte del Estado mediante medidas de cuidado alternativo, enumera a modo de ejemplo las siguientes:

- *“la colocación en hogares de guarda,*
- *La kafala del Derecho islámico,*
- *La adopción, o (...)*
- *La colocación en instituciones adecuadas de protección de menores”⁵⁹.*

Los objetivos que deben buscarse al determinar cuál es la medida más adecuada son ofrecer al niño el entorno de acogimiento más adecuado y planificar una respuesta estable a su situación⁶⁰. El acogimiento en una familia o residencia

⁵⁷ *“La obligación positiva de intervenir en las situaciones de riesgo para evitar el desamparo con la consiguiente separación entre los hijos y sus padres, el mantenimiento de los contactos entre hijos y padres con el fin de permitir la restitución de la vida familiar, la participación de los padres y del propio menor en el proceso, las exigencias de límites temporales en la toma de decisiones están presentes ya en nuestro sistema jurídico, pero su concreción debe mejorarse indudablemente”.* LÁZARO GONZÁLEZ, I. E., op. Cit. p. 290.

⁵⁸ En el Manual de implementación de las directrices de medidas de cuidado alternativo de Naciones Unidas encontramos una serie de cuestiones que deben abordarse a la hora de determinar la modalidad más adecuada de cuidado. En primer lugar, en todo caso debe preverse un trabajo de prevención del ingreso, esto es, de la separación de la familia. Sólo como último recurso se sacará al niño de su núcleo familiar, salvo que su permanencia en este sea contraria a su interés superior. Además, los Estados deben poner a disposición de los profesionales especializados que hagan la valoración una gama de opciones de modalidades alternativas de cuidado adecuadas. Deben ser suficientes y de calidad, y debe establecerse procesos de toma de decisión claros, que escuchen al niño y a la familia de origen, permitiendo una valoración caso a caso atendiendo al momento concreto y que permita la revisión de la medida. Entre las medidas posibles, el acogimiento residencial, establecen las Directrices, sólo se aplicará cuando sea necesario y apropiado. En este proceso para la determinación del acogimiento más adecuado debe tener dos objetivos: proporcionar el entorno de acogimiento alternativo más adecuado y planificar la estabilidad de la respuesta que se da al niño a medio/largo plazo. CANTWELL, N.; DAVIDSON, J.; ELSLEY, S.; MILLIGAN, I.; y QUINN, N. (2012). “Avanzando en la implementación de las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños” Reino Unido: Centre for Excellence for Looked After Children in Scotland. Páginas 24-26. Disponible en: <https://www.relaf.org/materiales/Avanzando-en-la-implementacion-de-las-Directrices-sobre-las-alternativas-V2.pdf> (última consulta 7 de diciembre de 2022).

⁵⁹ Artículo 20.3 CNUDN.

⁶⁰Manual de implementación de las Directrices de cuidado alternativo de Naciones Unidas. Op. Cit. p. 26.

es una de las medidas de cuidado alternativo a las que puede recurrirse para ofrecer protección a un niño/a separado/a de su familia⁶¹. Cuando este acogimiento se propone que tenga lugar en el territorio de otro Estado, ya sea en una familia o un centro residencial, se hace necesaria una cooperación entre las autoridades de los dos Estados implicados cuyos ordenamientos jurídicos entran en contacto y estamos ante un acogimiento transfronterizo, figura objeto de estudio en este trabajo.

Las circunstancias que pueden llevar a que el traslado del niño en el marco de una medida de acogimiento transfronterizo sea la mejor medida de protección a adoptar son diversas y, dado que debe estudiarse caso a caso, no puede exponerse toda la casuística⁶². A partir del estudio de la base de datos de los casos que llegan a España, podemos distinguir dos supuestos en los que se utiliza el acogimiento transfronterizo:

- Como medida que permite la acogida por familia extensa presente en territorio español de un niño que queda privado de cuidado parental en otro Estado. Aquí, el objetivo sería garantizar el mantenimiento de las relaciones familiares o el derecho a vivir en familia⁶³;

⁶¹ En el informe del Parlamento Europeo sobre el acogimiento transfronterizo de niños se define acogimiento como una medida de protección a la infancia mediante la cual se ofrece un entorno familiar adecuado a los menores que, por diversas circunstancias, no pueden vivir con su familia. Es una medida de protección necesaria en casos en los que el menor no tiene quien pueda ocuparse de él o en casos en los que el menor necesita cuidados especiales por tener algún impedimento físico o mental. CARPANETO, L. Op. Cit. p. 17.

⁶² Conforme a las Directrices de cuidado alternativo de Naciones Unidas, hay una serie de factores que deberían guiar la decisión sobre el acogimiento y su implementación. "61. *La planificación del acogimiento y la permanencia debería basarse principalmente en la naturaleza y la calidad de los vínculos del niño con su familia; la capacidad de la familia para salvaguardar el bienestar y el desarrollo armonioso del niño; la necesidad o el deseo del niño de sentirse parte de una familia; la conveniencia de que el niño no salga del ámbito de su comunidad o su país; sus antecedentes culturales, lingüísticos y religiosos y sus relaciones con sus hermanos, a fin de evitar su separación*".

⁶³ Este supuesto observamos que se suele resolver por la vía diplomática. Niños o niñas que quedan privados de cuidado parental y se considera que lo mejor sería ser trasladados a otro Estado con el que tienen un vínculo estrecho, principalmente por ser nacionales de este o por haber tenido allí su residencia habitual anteriormente. Se trata, por ejemplo, de niños que quedan huérfanos y que tienen en otro Estado familiares que pueden hacerse cargo de ellos o con los que se considera que responde a su interés superior que mantengan el contacto, aunque estén en un centro residencial en el mismo territorio. El RBIIter prevé que los acogimientos con familia extensa puedan quedar excluidos del requisito de cooperación entre autoridades previsto para el acogimiento transfronterizo, pero quedará a la voluntad de los Estados el realizar o no esta exclusión. En el caso de España no se excluye.

- Como medida que busca una ruptura del niño con su contexto como consecuencia de un comportamiento disruptivo, no de responsabilidad penal, en el Estado en el que se encuentra inicialmente⁶⁴.

Adicionalmente observamos que esta medida podría tener otro objetivo, teniendo en cuenta especialmente el derecho del niño a vivir en familia y a mantener relaciones familiares, así como su derecho a la identidad, como es el dar respuesta a las necesidades de niños de origen migrante (refugiados o no) que se encuentran solos o separados en el territorio de un Estado pero presentan un vínculo con otro por estar allí familiares o una comunidad más amplia de su mismo origen étnico, religioso y/o cultural. Sin embargo, no se está utilizando esta medida como una posible solución duradera que adoptar en el interés superior de un niño en estas circunstancias⁶⁵.

⁶⁴ El caso más numeroso que encontramos entre los acogimientos transfronterizos que tienen por destino a España, y que ha sido destacado en los estudios comunitarios, es el de aquellos niños sometidos a una medida de educación intensiva prevista en el ordenamiento jurídico alemán que se introdujo expresamente en el ámbito material de aplicación del RBIIter porque, como veremos en el epígrafe siguiente sobre regulación, durante el proceso de refundición se identificó como el supuesto predominante. Esta medida se adopta por las autoridades alemanas con autorización de los responsables parentales del niño que ha mostrado un comportamiento disruptivo, sin haber llegado a incurrir en cuestiones de responsabilidad penal, y que, según mantiene el sistema alemán, requiere de la ruptura con su entorno para su reeducación. El objetivo que buscaría este tipo de medida es precisamente el aislamiento del niño de su contexto, que se ha valorado como perjudicial. Sobre esto podemos leer el artículo: TUDELA SÁNCHEZ, M., Experiencia de convivencia de larga duración con menores tutelados alemanes en España, *Revista de Educación Social* (RES) Número 27, julio-diciembre de 2018. También sobre el modelo alemán: ELÍAS MÉNDEZ, C., La protección de los menores de edad en Alemania desde una perspectiva constitucional, *Revista Estudios Políticos* núm. 131, 2001. SEIDENSTUCKER, B. y MUTKE, B., Servicios sociales para menores en Alemania, *Alternativas: Cuadernos de trabajo social*, nº 8, 2000, págs. 19-41. ROITH, C. y BAHR, D., La integración social de jóvenes alemanes con problemas mediante actividades deportivas en el concepto pedagógico de la Asociación Neue Horizonte. En CANGAS, A. J., GALLEGO ANTONIO, J., y NAVARRO GÓMEZ, N. (coords.), *II Congreso Nacional de Sensibilización al Estigma Social en Salud Mental y III Congreso Internacional de Actividad Física y Deporte Adaptado: libro de actas*, Vol. 2, 2014.

En el informe CARPANETO encontramos referencia a los denominados “campamentos de niños malcriados” como centros en los que se aplica una disciplina dura a niños complicados. Se pone el énfasis en la necesidad de investigar esta realidad en profundidad, especialmente para asegurar el respeto de los derechos fundamentales del marco normativo europeo. CARPANETO, Op. Cit. p. 76. También resaltan el número de casos de acogimientos transfronterizos teniendo lugar, poniendo como ejemplo a Alemania, DUTTA, A. y SCHULZ, A. Op. cit. p. 36. Respecto a esta realidad en el caso español en particular escribe HERRANZ BALLESTEROS, M., Cross-border placement of children: the current situation in Spain. *Yearbook of Private International Law*, Volume 17 (2015/2016), pp. 449-461.

⁶⁵ “Whereas relocation and resettlement programmes only apply to children claiming asylum, Brussels IIa may provide tools for the placement of children in another MS (the 1996 Hague Convention applies to placements in non-EU Contracting States; see Art. 33). Indeed, Article 56 organizes a cooperation mechanism via CAs, based on a request made by the authority having jurisdiction under the regulation and the consent to be given by the competent authority of the MS where the child is to be placed. However, such placements require coordination according to the child’s migratory status and distinctions are to be made between different situations”. Resaltan la

2.1.2 Evaluación y determinación del interés superior del niño en la elección de la medida de cuidado alternativo más adecuada.

La medida de cuidado alternativo permite dar respuesta al derecho del niño a vivir en familia y garantizar la adecuación de la medida a su interés superior. La previsión de esta figura y el mecanismo de cooperación entre autoridades que establecen las normas que la regulan, es una vía para adoptar una solución duradera ponderando todas las circunstancias que concurren en el caso de un niño en particular.

Observamos así que resultan fundamentales los procedimientos de evaluación y determinación del interés superior del niño, tanto para la decisión de separación de la familia como para la elección y adopción de la medida de cuidado alternativo⁶⁶. En este trabajo nos detendremos en el segundo momento haciendo hincapié en el proceso de toma de decisiones que resulte en la constitución de un acogimiento transfronterizo.

El artículo 3 de la CNUDN dispone que *“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*. En tanto que concepto jurídico indeterminado el Interés Superior del Niño ha dado lugar a mucha literatura académica y jurisprudencia, en la que se pone de manifiesto que es necesario delimitar en mayor medida su contenido, pero sobre todo su aplicación práctica⁶⁷. Así, el Comité de los Derechos del Niño

posibilidad de utilizar los mecanismos de DIPR, especialmente de cooperación entre autoridades, para adoptar soluciones duraderas para infancia no acompañada y solicitante de asilo. Recuerdan a su vez la necesidad de prestar atención o prever que se atienda a las cuestiones de extranjería en los eventuales acogimientos transfronterizos de estos niños. CORNELOUP, B., op. Cit. p. 86

⁶⁶ Encontramos una propuesta de criterios mínimos de actuación para incorporar lo establecido por la OGr14 ante una medida de acogimiento en HORNO, P. y otros, El acogimiento como oportunidad de vida. Referentes de buena práctica y recomendaciones para una atención idónea a niños, niñas y adolescentes en acogimiento familiar y residencial, UNICEF, Madrid, 2017. p. 17.

⁶⁷ La bibliografía sobre el interés superior del niño es muy nutrida, citamos aquí los consultados a lo largo de este trabajo de investigación:

FREEMAN, M. , Article 3. The Best Interests of the Child, in: A. Alen, J. Vande Lanotte, E. Verhellen, F. Ang, E. Berghmans and M. Verheyde (Eds.) *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2007.

(CDN) en su Observación General nº 14 (OG14)⁶⁸ procedió a desarrollar este derecho de la Convención y a concretar las obligaciones derivadas de su

CILLERO BRUÑOL, M., El interés del niño en el marco de la Convención internacional sobre los derechos del niño.

BORRÁS, A., El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado, en su discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña. *Revista Jurídica de Cataluña*, no. 4, 1994.

ROCA, E., El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho Internacional Privado, discurso de contestación a la académica de número Dra. Alegría Borrás, en su discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia y *Legislación de Cataluña*, *Revista Jurídica de Cataluña*, no. 4, 1991.

NÚÑEZ ZORRILLA, C., El interés superior del menor en las últimas reformas llevadas a cabo por el legislador estatal en el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, *Persona y Derecho*, Vol. 73, 2015, pp. 117-160.

RAVETLLAT BALLESTÉ, I., El interés superior del niño: concepto y delimitación del término, *Educatio Siglo XXI*, Vol. 30 no 2, 2012, pp. 89-108

DE BARTOLOMÉ GENZANO, J. C., *Sobre la interpretación del interés superior del menor y su trascendencia en el Derecho positivo español*, *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 3, 46-59 – Septiembre, 2012.

CARDONA LLORENS, J., El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial en toda medida que le concierna a los XXV años de la Convención, 2014. Disponible en https://www.ararteko.eus/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/0_3553_3.pdf última consulta 8 de diciembre de 2022).

CARDONA LLORENS, J., El interés superior del niño a los 4 años de la aprobación de la observación general 14 del comité de derechos del niño, en SANZ CABALLERO, S. (dir.), *El interés superior del niño en la jurisprudencia internacional, comparada y española*, 2017, pp. 99-110.

DE TORRES PEREA, J. M., *El interés del menor y derecho de familia. Una perspectiva multidisciplinar*, Lustel, Madrid, 2008, p. 27.

VERDERA IZQUIERDO, B., *La actual configuración jurídica del interés del menor: de la discrecionalidad a la concreción*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2019.

LÁZARO GONZÁLEZ, I. E., *Notas para una redefinición de la infancia en términos de justicia*, lección inaugural pronunciada en la Universidad Pontificia Comillas en el curso académico 2021-2011.

HUETE NOGUERAS, J.J., *Interés superior del menor y derecho a ser escuchado*. Pronunciamientos jurisprudenciales en materia de protección de menores.

EEKELAAR, J., *The Role of the Best Interests Principle in Decisions Affecting Children and Decisions about Children*, *The International Journal of Children's Rights*, vol. 23, nº 1, 2015, p. 3 – 26. HeinOnline.

LEIVA RODRÍGUEZ, B., y GARCÍA GARNICA, M. C., *Análisis de las instituciones del sistema de protección de menores y su reforma por la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015*, *El Genio Maligno: revista de humanidades y ciencias sociales*, Nº. 19, septiembre, 2016

⁶⁸ Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, Observación General nº 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). Disponible en:

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2F14%2F14&Lang=en (última consulta 7 de diciembre de 2022). Sobre la sentencia del TJUE de 19 de septiembre de 2018, Hampshire County Council contra C.E. y N.E, asuntos acumulados C 325/18 PPU y C 375/18 PPU, y cómo debe considerarse el interés superior del niño. MERCHÁN MURILLO, A., *El interés superior del menor como cuestión de fondo*, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2020, vol. 12, nº1, pp. 635-644. HeinOnline.

PERAZZO ARAGONESES, C., *El interés superior del niño*, en *Infancia, pandemia y derechos. Treinta años de la Convención sobre los derechos del niño en España*. MARTÍNEZ GARCÍA, C. (Coord.) y otros. Ed. Aranzadi. 2020. Págs. 102-127.

Por lo que respecta al interés superior del niño en el marco de las normas de DIPR,

GRAMMATICAKI-ALEXIOU, A., *Best interests of the child in Private International Law*, *Recueil des cours/ Collected courses*, 412, 2020, pp. 253-434. HeinOnline.

adecuada aplicación⁶⁹. En primer lugar, el Comité estableció la triple dimensión del Interés Superior del Niño, como derecho sustantivo, principio jurídico interpretativo fundamental y norma de procedimiento. Asimismo, a los efectos de lo que nos ocupa, explicó la importancia de llevar a cabo una evaluación y determinación formal del interés superior del niño individualmente considerado teniendo en cuenta una serie de elementos, así como atendiendo a unas garantías procesales, todo ello en el marco de los derechos del niño recogido en la Convención.

Para proceder a la toma de una decisión que afecte a un niño/a, como es la adopción de una medida de cuidado alternativo, la autoridad competente debe evaluar los elementos concurrentes y ponderar su peso en el caso concreto para después determinar el interés superior del niño en cuestión y la medida de protección correspondiente. Estos elementos no son sino los derechos del niño, de manera que, atendiendo a las circunstancias y necesidades específicas, se pueda valorar cuál es la decisión que garantiza en mayor medida el cumplimiento del mayor número de derechos. Los elementos que señala la OG14 son: la opinión del niño, la identidad del niño, la preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones, el cuidado, protección y seguridad del niño, la situación de vulnerabilidad, el derecho del niño a la salud y el derecho del niño a la educación⁷⁰.

Cuando nos encontramos ante la decisión de cuál es la mejor medida de cuidado alternativo para un niño o niña en particular, debemos dotar de contenido a estos elementos y considerar el peso que cada uno debe tener respecto a los demás en la misma.

- La opinión del niño.

⁶⁹ En este sentido, el autor afirma que “*La observación general se limita a proporcionar un marco para evaluar y determinar el interés superior del niño, es decir, un marco general de las obligaciones del Estado para hacer que se respete el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial en toda decisión que le concierna*”. CARDONA LLORENS, J., El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial en toda medida que le concierna a los XXV años de la Convención, 2014.

⁷⁰ GALLUS, N., The point of a specialized lawyer, Directorate General for internal policies policy department C: Citizens' rights and constitutional affairs, Legal affairs, 'Recasting the Brussels IIa regulation, Workshop 8 November 2016, Compilation of briefings' (workshop). El ISN en el procedimiento de retorno puesto en relación con la OGN^o14 y el reconocimiento de su triple dimensión: “*The child's interests intervenes in all its components and in all its functions: this is not anymore about stopping an unlawful act, but about examining all the elements of the child's interests*”.

El derecho del niño a ser escuchado y que su opinión sea tenida en cuenta implica su participación en la determinación de su interés superior⁷¹. Tomada la decisión de separar al niño de la familia por responder ello a su interés superior, al elegir cuál es la medida que mejor se adecúa a sus necesidades y responde a sus derechos, es imprescindible establecer los mecanismos para escuchar al niño de manera adaptada a su edad y considerar su opinión de acuerdo con su madurez⁷². La adopción de una medida de cuidado alternativo tiene un gran impacto en la vida de un niño que ha salido de su entorno familiar, por lo que hacerlo sin contar con su participación no es una opción. Como parte de ese derecho a ser escuchado, el niño/a debe ser adecuadamente informado sobre la situación, las implicaciones de las distintas decisiones posibles, y la consideración en que se va a tener su opinión. Asimismo, una vez tomada la decisión, se le deberá explicar suficientemente el sentido de esta, especialmente si es contraria a lo que había manifestado.

En este contexto, el niño deberá ser informado de las medidas de cuidado alternativo que se están considerando, no de una manera genérica el acogimiento familiar o el residencial, sino detallando las especificidades de cada una. Por ejemplo, el acogimiento por parte de su familia extensa o de una familia ajena, y las condiciones del mismo, así como el mantenimiento de contacto o no con su familia de origen. Si una de las opciones que se están valorando conlleva el traslado del niño a otro territorio, especialmente en otro Estado, debe recogerse su opinión al respecto.

- La identidad del niño.

El derecho del niño a preservar su identidad, recogido en el artículo 8 de la CNUDN, debe tenerse en cuenta al decidir sobre la medida de

⁷¹ Art. 12 CNUDN.

⁷² Opinión del menor como elemento a valorar en la evaluación y determinación del interés superior del niño. VERDERA IZQUIERDO, B., op. cit. pp. 155-166.

protección que se pretenda adoptar de manera que se asegure, de considerarse conveniente, el acceso a la cultura de su país y su familia de origen, la continuidad de su educación en el marco de su identidad religiosa y cultural, o la inclusión lingüística.

Este aspecto puede precisamente motivar la propuesta del traslado del niño a otro territorio en el que la preservación de su identidad pueda ser garantizada contribuyendo a su desarrollo y bienestar. De la misma manera, se deberá justificar adecuadamente y en base al interés superior del niño en concreto si se considera que debe producirse una ruptura frente a este contexto o simplemente no existe la posibilidad de garantizarlo.

- La preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones.

En la evaluación y determinación del interés superior del niño necesaria para la adopción de una medida de protección tras decidir, en su interés superior, la separación de la familia de origen sigue teniendo que considerarse el derecho del niño a vivir en familia (art. 16 CNUDN)⁷³. Por un lado, porque salvo que se considere contrario a su interés, la separación de la familia de origen tendrá carácter temporal y la intervención de la autoridad deberá estar dirigida a la reintegración en esta, y, por otro, porque en la adopción de la medida de protección debe primar el ofrecer al niño un entorno alternativo que ofrezca un modelo de cuidado que responda a las necesidades que quedan sin cubrir tras la separación y que se reconocen en un entorno familiar. Así, se debe priorizar la adopción de medidas de acogimiento familiar, empezando

⁷³ Respecto a la necesidad de que la autoridad lleve a cabo una evaluación del interés superior del niño al tomar una decisión, en particular la ponderación del derecho del niño a vivir en familia y la valoración de los elementos concurrentes para decidir si se puede garantizar. El tribunal en cuestión debe valorar la situación de la familia y/o familiares para intentar garantizar el mantenimiento de las relaciones, siempre que sea en su interés superior. LÁZARO GONZÁLEZ, I. E., op. Cit. P. 261 *“Para ello, el Tribunal debe determinar si los tribunales estatales llevaron a cabo un examen a fondo de la situación familiar y de toda una serie de factores, en particular de los elementos fácticos, emocionales, psicológicos y de naturaleza médica y si hicieron una evaluación equilibrada y razonable de los intereses respectivos de cada persona, con la preocupación constante de determinar cuál sería la mejor solución para el niño secuestrado en el contexto de una solicitud de restitución a su país de origen”*.

por la familia extensa si se considera lo más adecuado, frente al acogimiento residencial. En cualquier caso, este último, de ser considerado, debe reunir también estándares de calidad que prevengan la institucionalización y permitan reproducir un entorno familiar.

Por lo que respecta al mantenimiento de las relaciones con la familia de origen, incluyendo la extensa, este también debe considerarse al decidir la medida de protección a adoptar. En este sentido, atendiendo a este factor, podría proponerse el traslado del niño al territorio de otro Estado para ser acogido por familiares o para mantener la relación, aunque la acogida deba darse en otra familia o en un centro.

Deberá motivarse suficientemente, en base al interés superior, si se propone la ruptura de todo contacto con la familia en sentido amplio.

- Cuidado, protección y seguridad del niño.

El Estado debe asegurar al niño/a la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar y desarrollo⁷⁴, entendiendo bienestar en sentido amplio de manera que abarque “*sus necesidades materiales, físicas, educativas y emocionales básicas, así como su necesidad de afecto y seguridad*”⁷⁵. De la misma manera que este elemento puede ser decisivo a la hora de decidir la separación de la familia, por ejemplo, si el niño está siendo víctima de violencia en el seno de esta, a la hora de optar por una u otra medida de cuidado alternativo, deberá tenerse en cuenta para garantizar ese bienestar. Ello debe hacerse valorando el momento presente, pero también el riesgo futuro.

En el supuesto de niños y niñas que migran solos, incluyendo los que lo hacen huyendo de violaciones de derechos humanos, deberá valorarse la posibilidad de garantizar esa protección en el retorno al país de origen. El peso de este elemento podrá ser superior al del derecho a vivir en familia por ejemplo si reagrupándolo con su familia en el país de origen no se puede garantizar su seguridad.

⁷⁴ Art. 3.2 CNUDN.

⁷⁵ Párrafo 71 de la OG nº 14 Op. cit.

- Situación de vulnerabilidad.

El CDN indica algunas situaciones de vulnerabilidad que deberán tenerse en cuenta, “*como tener alguna discapacidad, pertenecer a un grupo minoritario, ser refugiado o solicitante de asilo, ser víctima de malos tratos, vivir en la calle, etc*”, al determinar el interés superior del niño⁷⁶. Además de buscarse una decisión que respete los derechos recogidos en la CNUDN, señala el Comité, también deberá velarse por que se garanticen los que reconocen los instrumentos de derechos humanos correspondientes en cada caso.

Esto será relevante al decidir la medida de protección más adecuada y requerirá de una valoración en profundidad en cada caso de la intersección con los elementos relevantes atendiendo al tipo y grado de vulnerabilidad que presenta el niño/a⁷⁷.

- El derecho del niño a la salud.

Ante la decisión sobre la adopción de una u otra medida de protección se deberá tener en cuenta que se garantiza el derecho a la salud del niño⁷⁸. Este elemento tendrá mayor peso cuando el niño requiera una atención sanitaria especializada o la continuación de esta.

En particular, nos interesa lo que establece el CDN respecto a la decisión sobre el internamiento en un centro de un niño/a por motivos de salud, ante los que esta evaluación y determinación de su interés superior debe llevarse a cabo ponderando todos los elementos, incluyendo su opinión al respecto. En la medida de lo posible, se

⁷⁶ Párrafo 75 de la OG nº 14 Op. cit.

⁷⁷ Por ejemplo, en la Convención de Naciones Unidas de derechos de las personas con discapacidad (art. 23) se regula el Respeto del hogar y de la familia, estableciendo el derecho de los niños y niñas con discapacidad a no ser separados de su familia salvo que sea en su interés superior, y nunca con motivo de la discapacidad de los progenitores, así como la obligación de los Estados partes de “proporcionar atención alternativa dentro de la familia extensa y, de no ser esto posible, dentro de la comunidad en un entorno familiar”. Aquí el principio de prioridad del acogimiento familiar se lleva un paso más allá, eliminándose la posibilidad del acogimiento residencial.

⁷⁸ Art. 24 CNUDN.

intentará que el niño reciba el tratamiento necesario en su comunidad, sin embargo, pero la ausencia de esta posibilidad puede llevar a decidir que lo más adecuado sea buscar una alternativa fuera de esta o, incluso, del país.

- El derecho del niño a la educación.

El derecho del niño a la educación debe estar presente en la valoración y determinación del interés superior al decidir la medida de protección más adecuada, principalmente en lo que se refiere a la continuidad de esta o el acceso y pleno disfrute de este derecho en el contexto de la medida adoptada⁷⁹.

La valoración y ponderación de todos estos elementos deberá hacerse atendiendo al caso concreto. De manera que en el proceso de toma de decisiones sobre la medida de cuidado alternativo más adecuada para un niño individualmente considerado habrá elementos a los que haya que otorgar un mayor peso en relación con otros, pero no para todos los niños la ponderación será la misma. En cualquier caso, será fundamental que en la decisión final la autoridad motive suficientemente y explique el procedimiento seguido y el porqué de la ponderación realizada, permitiendo tanto su comprensión como el eventual recurso de esta. Esta argumentación jurídica es una de las garantías procesales que el CDN señala en su OG14 sobre el interés superior del niño, que derivan de la dimensión de norma de procedimiento de este. En el supuesto que nos ocupa respecto a la elección de una medida de protección concreta, hay que asegurar que se escucha al niño adecuadamente y que se tiene en cuenta su opinión; recabar toda la información sobre las circunstancias del caso y la situación del niño de manera fehaciente para considerarlos en el procedimiento; asegurar que los plazos en la toma de decisiones no se dilaten innecesariamente, ya que la percepción del paso del tiempo de niños y niñas es distinta al de las personas adultas y la falta de una decisión puede tener un impacto negativo en su bienestar;

⁷⁹ Art. 28 CNUDN.

prever la participación en la toma de decisiones de un equipo multidisciplinar de profesionales cualificados⁸⁰, así como la posibilidad de tener representación letrada cuando sea necesario por existir conflicto de intereses entre las partes. También deben existir mecanismos para examinar o revisar las decisiones, conocidos y accesibles al niño.

La propuesta de una medida concreta corresponderá a la autoridad competente que, haciendo una evaluación y determinación formal del interés en cada caso, deberá motivar suficientemente que el acogimiento es la medida que responde a las necesidades específicas de un niño/a en particular. Cuando, como fruto de este proceso de evaluación, se considere que para garantizar un mayor respeto de los derechos del niño/a la medida debería producirse en una familia o en un centro situado en otro Estado, estaríamos ante una medida de acogimiento transfronterizo.

Entendida la decisión de un acogimiento transfronterizo como un proceso en el que cooperan autoridades de dos Estados, la autoridad competente que, como veremos, será en principio la autoridad del Estado de la residencia habitual del niño/a, debe reunir previamente el consentimiento de la autoridad del Estado de acogida en el que será cumplida y se le habrá de dar seguimiento, por lo que entran en contacto dos ordenamientos jurídicos diferentes y será necesaria la cooperación entre las autoridades implicadas⁸¹. Este factor transfronterizo hace necesaria la remisión a las normas de Derecho Internacional Privado sobre responsabilidad parental que, como veremos en epígrafes siguientes, regulan esta figura⁸².

⁸⁰ En las Directrices, como parte de las disposiciones relativas a cómo llevar a cabo la determinación de la medida de cuidado alternativo más adecuada (párrafos 56 a 67), también se hace hincapié en la necesidad de profesionales especializados.

⁸¹ En un epígrafe posterior recogemos el concepto autónomo de residencia habitual que se utiliza como criterio para determinar el Estado cuyas autoridades serán competentes para adoptar una medida de acogimiento transfronterizo.

⁸² FORCADA MIRANDA, F. J., 2015, Op. Cit. p. 36. *“Las decisiones sobre la colocación de un niño en una familia de acogida o un centro situados fuera del país son difíciles de ponderar, aunque puede haber razones fundamentadas para hacerlo porque, por ejemplo, el niño se encuentre en otro Estado miembro o tenga más contacto con dicho Estado”*. En este ámbito debe atenderse a una serie de principios rectores y garantías de los derechos del niño, respetando el interés superior del niño como una consideración primordial, máxime si la colocación implica un traslado transfronterizo. El autor pone ejemplos de supuestos en los que se puede valorar la colocación

El procedimiento de evaluación y determinación del interés superior del niño necesario para la propuesta de una medida de cuidado alternativo particular debe incluir, además de la propuesta de traslado, la motivación respecto a la elección de una familia o centro de acogida. El acogimiento familiar debe primar sobre el residencial, por lo que deberá motivarse especialmente que lo que mejor responde al interés superior del niño es su acogimiento en un centro frente a otras opciones. En esta valoración deben necesariamente participar también las autoridades del país de destino, que son las que tienen el conocimiento necesario sobre las familias y centros de acogida. Esta es precisamente una de las cuestiones que, como veremos, las normas de DIPR de responsabilidad parental no han entrado a regular detalladamente, entendemos que por la heterogeneidad de los ordenamientos jurídicos estatales⁸³. Sin embargo, a nuestro entender, en tanto se prevé el acogimiento de un niño en un centro o familia de otro Estado, se está valorando la entrada de ese niño al sistema de protección de este y la elección de la familia o centro de acogida debe obedecer al procedimiento interno previsto para los acogimientos nacionales⁸⁴.

2.1.3 Acogimientos con componentes internacionales que no son acogimientos transfronterizos conforme a las normas de Derecho Internacional Privado aplicables.

Tradicionalmente los acogimientos eran de carácter territorial, pero en un mundo globalizado se plantea la posibilidad de que se desarrolle el acogimiento

transfronteriza: cuando el niño necesita ser acogido en un centro residencial especializado en otro Estado; cuando la familia de acogida se quiere trasladar y las autoridades consideran que es pertinente para el niño; cuando la colocación más adecuada para un niño es en una familia de acogida u otras “personas conectadas” (connected persons) en otro Estado.

⁸³ No todos los sistemas de protección son públicos, como el español.

⁸⁴ Esto no ocurre, por ejemplo, en el supuesto de los niños alemanes que son trasladados a otros países y que son acogidos en centros que parejas vinculadas con el Estado alemán han abierto en ese territorio. Surge así la cuestión de la acreditación y supervisión de esos centros o familias de acogida, si son constituidos al margen del ordenamiento nacional o no. Por último, cabe destacar la necesaria previsión del seguimiento de la medida, tanto por una cuestión de garantías procedimentales en el interés superior del niño como de la propia naturaleza de las medidas de cuidado alternativo, que deben tener el objetivo final de reintegración en la familia de origen y requieren por tanto de un seguimiento y revisión adecuado. Si bien veremos que en la propuesta de la medida debe plantearse cómo se ha de hacer dicho seguimiento, las normas convencionales y comunitarias lo dejan, una vez más, a lo que los Estados dispongan al respecto.

en un territorio distinto a aquel en el que la autoridad ha tomado la decisión, pero no todos son acogimientos transfronterizos. Una vez expuestos los aspectos que delimitan la medida de cuidado alternativo de un niño privado de cuidado parental en el acogimiento transfronterizo procede señalar brevemente algunas situaciones transfronterizas relativas a la protección a la infancia que no son una medida de acogimiento transfronterizo con arreglo a lo establecido en el CH96 y el RBIIter.

En primer lugar, es importante distinguir de una medida de acogimiento transfronterizo de una medida de acogimiento familiar adoptado en un Estado para ser cumplida en su propio territorio, pero en la que la familia acogedora decide posteriormente trasladarse a otro Estado y requiere que se reconozca en este la resolución por la que se constituyó el acogimiento (por ejemplo, para un trámite de empadronamiento). En este supuesto estaríamos ante el eventual reconocimiento de una resolución extranjera, pero, al no requerirse la participación de las autoridades del Estado de destino para la valoración de la familia y el seguimiento de la medida, no se aplicarán las disposiciones relativas al acogimiento transfronterizo.

Otro supuesto que no es un acogimiento transfronterizo es el de las estancias temporales de menores en el extranjero, para estudios o vacaciones, por ejemplo. La guarda de una persona menor de edad, al igual que el acogimiento transfronterizo, se encuentra como medida de responsabilidad parental se encuentra dentro del ámbito material de aplicación de los instrumentos de DIPR que regularán el reconocimiento y ejecución en el extranjero de la resolución por la que se constituya. Estas medidas, como señala ADROHER BIOSCA, *“desde la perspectiva del Derecho Internacional de protección de menores, suponen una “cesión temporal e internacional de la guarda” por parte de las personas o autoridades del país de origen del niño que ostentan la responsabilidad parental, en favor de personas o entidades con residencia habitual en (España)” otro Estado*⁸⁵. Se trata de una figura jurídica regulada específicamente. La problemática que surge en torno a esta medida es que ocasionalmente se convierte en una medida de adopción o acogimiento. Sin embargo, una vez que el niño ha adquirido la residencia habitual en el país de acogida, tampoco estaríamos

⁸⁵ ADROHER BIOSCA, S., 2018, Op. Cit. para. 8, p. 55.

ante una medida de acogimiento transfronterizo, ya que se tratará de un acogimiento en el territorio del propio Estado de la residencia habitual.

Tampoco estaríamos ante un acogimiento transfronterizo si se adoptase una medida de acogimiento, familiar o residencial, de un niño extranjero presente en el territorio del Estado en cuestión. La nacionalidad extranjera del niño no convierte al acogimiento en transfronterizo conforme al CH96 y el RBIIter, sino que se trataría de una medida de acogimiento que debería atenerse al marco estatal correspondiente. Aun así, pueden surgir cuestiones jurídicas referentes a su reconocimiento en el país de origen, o incluso en un tercer Estado como con cualquier otra resolución. En este sentido, se ha observado que hay niños rumanos tutelados en España a los que las autoridades de su país de origen no han documentado y, además, han negado reconocer la tutela del Estado español.⁸⁶.

También se ha intentado recurrir al acogimiento transfronterizo de manera errónea para adoptar a un niño extranjero presente en el territorio sin seguir el procedimiento de adopción internacional establecido⁸⁷. Se pretende así obviar las fases de valoración de la idoneidad de los adoptantes, así como la de adoptabilidad del niño. Son las denominadas “adopciones forzosas”⁸⁸. Se trata de

⁸⁶ RABANAL DE LA LABRA, C. denomina a esta realidad “acogimiento internacional sin traslado”, en su trabajo de fin de grado “Acogimiento internacional de menores y responsabilidad parental”, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2018.

⁸⁷ A esta realidad se refiere FORCADA MIRANDA, F.J., Revision with respect to the cross-border placement of children, Dutch Journal of Private International Law, 2015, p. 37. CARPANETO, op. Cit., p. 76, también las menciona en su informe respecto al Reino Unido en particular, señala la necesidad de que la autoridad británica valore la propuesta de acogimiento transfronterizo de la misma manera que lo haría para un acogimiento interno. Al respecto, KRUGER, T. menciona que Fenton-Glynn sugiere que debería ser obligatorio informar a las autoridades extranjeras de los procedimientos de protección a la infancia que estén siendo elevados ante el tribunal, salvo que la seguridad o el bienestar del niño requiera lo contrario en C Fenton-Glynn, “Adoption without Consent”, Study for the Committee on Petitions of the European Parliament, 2015 (available at [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/519236/IPOL_STU\(2015\)519236_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/519236/IPOL_STU(2015)519236_EN.pdf)) p 46. KRUGER, T., Enhancing Cross-Border Cooperation" in Recasting the Brussels IIa Regulation, Workshop of 8 November 2016, Compilation of briefings for the JURI Committee of the European Parliament, PE 571.383, p. 42. Disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571383/IPOL_STU\(2016\)571383_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571383/IPOL_STU(2016)571383_EN.pdf) (última consulta 7 de diciembre de 2022).

⁸⁸ Sobre adopción sin consentimiento, la Red judicial europea alude a la colocación transfronteriza como la antesala de una adopción forzosa. También refleja lo que dice el TEDH y el Consejo de Europa sobre la adopción de medidas de cuidado alternativo, incluyendo la colocación transfronteriza y la adopción sin consentimiento. Recomienda a las instituciones de la Unión Europea que se redacte una guía de buenas prácticas que incluya orientaciones para los sistemas de protección sobre su funcionamiento en distintos Estados. Asimismo, recomienda reforzar las disposiciones del RBIIbis respecto a, entre otras, la cooperación entre autoridades en

niños extranjeros en situación de desamparo y separados de sus familias que, teniendo su residencia habitual en un Estado distinto al de sus familias de origen, se pretende dar en adopción. Un caso particular sería el de los niños de un país de Derecho musulmán, en el que la adopción esté prohibida o no contemplada, de manera que se recurra a esta fórmula para realizar una adopción encubierta. No hay una propuesta basada en el interés superior del niño por parte de la autoridad de un Estado a la de otro para que el niño sea trasladado y acogido en este último, por lo que no estamos ante un acogimiento transfronterizo conforme a las normas de DIPR de responsabilidad parental.

Con el estallido de la guerra en Ucrania y los desplazamientos de, principalmente, mujeres y niños fuera del país, nos encontramos ante distintos supuestos que pusieron sobre la mesa cuestiones jurídicas que resulta oportuno analizar brevemente.

Por un lado, se produjo la llegada de niños solos a los países europeos que entraban dentro de la categoría de menores extranjeros no acompañados y, que, como tales, debían ser protegidos por las autoridades competentes de cada territorio para, en base a una determinación del interés superior del niño individualmente considerado, adoptar la solución duradera más adecuada. Una de las medidas posibles era efectivamente el acogimiento transfronterizo en un tercer Estado, por ejemplo, si un niño llegado a Polonia manifestaba que tenía familia en España y, siguiendo los procedimientos establecidos de cooperación entre autoridades, se podría decidir que lo mejor sería que fuese acogido allí. Sin embargo, como veremos, este uso de la medida que nos ocupa no parece estar haciéndose.

Otro supuesto que encontramos fue el de los niños que llegaban acompañados de una persona adulta a la que los responsables parentales habían cedido temporalmente la guarda ante notario (en Ucrania o en un tercer Estado).

los casos de acogimiento transfronterizo creando un mecanismo específico para un traslado solicitado bajo el Convenio que establezca reglas claras y los factores que deben considerarse. EUROPEAN JUDICIAL TRAINING NETWORK, Cross-border adoptions without consent, Judicial cooperation in cross-border adoptions without parental consent, THEMIS competition 2016, Semi-final B Vilnius, 17 - 20 May 2016. FAMILY LAW, La puesta en práctica y el funcionamiento del Convenio de LA Haya de 1993 sobre adopción internacional, Guía de Buenas Prácticas, Guía nº 1 en virtud del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, Jordan Publishing Limited, 2008.

Se trataba de una resolución a ser reconocida y ejecutada en el Estado en el que se estableciesen, no exenta de ciertas dificultades según el ordenamiento jurídico del Estado de acogida. En España, esta figura no existe como tal y surgen dificultades en cuestiones como la representación legal en determinadas situaciones⁸⁹.

Por último, cabe destacar el supuesto de los niños que, estando bajo tutela pública en Ucrania y en acogimiento residencial, se trasladaron a otro Estado con la persona que ostentaba la guarda como responsable del centro. Las cuestiones jurídicas que surgieron en torno a esta situación fueron diversas⁹⁰. La cuestión principal, a nuestro entender, radicaba en la delimitación de la figura bajo la que llegaban estos niños, lo que condicionaría su tratamiento en España. Estaríamos efectivamente ante un acogimiento transfronterizo si, en Ucrania o un tercer Estado, se hubiera propuesto para cada uno de estos niños en base a su interés

⁸⁹ Sobre esta realidad podemos leer a ADROHER BIOSCA, S., 2019, Op. Cit.

⁹⁰ Sobre las situaciones a las que nos referimos se pudo leer en prensa: La fiscalía interviene para proteger a los niños refugiados de Ucrania (09/06/2022) <https://elpais.com/espana/2022-06-09/la-fiscalia-interviene-para-proteger-a-los-ninos-refugiados-de-ucrania.html>; El Fiscal de Menores avisa de que están llegando menores ucranianos en grupo sin tutor legal y pide que se les proteja (10/06/2022) <https://www.europapress.es/epsocial/migracion/noticia-fiscal-menores-avisa-están-llegando-menores-ucranianos-grupo-tutor-legal-pide-les-proteja-20220610154835.html>; La Fiscalía exige que se comunique la llegada de menores ucranianos a Castilla-La Mancha https://www.elespanol.com/eldigitalcastillalalamancha/region/20220314/piden-comunique-ucranianos-no-acompanados-castilla-la-mancha/657184548_0.html; ; Llegan a Fuerteventura 16 niños procedentes de un orfanato de Ucrania (11/03/2022) https://www.eldiario.es/canariasahora/sociedad/llegan-fuerteventura-16-ninos-procedentes-orfanato-ucrania_1_8824119.html; De Lviv a la Alcarria: Pastrana recibe un orfanato de Ucrania con 85 niños y 17 tutores (03/04/2022) <https://www.vozpopuli.com/espana/pastrana-orfanato-ucranianos.html>; 87 niños ucranianos acogidos en Salamanca se trasladan a Valladolid “porque la atención no es la adecuada” (28/07/2022) https://www.elespanol.com/castilla-y-leon/region/20220728/ucranianos-acogidos-salamanca-trasladan-valladolid-atencion-no/691181155_0.html

Además, pueden consultarse algunas de las instrucciones, guías y protocolos emitidos por las administraciones afectadas: Protocolo relativo a la protección de niños, niñas y adolescentes desplazados desde Ucrania a la Comunidad de Madrid como consecuencia del conflicto bélico (03/03/2022)

https://www.comunidad.madrid/sites/default/files/gobierno_abierto/protocolo_ucrania.pdf_23.3.22.pdf; Instrucciones relativas a la protección temporal de menores ucranianos desplazados a España <https://www.icab.es/export/sites/icab/.galleries/documents-noticias/Instrucciones-relativas-a-la-proteccion-temporal-de-menores-ucranianos-desplazados-a-Espana.pdf>; Guía de actuación para la protección temporal en España de niños, niñas y adolescentes desplazados por la guerra en Ucrania https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjvpYiej_L7AhWT_IUKHfJcBUUQFnoECAwQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.caib.es%2Fsites%2Fsuportalvolutariat%2F%2F389749&usq=AOvVaw1xOrbZ4BiW1Q4lfc2Vtr1; Acogida de niños, niñas y adolescentes desplazados de Ucrania - Diputación de Álava <https://web.araba.eus/es/servicios-sociales/acogida-personas-desplazadas-ucrania>; Medidas de protección menores ucranianos/as (16/03/2022) <https://blogextranjeriaprogestion.org/2022/03/16/menores-ucranianos-decreto-fiscalia-menores-sevilla/>.

superior que fuesen acogidos en el sistema de protección español cumpliendo con el mecanismo establecido en el CH96 o en el RBIIter según correspondiese⁹¹. Sin embargo, el traslado era previo a cualquier trámite de este tipo, por lo que, en tanto hablamos de grupos de niños acogidos en un mismo centro, nos encontrábamos ante la necesidad de acogerlos en el sistema de protección español. El acceso a este debería darse o bien mediante la adopción de una medida de protección conforme al ordenamiento jurídico nacional y autonómico, o, como hemos indicado, conforme al procedimiento de cooperación entre autoridades previsto para el acogimiento transfronterizo. Nuestras normas no prevén la posibilidad de trasladar un centro de acogida de un Estado extranjero al nuestro.

2.1.4 Conclusión.

Los Estados tienen la obligación de ofrecer protección a los niños y niñas que se encuentren privados de su medio familiar mediante medidas de cuidado alternativo diversas. La separación de la familia deberá obedecer al interés superior del niño/a individualmente considerado de manera que, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, la mejor solución para garantizar sus derechos requiera apartarle de su familia y adoptar una medida de cuidado alternativo. En el marco de la Convención y las Directrices de cuidado alternativo de Naciones Unidas, esta separación deberá ser el último recurso y, salvo que

⁹¹ Sobre los niños ucranianos se pronunció la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil, “Niños privados de su entorno familiar debido a la agresión militar de Rusia contra Ucrania: instrumentos europeos e internacionales aplicables en casos civiles transfronterizos” por no ser Ucrania un Estado miembro, pero sí un Estado parte del CH96, le será de aplicación lo dispuesto en este para determinar la competencia. DURÁN AYAGO, A., Capítulo 5. La competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental: las reglas especiales (artículos 11, 12, 13 y 14) en CAMPUZANO DÍAZ, B. (dir.), ADAM MUÑOZ, M. D., CALZADO LLAMAS, A. J., CANO BAZAGA, E. et al., *Estudio del Reglamento (UE) 2019 / 1111 sobre crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*, Thompson Reuters-Aranzadi, 2022, p. 110.

También sobre niños ucranianos, la OFICINA PERMANENTE DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, sacó la “Nota de información sobre los niños privados de su entorno familiar a causa del conflicto armado en Ucrania: Protección transfronteriza y adopción internacional”, disponible en: https://e-justice.europa.eu/38593/ES/children_from_ukraine_civil_judicial_cooperation (último acceso 15 de diciembre de 2022).

resulte contrario a su interés superior en el caso concreto, deberá contemplarse como una medida temporal cuyo fin sea proteger al niño mientras se trabaja para que pueda retornar a su familia.

Este factor transfronterizo hace necesaria la remisión a las normas de Derecho Internacional Privado sobre responsabilidad parental que, como veremos en epígrafes siguientes, regulan el acogimiento transfronterizo en tanto que se ven implicadas autoridades y personas en dos Estados distintos. La medida, para ser adoptada por la autoridad competente del Estado en el que el niño tiene su residencia habitual, requiere el consentimiento de la autoridad competente del Estado en cuyo territorio va a ser acogido, que además la implementará y le dará seguimiento.

En tanto medida de cuidado alternativo, estamos ante una situación en la que se han debido valorar las circunstancias específicas del niño/a y su familia para determinar que en su interés superior procede la separación de sus responsables parentales y la adopción de la medida más adecuada para responder a sus necesidades. En la elección de esa medida se ha de escuchar al niño al tiempo que se valoran todas las opciones atendiendo a cuál es la que mejor responde a su interés superior y ponderando los factores que tener en cuenta. La decisión deberá estar suficientemente motivada, en particular la propuesta de que el cumplimiento de la medida vaya a darse en el territorio de un Estado distinto al de la residencia habitual del niño. Tal y como establecen las Directrices de Cuidado Alternativo, la ruptura del niño con el entorno tiene un impacto significativo en su vida y debe ser una medida de último recurso que, haciendo una evaluación y determinación formal de su interés superior, se muestre como necesaria y adecuada para el cumplimiento de sus derechos.

2.2 Antecedentes y regulación actual del acogimiento transfronterizo.

Una manera de comprender mejor una realidad es conocer cómo el Derecho la ha ordenado, lo que establecen las normas nos permitirá ver qué situaciones se encuentran dentro de esta figura, así como las que quedan fuera, qué supuestos pueden darse y qué rol ostentan los distintos actores implicados. Asimismo, de los debates en torno a la regulación podemos abstraer la justificación de las medidas finalmente adoptadas y conocer mejor el contexto en el que surgen y por qué son esas y no otras. Así, para comprender mejor esta medida de protección y las cuestiones jurídicas que surgen en torno a ella, particularmente en el ámbito del Derecho Internacional Privado, acudimos a la regulación que se lleva a cabo en dos instrumentos de los que España es parte: el Convenio de La Haya de 1996 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental y el Reglamento Europeo 111/2019 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores. Nos interesa en este apartado comprender la evolución de esta figura desde los antecedentes de su regulación. Acudimos a los antecedentes de las mencionadas normas para saber cómo se ha llegado a la regulación actual⁹².

Abordaremos a continuación los antecedentes del Convenio de La Haya de 1996 y la regulación que finalmente este instrumento hizo del acogimiento transfronterizo, los antecedentes del régimen comunitario, en particular del RBIIbis, la jurisprudencia del TJUE para tener en cuenta, así como la revisión del Reglamento que dio lugar a su refundición en el RBIIter. Los principales aspectos que analizaremos en más detalle en los procesos de revisión y redacción de estos instrumentos son el ámbito material de aplicación y cómo se delimita dando o no cabida al acogimiento transfronterizo como medida de protección y su regulación, así como la cooperación entre autoridades como elemento clave en estos sistemas en general y en el acogimiento transfronterizo en particular.

Se trata de un planteamiento cronológico que nos permite observar la evolución en la regulación de esta figura a partir de valoración de su aplicación práctica y la jurisprudencia en la materia, en la que hemos considerado oportuno

⁹² Ni en el Reglamento Bruselas II, ni en el Reglamento Bruselas I, se establecía nada respecto al Acogimiento Transfronterizo, lo cual era natural por su ámbito de aplicación material.

analizar en particular su inclusión en el ámbito material de estas normas, así como la regulación específica de la misma y lo dispuesto en materia de cooperación de autoridades.

2.2.1 El marco convencional.

En el marco de desarrollo normativo de la Conferencia de La Haya se elabora este instrumento (Convenio de La Haya de 1996 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental) que forma parte de un conjunto de convenios internacionales que tienen el foco en la infancia y su protección.

Para conocer por qué se decide regular en el Convenio de 1996 el acogimiento transfronterizo, así como las razones por las que se incluye con una redacción concreta es preciso acudir al proceso de elaboración de este. En este sentido, se partió necesariamente de la revisión del Convenio de 1961 que le antecedió en materia de protección de menores, aunque con un ámbito de aplicación material distinto. Asimismo, acudiremos al Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional (CH93)⁹³ y sus trabajos preparatorios, ya que, como veremos, durante la XVIII sesión de la Conferencia de La Haya en la que se revisaba el CH61 y se proponía la redacción del CH96 y, en particular, se incorporaba el acogimiento transfronterizo, se hizo una remisión expresa a dicho convenio. Haciendo este recorrido llegaremos a la redacción que finalmente se incluyó en el CH96 sobre el acogimiento transfronterizo y que está vigente.

2.2.1.1 Antecedentes.

⁹³ Instrumento de ratificación del Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993. BOE núm. 182, de 1 de agosto de 1995, páginas 23447 a 23454.

El antecedente inmediato al CH96 es el Convenio de 5 de octubre de 1961 sobre Competencia de Autoridades y Ley Aplicable en Materia de Protección de Menores (CH61)⁹⁴, que establecía disposiciones comunes sobre la competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores, medidas encaminadas a proteger su persona o sus bienes.

En 1994, tras más de 30 años de aplicación, apenas diez ratificaciones y numerosos conflictos y problemas de interpretación (especialmente en lo referente a las normas de atribución de la competencia, determinación de la ley aplicable, el ámbito material de aplicación, ...), se inició un proceso de revisión del CH61⁹⁵. En este proceso de revisión es necesario distinguir dos fases, una primera de trabajo previo en la que el documento base fue un Informe de revisión del CH61, Informe DYER, sobre el que trabajó la Comisión Especial sobre la protección de menores y adultos incapacitados, y que acabó con un borrador preliminar de Convenio, acompañado con un informe explicativo de Paul LAGARDE. Y una segunda fase del proceso que podemos identificar con la XVIII sesión de la Conferencia de La Haya en sí misma, en la que los documentos de trabajo previo se fueron ampliando y/o modificando durante las deliberaciones. En particular, nos detendremos en el acta de la sesión nº16 en la que concretamente se debatió la regulación del acogimiento transfronterizo, que tiene especial relevancia en nuestro análisis.

⁹⁴ Instrumento de Ratificación de España del Convenio suprimiendo la exigencia de la legalización de los documentos públicos extranjeros, hecho en La Haya el 5 de octubre de 1961. BOE núm. 229, de 25 de septiembre de 1978, páginas 22329 a 22333.

⁹⁵ Así se decidió por parte de los Estados el 29 de mayo de 1993 en la XXVII Sesión de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado (Acta final de la XVII Sesión, Parte B, 1.). DYER, A., Report on the revision of the 1961 Hague Convention on protection of minors (Part. One: Measures of protection for the person f a minor – The need for revision of the 1961 Convention in respect f protection of the person f the minor), Preliminary document nº 1 of April 1994, pp.11, 13 y 15 en HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, Proceedings of the Eighteenth Session 30 September to 19 October 1996, Tome II, Protection of children, Edited by the Permanent Bureau of the Conference, SDU Publishers, The Hague, Netherlands, 1998.

1. Los trabajos de la Primera Comisión Especial: del Informe DYER al primer borrador del CH96.

Para abordar la revisión del CH61 se constituyó una Comisión especial⁹⁶ que se reunió en tres ocasiones entre 1994 y 1995, y elaboró un anteproyecto, acompañado de un informe explicativo elaborado por LAGARDE, que sirvieron de base para las discusiones de la Segunda Comisión Especial durante la XVIII sesión de la Conferencia de La Haya⁹⁷.

El Informe DYER, nombrado así por su autor Adair Dyer, el entonces Secretario General adjunto de la Conferencia de La Haya, fue el documento base para la primera fase del trabajo de revisión del CH61⁹⁸. Se divide en tres apartados: protección de la persona del menor, protección de los bienes del menor y posibilidad de la ampliación del ámbito de aplicación de Convenio a adultos incapacitados. Va acompañado también de un anexo sobre las disposiciones de la Convención de Derechos del Niño, aprobada en 1989, que se ven afectadas⁹⁹. A partir de este informe el trabajo se estructuró en tres reuniones de la Comisión Especial entre mayo de 1994 y septiembre de 1995, cuyas conclusiones junto con el trabajo de una Comisión de Redacción dieron lugar a un primer borrador (Sketch of a draft) en octubre de 1994, y a otro más avanzado (Preliminary Draft) en junio de 1995, que iba acompañado de un informe de valoración de Paul Lagarde. Estos últimos serían parte de los documentos preliminares para la segunda fase de trabajos, la XVIII sesión de la Conferencia¹⁰⁰.

⁹⁶ La Comisión especial creada por la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya para, siguiendo el mandato dado tras su XVII sesión, iniciar los trabajos sobre una convención sobre derechos del niño estaba formada por:

- Presidente: K.J. Pirrung, experto de Alemania,
- Vicepresidente: W.R. Duncan, experto de Irlanda,
- G.F. DeHart, experta de los Estados Unidos, vicepresidenta a partir de la segunda reunión,
- Relator: P. Lagarde, experto de Francia.

HAGUE CONFERENCE OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW, op. cit p. 151.

⁹⁷ La Comisión especial se reunió tres veces: del 26 de mayo al 3 de junio de 1994, del 6 al 17 de febrero de 1995 y del 11 al 22 de septiembre de 1995. PERMANENT BUREAU, Conclusions of the first Special Commission meeting on the protection of minors and incapacitated adults, Preliminary Document nº 4 of October 1994, pp.85-95 en HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, Tome II, op. cit.

PERMANENT BUREAU, Conclusions of the second Special Commission meeting on the protection of minors and incapacitated adults, Preliminary Document nº 6 of May 1995, pp.107-133 en HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, Tome II, op. cit.

⁹⁸ DYER, A., Op. Cit.

⁹⁹ DYER, A., Op. Cit. Annex B, The impact of the CRC, pp. 31-34.

¹⁰⁰ PERMANENT BUREAU, Conclusions of the second Special Commission meeting on the protection of minors and incapacitated adults, Preliminary Document nº 6, Annex A- Working

Se revisó la aplicación del CH61 en la práctica tanto respecto a la protección de la persona menor de edad como de sus bienes. Adicionalmente, se exploró la posibilidad de ampliar su ámbito de aplicación a la protección de las personas adultas con discapacidad. Las principales conclusiones de esta revisión indicaban los siguientes “talones de Aquiles”¹⁰¹:

- Debía aclararse, y en su caso ampliarse, el ámbito de aplicación material concretando el concepto de *medidas de protección de menores* incorporando la jurisprudencia al respecto;
- Los mecanismos de cooperación entre autoridades, aunque se confirmaban necesarios, no habían funcionado adecuadamente;
- Había que resolver los conflictos que surgían de las normas de atribución de la competencia y determinación de la ley aplicable, que conjugaban el criterio de la nacionalidad del niño/a y el de la residencia habitual como puntos de conexión;
- La reserva del artículo 15 CH61, que permitía a los Estados contratantes reservarse la competencia de sus autoridades para medidas de protección de personas menores de edad en el marco de asuntos matrimoniales, había dado lugar a situaciones conflictivas y debía revisarse.

Un cambio de contexto fundamental fue la aprobación de la CNUDN en 1989 y la amplia ratificación que había tenido ya entonces (150 países). El instrumento de Naciones Unidas supuso, y aún marca, un hito en el reconocimiento y garantía de los derechos de la infancia y la adolescencia en el mundo. La Convención es un paso decisivo en el reconocimiento de los derechos de los niños y las niñas como sujetos de derechos y no meramente objetos de protección. Asimismo, establece claras obligaciones y responsabilidades para

Document n° 7- Sketch of a draft revised Convention on protection of minors of May 1995, pp.135-137 en HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, Tome II, op. cit. PERMANENT BUREAU, Preliminary draft Convention on the protection of children, adopted by the Special Commission on 22 September 1995 and Report by Paul LAGARDE, Preliminary document n° 7 of March 1996, p. 141 and p. 190, en HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, Tome II, op. cit.

¹⁰¹ DYER, A., op. Cit. p. 43, para. 98.

garantizar esos derechos, tanto mediante la adopción de medidas específicamente dirigidas a ello como mediante la eliminación de posibles obstáculos para un efectivo y pleno disfrute de los derechos reconocidos en la Convención por parte de los niños, niñas y adolescentes¹⁰².

Por ello, además de la revisión específica sobre el funcionamiento del Convenio, habida cuenta del importante cambio de contexto señalado, el informe DYER se acompañó de un documento en el que se recogían los aspectos en los que la aprobación de la CNUDN tenía un mayor impacto en relación con el objeto y fines del Convenio¹⁰³.

En el marco de las sesiones de trabajo de la Comisión Especial sobre la protección de menores y adultos incapacitados que se creó para la revisión del CH61 y trabajos previos a la redacción del futuro CH96, así como de la Conferencia de La Haya, hay temas concretos que nos interesa destacar en

¹⁰² Así se establece en el texto de la CNUDN que, en su art. 4, dispone que “*Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención*”.

¹⁰³ Los puntos que se consideró que era necesario tratar a los efectos de la labor que tiene encomendada la Conferencia de La Haya son, de manera muy breve: el concepto de niño y el establecimiento de un rango de edad específico (art. 1 CNUDN); la inclusión del principio del interés superior del niño de manera sustantiva (art. 3 CNUDN); la alusión al marco de la cooperación internacional (art. 4 CNUDN); el derecho a mantener el contacto con ambos padres aún residiendo en países distintos (arts. 9 y 10 CNUDN) y las consecuencias que derivan de este para casos de sustracción internacional o derechos de custodia; la remisión en materia de sustracción internacional a los acuerdos preexistentes, en especial al CH80, como hace la CNUDN en su art. 11; la novedosa previsión respecto al derecho del niño a ser escuchado y que su opinión sea tenida en cuenta cuando “esté en condiciones de formarse un juicio propio”(art. 12 CNUDN); la inclusión o no de una aclaración sobre si las medidas de protección del niño incluyen la protección de su derecho a la vida privada y familiar (art. 16 CNUDN); el peso con el que se ha de recoger el principio de corresponsabilidad respecto a la crianza (art. 18 CNUDN); el debate sobre si las medidas legislativas, administrativas, sociales o educativas de protección frente a la violencia deben entrar dentro del ámbito de aplicación del nuevo convenio (art. 19 CNUDN); la clara inclusión de las medidas especiales de cuidado y las modalidades de cuidado alternativo bajo el ámbito de aplicación del Convenio, a excepción de lo referente a Adopción que queda excluido por estar específicamente regulado en el CH93 (arts. 20 y 21 CNUDN); queda sujeta a revisión por la Oficina Permanente y el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los refugiados la inclusión de una disposición respecto a la protección de niños refugiados; la necesidad de recoger el derecho a la revisión de las resoluciones que imponen la colocación de un niño en un centro (art. 25 CNUDN); el debate en torno a la exclusión de las decisiones sobre alimentos del ámbito de aplicación del Convenio, que señala encuentra fundamento en el derecho del niño a un nivel de vida adecuado (art. 27 CNUDN); respecto al derecho a la educación (art. 28 CNUDN), aunque surgen dudas respecto a situaciones que se dan en el entorno educativo que podrían estar dentro del ámbito de aplicación del convenio, la educación como materia general quedaría excluida; la aparente falta de necesidad de incluir una disposición específica sobre la obligación de los Estados de proteger al niño frente a la explotación y el trabajo dañino (art. 32 CNUDN), el uso ilegal o el tráfico de estupefacientes (art. 33 CNUDN), la explotación y el abuso sexual (art. 34 CNUDN), o la venta y sustracción (art. 35 CNUDN). DYER, A., Op. Cit. The impact of the CRC, pp. 31-34.

nuestro estudio sobre los antecedentes a la inclusión de la colocación del niño/a como medida de protección en el CH96 (acogimiento transfronterizo), para comprender la voluntad del legislador al hacerlo, así como el alcance y sentido que se pretendía darle.

Estos temas son el ámbito material de aplicación del futuro convenio, la inclusión en este de la colocación transfronteriza, la cooperación entre autoridades, las normas de atribución de la competencia y las causas de denegación del reconocimiento. Nos detendremos a continuación en los tres primeros, dejando el detalle sobre la competencia y el reconocimiento para el CAPÍTULO III que los aborda en profundidad. El ámbito material de aplicación es relevante en este estudio porque, como veremos, la figura del acogimiento transfronterizo ha tenido que ser delimitada entre otras medidas de protección como son el acogimiento, la adopción y las medidas de internamiento ante una infracción de responsabilidad penal. Asimismo, existen medidas de acogimiento que tienen componentes internacionales pero que no son acogimientos transfronterizos. En particular, nos interesa analizar cómo se determina el ámbito material de aplicación de las normas estudiadas, para conocer las medidas que se consideran incluidas y las que no, ya que el acogimiento transfronterizo es una medida de protección que se incorpora por primera vez en el CH96¹⁰⁴.

Por lo que respecta a la cooperación entre autoridades, el análisis es obligado en tanto se trata de la base de lo establecido por las normas convencionales y comunitarias para la adopción y seguimiento de esta medida.

a) *El ámbito material de aplicación.*

El CH61 incluía en su ámbito material de aplicación las medidas de protección de menores. No incluía una definición de lo que debía entenderse por ello, sino que cada Estado parte adoptaría las medidas previstas en su ordenamiento interno, sin que tuviese importancia, por ejemplo, la naturaleza pública o privada de las mismas. El informe explicativo del CH61 señala que se

¹⁰⁴ Sobre los ámbitos materiales de aplicación de los instrumentos de DIPR: GARAU SOBRINO, F.F., Notas sobre la colisión de fuentes de derecho internacional privado español sobre responsabilidad parental y protección del niño, Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 3, No 1, marzo 2011, pp. 282-294.

procede así a identificar las medidas que están incluidas dentro de su ámbito de aplicación, calificándolas, atendiendo a su función¹⁰⁵. De esta forma, se evitarían los conflictos de calificación que se generaban anteriormente, de lo que es muestra el caso Boll (caso sobre la aplicación del CH1902 para regular la tutela de menores¹⁰⁶). En este sentido, se encontrarían incluidas dentro del ámbito de aplicación material del CH61 las medidas dirigidas a la protección de la persona (menor de edad) o sus bienes, concepto que es autónomo de las instituciones y ordenamientos jurídicos nacionales, siendo relevante únicamente el fin de dicha medida para calificarla como de protección de menores. El convenio, resalta el informe explicativo, incluye entre estas medidas las individuales, adoptadas para una persona determinada, dejando fuera las de régimen general como son las educativas, de protección social, etc.¹⁰⁷ Además, las materias excluidas del ámbito material de aplicación son las del ámbito penal, las referentes a la adopción, el estado y la capacidad de la persona menor de edad. Se incluía además la posibilidad de que los Estados contratantes reservasen la competencia a sus autoridades para asuntos derivados de procesos matrimoniales que afectasen a niños/as.

En las reuniones de trabajo de la Primera Comisión Especial algunos expertos expresaron dudas respecto a la inclusión de materias de Derecho público, como la entrada de un niño en el sistema de protección, bajo la creencia de que la base apropiada para la competencia y la ley aplicable podrían diferir en los procesos de Derecho Público y los de Derecho Privado, como por ejemplo en casos de custodia o visitas¹⁰⁸. Se reabre el debate sobre este aspecto, aunque no se detienen en ello, sino que se concreta una lista no exhaustiva de materias incluidas, posteriormente detallada para favorecer la comprensión y contribuir a su precisión en la redacción final. Tanto de las materias incluidas como de las

¹⁰⁵ El informe explicativo del CH61, DE STEIGER, W., (Op. Cit. 12) se remite a BATIFFOL, H., Aspectos filosóficos del Derecho Internacional Privado, París 1956, p.40.

¹⁰⁶ STEDH Caso Países Bajos contra Suecia, 28 de noviembre de 1958, ap. 55. En este caso, relativo a aplicación del CH1902 a la tutela de M. Boll, la Corte Internacional de Justicia optó por una interpretación restrictiva del término tutela y precipitó la revisión del Convenio.

¹⁰⁷ DE STEIGER, W., op cit. p. 15.

¹⁰⁸ RAVETLLAT, I., Naturaleza jurídica de las normas e instituciones de atención y protección de las niñas, niños y adolescentes: La persona como respuesta, Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS), N°. 12, 2018, pp. 126-140.

excluidas, lo más relevante en nuestro estudio es la propuesta de incluir la colocación transfronteriza de un niño/a como medida de protección, que veremos a continuación.

b) La colocación transfronteriza del niño.

En el informe sobre la aplicación del CH61, Informe DYER, que supone el documento base para esta revisión y la redacción del futuro convenio, no hay ninguna referencia a la colocación del niño como medida de protección, ya que no se incluía expresamente en su ámbito de aplicación. Sin embargo, en el anexo sobre el impacto de la CNUDN y la lista de propuestas de DYER al respecto, se mencionan la necesidad de incluir modalidades alternativas de cuidado que promueve la CNUDN (arts. 20 y 21), como pueden ser el acogimiento familiar o residencial, así como la necesidad de recoger el derecho de revisión de las resoluciones que imponen la colocación de un niño en un centro conforme al artículo 25 de la CNUDN.

De la primera reunión de la Comisión Especial en junio de 1994 surgió el Documento de trabajo N° 7, denominado *Sketch of a draft*, que fue discutido tanto por una delegación reducida previamente, como por la Comisión durante su segunda reunión en febrero de 1995. La colocación del niño como medida de protección aparece por primera vez en dicho borrador, que, en el artículo que enumera, de manera no exhaustiva, las medidas que se incluyen en el ámbito material del convenio, recoge expresamente la colocación del niño/a¹⁰⁹.

Entonces se eligió a un Comité de redacción (Drafting committee)¹¹⁰ que preparó el documento de trabajo n° 44, "proposal of the Drafting Committee" que

¹⁰⁹ HAGUE CONFERENCE OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW, op. cit. p. 133. El documento *Sketch of a draft* recogía así el acogimiento transfronterizo en el precepto sobre medidas de protección incluidas en el ámbito material de aplicación del nuevo Convenio: "Art 4, 5) the placement of the child",

¹¹⁰ La Comisión especial creó un comité para redactar el texto del Convenio, Drafting Committee, que además del presidente (K. J. Pirrung), y el relator (P. Lagarde) y los miembros de la Oficina Permanente, incluía a:

- G.F. DeHart, experta de los Estados Unidos,
- L. Lussier, experta de Canadá,
- A. Bucher, experto de Suiza,

incluía artículos 3 a 9 y un capítulo sobre cooperación con seis artículos (A-F) ¹¹¹. Este documento fue circulado con anterioridad a esa segunda reunión ¹¹².

Este documento se acompaña de otro (nº8) de la delegación de Marruecos proponiendo ampliar el precepto de manera que se incluya expresamente la kafala, y que se incorpora en el primer borrador (documento de trabajo nº 44) que se elabora de cara a la segunda reunión de la Comisión en febrero de 1995. El inciso queda en el borrador del articulado de la siguiente manera:

“la colocación del niño en una familia de acogida o institución, o la protección legal por kafala u otra institución análoga”.

Se concreta así en modalidades de colocación, tanto en acogimiento familiar como residencial, y el supuesto específico de la kafala. Respecto a la inclusión de la kafala se pronuncian inicialmente de manera favorable indicando que constituye una forma especial de cuidado para el niño en el Derecho islámico, especialmente en los países del Norte de África. Se destaca asimismo que se trata de una medida más cercana a una medida de protección que a la adopción, ya que no supone la creación de una nueva relación paterno filial ni tampoco la terminación de una existente ¹¹³.

-
- E. M. Clive experto de Reino Unido, y
 - G. Parra Aranguren experto de Venezuela.

HAGUE CONFERENCE OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW, Tome II, op. cit p. 151.

¹¹¹ HAGUE CONFERENCE OF INTERNATIONAL PRIVATE LAW, Tome II, op. Cit. pp. 135. Annex B, Working Document nº 44 distributed 16 February 1995, Proposal of the Drafting Committee.

Hay una primera propuesta de Países Bajos, España, Irlanda, Suiza, Bélgica, Luxemburgo y Suecia que incluye el acogimiento en una “familia de acogida o en un establecimiento, o su protección legal por kafala o por una institución análoga”, que es la que después precisan Australia, Estados Unidos y Reino Unido para no dejar lugar a duda sobre qué medidas, en los países anglosajones, se considerarían incluidas según la propuesta original. Esta última recogía así, las siguientes medidas:

- La clara inclusión de las medidas especiales de cuidado y las modalidades de cuidado alternativo bajo el ámbito de aplicación del Convenio, a excepción de lo referente a adopción (arts. 20 y 21 CNUDN)
- La necesidad de recoger el derecho de revisión de las resoluciones que imponen la colocación de un niño en un centro (art. 25 CNUDN).

¹¹² El sketch of a draft no se completó con todos los asuntos sobre los que se alcanzó una decisión. Quedó para ser trabajado entre el comité y la comisión de cara a la reunión de septiembre de 1995.

¹¹³ A petición de la delegación de Marruecos, se introduce la una alusión expresa a la kafala, en cuanto constituye una forma especial de cuidado para el niño en el Derecho islámico. Posteriormente, en la discusión sobre el borrador preliminar, para justificar la inclusión de la kafala en el ámbito de aplicación del Convenio, dicha delegación aportó un documento de trabajo previo sobre esta figura en el que se explicaba su funcionamiento y justificaba sus diferencias frente a la adopción, por no existir una ruptura del vínculo de filiación con la familia de origen ni la creación

de este con el kafil. HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, Tome II, op. cit.161.

“La kafala es un sistema de protección de la infancia de carácter formal por el cual una persona (kafil) acepta cuidar, educar y guiar a un niño (makfoul) de forma voluntaria sin establecer un vínculo de filiación, por lo que el makfoul no podría adoptar en un principio los apellidos del kafil” (Zekri y Ouhida 2009 p,14)

Las cuestiones jurídicas que surgen en torno a esta figura han sido ampliamente estudiadas y, aunque se encuentran ligadas al objeto de nuestro estudio, tanto porque se trata de una medida de cuidado alternativo distinta a la adopción internacional, como por las normas que le son de aplicación para su reconocimiento, hemos dejado este asunto fuera de nuestro ámbito de análisis. Precisamente porque se trata de una figura más estudiada que el acogimiento transfronterizo que nos ocupa, hemos tenido que recurrir a la bibliografía que la aborda en más de una ocasión para identificar posibles vínculos entre una y otra. De ahí que queramos simplemente destacar un aspecto que genera especial controversia, a nuestro entender por falta de conocimiento profundo sobre las normas de DIPR aplicables, y dejar al lector una serie de obras referenciadas para leer específicamente sobre la kafala. Pueden estudiarse los aspectos jurídicos derivados de cuestiones como su reconocimiento en otro Estado o su constitución con carácter transfronterizo, esto es, cuando una autoridad propone constituir una kafala respecto a un niño que tiene su residencia habitual en su Estado para que sea kafalado por una familia residente en otro Estado al que se trasladaría el niño. Estaríamos entonces hablando de una colocación transfronteriza conforme a lo establecido en el CH96, que exige el cumplimiento del procedimiento de consulta y aprobación de su artículo 33. Sin embargo, al estar esta investigación planteada desde un Estado europeo y teniendo en cuenta que el objeto principal de nuestro estudio es la constitución de una medida de acogimiento transfronterizo de manera que tenga eficacia extraterritorial, no es necesario valorar cómo se constituye una kafala, ya que no podrá constituirse en un país cuyo Derecho así lo establezca (Derecho musulmán árabe principalmente). La cuestión que podría plantearse ante las autoridades europeas, españolas en este caso, es el reconocimiento de una kafala constituida en otro Estado cuando la familia se traslada a este. Asimismo, encontramos referencias al debate en torno a si un niño/a kafalado/a en otro Estado puede después ser adoptado en otro. Sobre estas cuestiones, así como sobre casos concretos, la contraposición con la adopción internacional, etc., se pueden leer, entre otros: DIAGO DIAGO, P., *La kafala islámica, Cuadernos de Derecho transnacional*, vol. 2 , 2010, pp. 140-164. GÓMEZ BENGOCHEA, B., BERÁSTERGUI PEDRO-VIEJO, A., ADROHER BIOSCA, S., CAPÍTULO IV. Un estudio de caso sobre adoptabilidad: La Kafala islámica. Se Busca Familia para Un Niño. Perspectivas Psico-jurídicas Sobre la Adoptabilidad, pp. 121-175. QUIÑONES ESCAMEZ, A., *La protección del menor mediante la kafala y la adopción*, en TEROL, J.M. (dir.), *Protección del menor en*

España y Marruecos / Protection du mineur en Espagne et au Maroc, pp. 1- 27, 2009, Fundación Tres Culturas, Sevilla. Disponible en: <https://www.ucm.es/data/cont/media/www/pag-115484/0%20Concurso%20N%C2%BA18100-P%20Derecho%20Internacional%20Privado.pdf>; QUIÑONEZ ESCÁMEZ, A., *Protección del menor venido a España en kafala: acogimiento con tutela dativa y, en su caso, adopción*, en *Kafala y adopciones en las relaciones hispano-marroquíes*, Unidad de ejecución Proyecto ADL (Coord.), Madrid, FIIAPP, 2009, p. 189. MARCHAL ESCALONA, N., *La eficacia extraterritorial de la adopción transnacional en España*, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, num.50/2019, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2019. MARCHAL ESCALONA, N.: «Reconnaissance et efficacité de la kafala marocaine dans l'ordre juridique espagnol», *Rev. crit. dr.int.pr.*, 104, enero-marzo, 2015, pp. 89-113. MARCHAL ESCALONA, N.: «La kafala marroquí: problemas de ayer, hoy y mañana», *Revista internacional de doctrina y jurisprudencia*, 2013, vol. 3, julio 2013, pp. 1-27. VARGAS CÓMEZ-URRUTIA, M., *Una lectura crítica de los vínculos familiares a la luz de la Directiva 2003/86/CE y de las normas españolas de extranjería*, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre, 2018, Vol. 10, No 2, pp. 732-751. ZEKRI, H., *La kafala en el Derecho marroquí*, en *Kafala y adopciones en las relaciones hispano-marroquíes*, Unidad de ejecución Proyecto ADL (Coord.), Madrid, FIIAPP, 2009, pp. 12-14. ADROHER BIOSCA, S., *La kafala islámica: ¿medida de protección de menores o estrategia migratoria?* *Revista de Derecho migratorio y extranjería*. 45, mayo-agosto de 2017, pags. 203-220. Se puede solicitar una copia en: <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/handle/11531/20530>.

Finalmente, en el informe de valoración del borrador preliminar del articulado de Paul LAGARDE, que acompaña al Borrador preliminar adoptado por la Comisión Especial, este señala que “*estas medidas son prototípicas medidas de protección y que, por tanto, es evidente que se encuentren dentro del ámbito de aplicación del Convenio revisado*”¹¹⁴.

c) *La cooperación entre autoridades.*

En el informe de revisión del CH61 se hace alusión a la eficacia del sistema de cooperación a través de la designación de Autoridades Centrales del que se destaca que lo que exige el particular modelo de coordinación establecido en el convenio es que haya un “*intercambio de puntos de vista*” de las Autoridades Centrales antes de la adopción de una medida de protección¹¹⁵. De hecho, menciona que “*en los casos en los que los tribunales han detectado que no se había cumplido con los requisitos y se había adoptado la medida igualmente, éstos han determinado que dichas medidas podrían ignorarse porque no entraban en el ámbito del CH*”¹¹⁶. Sin embargo, en comparación con los avances que habían tenido lugar desde que este convenio fuese adoptado, el sistema se mostraba poco útil¹¹⁷. En este sentido, se resalta la utilidad de la centralización de las funciones de cooperación a través de Autoridades Centrales, tanto en el CH65¹¹⁸ como en el CH70¹¹⁹, en los que la Autoridad Central canalizaba las solicitudes de servicio (o pruebas) y las devolvía. Pero, sobre todo, destacan cómo en el CH80

¹¹⁴HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, Tome II, op. cit. 161. Tanto el Borrador preliminar adoptado por la Comisión Especial como el informe de Paul LAGARDE constituyen el documento preliminar nº 7 de marzo de 1996, que serían utilizados como base del trabajo en la sesión de la Conferencia de La Haya en septiembre de ese mismo año.

¹¹⁵ VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, M. M., La protección de menores en la Unión Europea: el RBIIbis, 2014, p. 15. Sobre el origen y fundamento del sistema de cooperación entre autoridades en La Conferencia de La Haya.

¹¹⁶ HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, Tome II, op. cit.185

¹¹⁷ GARCÍA CANO hace un detallado análisis de la evolución de las técnicas de cooperación, así como del papel de las autoridades centrales en el CH80. Señala que cambia en el CH93 en que se les otorga la capacidad de decidir en un sentido u otro respecto a una adopción internacional, para luego en el CH96 ostentar un papel funcional de intermediarias donde las autoridades competentes son las que realmente deciden. GARCÍA CANO, S., Evolución de las técnicas de cooperación internacional entre autoridades en el Derecho Internacional Privado, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. XXXVIII, núm. 112, enero- abril, 2005, pp. 24-29, Universidad Nacional Autónoma de México, Distrito Federal, México.

¹¹⁸ Convenio de 15 de noviembre de 1965 sobre la Notificación o Traslado en el Extranjero de Documentos Judiciales y Extrajudiciales en Materia Civil o Comercial.

¹¹⁹ Convenio de 1 de junio de 1970 sobre el Reconocimiento de Divorcios y Separaciones Legales.

se ha realizado plenamente la Autoridad Central como organismo consultivo y de cooperación. Esto es, no únicamente canalizan las peticiones, sino que además “consultan activamente sobre la gestión de casos, intercambian información sobre las leyes de los diferentes estados y elaboran estadísticas (para. 38)”. Se propone ampliar las funciones de las Autoridades Centrales. Tanto en el informe de revisión como en las reuniones de la Comisión Especial se abre el debate sobre este aspecto. En un primer momento se plantea que la consulta entre autoridades se ponga en marcha por “las medidas de protección o la petición de adoptar una”. Sin embargo, no se vio práctico que las Autoridades Centrales fueran proactivas, por ejemplo, consultando a las autoridades de otro Estado antes de que una acción fuese llevada a cabo.

De esta forma, durante la segunda reunión de la Comisión Especial se trabajó sobre un borrador de apartado sobre cooperación entre autoridades del que cabe destacar en este análisis los siguientes aspectos. Se introdujo la previsión de que la Autoridad Central delegue en otras autoridades públicas u otros órganos designados las obligaciones de tomar medidas para facilitar las comunicaciones y para localizar niños que necesitan protección, así como de que las autoridades competentes de un Estado contratante puedan requerir a las autoridades de otro Estado contratante asistencia para implementar medidas de protección adoptadas bajo el Convenio, y, especialmente, en asegurar el ejercicio efectivo de los derechos de visita. En ambos casos, la obligación de asistencia sólo se activaría ante la recepción de la solicitud por parte de otro Estado contratante. Únicamente cuando el niño se encuentre expuesto a un grave peligro y las autoridades competentes del Estado contratante en el que se han adoptado las medidas de protección del niño estén informadas del cambio de la residencia habitual del niño a otro Estado contratante, las autoridades del Estado anterior tienen la obligación de informar a las autoridades del Estado contratante al que el niño se ha desplazado sobre el peligro que supone y las medidas que se han tomado¹²⁰.

Un riesgo que se puso sobre la mesa de debate fue el de la burocracia de un sistema de cooperación ineficaz. En este sentido, el Comité de los Derechos

¹²⁰ Del informe explicativo de LAGARDE sobre la propuesta de capítulo V sobre cooperación, HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, Tome II, op. cit. pp. 185-189.

del Niño proponía como alternativa a tener diversas Autoridades Centrales en cada Estado contratante para los distintos asuntos relativos a infancia, establecer una misma Autoridad Central en cada Estado contratante para varios convenios sobre protección a la infancia¹²¹. Finalmente, como veremos más adelante, se optó por esa modalidad.

2. El Acta de la XVIII sesión de la Conferencia de La Haya¹²².

Una vez se incorporó expresamente la colocación del niño/a como medida de protección en el ámbito de aplicación del borrador del nuevo convenio y se avanzó hacia un nuevo modelo de sistema de cooperación entre autoridades en los trabajos previos, en la XVIII sesión de la Conferencia de La Haya, se abordó la regulación de la colocación como medida de protección transfronteriza¹²³.

La redacción inicial fue propuesta por la delegación de Países Bajos¹²⁴:

“Artículo 7

¹²¹ Esta propuesta se recogía en el documento de trabajo nº49 de la XVIII sesión de la Conferencia de La Haya: Comentarios del Comité de Derechos del Niño. Además, entre las conclusiones de la reunión que tuvo lugar del 26 de mayo al 3 de junio de 1994, se hablaba de la conveniencia de seguir contemplando la colaboración con ONGs y organismos como el Servicio Social Internacional HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, Tome II, op. cit. pp. 208-211.

¹²² La XVIII sesión de la Conferencia de La Haya tuvo lugar del 30 de septiembre a 19 de octubre de 1996.

¹²³ El documento de trabajo nº 102, distribuido el viernes 11 de octubre de 1996, es un borrador de Convenio propuesto por el Drafting Committee que llega hasta el artículo 10 bis, y que en el artículo 3, que enumera de manera no exhaustiva medidas que entrarían dentro de las que el artículo 1 dice que forman parte del ámbito de aplicación del convenio, ya recoge la colocación transfronteriza en un inciso: “(e) la colocación de un niño en una familia de acogida o en un establecimiento, o su protección legal por kafala o por una institución análoga”(traducción propia). Esta redacción se mantendrá en las siguientes versiones del borrador durante los días siguientes de la XVIII sesión. En las versiones en inglés y francés originales:

(e) the placement of the child in a Foster family or in institutional care, or the provision of care by kafala or an analogous institution.

(e) le placement de l'enfant dans une famille d'accueil ou dans un établissement, ou son recueil legal par kafala ou par une institution analogue

Working document nº 102, Proposal of the Drafting Committee, Draft Convention on the Protection of Children, HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, Tome II, op. cit. pp. 262-266.

¹²⁴ Working document nº 59, Proposal of the delegation of the Netherlands. HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, Tome II, op. cit. pp. 249-250.

Cuando la autoridad de un Estado contratante considere su colocación en una familia de acogida o en un establecimiento, o su protección legal por kafala o por una institución análoga, y esta colocación o protección implique el traslado del niño a otro Estado contratante, la autoridad del primer Estado, antes de tomar su decisión, se pondrá de acuerdo con la del segundo Estado sobre la cuestión de saber si el desplazamiento responde al interés superior del niño”¹²⁵.

De esta forma, se proponía que, para la adopción de esta medida de protección que consiste en el traslado del niño o niña a otro Estado contratante para ser acogido por una familia o un centro residencial o kafala, que la autoridad que lo esté considerando, antes de tomar su decisión, se ponga de acuerdo con la del Estado contratante de acogida sobre si el desplazamiento propuesto responde al interés superior del niño o de la niña. Esto es, establece un mecanismo específico de cooperación entre autoridades para estos casos de carácter obligatorio, en el que ambas autoridades deben evaluar el interés superior del niño/a y determinar conjuntamente si la adopción de esa medida sería la que respondería al interés superior de ese niño/a en particular.

Por un lado, la autoridad del Estado donde se encuentra el menor debe hacer una propuesta consistente en la colocación transfronteriza del menor de edad y juntamente con las autoridades del Estado en el que se pretende que se cumpla, valoran si atiende al interés superior del niño individualmente considerado. Esta necesidad de trabajo conjunto no se mantendrá en las siguientes versiones debatidas ni en la redacción final, sino que se dispondrá este requisito de manera expresa únicamente para la autoridad del Estado de acogida antes de aprobar la medida propuesta¹²⁶.

¹²⁵ Traducción propia de la versión original en francés : « Lorsque l'autorité d'un Etat contractant envisage le placement de celui-ci dans une famille d'accueil ou dans un établissement, ou son recueil legal par kafala ou par une institution analogue, et que ce placement ou ce recueil comporte le déplacement de l'enfant dans un autre Etat contractant, l'autorité du premier Etat, avant de prendre sa décision, se mettra d'accord avec celle du second Etat sur la question de savoir si ce déplacement répond à l'intérêt supérieur de l'enfant ».

¹²⁶ Como veremos después, esta propuesta tiene su origen en el requisito exigido en el procedimiento de adopción internacional, al que se pretende asimilar el procedimiento propuesto para la colocación transfronteriza, consistente en que las autoridades de ambos Estados implicados deben estar de acuerdo en continuar con la adopción. Art. 17.c) del CH93.

Respecto a qué procedimiento debe seguirse, cabe referirnos a la explicación que acompañaba a la propuesta de la delegación neerlandesa, en la que se remitía expresamente al procedimiento previsto en el Convenio de La Haya de 1993¹²⁷. Se remitía así directamente al Convenio de La Haya sobre adopción internacional que, aunque después lo veremos con detenimiento, establece una serie de garantías procedimentales que deben cumplirse para la constitución de una adopción internacional, entre las que se encuentra efectivamente la necesidad de obtener el consentimiento de las autoridades de ambos Estados implicados y la valoración del interés superior del niño en todo caso.

En el momento en que se abordó la propuesta en la reunión, ésta había sido modificada conjuntamente por las delegaciones de Países Bajos, España, Irlanda, Suiza, Bélgica, Luxemburgo y Suecia, dando lugar a una propuesta alternativa, cuyo texto es el siguiente¹²⁸:

“Artículo 22 A

1. *Cuando la autoridad competente en virtud de los artículos 5, 6 y 7 considere la posibilidad de colocar a un niño en una familia de acogida o en un establecimiento, o su protección legal por kafala o por una institución análoga, y esta colocación o acogida haya de tener lugar en otro Estado contratante, esta deberá, previamente, consultar con la Autoridad Central de este último Estado. A tal fin,*

¹²⁷ Junto a la propuesta de redacción del precepto, a modo de explicación se exponía que, “en tanto que la medida de colocación del niño fuera de su familia de origen supone su desplazamiento a otro Estado contratante, conviene seguir un procedimiento similar al previsto en el Convenio de 29 de mayo de 1993 (traducción propia). En la versión original en francés: “Lorsque la mesure de placement de l’enfant hors de sa famille d’origine comporte son déplacement dans un autre Etat contractant, il convient de suivre une procédure semblable à celle prévue par la Convention du 29 mai 1993”. p. 250

¹²⁸ Documento de trabajo previo nº 89. En francés en la versión original: *Article 22 A*

1. *Lorsque l’autorité compétente en vertu des articles 5, 6 et 7 envisage le placement de l’enfant dans une famille d’accueil ou dans un établissement, ou son recueil legal par kafala ou par une institution analogue, et que ce placement ou ce recueil aura lieu dans un autre Etat contractant, elle établit, au préalable, une concertation avec l’Autorité centrale de ce dernier Etat. Elle lui communique, à cet effet, un rapport sur l’enfant et les motifs de sa proposition sur le placement ou le recueil.*

2. *La decisión sur le placement ou le recueil ne peut être prise dans l’Etat requérant que si l’Autorité centrale de l’Etat requis a approuvé ce placement ou ce recueil, compte tenue de l’intérêt supérieur de l’enfant.*

Nº 89- Proposal of the delegations of the Netherlands, Spain, Ireland, Switzerland, Belgium, Luxembourg and Sweden (art. 22A), HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, Tome II, op. cit. p. 258.

le proporcionará un informe sobre el niño y las razones de su propuesta de colocación o acogida.

2. *La decisión sobre la colocación o la acogida sólo podrá tomarse en el Estado requirente si la Autoridad Central del Estado requerido ha aprobado esta colocación o acogida, teniendo en cuenta el interés superior del niño”.*

Sigue proponiéndose un mecanismo de cooperación específico obligatorio y con carácter previo, pero se diferencian dos momentos, el de consulta por parte de la autoridad que propone la medida y el de valoración y aprobación por parte de la autoridad del Estado contratante consultado. Se concretan ciertos aspectos, como pueden ser las reglas de atribución de la competencia en base a las cuales la autoridad proponente la ostenta, o los requisitos que debe reunir la consulta. La autoridad competente del Estado contratante que hace la propuesta de medida debe emitir la consulta al respecto acompañándola de un informe sobre el niño y la explicación fundamentada de su propuesta.

La principal diferencia que puede apreciarse es la eliminación del requisito de trabajo conjunto por parte de las autoridades implicadas, en particular, para la valoración conjunta de si la medida responde al interés superior del niño/a. Sólo se hace referencia a que la autoridad consultada, antes de dar su aprobación, debe tener en cuenta el interés superior del niño/a. Conforme a lo dispuesto en la CDN (art. 2) y la Carta Europea (art. 24), en cualquier decisión que afecte a la vida de un niño/a debe tenerse en cuenta su interés superior, podemos afirmar que la obligación de valorar este aspecto recae tanto sobre la autoridad del Estado contratante requirente, al proponer esa medida en particular, como sobre la del Estado contratado requerido, al decidir si la aprueba o no, tal como dispone el precepto. Se elimina únicamente la instrucción de que la valoración sea conjunta, lo que no debería suponer un riesgo, en la medida que la determinación del interés superior del niño individualmente considerado atendiendo a los factores que concurren, debería llevar a cualquier persona o institución a una misma conclusión¹²⁹. Sin embargo, en la práctica se ha evidenciado que para que esto

¹²⁹ Nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado cuya determinación depende de las circunstancias que concurren en la vida del niño, no de consideraciones subjetivas del órgano decisor.

sea así deben cumplirse una serie de garantías procedimentales que no siempre se dan. Por ejemplo, escuchar al niño/a y tener debidamente en cuenta su opinión, la especialización de los profesionales involucrados en la toma de decisiones y la suficiente motivación de estas.

Dicho esto, traemos aquí la explicación dada por la representante de la delegación de Países Bajos al presentar la propuesta, en la que afirma que se refiere a medidas especiales que son necesarias porque cuando se hace una colocación en otro Estado se va a querer “*preparar la inserción de ese niño en el Estado en el que será acogido*”¹³⁰. Vuelve a explicar que su propuesta se basa en el capítulo IV del Convenio sobre adopción y tiene por objeto, ante todo, evitar la denegación del reconocimiento de la medida de colocación mediante el establecimiento de un mecanismo de cooperación entre las Autoridades Centrales implicadas¹³¹.

En este sentido, de ser aceptada la propuesta, señala, se hace necesario introducir un supuesto más en el precepto que establece las causas para la denegación del reconocimiento de las resoluciones del Convenio revisado, introduciendo al efecto como inciso (f) que no se haya cumplido con el procedimiento previsto en el artículo 22 A. Esto evidencia la importancia que se quiere otorgar a este procedimiento de cooperación, no sólo dándole el carácter obligatorio, sino además incorporando una causa de denegación del reconocimiento específica en una lista deliberadamente tasada para no mermar la confianza mutua que se promueve abogando por el reconocimiento automático de las resoluciones entre los Estados contratantes.

El debate en torno al acogimiento transfronterizo no fue, al menos según lo reflejado en el acta de esta sesión, muy sustancioso ni extendido en el tiempo. Únicamente se pronunciaron respecto a la propuesta las delegaciones de

¹³⁰ En francés en la versión original : « Que la proposition a trait à des mesures particulières lorsque le placement de l'enfant dans une famille d'accueil ou dans un établissement conduit à vouloir préparer l'insertion de cet enfant dans l'État dans lequel il sera accueilli ». HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, Tome II, op. cit. p. 406.

¹³¹ El Capítulo IV del Convenio de 1993 sobre adopción internacional regula las “Condiciones de procedimiento respecto a las adopciones internacionales”.

Finlandia e Italia, en contra, y la de Marruecos, positivamente, aunque después participaron en la redacción final las delegaciones de Estados Unidos e Irlanda.

La representante finlandesa calificó la propuesta de "*demasiado rígida en su formulación*". Por otro lado, la representante de Italia consideró que el proyecto neerlandés, planteaba muchos problemas, que la decisión se hacía excesivamente compleja al exigir tanto una solicitud previa como un acuerdo entre las autoridades y alargaba innecesariamente la toma de decisiones. A su vez señalaba que ya existía en el marco convencional (conjunto de los convenios de la CH) una posibilidad de cooperación entre autoridades y que debía permanecer a discreción de los Estados interesados el consultar o no¹³².

Por el contrario, la delegación marroquí, considerando que la propuesta ofrecía garantías al menor desplazado, preguntó cómo se llevaría a cabo la obtención del consentimiento de la Autoridad Central¹³³.

La representante de Países Bajos se limitó a remitirse nuevamente al Convenio de 1993 sobre adopción y a cómo se trata de una consulta que podrá darse entre las distintas autoridades del Estado de acogida. Dejaría así abierta a la voluntad de los Estados contratantes el determinar internamente qué autoridades son las que participarán de la valoración de la propuesta¹³⁴. Cabe señalar, en este sentido, la modificación propuesta por las delegaciones de Estados Unidos e Irlanda sobre la redacción incluida en el borrador sometido a discusión, en la que proponen mencionar además de las Autoridades Centrales, "*(u) otras autoridades competentes*"¹³⁵. Por último, la delegada neerlandesa afirmó

¹³² Literalmente, conforme al acta de la reunión nº16: Finlandia- "too rigid in its formulation"; Italia- "considère que le projet néerlandais, repris du Document de travail No 59, pose de nombreux problèmes. Il considère que le mécanisme alourdit considérablement la décision qui doit être prise en obligeant à la fois à une requête préalable et à un accord entre autorités. Il se déclare donc opposé à cette proposition, en soulignant qu'une possibilité de coopération existe déjà dans le cadre conventionnel et qu'elle doit impérativement rester à la discrétion des Etats concernés". HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, Tome II, op. cit. 406

¹³³ El acta recoge literalmente que la delegación de Marruecos : « considère que la proposition néerlandaise est intéressante dans la mesure où elle offre des garanties à l'enfant déplacé. Il demande néanmoins à la délégation néerlandaise comment, en pratique, l'approbation de l'Autorité Centrale de l'Etat requis pourra être recueillie ». HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, Tome II, op. cit. 406.

¹³⁴ Lo que se traduce en la práctica, tal y como confirmará el informe explicativo del CH96 finalmente aprobado, en una remisión a los ordenamientos jurídicos nacionales para regular el procedimiento de valoración de la propuesta recibida y su eventual aprobación.

¹³⁵ Documento de trabajo nº 152 a propuesta de las delegaciones de Irlanda y Estados Unidos, añadir en la línea 7 del primer apartado y en la línea 2 del segundo, después de Autoridad Central:

nuevamente que “el fin esencial es verificar que la colocación se puede efectuar”

136.

De esta forma, durante la XVIII Sesión de la CH, a propuesta de Países Bajos y con el apoyo de otros once Estados contratantes, se introduce en el CH96 un precepto para regular la colocación de un menor en otro Estado contratante¹³⁷. Se introduce un mecanismo de cooperación entre autoridades específico y de carácter obligatorio con la voluntad de limitar los casos en los que sea necesario denegar el reconocimiento de una resolución por la que se adopte este tipo de medida una vez trasladada la persona menor de edad al Estado de destino. Esto es, evitando que se adopte una resolución que, al tener que ser, por definición, ejecutada en otro Estado contratante, sea innecesariamente expuesta a no ser reconocida pudiendo haber existido cooperación entre las autoridades de ambos Estados contratantes para adoptar una medida que responda al interés superior del niño en cada caso. La importancia de este mecanismo se evidencia, como se ha señalado, con la aprobación también de un supuesto de denegación del reconocimiento consistente en la falta de respeto del procedimiento de cooperación previsto¹³⁸.

3. Remisión al Convenio de La Haya sobre Adopción internacional de 1993.

“u otra autoridad competente”. En los idiomas oficiales “ou autre autorité compétente” ; “or other competent authority”. N° 152, Proposal of the delegations of Ireland and the United States, HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, Tome II, op. cit. p. 295.

¹³⁶ De la Convention sur l'Adoption. Elle précise qu'il peut s'agir d'une consultation entre elles de plusieurs autorités de l'Etat d'accueil. Elle affirme enfin que le but essentiel est de vérifier que le placement puisse s'effectuer. HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, Tome II, op. cit. 406.

¹³⁷ HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, Tome II, op. cit. p. 406.

¹³⁸ Los resultados de la votación sobre la modificación de los artículos referentes a la colocación transfronteriza (art. 22.a) y las causas de denegación del reconocimiento (art. 14) fueron: 12 votos a favor, 8 en contra y 8 abstenciones, y 12 votos a favor, 9 en contra, 9 abstenciones, respectivamente. HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, Tome II, op. cit. p. 406. El precepto aprobado aparece como artículo 22 ter en el borrador circulado como documento de trabajo n°140 el miércoles 16 de octubre de 1996. Working document n° 140, Proposal of the Drafting Committee, Draft Convention on the Protection of Children. HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, Tome II, op. cit. p. 287.

Como se ha indicado en el apartado anterior, la propuesta original de regulación de la colocación transfronteriza en el CH96 fue hecha por la delegación de Países Bajos. Durante los debates de la XVIII Sesión de la Conferencia de La Haya, la representante de dicho Estado propuso la inclusión del entonces art. 22 ter relativo a esta medida de protección, señalando que el procedimiento de cooperación entre autoridades que se proponía era similar al recogido en el capítulo IV del Convenio sobre adopción internacional de 1993 de la Conferencia de La Haya.

En este epígrafe expondremos el análisis de esta remisión expresa al CH93 para comprender mejor el procedimiento de cooperación propuesto, en particular la lógica detrás de este que hace que sea coherente la asimilación al procedimiento propuesto para la colocación transfronteriza. Intentaremos responder también a si ese procedimiento en particular contribuye al fin señalado como esencial (verificar que la colocación se puede efectuar) ¹³⁹.

El capítulo IV del Convenio, al que hace referencia la delegada neerlandesa, versa sobre las condiciones de procedimiento respecto a las adopciones internacionales. En éste “se *pretende establecer un procedimiento*

¹³⁹ En este análisis hemos acudido al propio texto del CH93, al Informe Explicativo, a la Guía de buenas prácticas, así como a las conclusiones y recomendaciones de las reuniones de la Comisión Especial sobre el CH93 en 2000, 2005, 2010 y 2015. En estas últimas encontramos referencia a la colocación transfronteriza del niño cuando se aborda la inclusión o no de la kafala dentro del ámbito de aplicación del Convenio. Aparte de mencionar las características de la kafala como medida distinta de la adopción, en tanto no se ven afectados los vínculos de filiación, se remite directamente al CH96 y a la importancia de la regulación que hace, en especial su art. 33 de las medidas de protección consistentes en la colocación del niño en otro Estado.

En el informe y conclusiones de la comisión especial sobre el funcionamiento del CH93, bajo la rúbrica “Colocaciones internacionales fuera del ámbito del Convenio” se expusieron situaciones que, siendo colocaciones transfronterizas, eran de larga duración y que, aunque inicialmente su objetivo fuese de carácter temporal, terminaban de facto siendo adopciones. Esto es muestra de la conexión expuesta entre el acogimiento transfronterizo y la adopción, lo que nos lleva a analizar estas medidas de protección teniendo en cuenta el análisis del CH93.

En debates posteriores se han identificado como situaciones específicas: las kafalas, los niños que se trasladan temporalmente para recibir un tratamiento médico, o para estudiar, los traslados para períodos vacacionales, por ejemplo, de países de Europa del Este a países del oeste, o mujeres embarazadas que viajan para dar a luz en otro Estado y que el niño/a sea adoptado/a en este. Una de las principales preocupaciones expresadas respecto a estas adopciones internacionales de facto era la falta de control de las familias adoptantes en las mismas condiciones que bajo el Convenio. A modo de solución las delegaciones se remiten al CH96, por considerar que su art. 33 las regula en tanto que medidas de protección y quedan así fuera del ámbito del CH93.

PARRA ARANGUREN, G., “Rapport explicatif”, Actes et documents de la Dix-septième session, t. II, Conférence de La Haye de droit international privé, 1994, no. 411. Disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/9962f11b-1df5-4c7a-96fa-e03054d7abf9.pdf> (última consulta 6 de diciembre de 2022).

para la protección de los intereses fundamentales de todas las partes que intervienen en una adopción internacional”. Se trata de garantías para la protección de dichos intereses, algunas consistentes en la cooperación transfronteriza entre autoridades, otras de carácter interno, pero todas dirigidas a simplificar procedimientos y a “aumentar al máximo las oportunidades de que niños sin hogar puedan ser acogidos por familias adecuadas en otros Estados contratantes”¹⁴⁰.

Si bien estos fines no son manifestados expresamente en las discusiones sobre el futuro CH96, es coherente con el interés superior del niño trasladar el objetivo de simplificar procedimientos a la adopción de una medida de colocación transfronteriza, así como el más amplio de asegurar que cada niño tenga la medida de protección que mejor responda a su situación individual.

Al revisar las condiciones establecidas en el capítulo del CH93 al que se efectúa la remisión, encontramos similitudes con lo establecido en el art. 22.ter del borrador del CH96, tal y como se indicaba en la propuesta y en el debate correspondiente¹⁴¹.

El procedimiento previsto en el CH93 establece, como se pretende en el futuro convenio de medidas de protección, una obligación de actuación proactiva por parte de la Autoridad Central del Estado contratante, en este caso, de los adoptantes. A partir de una valoración de la idoneidad apta de éstos, la Autoridad Central deberá remitir a la Autoridad Central del Estado contratante donde se encuentre el niño/a un informe y una motivación suficiente de la procedencia de la adopción. Esta documentación es la que se toma como referencia en el caso del procedimiento propuesto para la colocación transfronteriza y se pretende que sea

¹⁴⁰ PARRA ARANGUREN, G., Op. Cit. para. 282.

¹⁴¹ El capítulo IV del CH93 recoge en sus artículos 14-22 una serie de condiciones para la adopción, algunas de las cuales pueden considerarse como inspiradoras de la regulación en el CH96, principalmente el art. 17 que establece los requisitos bajo los que se podrá otorgar al niño a los padres adoptivos por parte del Estado de origen. Tras indicar a los solicitantes que han de acudir a la Autoridad Central del Estado en el que tengan su residencia habitual (art. 14), se establecen una serie de funciones y condiciones a las Autoridades Centrales, aunque se pueden nombrar otras autoridades competentes (art. 22). Encontramos, por tanto, obligaciones para la Autoridad Central del Estado de origen, sobre la adoptabilidad del niño y las garantías a implementar, en la tramitación, la colocación, el desplazamiento y, en un momento posterior, en el seguimiento y eventual revocación de la adopción. Asimismo, se establecen obligaciones a la Autoridad Central del Estado de destino, sobre la idoneidad de los padres adoptivos solicitantes y sobre su función durante el procedimiento en sí.

similar, en este caso respecto al niño y la conveniencia de trasladarlo a otro Estado para cumplir la medida de protección. La autoridad que recibe la propuesta tiene a su vez una serie de obligaciones, entre las que cabe destacar el asegurarse de que la colocación con esos potenciales adoptantes resultaría en el interés superior del niño/a, y emitir un informe al respecto incluyendo su decisión motivada. Una vez más, encontramos el paralelismo entre el procedimiento de adopción internacional y lo propuesto, esto es, una fase de valoración y toma de decisión respecto a la medida en base al interés superior del niño. El siguiente paso en el procedimiento de adopción internacional es el denominado “confiar al niño a los futuros padres adoptivos”, inicialmente llamado colocación, pero modificado en las discusiones previas por motivos idiomáticos¹⁴². El niño sólo será trasladado al Estado de la residencia habitual de los futuros padres adoptivos y será confiado a estos, si se cumplen los requisitos establecidos:

- Confirmación de la aprobación de los padres adoptivos;
- Aprobación del Estado contratante donde se encuentra el niño, si así lo exige la ley de cualquiera de los dos países;
- Acuerdo de las Autoridades Centrales de ambos Estados implicados;
- Idoneidad de los padres adoptivos; y
- Confirmación de que el niño estará autorizado para entrar y residir permanentemente en el Estado de destino¹⁴³.

Se prevé además que los Estados (tanto el de origen como el de recepción) puedan exigir como requisito adicional que la Autoridad Central del Estado de

¹⁴² PARRA ARANGUREN, Op. Cit. para. 328: “El grupo ad hoc decidió sustituir la palabra “colocación” utilizada en el artículo 17 del proyecto para evitar toda posible confusión, habida cuenta de sus diferentes significados: en inglés “placement” se refiere a la entrega física del niño a una persona, mientras que en francés “placement” puede entenderse en sentido tanto fáctico como jurídico, es decir, como transferencia de la custodia del niño a los futuros padres adoptivos. A pesar de que, a lo largo de toda la conferencia, determinadas delegaciones insistieron en insertar la palabra “colocación” en el artículo 17 y en otros lugares del Convenio, se mantuvo la redacción actual (“confiar al niño a los futuros padres adoptivos”) en aras de la claridad y porque ofrece la ventaja de que quien no entienda su significado exacto se informará y obtendrá así una explicación satisfactoria”.

¹⁴³ Art. 17 CH93. Aunque en este momento de nuestro análisis el art. 17. d) (d) *se ha constatado, de acuerdo con el artículo 5, que los futuros padres adoptivos son adecuados y aptos para adoptar y que el niño ha sido o será autorizado a entrar y residir permanentemente en el Estado de recepción*) no parezca especialmente relevante, veremos que son precisamente las cuestiones de extranjería las que han sido aludidas al abordar el contenido de la consulta y necesaria aprobación para la colocación transfronteriza en el contexto del CH96 y el RBIIbis.

recepción haya aprobado la decisión; requisito que se establece precisamente en la redacción del art. 33 del CH96, que el Estado contratante requerido haya dado su consentimiento para que el niño sea colocado en régimen de acogimiento o institución de protección similar en su territorio. A diferencia del CH93, en el CH96 no se deja a la voluntad de los Estados contratantes el exigir este requisito o no. La consulta y aprobación se establecen como obligatorias para todos los Estados contratantes.

En el marco del procedimiento de adopción internacional, *en el Estado de origen sólo se podrá confiar al niño a los futuros padres adoptivos* si, además del consentimiento de los padres adoptivos, así como de la comprobación de la idoneidad de estos, *“las Autoridades Centrales de ambos Estados están de acuerdo en que se siga el procedimiento de adopción”*. Se requiere así el acuerdo de las Autoridades Centrales de ambos países, para lo que resultará fundamental que existan mecanismos de cooperación eficaces. Que se alcance dicho acuerdo permitirá que se pase a la siguiente fase y se formalice la adopción, pero no garantiza la constitución de la adopción puesto que ésta depende de que se reúnan todas las condiciones exigidas por la ley aplicable, determinada por las normas de conflicto del Estado de origen y del Estado de recepción, dependiendo de dónde tenga lugar la adopción¹⁴⁴.

Esta disposición permite así a ambos Estados, el Estado de origen y el Estado de recepción, detener una adopción, puesto que, si uno de ambos Estados considera que existe un impedimento, la Autoridad Central de cualquiera de ellos tendrá la facultad de negar su acuerdo a que se siga el procedimiento de adopción y el procedimiento se interrumpirá¹⁴⁵.

Encontramos, por tanto, un antecedente al mecanismo de coordinación que propuso la delegación de Países Bajos para los casos de acogimiento transfronterizo. Por un lado, se toma de la adopción internacional el requisito de acuerdo entre las autoridades competentes implicadas, una propone y la otra consiente, y, por otro, se establece como obligatoria la necesidad de consentimiento de la Autoridad Central del Estado de recepción antes de la

¹⁴⁴ PARRA ARANGUREN, Op. Cit., párrafos 335 y 336.

¹⁴⁵ PARRA ARANGUREN, Op. Cit., para. 337.

colocación. Se trata de las condiciones que deben darse para que la medida pueda ser adoptada por las autoridades que tienen la competencia para ordenarla. Esto es, la propuesta motivada por el Estado de origen y aceptada por el de destino en el interés superior del niño, antes de que efectivamente se decida su traslado, así como que dicho traslado puede llevarse a cabo de manera efectiva¹⁴⁶. Volveremos sobre estos requisitos cuando analicemos en un apartado posterior la redacción que finalmente se dio al precepto sobre acogimiento transfronterizo en los instrumentos de Derecho Internacional Privado que nos ocupan¹⁴⁷.

No se trasladan expresamente del CH93 sin embargo, los requisitos referentes a la aceptación por parte de la familia/centro de acogida o a la adecuación de esta. Si bien no se encuentra en la documentación consultada referencia expresa a esta exclusión, será preciso volver sobre ello en el apartado

¹⁴⁶ Respecto al paralelismo entre el mecanismo que se introduce en el CH96 para la colocación transfronteriza y el del CH93 sobre adopción internacional, resultan interesantes las reflexiones de BUCHER en cuanto a lo que suponen estos mecanismos en el marco de la cooperación entre autoridades de los instrumentos de la CH. Así, destaca la distribución de funciones entre las autoridades centrales y cómo en las adopciones internacionales la del Estado de acogida “conserva la posibilidad de oponerse a la colocación y a la continuación del procedimiento”. En la colocación transfronteriza, indica, se va un paso más allá, pidiendo una colaboración más estrecha. “*Esto requiere, en primer lugar, que un informe explicando la situación del niño y los motivos de la medida sean comunicados a la Autoridad central o a otra autoridad competente de dicho Estado (art. 33.1) y que la autoridad competente del Estado requerido haya dado su aprobación, sin el cual la colocación o la protección legal no pueden ser decididos (art. 33.2: art. 6 OPEA). Si tal decisión fuese adoptada sin respetar estas condiciones, no debería ser reconocida en los demás Estados contratantes (art. 23.2.f). En tanto estas medidas implican el traslado del menor a otro Estado, el Convenio pretende asegurar que las autoridades de dicho Estado estén incorporadas en el procedimiento, tanto más porque generalmente están más familiarizadas con la situación de la familia de acogida y porque la medida prácticamente entraña el derecho del niño a establecerse en ese Estado*” (p. 195). BUCHER, A, *L'enfant en droit international privé*, L.G.D.J., Paris, 2003, pp. 82-225.

También escribe sobre esto GARCÍA CANO, S., *Evolución de las técnicas de cooperación internacional entre autoridades en el derecho internacional privado*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. XXXVIII, núm. 112, enero - abril, 2005, pp. 75 -109 Universidad Nacional Autónoma de México, Distrito Federal, México. Disponible en: https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332005000100002 (última consulta 7 de diciembre de 2022). La autora expone expresamente cómo el antecedente al mecanismo de cooperación previsto para el acogimiento transfronterizo está en el CH93 sobre adopción internacional, en el procedimiento que denomina matching y que comparte fin con este: “evitar el desplazamiento del menor de un Estado a otro con fines de crear un proyecto familiar para el menor en el segundo, sin las garantías suficientes de que dicho proyecto responda al interés superior del menor y puede llevarse a cabo de manera efectiva”.

¹⁴⁷El art. 39 para.2 del CH93 prevé que los Estados puedan alcanzar acuerdos para mejorar la aplicación del Convenio en sus relaciones mutuas, permitiendo que puedan derogar las disposiciones contenidas en los artículos 14 a 16 y 18 a 21. El carácter vinculante del artículo 17 se mantiene en relación a todos los casos de adopción a los que se aplica el Convenio, aunque se haya alcanzado un acuerdo. En el informe explicativo se reitera el carácter vinculante de las condiciones establecidas en este capítulo (287) así como el carácter particular del art. 17 (288).

referente al desarrollo de las legislaciones nacionales respecto al procedimiento de consulta y aprobación de las solicitudes de acogimiento transfronterizo, así como en lo que se refiere a los obstáculos identificados en la implementación práctica de las normas que nos ocupan.

2.2.1.2 Regulación vigente: el CH96.

Teniendo en cuenta lo analizado respecto a los antecedentes en el marco de la Conferencia de La Haya, pasamos a observar la regulación que finalmente se hace en el Convenio de La Haya relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños (CH96), del que son parte 58 Estados en todo el mundo¹⁴⁸.

En primer lugar, veremos el ámbito material de aplicación que finalmente se da al Convenio, así como el sistema de cooperación entre autoridades que se instaura para, a continuación, analizar la regulación de la colocación transfronteriza, directamente relacionada con este último.

1. Ámbito material de aplicación.

Tal y como se acordó durante los trabajos previos sobre el ámbito material de aplicación del Convenio, se introdujo de manera expresa la medida de protección consistente en la colocación del niño en acogimiento familiar o residencial en otro Estado contratante¹⁴⁹. Asimismo, se incorporó también como

¹⁴⁸ PIRRUNG, J., Improvements to international child protection as a result of the 1996 Hague Child Protection Convention, *International Family Law*, 2012, pag. ref. March 2012 (special issue). HeinOnline. PÉREZ BEVIÁ, J. A. & GARCÍA CANO, S., Contribución de la Conferencia de La Haya a la globalización de los derechos del niño, CALVO CARAVACA, A. L. & BLANCO-MORALES LIMONES, P.: *Globalización y Derecho*, Madrid, 2003, p. 463.

¹⁴⁹ CONFERENCIA DE LA HAYA, Manual práctico de aplicación del CH96, 1996: "*la palabra colocación en este contexto implica la intervención de una autoridad pública y no se refiere a acuerdos menos formales respecto del cuidado del niño*" (3.37). Esto también se aplica con relación al art. 33 CH96

otra modalidad de cuidado alternativo transfronterizo la kafala o cualquier institución de protección legal análoga que supusiese el traslado del niño a otro Estado¹⁵⁰.

Por otro lado, se listan exhaustivamente las materias excluidas del ámbito del Convenio, entre las que resaltamos, por cercanía al acogimiento familiar y residencial en sentido amplio que se cubre con la colocación, el acogimiento con fines de adopción, así como las medidas adoptadas como consecuencia de la comisión de una infracción penal por parte del niño. Los motivos detrás de las exclusiones son distintos, nos detendremos en los de estas dos.

Por lo que respecta al acogimiento o colocación con fines de adopción, si bien se excluyó directamente la adopción en sí que había sido regulada en el CH93, la exclusión de estas medidas preparatorias generó dudas en cuanto que se consideraba que quizás era preciso garantizar el reconocimiento de aquellos supuestos en los que la adopción no se formaliza, pero se constituye el acogimiento o colocación. Se temía que se produjesen traslados para acogimientos que terminasen convirtiéndose en adopciones sin control. Sin embargo, se opta por la claridad y la simplicidad del sistema para evitar conflictos en la interpretación y aplicación de ambos convenios. Cabe señalar en relación con la adopción, cómo se manifiesta expresamente tanto en este foro como en los que se debatió el CH93, que la institución de protección legal del Derecho musulmán, la kafala, no constituía una adopción, pero sí una medida de protección y debía, por tanto, estar incluida en el ámbito material de aplicación del CH96 y no del CH93.

En el caso de las “*medidas adoptadas como consecuencia de infracciones penales cometidas por los niños*”, la motivación es distinta. De manera general, se consideró que ciertas materias de Derecho Público que afectaban a intereses esenciales de los Estados contratantes debían ser excluidas. Se descartó limitar la competencia de los Estados en el Convenio en este sentido para las medidas de Derecho Penal. Esto queda claramente recogido en el informe explicativo

¹⁵⁰ Estas medidas quedan expresamente dentro del ámbito de aplicación material del Convenio conforme establece el inciso e) de su artículo 3, que indica algunas medidas de protección que efectivamente están dentro del ámbito material de aplicación del Convenio, aunque no de manera exhaustiva.

elaborado por LAGARDE, cuando dice que la exclusión de estas medidas muestra:

“la voluntad de la Conferencia de no establecer limitación alguna a la competencia de los Estados contratantes para reaccionar, a través de las medidas que juzguen apropiadas, sean punitivas o educativas, a las infracciones cometidas por los niños”¹⁵¹.

Se concreta así que, para que se produzca la exclusión de una medida en base a este fundamento, bastará con que sea una respuesta a un acto que esté tipificado por ley y que cometido por una persona adulta sería sancionado por el Derecho Penal. No importa el fin de la medida, que podría ser educativo, por ejemplo. Sí quedan incluidos en el ámbito material de aplicación del convenio, las medidas de protección de la infancia y la adolescencia que atiendan a *“comportamientos desviados pero no tipificados penalmente, como una fuga, un rechazo a frecuentar la escuela o la pertenencia a una banda, revelan un estado de crisis en el niño”¹⁵²*. Como veremos al analizar la aplicación práctica de los instrumentos que nos ocupan, esta decisión de incluir determinadas medidas y excluir otras será especialmente relevante.

2. Cooperación entre autoridades.

Traemos aquí algunos aspectos del sistema de cooperación entre autoridades finalmente instaurado y del que forma parte el mecanismo establecido para la adopción de una resolución sobre colocación transfronteriza.

Como se relató con detenimiento en el epígrafe sobre la revisión del funcionamiento del CH61 de cara a la redacción del CH96, el sistema recogido en el antiguo convenio se mostraba necesario pero ineficaz. De esta forma, se recogen aprendizajes del funcionamiento tanto de ese convenio como de los que

¹⁵¹ LAGARDE, P. Para. 35 del informe explicativo.

¹⁵² LAGARDE, P. Para. 35 del informe explicativo.

le siguieron y, en particular, del CH80, y se aprovechó la oportunidad para crear y consolidar un sistema de cooperación más estructurado y eficaz, como se revelaría con los años¹⁵³.

La Conferencia descartó nombrar una institución por cada instrumento, por el riesgo que suponía una elevada burocracia, tanto por el impacto en los derechos de la infancia y la adolescencia, como por el efecto disuasorio que tendría sobre los Estados a la hora de decidir ratificar el convenio. Se destacaba precisamente que este convenio abarcaría a muchos más niños y niñas que, por ejemplo, los de adopción o sustracción internacional¹⁵⁴.

Se opta por una única Autoridad Central en cada Estado contratante que centralice toda la actividad prevista en el marco convencional de derechos de infancia. Teniendo en cuenta lo anterior, se estableció el alcance de sus obligaciones que, con carácter general, serían reactivas y de respuesta a peticiones de información y apoyo por parte de otras autoridades, y no proactivas. Las únicas dos excepciones previstas serían la obligación de consulta que se contempla para la adopción de una resolución sobre colocación transfronteriza y la que requiere que, ante el supuesto en el que un niño se encuentre expuesto a un grave peligro y se haya trasladado a otro Estado, la autoridad competente informe a la del Estado en que se encuentra.

Otra novedad de este sistema de cooperación es la relativa a la introducción de un mecanismo de comunicaciones directas y peticiones de información entre autoridades públicas competentes. Se prevé que se pueda solicitar información respecto a un niño/a determinado/a cuando eso sea necesario en su interés

¹⁵³ En los trabajos previos y el informe explicativo se aludía expresamente a:

- El Convenio de La Haya de 1965(CH65) sobre notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial (15/11/1965)
- El Convenio de La Haya de 1970(CH70) sobre la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o comercial (18/03/70)

¹⁵⁴ Informe DYER, "*Cuando uno suma a los casos de custodia y derechos de visita (que han generado la mayor parte de la jurisprudencia de CH61) los casos de menores abandonados o no acompañados (que podrían requerir consulta y transmisión de información), el número de casos que gestionarían las AC podría superar significativamente a los de CH80 y los de CH93*" (traducción propia). DYER, A., Report on the revision of the 1961 Hague Convention on protection of minors (Part. One: Measures of protection for the person of a minor – The need for revision of the 1961 Convention in respect of protection of the person of the minor), Preliminary document n^o 1 of April 1994, pp.11-57 en HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, op. cit. p. 25.

superior y así se motive por parte de la autoridad solicitante. Aunque la autoridad consultada no está obligada a responder, en tanto que debe valorar si realmente cuenta con información útil y que redundaría en el interés superior del niño en el proceso de decisión sobre su protección, los requerimientos pertinentes no deberían quedar sin contestar.

Finalmente, en el CH96 se opta por un sistema de cooperación entre Autoridades Centrales identificando una única Autoridad Central en cada Estado contratante para los convenios sobre infancia. Concentrar las funciones otorgadas en los convenios sobre infancia en una misma autoridad, tal y como recomendaba el CDN, parece la decisión óptima para facilitar las gestiones, así como para asegurar cierta especialización de quien asume ese papel. Se establece un mecanismo de consulta y aprobación de carácter obligatorio para los supuestos en los que la medida de protección propuesta sea una colocación transfronteriza. En el caso concreto de la colocación transfronteriza, las Autoridades Centrales tienen un papel coherente con el que se les otorga en el Convenio de facilitar la aplicación de la norma y las relaciones entre particulares y autoridades, únicamente se va un paso más allá al establecer el mecanismo de cooperación con carácter obligatorio. Esto es, no queda a la voluntad de las Autoridades si no que para asegurar la validez de la resolución por la que se adopta la medida se debe cumplir con ese procedimiento de consulta y aprobación en el que las autoridades centrales tienen que canalizar la propuesta y la respuesta correspondiente.

3. Colocación transfronteriza.

En este epígrafe analizaremos la regulación definitiva que se hizo en el CH96 de la colocación transfronteriza del niño y la interpretación que corresponde hacer de esta. Señalaremos los aspectos que surgieron en el proceso de redacción y que se resuelven en el precepto incluido, así como las lagunas e

indefiniciones que se observan en el texto final y que requerirán de un seguimiento al valorar la aplicación práctica del convenio.

En primer lugar, atenderemos a la literalidad del precepto de manera que podamos identificar si, ésta ha recogido la voluntad de las delegaciones de los Estados miembro de la CH expuesta a lo largo de los epígrafes anteriores y cómo. También en qué medida responde al fin que se persigue con esta norma y, en particular, con este artículo.

La colocación transfronteriza del niño aparece expresamente regulada en el artículo 33 del capítulo V sobre Cooperación, que establece:

“Artículo 33.

1. Cuando la autoridad competente en virtud de los artículos 5 a 10 prevea la colocación del niño en una familia de acogida o en un establecimiento o su protección legal por «kafala» o por una institución análoga, y esta colocación o este acogimiento haya de tener lugar en otro Estado contratante, consultará previamente a la Autoridad Central o a otra autoridad competente de este último Estado. A este efecto le transmitirá un informe sobre el niño y los motivos de su proposición sobre la colocación o el acogimiento.

2. El Estado requirente sólo puede adoptar la decisión sobre la colocación o el acogimiento si la Autoridad Central u otra autoridad competente del Estado requerido ha aprobado esta colocación o este acogimiento, teniendo en cuenta el interés superior del niño”.

El precepto, siguiendo la propuesta analizada en los apartados anteriores, establece un mecanismo de cooperación entre autoridades de carácter obligatorio y previo a la adopción de una medida de protección consistente en la colocación del niño/a en otro Estado contratante, ya sea en una familia de acogida o en un establecimiento, tal y como se incluyó expresamente dentro del ámbito material de aplicación del CH96.

De cara a la adopción de estas medidas de protección, se buscaba establecer una serie de garantías procedimentales que deben ser observadas. Se

introduce así un mecanismo de cooperación entre autoridades para evitar que la resolución por la que se adopta la colocación sea denegada el reconocimiento en el Estado contratante en el que se pretende ejecutar. Se propuso distinguir dos fases en el procedimiento clarificando el contenido de cada una de ellas, así como el papel de las distintas autoridades implicadas, una primera de consulta por parte del Estado requirente y una segunda de valoración de la propuesta, junto a la decisión de aceptarla o no por parte del Estado requerido.

Respecto a la consulta sobre la medida a adoptar, lo que el legislador pretendía era, tal y como hemos recogido, que fuese previa a la decisión, obligatoria y debidamente motivada sobre los factores particulares de la situación del niño o niña¹⁵⁵. A los efectos de comprobar hasta qué punto esto ha sido reflejado así en el convenio, acudimos al primer apartado del art. 33 CH96.

En el primer apartado del artículo encontramos un supuesto de hecho ante el que se impone una serie de obligaciones. En este sentido, remitiéndose a las reglas de competencia judicial internacional que el CH96 establece en sus artículos 5 a 10, se indica sobre qué autoridad competente de un Estado contratante será sobre la que recae la obligación de cumplir con el requisito que establece el artículo objeto de estudio¹⁵⁶. Una vez indicadas las reglas conforme a las cuales se ha de determinar la competencia mediante referencia expresa a los preceptos del propio Convenio, el artículo 33 plantea el supuesto de hecho que lleva aparejado el requisito establecido, que la autoridad competente “*prevea la colocación del niño en una familia de acogida o en un establecimiento o su protección legal por kafala o por una institución análoga, y esta colocación o este acogimiento haya de tener lugar en otro Estado contratante*”.

¹⁵⁵ Véase epígrafe sobre XVIII sesión Conferencia de La Haya

¹⁵⁶ El Convenio recoge reglas de competencia judicial internacional que determinarán las autoridades de qué Estado son competentes, no qué autoridad en particular dentro de cada Estado. Como regla general, las autoridades del Estado contratante de la residencia habitual del niño en el momento de adoptar la medida de protección serán las competentes para ello. El Convenio establece las reglas necesarias para que se pueda determinar la competencia judicial internacional en cada supuesto sin que concurran varias autoridades igualmente competentes, incluyendo reglas para la transferencia de la competencia o la reivindicación de la misma, siempre en interés superior del niño, así como para situaciones de urgencia o para la adopción de medidas provisionales. Lo veremos en detalle en el capítulo III.

La literalidad de la norma nos hace prestar atención al momento en el proceso de toma de decisiones en el que surge y debe cumplirse el requisito, así como el contenido de la decisión en sí. A continuación, veremos si lo que dispone el texto final es lo que se pretendía y si quedan lagunas o indefiniciones.

La utilización del verbo “prever” nos indica cuándo debe la autoridad en cuestión cumplir con el requisito indicado en un inciso posterior¹⁵⁷. “Cuando prevea”, esto es, cuando esté decidiendo sobre la medida antes de adoptarla. La acepción del verbo prever como “conocer, conjeturar por algunas señales o indicios lo que ha de suceder”, parece apropiada para referirse a la toma en consideración de todos los factores concurrentes en el caso concreto para la propuesta de la colocación en cuestión.

Este aspecto se confirma cuando acudimos a la versión en inglés del texto, que utiliza una oración condicional y el verbo “*contemplate*”, “*If an authority (...) contemplates*”, que se traduce también como si una autoridad piensa en algo, considera una posibilidad. Podemos decir que se trata de una acción reflexiva con carácter previo a la adopción de la decisión.

Por lo que se refiere a lo que la autoridad está considerando, el texto del artículo expone “*la colocación del niño en una familia de acogida o en un establecimiento o su protección legal por kafala o por una institución análoga, y esta colocación o este acogimiento haya de tener lugar en otro Estado contratante*”. Se trata del proceso de toma de decisiones sobre la adopción de una medida de protección de un niño/a. Como veremos a continuación, se hace una redacción que da cabida a distintas medidas de protección.

Antes interesa detenernos en el término “colocación”, que, traduciéndolo directamente de la versión original en inglés, “*placement*”, parece poner el énfasis en el desplazamiento o traslado del menor¹⁵⁸. Pero precisamente acudiendo al significado del término en inglés, encontramos que se trata de un concepto que

¹⁵⁷ Acudimos al diccionario de la Real Academia de la Lengua Española para ver las distintas acepciones del verbo prever, para conocer el significado más adecuado en el contexto en el que estamos analizando.

¹⁵⁸ Según la RAE, colocación es la acción y efecto de colocar, es decir, poner a alguien o algo en su debido lugar, acomodar a alguien poniéndolo en algún destino o empleo (<https://dle.rae.es/colocación>).

alude al encaje, la adecuación o el acoplamiento entre un niño y la solución de cuidado alternativo que mejor se adecúa a sus circunstancias¹⁵⁹.

De esta forma, el precepto alude expresamente a medidas de cuidado alternativo del niño, esto es, fuera de su familia, el acogimiento familiar, el acogimiento residencial o “su protección legal por kafala o por una institución análoga”¹⁶⁰. Con la conjunción disyuntiva “o” se plantean las distintas medidas de protección, conforme fue recogido expresamente en la lista de materias que deben considerarse incluidas en el ámbito material de aplicación del CH96, y se deja abierta la puerta a las instituciones de protección legal de la infancia que puedan aparecer en los ordenamientos de los Estados contratantes¹⁶¹.

El artículo introduce además otra condición, que la medida que se esté considerando “*haya de tener lugar en otro Estado contratante*”. Se trata del aspecto internacional relevante en esta relación jurídica, ya que, de tratarse de una colocación interna, este artículo no sería de aplicación y las autoridades que están valorando la adopción de la medida no se verían obligadas por el requisito en él impuesto. La relación es, así, transfronteriza. El Estado en el que se pretende que se cumpla la medida es distinto de aquél cuyas autoridades son competentes conforme a las reglas de los artículos 5 a 10 del Convenio. Del mismo modo, si la medida es adoptada por la autoridad de un Estado que no tiene competencia según el CH96 no se va a reconocer el acogimiento transfronterizo. Queda la vía

¹⁵⁹ Además de referirse a la acción de colocar a alguien o algo en algún lugar, el diccionario de Oxford recoge colocación como la acción de encontrar un hogar, un trabajo o un colegio para alguien. Lo que nos permite destacar esa necesidad de evaluar las distintas posibilidades y decidirse por aquella que mejor encaje en el momento dado. En este caso, la mejor solución de cuidado alternativo para un niño en concreto. En el apartado referente a la voluntad de regular del legislador veremos que el concepto se utiliza con un sentido concreto, tal y como establecen las guías de aplicación.

¹⁶⁰ Tal y como se ha explicado en el epígrafe anterior referente al CH93 sobre adopción internacional, en ese instrumento se utiliza el término colocación para aludir a la fase previa de la adopción en la que se “confía al niño a los futuros padres adoptivos” tras haber hecho las evaluaciones correspondientes. Epígrafe 2.2.1.1. apartado 3.

¹⁶¹ En apartados siguientes nos referiremos a la vocación de globalidad del Convenio, la necesidad de dar cabida a los Estados de Derecho islámico, así como a la delimitación del ámbito de aplicación del Convenio, ya que nos permite definir los límites de las instituciones legales de protección que tendrían cabida o no en este precepto. Así, se prevé expresamente que está dentro del ámbito material de aplicación del Convenio la kafala y que está excluida del mismo la adopción, por lo que las instituciones legales de protección que tendrían cabida deben respetar lo establecido por la norma al respecto.

de hecho, pero habría que comprobar si este precepto es de aplicación o incluso el convenio en su conjunto.

Expuesto el supuesto de hecho mediante el planteamiento de dos condiciones que han de darse de manera simultánea, que las autoridades estén considerando la adopción de la medida y que dicha medida fuera a cumplirse en otro Estado contratante, se introduce el requisito como consecuencia obligatoria.

“(..), consultará previamente a la Autoridad Central o a otra autoridad competente de este último Estado...”

A este efecto le transmitirá un informe sobre el niño y los motivos de su proposición sobre la colocación o el acogimiento”.

La autoridad competente señalada, “consultará previamente” o “shall first consult” en la versión original. Se trata de un requisito de consulta previa a la autoridad competente del Estado contratante en el que se ha de cumplir la medida y que tiene carácter obligatorio, como indica el uso del tiempo verbal futuro en su formulación. A continuación, veremos que en el segundo apartado del artículo 33 se dispone que la medida no podrá ser adoptada salvo que se haya obtenido el consentimiento tras la consulta. De no ser así, el niño debería regresar al Estado de su residencia habitual antes del traslado. Sin embargo, en coherencia con el marco internacional de derechos de infancia, debería procederse a una determinación del interés superior o, por el contrario, debe decidirse su permanencia en el Estado de acogida. En tal caso, habría que proceder a determinar la medida de protección más adecuada y hacerlo en coherencia con el marco jurídico aplicable.

Expresamente se recoge que la consulta se deberá hacer a la Autoridad Central, autoridad que conforme al art. 29 debe designar cada Estado contratante, o a otra autoridad competente del Estado en cuestión. Es decir, puede ser alternativamente a una de las dos. Como indicábamos, las reglas de competencia judicial internacional que establece el Convenio determinan el Estado contratante

cuyas autoridades son competentes, no la autoridad en concreto, por lo que será necesario acudir al Derecho nacional de dicho Estado para identificarla¹⁶².

Como indicábamos antes, se trata de una consulta que se ha de realizar cuando se está considerando adoptar la medida, y es analizando los factores que concurren como se llega a la propuesta que la autoridad consultada debe valorar antes de otorgar o no el consentimiento. De ahí que se requiera que la consulta vaya acompañada de “*un informe sobre el niño y los motivos de su proposición sobre la colocación o el acogimiento*”. No se establece un formato concreto, pero esta formulación permite afirmar que debe ser una propuesta individual y debidamente fundamentada.

Queda así incorporado lo pretendido respecto a la obligación de consultar que recae sobre la autoridad competente, con carácter previo a la adopción de la medida, y hecha sobre la base de una motivación suficiente, incluyendo un informe sobre el niño que se remitirá para su valoración por parte de la autoridad consultada.

La otra fase que se pretendió delimitar es la de la valoración por parte de la autoridad competente del Estado requerido y la aprobación o no de la medida propuesta, que a su vez se exige que sea basada en el interés superior del niño. Esta valoración se ha de hacer en base a las circunstancias concretas del caso, las remitidas por el Estado requirente en su informe¹⁶³.

En el segundo apartado, el artículo 33 establece expresamente que la medida únicamente podrá ser adoptada una vez se haya obtenido el consentimiento de la autoridad competente consultada.

2. El Estado requirente sólo puede adoptar la decisión sobre la colocación o el acogimiento si la Autoridad Central u otra autoridad competente del Estado requerido ha aprobado esta colocación o este acogimiento, teniendo en cuenta el interés superior del niño.

¹⁶² Como veremos, para cumplir con mayor eficacia con los objetivos del Convenio, los Estados contratantes pueden designar la autoridad competente a la que ha de dirigirse la consulta, pero no es obligatorio, puede hacerse directamente a través de la Autoridad Central y que esta canalice las comunicaciones. En España se trata del Ministerio de Justicia.

¹⁶³ Sobre el procedimiento de evaluación y determinación del interés superior del niño ver epígrafe 2.1.2.

Se establece así, como previsto, que el consentimiento sea necesario para la adopción de la medida. Además, dicha valoración deberá hacerse teniendo en cuenta, es decir, ponderando los factores particulares que concurren en el caso concreto, así como priorizando aquella decisión que garantice que se cumplen un mayor número y en mayor medida de derechos del niño, si es necesario, sobre la que responda a otro interés que pudiese concurrir. Tal y como quedó descartado en los trabajos previos, no se contempla que esta valoración deba ser conjunta por parte de ambos Estados implicados, sino que únicamente corresponde a la autoridad del Estado requerido.

Todos los Estados son parte en la CNUDN y esto significa que cualquier decisión que afecte a la vida de un niño debe responder al interés superior del niño¹⁶⁴. Sin embargo, de la redacción del precepto no puede extraerse qué es exactamente lo que debe valorar el Estado requerido al recibir la propuesta y emitir su decisión. Teniendo en cuenta los antecedentes que hemos expuesto, podemos plantear que lo que el legislador pretende que el Estado requerido valore es “*si el desplazamiento responde al interés superior del niño*” individualmente considerado. Asimismo, parte de la valoración de la propuesta concreta debe ir dirigida a “preparar la inserción de ese niño”¹⁶⁵. Volvemos aquí sobre los requisitos de la adopción internacional distintos del consentimiento y el acuerdo, es decir, los referentes a la idoneidad de los adoptantes y las autorizaciones de entrada al país y residencia en el mismo¹⁶⁶. Se trata de aspectos relevantes en esta inserción que podemos extrapolar al acogimiento transfronterizo. Así, podríamos suponer que entre las funciones de la autoridad requerida estará la valoración de la familia de acogida o la institución propuesta para la colocación del menor en cuestión, así como de las leyes de extranjería afectadas, pero la regulación de esto corresponderá a los ordenamientos jurídicos nacionales, primando el interés superior del niño en todo caso.

¹⁶⁴ GRAMMATICAKI-ALEXIOU, A., Best interests of the child in Private International Law, Recueil des cours/ Collected courses, 412, 2020, pp. 253-434. HeinOnline

¹⁶⁵ FORCADA MIRANDA, F.J., 2015, Op. Cit. 41.

¹⁶⁶ Art. 17.d) CH93 se ha constatado, de acuerdo con el artículo 5, que los futuros padres adoptivos son adecuados y aptos para adoptar y que el niño ha sido o será autorizado a entrar y residir permanentemente en el Estado de recepción

Adicionalmente, en esta segunda fase quedan otros aspectos indefinidos, no se establece un plazo para la respuesta por parte de la autoridad requerida ni un procedimiento concreto que deba seguir. En este sentido, aunque no pueda abstraerse del tenor literal del art. 33.2, se entiende que corresponderá a los Estados contratantes regular internamente el procedimiento concreto para dar cauce a estas consultas y correspondientes valoraciones, así como qué autoridad pública específica será competente para decidir, independientemente de que se contemple la participación de otras.

La norma tampoco precisa las consecuencias del incumplimiento del procedimiento establecido en el art. 33, aunque si miramos al convenio en su conjunto para hacer una interpretación sistémica del precepto, observamos que ese incumplimiento sería una causa de denegación del reconocimiento de la resolución por la que se adopte la medida de colocación transfronteriza en el Estado de acogida¹⁶⁷. No se hace referencia a qué ocurriría si se produce la consulta, pero el Estado requerido no responde.

En resumen, en este apartado hemos hecho un breve recorrido por el proceso por el que se acabó por incorporar la figura del acogimiento transfronterizo en el CH96, originariamente propuesta por la delegación neerlandesa en base a una referencia expresa al CH93 sobre adopciones internacionales. Hemos podido ver las cuestiones que surgieron en torno a su redacción y los debates que surgieron a partir de lo establecido en el Convenio al que se remiten. Se introduce así en el nuevo convenio la regulación de la colocación transfronteriza como medida de protección que requiere, para su adopción en un Estado contratante y su ejecución y reconocimiento en otro, cumplir con un mecanismo de cooperación entre autoridades obligatorio y previo inspirado en el procedimiento para las adopciones internacionales. Quedan ciertas indefiniciones que intentaremos aclarar en la revisión de la aplicación práctica del CH96 así como de los instrumentos del marco comunitario.

¹⁶⁷ FORCADA MIRANDA, F.J. 2015, Op. Cit. 41, “El valor añadido del art. 33 CH96 es la referencia expresa a tener en cuenta el interés superior del niño al tomar decisiones sobre colocación transfronteriza. Adicionalmente, el no cumplir con lo establecido en el art. 33 CH96 se podría ver sancionado con la denegación del reconocimiento de la medida en el país de acogida”.

2.2.2 El marco comunitario.

2.2.2.1 Antecedentes.

El acogimiento transfronterizo fue regulado inicialmente por el Reglamento Bruselas II bis (RBIlbis), que tras su aplicación durante 13 años fue revisado y refundido en el Reglamento Bruselas II ter (RBIIter) en 2019. Veremos tanto las particularidades de la regulación del RBIlbis frente a la incorporada previamente en el ámbito convencional, en el CH96, como la interpretación que ha hecho a lo largo de los años el TJUE en sus sentencias y resolución de cuestiones prejudiciales, y los informes sobre la aplicación práctica del Reglamento¹⁶⁸. A continuación, nos detendremos sobre los trabajos de redacción y refundición que dieron lugar al RBIIter. Del análisis de los antecedentes de la actual regulación comunitaria podremos abstraer tanto las particularidades del legislador de la UE como los obstáculos identificados en la práctica y el origen de las modificaciones que se introducen para superarlos. Este análisis comparado nos permitirá ver en qué aspectos los Estados miembros han decidido un paso más allá del CH96 y comprometer un mayor grado de soberanía dotándose de unas normas comunes para regular sus relaciones, avanzando en la creación de un espacio judicial.

1. Antecedentes del RBIlbis.

Siguiendo el análisis realizado en el epígrafe anterior sobre los antecedentes del CH96 en lo que respecta a la colocación transfronteriza, vamos

¹⁶⁸ Sobre la evolución de los reglamentos sobre responsabilidad parental: HERRANZ BALLESTEROS, M., El Reglamento (CE) núm. 2201/2003. Alcance de la reforma en materia de sustracción internacional de menores en el espacio judicial europeo. Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil num.13/2004 parte Doctrina Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2004. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M. A., Capítulo 1. Origen, objetivos y ámbito de aplicación en CAMPUZANO DÍAZ, B. (dir.), ADAM MUÑOZ, M. D., CALZADO LLAMAS, A. J., CANO BAZAGA, E. et al., Estudio del Reglamento (UE) 2019 / 1111 sobre crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores, Thompson Reuters-Aranzadi, 2022, pp. 27-50.

a abordar cómo se incorpora en el ámbito material de aplicación del Reglamento el acogimiento transfronterizo como medida de protección a la infancia y qué regulación se hace de ella. Acudiremos tanto al propio texto como a su guía de aplicación (interpretación auténtica) como a la interpretación que hace el TJUE al respecto.

a) *El ámbito material de aplicación.*

El RBIIbis establecía normas relativas a la competencia, el reconocimiento y la ejecución y la cooperación entre Autoridades Centrales en materia de responsabilidad parental. El ámbito de aplicación material del RBIIbis según establecía el propio Reglamento eran todas las materias civiles relativas «a la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental»¹⁶⁹ independientemente de la naturaleza del órgano jurisdiccional. En particular recoge dos que nos interesan: “c) *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; d) al acogimiento del menor en una familia o en un establecimiento*”. La responsabilidad parental se define como “*los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor. El término incluye, en particular, los derechos de custodia y visita*”¹⁷⁰.

Se trata de un concepto amplio en el que tendrían cabida todos los asuntos relacionados con la responsabilidad parental¹⁷¹. De manera no exhaustiva, la norma enumeraba una serie de materias que estarían dentro de su ámbito material

¹⁶⁹ Art. 1.1.b) a la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental RBIIbis.

Sobre el ámbito material de aplicación de los reglamentos europeos sobre responsabilidad parental. McELEVAY, P.E., Luxembourg, Brussels and now The Hague: Congestion in the Promotion of Free Movement in Parental Responsibility Matters, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 59, 2010, p. 507. HeinOnline.

¹⁷⁰ Art. 2.7) RBIIbis.

¹⁷¹ La definición está recogida en el inciso 2 del artículo 1. Además, en la Opinión General de la Abogado General Kokott en el caso 435-06, para.49, se confirma que se trata de un concepto amplio.

de aplicación, entre las que se incluían el acogimiento familiar y residencial¹⁷². Las materias excluidas del ámbito material de aplicación del Reglamento aparecían enumeradas con carácter exhaustivo en el artículo 1.3 del mismo¹⁷³, incluyendo, al igual que el CH96 y por las mismas razones ya explicadas, *las resoluciones sobre adopción y medidas que la preparan*, como puede ser un acogimiento pre-adoptivo, *y las medidas adoptadas a consecuencia de infracciones penales cometidas por los menores*.

De esta forma, el RBIIbis también situaba el acogimiento del menor en una familia o un establecimiento entre Estados miembros dentro de su ámbito de aplicación de manera expresa, recogiendo en el inciso d) de su art.1.2. A diferencia del CH96, el Reglamento no mencionaba expresamente la kafala, aunque como tampoco aparece en la lista exhaustiva de materias excluidas, se encontraría dentro de su ámbito de aplicación. El RBIIbis establece un mecanismo de cooperación entre autoridades de Estados miembros de la UE. Ninguno de estos Estados va a constituir una kafala como medida de acogimiento transfronterizo. Por tratarse de una institución del Derecho islámico, lo que podría es entrar en contacto con el sistema comunitario, por ejemplo, para ser reconocida ante un traslado¹⁷⁴.

¹⁷² Guía de aplicación, pág. 19, “La lista de materias cubiertas por la «responsabilidad parental» de conformidad con el Reglamento no tiene carácter exhaustivo, sino meramente indicativo”.

¹⁷³ Art. 1.3 RBIIbis: a) a la determinación y a la impugnación de la filiación;

b) a las resoluciones sobre adopción y medidas que la preparan, ni a la anulación y revocación de la adopción;

c) al nombre y apellidos del menor;

d) a la emancipación;

e) a las obligaciones de alimentos;

f) a los fideicomisos y las sucesiones;

g) a las medidas adoptadas a consecuencia de infracciones penales cometidas por los menores

¹⁷⁴ Nota al pie sobre kafala en página 59.

En este sentido, encontramos lo expuesto por QUIÑONES ESCAMEZ, A. en su artículo *Protección del menor mediante la kafala y la adopción*, al respecto muy claro:

“La kafala es una institución desconocida para nuestro ordenamiento; es decir, una institución extranjera y que siempre vendrá importada del extranjero por lo que plantea un problema de reconocimiento (no de constitución). Lo que acabamos de decir ha de entenderse bien, pues el que la kafala sea una institución foránea –el que no sea posible ante autoridad española el constituir la kafala de un menor- no significa que no pueda reconocerse en España la kafala de un menor constituida en el extranjero (v.gr., Marruecos). Es posible reconocer la kafala cuando el menor venga a nuestro país si cumple con una serie de condiciones y garantías”.

También sobre reconocimiento de Kafala CORNELOUP, S., op. cit. pp. 98-99.

b) *Acogimiento transfronterizo.*

Una vez confirmado que el acogimiento transfronterizo se incluye efectivamente en el ámbito material del Reglamento, acudimos a los antecedentes/ trabajos previos de este para conocer los debates y reflexiones que dieron lugar a la regulación finalmente incorporada del acogimiento transfronterizo en el marco comunitario.

Sin embargo, el debate en el seno de la Unión Europea para la elaboración del Reglamento Bruselas II bis no abordó específicamente la regulación del acogimiento, hecho que podemos atribuir precisamente al alcance y profundidad que ya tomó en el marco de la Conferencia de La Haya en la que los países miembros de la UE participaron activamente¹⁷⁵. De hecho, como hemos visto, la

¹⁷⁵ Cabe señalar brevemente la evolución en el Derecho comunitario de la inclusión de los derechos humanos.

El TJUE se pronunció sobre los derechos humanos y el Derecho comunitario, antes de estar estos recogidos en los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, haciendo referencia a tanto a las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros como a los Tratados internacionales para la protección de los derechos humanos. En este sentido, en su sentencia de 14 de mayo de 1974 del asunto 4/73, caso Nold, el TJUE estableció que:

“Considerando que, como ha sostenido el Tribunal de Justicia, los derechos fundamentales forman parte integrante de los principios generales del Derecho, cuyo respeto asegura el propio Tribunal; que, al garantizar la protección de estos derechos, el Tribunal de Justicia tiene que inspirarse en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y no puede, por consiguiente, admitir medidas incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos y garantizados por las Constituciones de dichos Estados; Que los Tratados internacionales para la Protección de los Derechos Humanos en los cuales han sido parte o a los cuales se han adherido los Estados miembros también pueden aportar indicaciones que conviene tener en cuenta en el marco del Derecho comunitario” (13).

De esta forma, el TJUE va ganando peso en la protección de los derechos en relación con los asuntos que lo ocupan. En 1992 se incorpora en el Tratado de Maastrich, artículo F.2, la siguiente referencia expresa: *“La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario”*.

Es en diciembre del año 2000 que los Estados miembros firman el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH) que, en su preámbulo, establece: *“La presente Carta reafirma, respetando las competencias y misiones de la Comunidad y de la Unión, así como el principio de subsidiariedad, los derechos reconocidos especialmente por las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes de los Estados miembros, el Tratado de la Unión Europea y los Tratados comunitarios, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las Cartas Sociales adoptadas por la Comunidad y por el Consejo de Europa, así como por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”*.

propuesta concreta provino de la delegación neerlandesa. De ahí que resulte coherente que se considerase suficientemente abordado y que las conclusiones de dichas discusiones se trasladasen para servir de fundamento a la redacción del Reglamento¹⁷⁶. Precisamente la remisión al CH96 como antecedente directo del RBIIbis lo encontramos tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

FORCADA MIRANDA señala como antecedente inmediato del art. 56 RBIIbis el CH 96, en particular el art. 33, en el que, dice, se establece una estructura clara y simple que permite la coordinación para los acogimientos transfronterizos. Habla de la interrelación entre ambos artículos, regida por el art. 61 RBIIbis¹⁷⁷.

Finalmente, en el Tratado de Lisboa, que entró en vigor en 2009, modifica el Tratado de la Unión Europea para que su artículo 6 incluya una referencia expresa a la CEDH, manteniendo la inclusión en el Derecho de la Unión de los derechos humanos asumidos internacionalmente.

“La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.

(...)

2 . La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados.

3. Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales.”

Al respecto: LIÑÁN NOGUERAS, D.J., “Derechos humanos y libertades fundamentales en la Unión Europea” en MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J., “Instituciones y derecho de la Unión Europea”, 2020, Ed. Tecnos, pp. 126-157.

Sobre cómo el espacio europeo, en particular la UE y el Consejo de Europa, se han desarrollado en paralelo a los derechos fundamentales en este ámbito. SAROLTA, S., European values, fundamental rights and the Private International Law of the European Union, Hungarian Yearbook of International Law and European Law, 2014, pp. 307-326. HeinOnline. En este sentido, hace un repaso de la jurisprudencia LIAKOPOULOS, D., Integration and Cooperation of International and European Private Law according Charter of the Fundamental Rights of the European Union, Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 11, no. 2, October 2019, pp. 150-193. HeinOnline. Este mismo autor estudia la interacción entre el DIPR y el Sistema europeo de derechos humanos en LIAKOPOULOS, D., Interactions between European Court of Human Rights and Private International Law of European Union, Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 10, no. 1, March 2018, pp. 248-305. HeinOnline.

¹⁷⁶ Sobre la evolución de la regulación del acogimiento transfronterizo encontramos un reciente capítulo de CANO BAZAGA, E., Capítulo 16. El acogimiento transfronterizo de menores en CAMPUZANO DÍAZ, B. (dir.), ADAM MUÑOZ, M. D., CALZADO LLAMAS, A. J., CANO BAZAGA, E. et al., Estudio del Reglamento (UE) 2019 / 1111 sobre crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores, Thompson Reuters-Aranzadi, 2022, pp. 314-316.

¹⁷⁷ *“Ni el Acto del Consejo de 28 de mayo de 1998 por el que se celebra, con arreglo al artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, el Convenio sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial, ni el Reglamento (CE) n° 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, sustituido por el RBIIbis, contenían ninguna referencia similar al art. 56”.* FORCADA

En este mismo sentido, la Abogada general Kokott en la Opinión que emitió en el marco del caso HSE, señaló que¹⁷⁸:

“En efecto, las disposiciones relativas al derecho de custodia recogidas en el Reglamento están basadas en los trabajos preparatorios del Convenio para la protección de los niños y reflejan en gran medida tales trabajos, también en relación con las disposiciones sobre el ámbito de aplicación, cuya interpretación interesa en el presente asunto. Por tanto, en la medida de lo posible, procede interpretar las disposiciones del Reglamento y las correspondientes disposiciones del Convenio de forma idéntica, con el fin de evitar, entre otras cosas, que se llegue a conclusiones diferentes dependiendo de si se está ante un caso que guarda relación con otro Estado miembro o con un Estado tercero”.

De esta forma se explica por qué al acudir al precepto que regula el acogimiento transfronterizo en el RBIIbis en el siguiente epígrafe, analizaremos las semejanzas y diferencias entre éste y el CH96.

2. El artículo 56 del RBIIbis.

El acogimiento de una persona menor de edad en otro Estado miembro se regula finalmente en el art. 56 del RBIIbis, dentro del capítulo dedicado a la Cooperación entre autoridades, al igual que en el CH96¹⁷⁹.

El artículo incluido en el instrumento comunitario establece, sin embargo, algunas variaciones respecto al precepto del CH96. Se desconoce, como señala FORCADA MIRANDA¹⁸⁰, por qué se introdujeron precisamente dichas

MIRANDA, F.J., Revision with respect to the cross-border placement of children, Dutch Journal of Private International Law, 2015, p. 37.

¹⁷⁸ Párrafo 17 de las Conclusiones del asunto C-92/12, de la Abogada General Sra. Juliane Kokott, de 28 de marzo de 2012, ECLI:EU:C:2012:177.

¹⁷⁹ RODRIGUEZ VAZQUEZ, M.A., Los avances de la normativa comunitaria en materia de protección de menores, en DI FILIPPO, M., CAMPUZANO DÍAZ, B., RODRÍGUEZ BENOT, A., y RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M. A. (coords.), *Hacia un derecho conflictual europeo: realizaciones y perspectivas*, 2008, pp. 151-172. En un repaso histórico que va de la ausencia de legislación a la comunitarización de la cooperación judicial en materia civil, destaca la cooperación entre autoridades como la gran novedad y clave del éxito del Reglamento.

¹⁸⁰ FORCADA MIRANDA, F.J., Revision with respect to the cross-border placement of children, Dutch Journal of Private International Law, 2015, p. 37.

modificaciones en la UE respecto al marco establecido por la Conferencia de La Haya para regular los acogimientos transfronterizos. Este mismo autor, aludía a la voluntad de la UE de establecer un marco legal más sencillo que el del RBIIbis, que se ha probado en la práctica como innecesariamente complicado¹⁸¹.

Artículo 56

Acogimiento del menor en otro Estado miembro

1. Cuando el órgano jurisdiccional competente en virtud de los artículos 8 a 15 considere el acogimiento del menor en un establecimiento o una familia, y este acogimiento haya de tener lugar en otro Estado miembro, consultará previamente a la Autoridad Central o a otra autoridad competente de este último Estado miembro si estuviera prevista la intervención de una autoridad pública en dicho Estado miembro para los casos internos de acogimiento de menores.

2. La resolución sobre el acogimiento contemplado en el apartado 1 sólo podrá adoptarse en el Estado miembro requirente cuando la autoridad competente del Estado requerido haya aprobado dicho acogimiento.

3. Los procedimientos de consulta o de aprobación contemplados en los apartados 1 y 2 se regirán por el Derecho nacional del Estado miembro requerido.

4. Si el órgano jurisdiccional competente en virtud de los artículos 8 a 15 decide el acogimiento del menor en una familia y este acogimiento va a tener lugar en otro Estado miembro en el que no está prevista la intervención de una autoridad pública para los casos internos de acogimiento de menores, el órgano jurisdiccional informará de su decisión a la Autoridad Central u otra autoridad competente de ese Estado miembro.

El precepto, tal como hizo el art. 33 en el CH96, establece un mecanismo de cooperación entre autoridades de carácter obligatorio y previo a la adopción de

¹⁸¹ Hay aspectos que no se regulan en el marco comunitario y otros que pretenden simplificar el proceso, como, por ejemplo, que se pueda prescindir del consentimiento en determinados supuestos, que precisamente se revelará como complejo y causante de retrasos.

una medida de protección consistente en el acogimiento de un niño o niña, ya sea en un establecimiento o una familia, en el territorio de otro Estado miembro. Esta medida que se encuentra incluida en el ámbito material de aplicación del RBIIbis como medida de responsabilidad parental.

Tras indicar, al igual que el Convenio, las autoridades de qué Estado serían competentes remitiéndose a las normas de atribución de la competencia del Reglamento, establece un mecanismo de cooperación entre autoridades que debe activarse cuando se está valorando adoptar una medida de acogimiento transfronterizo, de la misma manera que se estableció en el CH96 como parte de las garantías procedimentales para evitar que la resolución no sea reconocida. El procedimiento consta de dos fases, una fase de consulta y otra de aprobación previa antes de la adopción de la medida y el eventual traslado del niño o niña.

Una de las grandes diferencias frente al régimen convencional, es que en el ámbito comunitario se establecen dos tipos de mecanismos de cooperación. Uno para el caso en el que en el Estado de acogida se prevea la intervención de la autoridad pública en la constitución de un acogimiento interno, y otro para cuando no se requiere tal intervención. En el primer supuesto, se exige consultar a la autoridad del Estado requerido y obtener la aprobación a la propuesta antes de adoptar la resolución, mientras que, en el segundo, únicamente se necesita informar de la adopción de la medida.

A diferencia de lo dispuesto en el Convenio, en el Reglamento no se hace alusión a que la decisión de las autoridades deba estar motivada ni qué factores deben tenerse en cuenta. Ni siquiera qué documentación debe acompañar a la propuesta enviada al Estado requerido. Lo que establece el precepto en su inciso 3 es una remisión a los ordenamientos jurídicos nacionales para regular el procedimiento de consulta y aprobación. De esta forma, corresponde a los Estados miembros regular cómo debe producirse la consulta, cuál será la autoridad competente y qué proceso debe llevar a cabo para valorar la propuesta antes de aceptarla. En el caso del Convenio, esta remisión es implícita, en tanto, se incorporan más detalles en el propio art. 33 pero quedan aspectos pendientes sobre el procedimiento para los que habrá que acudir a las legislaciones nacionales.

Acudimos ahora a la literalidad de la norma que sustenta lo que hemos expuesto respecto a la regulación que hace el Reglamento del acogimiento transfronterizo y las diferencias respecto al Convenio.

Al igual que el art. 33 del CH96, el art. 56 del RBIIbis empieza estableciendo un supuesto de hecho ante el que se dispone una consecuencia. Sin embargo, en este caso se introduce un condicionante más que hace que la consecuencia difiera en un supuesto y en otro. Utilizando el término “Cuando”, está introduciendo un valor condicional en tanto que significa ‘si o en caso de que’¹⁸². En particular se refiere al caso en que el órgano jurisdiccional competente “considere”, estime que debe adoptarse un acogimiento transfronterizo, y este “haya de tener lugar” en otro Estado miembro. La condición que se introduce en primer lugar es que, a juicio de la autoridad competente, la medida deba ser cumplida en otro Estado miembro, es decir, si el acogimiento fuese a darse en el territorio del propio Estado este precepto no sería de aplicación. No encontramos en el precepto ninguna alusión a qué fundamenta que la medida deba darse fuera del territorio nacional¹⁸³.

La consecuencia jurídica para este supuesto de hecho es consultar obligatoriamente a la autoridad del Estado de destino, como refleja el uso del tiempo verbal futuro “consultará previamente”. Encontramos, sin embargo, otra condición que debe darse para que esta consecuencia tenga lugar. A diferencia de lo previsto en el Convenio de La Haya, deberá consultarse únicamente “si estuviera prevista la intervención de una autoridad pública en dicho Estado miembro para los casos internos de acogimiento de menores”. Se remite así al ordenamiento interno del Estado miembro de destino para determinar si, ante el supuesto de hecho establecido, se produce una consecuencia jurídica u otra, prevista en el inciso 4 de este precepto y consistente en informar a la autoridad de la decisión. De esta forma, la obligación que se genera se limita a *hacer saber* a la autoridad el Estado miembro de destino que se ha adoptado una resolución por la que se va a constituir el acogimiento de un niño en su territorio, no requiere

¹⁸² Acepción 5 de la RAE <https://www.rae.es/dpd/cuando>

¹⁸³ En el CH96 el término utilizado es “prever” que, como hemos señalado, conlleva una acción reflexiva y de conjetura en base a indicios detectados, coherente con la pretensión de que la autoridad pondere los factores concurrentes en el caso concreto antes de decidir la medida de protección adecuada. En el Reglamento se opta por un término que implica un juicio, que en principio debería conllevar esta ponderación y valoración.

consulta ni aprobación, la autoridad del Estado de acogida es mera receptora de la información. Conforme dispone el inciso 4, el supuesto de hecho que genera la consecuencia jurídica consistente únicamente en informar se limita a acogimientos familiares en los que, conforme al ordenamiento del Estado miembro de destino, no requiera intervención de autoridad pública. Pareciera que se da por hecho que en los acogimientos residenciales siempre se requiere intervención de autoridad pública¹⁸⁴.

Queda claro, del tenor literal del precepto, que la consulta debe ser previa a la toma de la decisión. En este sentido, el inciso 1 dispone que “*consultará previamente*” y el inciso 2 que “*La resolución (...) sólo podrá adoptarse (...) cuando la autoridad competente del Estado requerido haya aprobado dicho acogimiento*”¹⁸⁵. La adopción de la resolución para constituir el acogimiento transfronterizo queda así condicionada a la obtención de la aprobación por parte de la autoridad del Estado de destino. La utilización del verbo “poder” indica que el que se apruebe la propuesta no hace que sea obligatorio adoptar la medida, sino que la autoridad competente del Estado requirente tiene la opción de adoptarla como había propuesto, pudiendo también darse el caso de cambiar de opinión, por ejemplo, por un cambio en las circunstancias del niño.

Por lo que se refiere a lo que la autoridad está considerando, el texto del artículo expone “el acogimiento del menor en un establecimiento o una familia”. Se trata del proceso de toma de decisiones sobre la adopción de una medida de protección de un niño/a.

En la versión en castellano del Reglamento se abandona el término “colocación” del niño que se utiliza en el CH96, optando por el de “acogimiento”. Mientras que en la versión en inglés se sigue usando “placement”¹⁸⁶.

¹⁸⁴ No se prevé esta excepción para los acogimientos residenciales cuando no se exija la intervención de la autoridad pública, entendemos que puede ser porque no exista esta opción en los ordenamientos nacionales, o porque se considera que deben estar sujetos a garantías procedimentales más fuertes.

¹⁸⁵ Solo, adverbio que significa: Únicamente, solamente. Es decir, sólo en ese caso.

¹⁸⁶ Cabe señalar que se abandona la utilización del término “colocación”, aunque en el Manual práctico de aplicación se refiera a la medida entendiendo la colocación como aquella que requiere de la intervención pública para ser llevada a cabo.

Se trata de una medida de cuidado alternativo del niño, esto es, fuera de su familia, ya sea en otra familia o en un establecimiento. No se incluye referencia a otras modalidades de cuidado alternativo.

Queda así incorporado lo pretendido respecto a la obligación de consultar que recae sobre la autoridad competente, con carácter previo a la adopción de la medida, pero sin mención a que deba hacerse sobre una motivación suficiente, ni a la documentación que debe valorar la autoridad consultada para dar su aprobación, para lo que se remite al Derecho de los Estados miembros¹⁸⁷.

Así, respecto a la fase de valoración, a diferencia del CH96, no se dispone nada, ni siquiera a que sea basada en el interés superior del niño. Sin embargo, en tanto que los Estados miembros son parte de la CDN, se presupone que esto deba ser así, ya que su artículo 3 exige que en todas las decisiones que afecten a un niño/a se atienda al interés superior del niño.

Por lo que respecta a las indefiniciones y lagunas identificadas en el art. 33 del CH96, cabe señalar las que se encuentran también en la redacción dada en el Reglamento.

Queda sin determinar lo que debe valorar la autoridad del Estado consultado. En el caso de la autoridad que debe ser meramente informada, ya hemos señalado que el Reglamento no le impone ninguna obligación ni establece el fin de dicha información. En la que es consultada y debe emitir una valoración sobre la propuesta aprobando la adopción de la resolución o denegándola, no se infiere del texto nada al respecto, ya que se remite a los ordenamientos jurídicos nacionales. En la Guía de aplicación del Reglamento tampoco encontramos nada respecto a la voluntad del legislador. Podemos traer aquí lo indicado en el CH96 respecto a este aspecto en base a los trabajos preparatorios, de redacción y el informe explicativo del Convenio. Así, según lo observado, lo que el legislador pretendía que el Estado requerido valorase al regular la colocación transfronteriza era *“si el desplazamiento responde al interés superior del niño”* individualmente considerado. Asimismo, parte de la valoración de la propuesta concreta debería ir

¹⁸⁷En este sentido, como hemos hecho en el caso del art. 33 del CH96, en tanto hemos confirmado que el antecedente expresamente establecido de este mecanismo es el previsto para la adopción internacional de menores, podemos trasladar aquí lo referente al contenido y alcance de las funciones de las autoridades competentes en cada Estado en el marco del RBIIbis en particular.

dirigida a “preparar la inserción de ese niño” en el Estado de acogida¹⁸⁸. Podemos traer aquí nuevamente los requisitos de la adopción internacional distintos del consentimiento y el acuerdo, es decir, los referentes a la idoneidad de los adoptantes y las autorizaciones de entrada al país y residencia en el mismo. Se trata de aspectos relevantes en esta inserción que podemos extrapolar al acogimiento transfronterizo. Así, podríamos suponer que entre las funciones de la autoridad requerida estará la valoración de la familia de acogida o la institución propuesta para la colocación del menor en cuestión, así como de las leyes de extranjería afectadas, pero esta regulación corresponderá a los ordenamientos jurídicos estatales.

Al igual que en el CH96 no se establece un plazo de respuesta y, como veremos en la valoración de la aplicación práctica del Reglamento, esto constituirá uno de los aspectos que suscitará mayores problemas.

Tampoco aparecen en el precepto del Reglamento las consecuencias del incumplimiento del procedimiento, pero mediante la inclusión de una causa de denegación del reconocimiento precisamente consistente en no haber respetado el procedimiento previsto en el art. 56, se está reforzando la importancia del mecanismo de cooperación establecido, máxime cuando las causas de denegación, en aras de la confianza mutua que promueve el Reglamento, aparecen estrictamente tasadas.

La remisión a los ordenamientos jurídicos internos para determinar si en ese Estado miembro al que se pretende trasladar al niño contempla la intervención de la autoridad pública para la constitución de un acogimiento interno también generará conflictos en la aplicación, ya que los Estados se quejan de la innecesaria complejidad que supone para el procedimiento tener que hacer esa averiguación a través de las autoridades centrales. En cualquier caso, como

¹⁸⁸ “El sistema establecido es muy simple y se basa en un marco de cooperación mutua. Las autoridades consultadas tendrán la posibilidad de revisar la decisión propuesta y de determinar, por adelantado, las condiciones que consideren adecuadas para acoger al niño. Esto es relevante cuando se están haciendo malabares con un número tremendo de factores que se tienen que tener en cuenta respecto a la valoración de necesidades de cuidado alternativo, la evaluación de las leyes de extranjería vigentes o la determinación de los costes implicados en todo el procedimiento así como de la futura situación de acogida”. FORCADA MIRANDA, F.J., Revision with respect to the cross-border placement of children, Dutch Journal of Private International Law, 2015, p. 37.

veremos en el siguiente epígrafe, el TJUE determinará que los Estados miembros deben llevar a cabo la regulación de manera que se facilite la consecución de los objetivos del Reglamento de promover la confianza mutua y que sean ágiles para alcanzar una decisión en base al ISM. En este sentido, FORCADA MIRANDA destaca como avance del art. 56 RBIIbis respecto a la regulación de la colocación transfronteriza que hace el art. 33 CH96 que está basado en un procedimiento más simple de exequátur que busca alcanzar, en todos los casos, un mejor y más efectivo reconocimiento y ejecución de las resoluciones extranjeras, incluso en supuestos de contactos transfronterizos¹⁸⁹.

Vemos así que no se da respuesta a las indefiniciones identificadas en el art. 33 del CH96, sino que se generan nuevas o más amplias, en tanto que se introduce una remisión a los ordenamientos jurídicos nacionales para regular aún más aspectos de los previstos en el Convenio.

En este apartado hemos expuesto la regulación que se hace en el marco comunitario del acogimiento transfronterizo, cuyo antecedente más claro es la regulación de la denominada colocación transfronteriza en el CH96. Se enmarca en un contexto de confianza mutua- el europeo- basado en unos compromisos de respeto a los derechos de las personas y buen funcionamiento de las instituciones que no se dan en terceros países necesariamente. Al igual que hiciese el CH96, el RBIIbis establece un mecanismo de cooperación consistente en una fase de consulta y otra de aprobación de carácter obligatorio que debe observarse de manera previa a la adopción de la medida consistente en el acogimiento familiar o residencial de un niño en otro Estado miembro.

¹⁸⁹ En cualquier caso, establece el autor, ambos instrumentos necesitan ser adaptados a una realidad que exige vías más efectivas y expeditivas para resolver un problema de colocación transfronteriza. FORCADA MIRANDA, F.J., Revision with respect to the cross-border placement of children, Dutch Journal of Private International Law, 2015, p. 37.

3. Jurisprudencia del TJUE: el caso Health Executive Service.

A la hora de analizar la regulación que se hace finalmente del acogimiento transfronterizo en el RBIIter, es fundamental remitirse a la interpretación que ha hecho el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), que a través de las cuestiones prejudiciales planteadas por los tribunales de los Estados miembros se ha pronunciado sobre la aplicación del RBIIbis. La implementación que hagan los Estados miembros del Reglamento ha de ser conforme a la jurisprudencia del TJUE, por eso necesitamos conocer qué ha dicho el Tribunal en concreto respecto al acogimiento transfronterizo y cómo ha contribuido a la refundición del RBIIbis.

La casuística ha sido numerosa y ha llevado a la revisión de la regulación del acogimiento transfronterizo en particular, sin embargo, no ha habido litigiosidad. El TJUE únicamente se ha pronunciado sobre el acogimiento transfronterizo, tal y como está regulado en el art. 56 en particular, en el caso Health Executive Service de 2012, por lo que tanto la sentencia del TJUE como la opinión de la Abogado General Kokott en dicho asunto son imprescindibles en este análisis¹⁹⁰. Para ello, a la luz del asunto que aborda y las cuestiones prejudiciales planteadas por el órgano jurisdiccional del Estado miembro, expondremos a continuación lo dispuesto por el Tribunal respecto al ámbito material de aplicación del RBIIbis, las obligaciones que derivan del mecanismo de cooperación previsto en su art. 56, el reconocimiento y ejecución de una resolución de acogimiento transfronterizo, así como de los requisitos para la prórroga de la duración de la medida.

¹⁹⁰ STJUE de 26 de abril de 2012, Asunto C-92/12 PPU. Han realizado comentarios sobre esta sentencia: ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., "entencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 2a), de 26 de abril de 2012, asunto C-92/12, PPU Health Service Executive c. S.C., A. C, *REDI*, Vol. 64, (2012), 2, pp. 234-238. DURÁN AYAGO, A., Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 2a), de 26 de abril de 2012, asunto C-92/12, PPU Health Service Executive c. S.C., A. C, *AEDIPr*, t.12, 2012, pp. 953-960. HERRANZ BALLESTEROS, M., El acogimiento transfronterizo en la propuesta de refundición del Reglamento Bruselas II bis *La Ley Unión Europea*, número 44, 2017. FORCADA MIRANDA, F.J., Comentarios prácticos al Reglamento (UE) 2019/1111. Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores, SEPIN, 2020 p. 494. DUTTA, A. y SCHULZ, A., First Cornerstones of the EU Rules on Cross-Border Child Cases: The Jurisprudence of the Court of Justice of the European Union on the Brussels IIa Regulation from C to Health Service Executive, *Journal of Private International Law*, V ol. 10 Issue 1, 2014, pp. 1-40.

a) *Asunto y cuestiones prejudiciales planteadas ante el TJUE.*

El litigio en el que surgió la cuestión prejudicial tuvo lugar entre el servicio de salud irlandés (H.S.E.) y una madre y su hija (S.C.), por la legalidad del internamiento de esta última en un centro de régimen cerrado situado en Inglaterra y su permanencia en el mismo.

S.C., menor de edad, residía en Irlanda bajo custodia del Estado desde el año 2000. Después de pasar por diversos centros y familias de acogida, las necesidades especiales de la menor hicieron que se recomendase su internamiento en un centro terapéutico y educativo. Al no existir uno de tales características en Irlanda, la medida debía cumplirse en Inglaterra. Además de la especificidad del centro, la medida parecía adecuada porque la madre de la menor residía en Inglaterra y la menor habría manifestado querer estar próxima a ella. Se apreciaba también necesidad de urgencia en el traslado porque S.C. había mostrado comportamientos suicidas y los profesionales que la atendían apreciaban un alto riesgo de autolesiones que no podía atenderse en los centros irlandeses.

La solicitud de acogimiento en régimen cerrado la presentó el H.S.E. ante la High Court irlandesa, que estimó la demanda presentada por el H.S.E. y ordenó el acogimiento de S.C. en régimen cerrado en Inglaterra para su protección y en su interés superior. La medida se ordenó de manera provisional, con duración de un mes y con previsión de ser revisable mensualmente para decidir si procedía o no su renovación. En este contexto, la High Court irlandesa remitió el asunto al TJUE planteando las siguientes cuestiones prejudiciales:

« 1) *¿Está comprendida en el ámbito material de aplicación del Reglamento [...] una resolución que dispone el internamiento de un menor durante un período de tiempo determinado en un establecimiento de otro Estado miembro que ofrece atención terapéutica y educativa?*

2) *En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión, ¿qué obligaciones se derivan, en su caso, del artículo 56 del Reglamento [...] en cuanto a la*

naturaleza del mecanismo de consulta y aprobación para asegurar la protección efectiva de un menor que ha de ser internado en esas condiciones?

3) Cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro ha dispuesto el acogimiento residencial de un menor durante un período determinado en un establecimiento de otro Estado miembro y ha obtenido la aprobación de dicho Estado con arreglo al artículo 56 del Reglamento [...], ¿debe la resolución del órgano jurisdiccional por la que se ordena el acogimiento residencial de un menor durante un período determinado en un establecimiento de otro Estado miembro ser reconocida y/o declarada ejecutiva en ese otro Estado miembro para que se pueda producir el acogimiento?

4) Una resolución del órgano jurisdiccional por la que se ordena el acogimiento residencial de un menor durante un período determinado en un establecimiento de otro Estado miembro y que ha obtenido la aprobación de dicho Estado con arreglo al artículo 56 del Reglamento [...], ¿produce efectos jurídicos en ese otro Estado miembro antes de que se expida una declaración de reconocimiento y/o ejecutoriedad una vez concluido el procedimiento previsto a tales efectos?

5) Cuando una resolución del órgano jurisdiccional por la que se ordena el acogimiento residencial de un menor durante un período determinado en un establecimiento de otro Estado miembro con arreglo al artículo 56 del Reglamento [...] se renueva por un período concreto, ¿debe obtenerse de nuevo, con cada renovación, la aprobación del otro Estado miembro prevista en [dicho] artículo 56?

6) Cuando una resolución del órgano jurisdiccional por la que se ordena el acogimiento residencial de un menor durante un período determinado en un establecimiento de otro Estado miembro con arreglo al artículo 56 del Reglamento [...] se renueva por un período concreto, ¿debe ser reconocida y/o declarada ejecutiva de nuevo en ese otro Estado miembro con cada renovación?»

Adicionalmente, atendiendo al riesgo de autolesiones que existía y la proximidad de S.C. a la mayoría de edad, se solicitó que el asunto se tramitase conforme al procedimiento de urgencia, y así se hizo.

i. *Primera cuestión prejudicial el ámbito material de aplicación del RBIIbis.*

En el caso H.S.E., el órgano jurisdiccional remitente planteaba dudas respecto a la inclusión en el ámbito material del RBIIbis o no del objeto del asunto, por tratarse de un acogimiento en un centro de residencial que suponía la privación de libertad de la persona menor de edad.

Lo primero que señala el Tribunal en su sentencia es que, tal y como establece el 5º considerando del propio Reglamento, este «*se aplica a todas las resoluciones en materia de responsabilidad parental, incluidas las medidas de protección del menor (sentencia de 27 de noviembre de 2007, C, C 435/06, Rec. p. I 10141, apartados 47 y 48)*». Se remite a su vez al tenor literal del artículo 1, apartado 1, letra b) del Reglamento que, al disponer su ámbito material, indica que este se aplica a las «materias civiles» relativas a «*la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental*¹⁹¹». De esta forma, procede a precisar el tribunal, deben entenderse incluidas en el concepto «materias civiles», según lo dispuesto con anterioridad por la jurisprudencia en los asuntos A. (para. 29) y C. (para. 51), medidas que, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico de un Estado miembro, están sometidas al Derecho público.

Tanto el TJUE como la Abogado General, como ya se hiciera en los asuntos C y A, confirman que la guarda de una menor y su internamiento en un centro de acogida es una materia civil referida a la responsabilidad parental, incluso cuando se trata de una resolución adoptada en el marco del Derecho Público del Estado miembro¹⁹². Se encuentra, por tanto, dentro del ámbito de aplicación del Reglamento, en tanto que materia civil relativa a la responsabilidad parental.

¹⁹¹ La definición de responsabilidad parental está recogida en el inciso 2 del artículo 1. Además, en las Opinión General de la Abogado General Kokott en el caso 435-06, pº49, se confirma que se trata de un concepto amplio. El artículo 2, apartado 7, del Reglamento define la «responsabilidad parental» como «*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 un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor*».

¹⁹² En el asunto C-435/06, se presenta ante el TJUE la cuestión prejudicial de si una resolución por la que se asume la guarda inmediata y se ordena el acogimiento de un menor fuera del domicilio de su familia de origen se encuentra dentro del ámbito material de aplicación del RBIIbis, como

En la lista de materias relativas a la responsabilidad parental que se consideran dentro del ámbito material de aplicación del Reglamento se recoge expresamente el “*d) (al) acogimiento del menor en una familia o en un establecimiento*”, pero no se especifica nada respecto al régimen del centro.

En este sentido, la sentencia del TJUE confirma que la lista de materias excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento tiene carácter exhaustivo. Así, se remite expresamente a ella para destacar que sí están excluidas las “*medidas adoptadas a consecuencia de infracciones penales cometidas por los menores*”, pero no toda privación de libertad atiende a este supuesto. Es precisamente la finalidad de la privación de libertad la que establece una clara diferencia, por cuanto el internamiento en un centro de acogida en régimen cerrado con *finés terapéuticos y educativos* busca proteger a la persona menor de edad, no sancionarla como lo haría una medida de privación de libertad consecuencia de una infracción penal¹⁹³.

El TJUE llega a señalar que no considerar esta medida incluida en el ámbito de aplicación del RBIIbis iría contra la finalidad de este de garantizar la igualdad de todas las personas menores de edad. Y es que, como exponía la Abogado General, la privación de libertad supone tal injerencia en los derechos fundamentales de la niña que ha de garantizarse una seguridad jurídica que se ve

comprendida dentro del concepto de “materias civiles”, habiendo sido adoptada en el marco de las normas de Derecho público relativas a la protección de menores. En este sentido, el Tribunal y el abogado general confirman que es así, por tratarse la guarda de una medida que afecta a la responsabilidad parental, aunque no esté recogida expresamente en la lista no exhaustiva del art. 1.2 RBIIbis. En el caso del acogimiento, esta medida sí aparece expresamente recogida, por lo que así lo dispone el Tribunal. Respecto a si una medida de Derecho público puede o no considerarse una materia civil, cabe reproducir dos incisos de la sentencia: “*50 Como destacó la Abogado General en el punto 44 de sus conclusiones, es irrelevante a estos efectos que la responsabilidad parental resulte afectada por una medida de protección estatal o bien por una resolución adoptada a instancia de un titular o de los titulares del derecho de custodia. 51 Por consiguiente, el concepto de materias civiles debe interpretarse en el sentido de que incluso puede englobar medidas que, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico de un Estado miembro, están sometidas al Derecho público*”. En este mismo sentido se pronunció el Tribunal en el asunto C-523/07.

¹⁹³ Como veremos en el proceso de revisión del RBIIbis y los considerandos del R1111/2019, el planteamiento que se hace es distinto, pues se abandona la diferenciación en base al fin de la medida. Así, el hecho de que se consideren incluidas o no en el ámbito de aplicación del Reglamento será si se han adoptado a consecuencia de una infracción penal y no en base a si la medida tiene fines educativos o sancionadores. Este planteamiento resulta más acorde con los principios inspiradores de la regulación de la responsabilidad penal del menor.

promovida precisamente por la regulación uniforme de la competencia judicial que busca este instrumento¹⁹⁴.

ii. Segunda cuestión prejudicial: obligaciones derivadas del mecanismo de consulta y aprobación previsto en el art. 56 RBIIbis (naturaleza del procedimiento).

En respuesta a la segunda cuestión prejudicial planteada respecto al mecanismo de consulta y aprobación establecido en el art. 56 del RBIIbis, la sentencia del TJUE destaca los requisitos comunes exigibles a todos los Estados miembros en cumplimiento de lo dispuesto en el Reglamento. Todo ello, independientemente de que para la regulación específica del procedimiento de aprobación el Reglamento se remita a los ordenamientos jurídicos nacionales.

Se pronuncia así, sobre la obligatoriedad de la consulta, la necesidad de la aprobación para poder adoptar la medida de acogimiento transfronterizo, la autoridad competente para hacerlo y cómo deben los Estados identificarla claramente, esto último como parte de las obligaciones que derivan en general de lo dispuesto en el Reglamento sobre la cooperación entre autoridades, que debe garantizar la seguridad jurídica y la celeridad en el cumplimiento de los fines del Reglamento.

A. Obligatoriedad de la consulta y aprobación previa sobre la medida.

El órgano jurisdiccional remitente, la High Court irlandesa, plantea al TJUE si el art. 56 debe ser interpretado en el sentido de que le corresponde, al proponer una medida de acogimiento transfronterizo, verificar que ha recibido una

¹⁹⁴ El que existan normas uniformes respecto a la competencia judicial en el seno de la UE tiene como base la confianza entre los Estados, se trata de seguridad jurídica.

aprobación válida por parte de la autoridad competente del Estado miembro en el que se pretende que la niña sea acogida.

El Tribunal responde abordando dos asuntos distintos que han de interpretarse del articulado del Reglamento y que aplicarían en esta cuestión.

En primer lugar, se remite al propio art. 56 y la diferenciación que hace entre los supuestos en los que es necesario el procedimiento de consulta y aprobación que establece dicho precepto y en los que no. El procedimiento será obligatorio en aquellos Estados en los que para un acogimiento sea necesaria la intervención de autoridad pública, como ocurre en Reino Unido, y en los que no, únicamente habrá que informar sobre la medida.

Después, como muestra de la importancia que el legislador ha querido dar a este procedimiento y su carácter preceptivo, se remite a las causas de denegación del reconocimiento que establece el Reglamento (art. 23). En la lista tasada de causas que establece el art. 23 del Reglamento se encuentra la inobservancia del procedimiento previsto en el art. 56 en los supuestos de acogimiento transfronterizo. Teniendo en cuenta que para honrar el principio de confianza mutua entre los Estados esta lista es limitada, señala el Tribunal, que se incluya expresamente el procedimiento de consulta y aprobación muestra la importancia que el legislador ha querido darle.

Por último, conforme al análisis jurídico hecho en el marco del asunto HSE por la Abogado General, el requisito de aprobación por parte de la autoridad competente del Estado en el que se pretende sea acogido el/ la persona menor de edad que establece el artículo 56 del RBIIbis, tiene por objeto:

- Aclarar todas las cuestiones relacionadas con el traslado y acogimiento del menor antes de que se produzca.
- Evitar que surjan obstáculos una vez producido el traslado que puedan llegar a provocar su retorno, contrariamente a su interés superior, cuando se podrían haber previsto y/o solventado con anterioridad.

- Permitir a la Autoridad Central del Estado consultado examinar si se ve vulnerado su orden público, supuesto que permite oponerse al reconocimiento y ejecución de la medida¹⁹⁵.

- Permitir a las autoridades competentes prever la necesidad de control del cumplimiento de la medida que corresponda en su caso. En particular, se señala la eventual valoración negativa que pueda tener la autoridad consultada sobre la adecuación del centro de acogida seleccionado.

B. Autoridad competente para la aprobación.

El HSE había realizado la consulta sobre cuál era la autoridad inglesa competente para aprobar la solicitud de acogimiento, a través de la Autoridad Central inglesa conforme al art. 56 RBIIbis, pero ésta dijo no ser competente para contestar, sin indicar cuál era la autoridad competente. A continuación, el HSE recibió el consentimiento por parte del centro de acogida, por lo que la High Court adoptó la medida en base a la urgencia que se había diagnosticado por los expertos que atendían a la menor, pero indicó que tenía dudas sobre si ese consentimiento era válido.

Teniendo en cuenta entonces la mencionada finalidad del procedimiento de consulta y aprobación que establece el art. 56RBIIbis, el TJUE se pronuncia respecto a la autoridad competente para dar el consentimiento.

Por un lado, determina que debe ser una autoridad pública competente que pudiese atender a las mencionadas cuestiones que requiere el procedimiento. Esto es, desde confirmar la plaza en el centro hasta revisar las cuestiones administrativas, como pueden ser las de extranjería, y las funciones de control de cumplimiento de la medida en su caso¹⁹⁶. En este sentido, se destaca

¹⁹⁵ Artículo 23 RBIIbis.

¹⁹⁶ Cabe señalar que lo dispuesto por el TJUE respecto a que un establecimiento de acogida no es una autoridad competente para aprobar la adopción de una medida de acogimiento transfronterizo no impide que, conforme al Derecho nacional, este deba participar en la construcción del consentimiento, por ejemplo, al valorar si hay plazas disponibles o si

precisamente la falta de competencia de un establecimiento para pronunciarse respecto a determinados asuntos como para poder ser la autoridad competente para dar el consentimiento. Así, se niega esta competencia a los establecimientos tanto de gestión privada como pública.

No hay sin embargo en el Reglamento, ninguna disposición que determine cuál ha de ser la autoridad competente para dar el consentimiento, sino que habrá de atenderse al Derecho interno de cada Estado. Los Estados miembros al determinarlo deberán respetar el Derecho comunitario y promover en concreto la eficiencia del procedimiento de consulta y aprobación. El art. 56 debe interpretarse a la luz de los artículos 53 a 55 que regulan la cooperación entre autoridades. De esta forma, el Reglamento contempla el nombramiento de una Autoridad Central, o varias, pero exige que sea fácil identificar cuál es la autoridad competente para ser consultada y obtener la aprobación del acogimiento transfronterizo. Recuerda que, aunque el procedimiento deba ser regulado por el Derecho nacional de cada Estado miembro, los Estados miembros deben establecer “normas y procedimientos claros” que permitan garantizar la “seguridad jurídica y la celeridad” en los casos regulados por el art. 56.

La Abogado General incluye en su opinión una sección denominada “Otras exigencias impuestas al procedimiento de aprobación” para recordar la obligación de los Estados de, en aras del principio de eficacia, establecer un procedimiento claro para la consulta prevista en el artículo 56, incluyendo la designación de la autoridad competente. De esta manera, la Autoridad Central inglesa tenía la obligación de, en su respuesta, además de declararse incompetente indicar la autoridad competente para el caso en cuestión. Lo que, como hemos visto, no hizo y provocó que la autoridad irlandesa adoptase la medida en base al consentimiento de una entidad no competente.

El Tribunal concluye que *«la aprobación a la que se refiere el artículo 56, apartado 2, del Reglamento debe darla, antes de que se dicte la resolución sobre el acogimiento de un menor, una autoridad competente de Derecho Público. No*

efectivamente los apoyos educativos y terapéuticos que se buscan existen en dicho centro. El TJUE alude además a la necesidad de que se trate de una autoridad independiente, mencionando que un centro que recibe fondos para acoger a las personas menores de edad no puede ser quien decida sobre si debe realizarse un internamiento o no (Para.88 de la sentencia).

basta con que dé su aprobación el establecimiento en el que el menor ha de ser acogido».

El Tribunal se pronuncia también sobre las consecuencias de la falta de aprobación de la autoridad competente, ya que el consentimiento habría sido otorgado por el establecimiento de acogida y no por una autoridad pública considerada competente.

Tanto la sentencia como la Opinión General recalcan que se trata de un supuesto en el que, habiendo el órgano jurisdiccional realizado un esfuerzo por seguir el procedimiento, la Autoridad Central requerida ofreció información equívoca o insuficiente. Por ello, distinguen dos supuestos, uno en el que se sigue el procedimiento de consulta, pero sin completarlo, y otro en el que ni siquiera se inicia. Para el primer caso, de manera excepcional, el Tribunal establece que podrá subsanarse el haber obtenido el consentimiento por parte de una autoridad no competente. En el segundo supuesto, el procedimiento debería reiniciarse y adoptarse una decisión nueva que sí haya respetado el procedimiento del artículo 56¹⁹⁷. Todo ello teniendo en cuenta el Interés Superior del Niño, esto es, valorando si efectivamente volver a iniciar el procedimiento sería contrario a este. La Abogada General concluía así que *“en el presente asunto, en aras de salvaguardar el interés superior de la menor, sólo cabrá denegar la aprobación exigida por el artículo 56 del Reglamento nº 2201/2003 si existen importantes razones de peso que se opongan a la misma”*.

iii. Tercera y Cuarta cuestiones prejudiciales: el reconocimiento y la ejecutoriedad de la resolución de acogimiento transfronterizo.

Las cuestiones prejudiciales tercera y cuarta planteadas por la High Court irlandesa se refieren a si antes de ejecutarse en Inglaterra la resolución debe ser reconocida y declarada ejecutiva en ese Estado miembro. Asimismo, el órgano jurisdiccional irlandés busca discernir los efectos que despliega la resolución de

¹⁹⁷ Apartado 43 de la sentencia del TJUE en el asunto HSE.

internamiento en Inglaterra, si el traslado de la niña se ha realizado antes de declararla ejecutiva¹⁹⁸. Concretamente, le interesa saber si, ante una eventual fuga de S.C. y en ausencia de la declaración de ejecutoriedad, la resolución es base jurídica para la adopción de medidas coercitivas para ingresar a la menor de nuevo en el centro.

A. Sobre el reconocimiento.

El TJUE recuerda que el Reglamento establece que una medida de responsabilidad parental adoptada en un Estado miembro será reconocida automáticamente en otro en base al principio del reconocimiento mutuo, piedra angular en la construcción de un espacio judicial común europeo¹⁹⁹. De esta forma, se limitan las causas de denegación del reconocimiento de una resolución que pueden invocarse. En el artículo 23 del Reglamento se recoge una lista exhaustiva de posibles causas de denegación del reconocimiento que podrían ser invocadas. La letra g) de dicho artículo establece expresamente como posible causa de denegación del reconocimiento la falta de respeto del procedimiento previsto en el artículo 56. Lo que refuerza la obligación que recae sobre los Estados miembros de cumplir con dicho mecanismo de cooperación, el único de estas características en el Reglamento²⁰⁰.

El tribunal concluye que en el asunto H.S.E., en tanto ninguna parte interesada ha invocado ninguna de las posibles causas de denegación del reconocimiento previstas, no hay obstáculo para que la resolución sea reconocida en Inglaterra.

¹⁹⁸Con arreglo al artículo 28, apartado 2, del Reglamento, en el Reino Unido, en lugar de dicha declaración de ejecutoriedad será necesario el registro de las resoluciones en Inglaterra y el País de Gales, en Escocia o en Irlanda del Norte, en función del lugar en el que deban ser ejecutadas. Esto no supone ninguna diferencia material respecto a la declaración de ejecutoriedad.

¹⁹⁹ Art. 21 RBIIbis.

²⁰⁰ Para ver el detalle de lo que dispone el Reglamento al respecto de las causas de denegación del reconocimiento especialmente relevantes en asuntos de acogimiento transfronterizo, epígrafe 3.2.

B. Sobre la necesidad de una declaración de ejecutoriedad.

Al preguntar sobre la necesidad de declarar la resolución ejecutiva, la High Court irlandesa planteaba el supuesto de si las autoridades inglesas podrían, en base a su resolución de colocación, en el caso de que la menor se fugase del centro, volver a ingresarla a la fuerza.

Para ejecutar una resolución que ordena un acogimiento transfronterizo, es necesario declararla ejecutiva en el Estado miembro en el que se pretende ejecutarla. El artículo 28 del RBlbis establece en su primer apartado que las resoluciones sobre responsabilidad parental *“se ejecutarán en otro Estado miembro cuando, a instancia de cualquier parte interesada, se hayan declarado ejecutivas en este último Estado”*.

En el caso particular, el TJUE establece expresamente que, en tanto se trata de una medida que afecta al derecho fundamental a la libertad y que se va a ejecutar en contra de la voluntad de la menor, el tribunal remitente debería haber dado por hecho que es necesaria la declaración de ejecutoriedad. Aunque precisa que incluso si no se hubiese tratado de una medida de privación de libertad, es necesario declararla ejecutiva, conforme establece el art. 28 del Reglamento.

En este sentido, hubo dos argumentos que se esgrimieron en contra de la necesidad de exequátur que el tribunal se detiene a aclarar. Por un lado, que la urgencia propia de este tipo de medidas se verá perjudicada por un procedimiento de estas características y, por otro, que el mecanismo de consulta y aprobación previsto en el art. 56 RBlbis precisamente viene a sustituir la declaración de ejecutoriedad.

Ante el argumento de la urgencia, que en este caso particular ha sido confirmada, tanto el TJUE como la Abogada General han rechazado que sirva para justificar la ausencia de declaración de ejecutoriedad²⁰¹.

²⁰¹ En el apartado 119, el TJUE establece que *“las circunstancias indicativas de una particular urgencia no pueden, por si solas, tener como consecuencia que las medidas de ejecución puedan basarse, en otro Estado miembro, en una resolución que ordene el acogimiento, en régimen cerrado, en un establecimiento cuya fuerza ejecutiva aún no ha sido probada”*.

Recuerda el tribunal que el legislador europeo manifestó expresamente su voluntad de limitar la supresión del requisito del exequátur a dos tipos de resoluciones, y sólo esas dos. Las referentes a la restitución del niño en casos de sustracción internacional y las que regulen un derecho de visita. Estas resoluciones judiciales ejecutivas en el Estado donde se han emitido lo serán en cualquier otro Estado miembro si van acompañadas de un certificado expedido por el juez del Estado miembro de origen. Son las denominadas “resoluciones privilegiadas”²⁰².

Además, señala la sentencia, ya se prevén en el RBIIbis maneras de evitar que este requisito suponga dilaciones que no permitan obtener una solución con celeridad²⁰³:

- el órgano jurisdiccional debe responder a la solicitud de declaración de ejecutoriedad en un breve plazo de tiempo²⁰⁴;
- en este trámite, las demás partes no pueden hacer alegaciones²⁰⁵;
- los motivos de denegación de la resolución están limitados²⁰⁶ y ésta nunca podrá ser objeto de revisión en cuanto al fondo²⁰⁷;
- el recurso a la declaración de ejecutoriedad no tiene efectos suspensivos;
- los procedimientos para oponerse a la resolución sobre el recurso también están limitados²⁰⁸;
- las autoridades del Estado en el que se encuentre el niño pueden adoptar medidas provisionales o cautelares, a pesar de no ser competentes, en una situación que pueda afectar gravemente su bienestar²⁰⁹.

Como ya ha sido señalado, el asunto sobre el que se plantean las cuestiones prejudiciales que aborda la sentencia reviste una particular urgencia,

²⁰² Artículos 41 y 42 RBIIbis.

²⁰³ Párrafos 121 a 131 de la sentencia del TJUE en el caso HSE.

²⁰⁴ Art. 31.1 RBIIbis.

²⁰⁵ Art. 31.1 RBIIbis.

²⁰⁶ Art. 31.2 RBIIbis.

²⁰⁷ Art. 31.3 RBIIbis.

²⁰⁸ Art. 34 RBIIbis.

²⁰⁹ Art. 20 RBIIbis.

existe riesgo para la salud y el bienestar de la niña señalado por los profesionales que la atendían, de ahí que ante la cuestión de si la medida de internamiento podría desplegar efectos en el país de acogida aún sin haber sido declarada ejecutiva la resolución mediante la que se adopta, el tribunal se muestra flexible dentro de la excepcionalidad. Así, determina que, a la luz del art. 24 de la Carta Europea de Derechos Humanos, *“el interés superior del menor puede exigir, en los supuestos de acogimientos transfronterizos que presentan una urgencia excepcional, que se permita una solución flexible mientras dure el procedimiento de exequátur si, a falta de tal solución, la finalidad que subyace a la resolución que ordena el acogimiento transfronterizo peligrase por el transcurso del tiempo”*.

Cabe recoger aquí también, referencia al análisis hecho por la Abogada General sobre cómo no exigir declarar la resolución ejecutiva, tratándose del internamiento en un centro de régimen cerrado que limita los derechos de la niña, contravendría sus derechos y supondría tratarla como un mero objeto de protección y no un sujeto de derechos.

Ante el argumento de que el procedimiento de aprobación previsto en el artículo 56 podría haberse incluido para sustituir a la declaración de ejecutoriedad, se indica que dichos procedimientos tienen fines distintos y no pueden sustituirse el uno al otro. Por un lado, el fin de declarar una resolución ejecutiva es permitir la ejecución forzosa de la resolución en el Estado miembro de acogida. Por otro, como se ha indicado, el objetivo del mecanismo previsto en el art. 56 es *“aclarar, antes de que se adopte la orden de acogimiento, las dificultades administrativas que podrían oponerse a un acogimiento transfronterizo”*. Precisamente, el TJUE señala que la aprobación que se requiere para la adopción de la medida de acogimiento transfronterizo es previa para, en su caso, poder eliminar los obstáculos que pueda encontrarse el acogimiento en el Estado miembro de acogida. Además, este procedimiento, no requiere expresamente la intervención de un juez, sino que podría ser una autoridad administrativa.

En conclusión, la declaración de ejecutoriedad de una resolución de acogimiento transfronterizo es necesaria para que pueda desplegar sus efectos en el Estado de acogida.

iv. Cuarta y Quinta cuestiones prejudiciales: renovación de la medida.

Por último, el tribunal irlandés planteó si para la renovación de la medida es necesario obtener nuevamente el consentimiento de la autoridad competente del Estado de acogida conforme al artículo 56, así como emitir una nueva resolución que sea declarada ejecutiva en dicho Estado miembro. En el caso concreto, el acogimiento había sido ordenado para un período de un mes y con carácter revisable mensualmente, teniendo en cuenta que se trataba de una medida privativa de libertad y necesitaba por tanto una revisión constante.

El TJUE confirmó que ante una autorización por tiempo limitado será necesario obtener nuevamente el consentimiento y la declaración de ejecutoriedad de la resolución. Sin embargo, también ofrece alternativas que, siempre respetando el interés superior del menor en cuestión, darían un margen de flexibilidad. En particular indicó dos, autorizar las prórrogas del período de estancia inicial en la resolución original²¹⁰ o aprobar la misma por un período de tiempo suficiente, es decir, por un período de tiempo más amplio que pueda acortarse en base al interés superior durante una de las revisiones previstas²¹¹.

b) Conclusiones.

La sentencia del asunto HSE es fundamental en el estudio sobre el acogimiento transfronterizo, su regulación y la aplicación de esta, ya que es la única que aborda específicamente la interpretación del art. 56 RBIIbis. Como ha sido expuesto, esta sentencia introduce importantes avances en la jurisprudencia del TJUE y refuerza otros aspectos ya presentes. Así, es importante para clarificar sobre el ámbito de aplicación del RBIIbis, reforzando lo establecido en los casos A. y C., y estableciendo expresamente que los acogimientos transfronterizos en

²¹⁰ Para. 139 de la sentencia del TJUE en el caso HSE.

²¹¹ Para. 140 de la sentencia del TJUE en el caso HSE.

régimen cerrado también se encuentran dentro de dicho ámbito, mientras no sean como respuesta a un acto que constituya una infracción penal. Se establecen los requisitos que exige el Reglamento conforme a la interpretación que hace el Tribunal del art. 56, disponiendo tanto las obligaciones específicas de los Estados miembros ante la adopción de medidas de acogimiento transfronterizo, como las obligaciones de cooperación de carácter general que el Reglamento establece y que han de garantizar su efectivo cumplimiento. En este sentido, reitera que los Estados miembros están obligados a cumplir con el mecanismo de consulta y aprobación con carácter previo a la adopción de la resolución por la que se constituye un acogimiento transfronterizo y del traslado del niño en todo caso. Este pronunciamiento clarifica también respecto a la necesidad de declarar ejecutiva la resolución por la que se adopta un acogimiento transfronterizo, tanto para la ejecución de la resolución original como para la eventual prórroga de la medida en una nueva resolución. La decisión obliga a un seguimiento constante y real para el mantenimiento de la medida de privación de libertad en particular, pero se afirma en general de las resoluciones sobre acogimiento transfronterizo por ser consideradas medidas de cuidado alternativo que suponen la separación de la familia y, en este caso, el traslado a un país extranjero, que deberán responder al interés superior del niño/a en el caso concreto y, según las circunstancias, ser una medida de último recurso. Todo ello, junto a la jurisprudencia del TJUE respecto a la aplicación RBIIbis en asuntos que no son específicamente sobre el art. 56, veremos que nutrió el procedimiento de revisión y refundición del Reglamento, dando lugar al vigente artículo 82 del RBIIter que estudiaremos a continuación.

Queda por aclarar qué ocurre con el menor que ya ha sido trasladado al otro Estado miembro cuando la medida, y el consecuente traslado, se ha adoptado sin haberse producido la consulta²¹². En aras del interés superior, debería realizarse una evaluación de los factores que concurren en el caso concreto y determinar qué sería más beneficioso para el menor. Lo que no puede ocurrir es que esto sea el proceder habitual para, aprovechando un resquicio legal, trasladar

²¹² En el estudio sobre cuál debería ser la consecuencia de que se adopte la resolución sin haber cumplido con el procedimiento de consulta y aprobación, más allá del no reconocimiento previsto en el CH96 y el RBIIter, cabría remitirse a la Sentencia del Tribunal Supremo 277/2022, de 31 de marzo, que, poniendo en el centro el interés superior del niño, declara nulo de pleno derecho el contrato de gestación subrogada por considerarlo contrario al Orden Público español.

a los menores sin cumplir con la norma generando de hecho una situación que debe ser regularizada de manera constante (como hemos visto que ocurre).

4. De RBIIbis a RBIIter.

En este análisis que estamos realizando de la evolución de la regulación que del acogimiento transfronterizo hacen los instrumentos de Derecho Internacional Privado respecto a las reglas de competencia, reconocimiento, ejecución y cooperación de autoridades, es necesario a la vez que útil acudir al proceso de revisión del Reglamento Bruselas II bis.

Después de más de diez años de aplicación del RBIIbis, la Comisión Europea hizo un estudio para evaluar cómo había sido, qué disposiciones se han mostrado eficientes y qué obstáculos se han encontrado los Estados miembros, los juristas y los particulares²¹³. Como veremos, teniendo en cuenta los resultados

²¹³ En 2014 la Comisión Europea elaboró un informe sobre su aplicación, de manera que, a partir de las valoraciones de los Estados miembros, la jurisprudencia del TJUE y las aportaciones de los distintos interesados (expertos, juristas, etc.), se llevó a cabo una evaluación de su funcionamiento. Aunque se reconocía el avance que había supuesto el RBIIbis en las distintas áreas que regulaba, se evidenciaban espacios de mejora que requerían de múltiples modificaciones, por lo que en aras de la claridad se puso en marcha su refundición. El art. 65 del RBIIbis establecía que “*A más tardar el 1 de enero de 2012, y a continuación cada cinco años, la Comisión presentará al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo un informe basado en la información proporcionada por los Estados miembros y relativo a la aplicación del presente Reglamento, acompañado, si ha lugar, de propuestas encaminadas a su adaptación*”. Para ello, la Comisión recabó información a través de la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil; el Libro verde de la Comisión sobre legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio COM(2005) 82 final; la propuesta de la Comisión de 2006 para modificar el RBIIbis; el seguimiento de los Convenios de La Haya de 1980 y 1996; la consulta pública llevada a cabo en 2014; Grupo de Expertos sobre RBIIbis E03294(2015); la consulta a grupos de interés; y al informe sobre la evaluación del RBIIbis y las opciones de políticas para su reforma elaborado en 2015 por Deloitte y Coffey. En base a todo ello el personal de la Comisión hizo una evaluación de impacto, COM(2016)411 final. Sobre el proceso de revisión podemos consultar:

DIRECTORATE-GENERAL FOR JUSTICE AND CONSUMERS, Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction (recast), 29/09/2016, COM(2016)411. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/HIS/?uri=CELEX:32019R1111&qid=1670360882580> (última consulta 7 de diciembre de 2022).

DIRECTORATE-GENERAL FOR JUSTICE AND CONSUMERS, COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT, Impact assessment, Accompanying the document Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction (recast), 11/02/2021,

de la evaluación, así como la extensa jurisprudencia del TJUE en la materia, en particular la referente a responsabilidad parental, se inició el proceso de revisión y refundición del RBIIbis que concluyó en el nuevo Reglamento (UE) 1111/2019 del Consejo de 25 de junio de 2019 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores.

De manera sucinta el informe de la CE aborda las disposiciones relativas a la competencia, el reconocimiento y la ejecución, y la cooperación entre autoridades. Adicionalmente, se detiene en una serie de asuntos transversales que se consideró requerían de mayor análisis:

- La restitución del menor en los casos de sustracción;
- La ejecución de las resoluciones judiciales, y
- La localización de los menores en Estados miembros distintos del de su residencia habitual.

A los efectos de nuestro estudio traemos aquí las valoraciones respecto a la aplicación de las disposiciones que regulan el reconocimiento y ejecución de una resolución por la que se constituye el acogimiento (familiar o residencial) de un niño niña adoptada en otro Estado miembro. Como hemos visto, se trata precisamente de uno de los asuntos que han generado debate.

Tal y como ha sido expuesto en el epígrafe anterior, el art. 56 del RBIIbis establece que, cuando la autoridad competente de un Estado miembro esté considerando adoptar una medida de acogimiento de un niño/a en una familia o establecimiento en otro Estado miembro, ésta debe antes consultar y obtener la aprobación de la autoridad competente de dicho Estado miembro de destino. Esto será así, siempre que en ese Estado miembro se prevea la intervención de la autoridad pública en los acogimientos nacionales. La Comisión destaca en su informe dos cuestiones que han suscitado los comentarios negativos por parte de los Estados miembros y los expertos. Por un lado, que la remisión que hace el Reglamento al ordenamiento jurídico de los Estados miembros para regular los

SWD(2016)207. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/HIS/?uri=CELEX:32019R1111&qid=1670360882580> (última consulta 7 de diciembre de 2022).
CARPANETTO, L., op. Cit.

detalles del procedimiento de consulta y aprobación genera un sistema demasiado heterogéneo y que da lugar a dilaciones innecesarias. Por otro, que el procedimiento de exequátur que requiere la ejecución del acogimiento en el Estado miembro de destino, tal y como confirmó el TJUE en el asunto HSE, es demasiado complejo y no debería mantenerse para que se reduzcan los plazos.

La Comisión Europea concluye que:

“Por tanto, debe estudiarse la aplicación de un procedimiento común y uniforme que permita que las disposiciones sobre el acogimiento del menor en otro Estado miembro se apliquen de forma más rápida y eficaz, como medio para superar los problemas mencionados”²¹⁴.

Junto a la propuesta de refundición presentada en 2016, el Parlamento Europeo presentó un análisis en mayor profundidad de la aplicación del RBIIbis y los obstáculos que este ha enfrentado en la práctica. En ese documento quedó recogida cuál era la voluntad del legislador al proponer una reforma determinada.

Además de la explicación dada por la Comisión Europea respecto a la necesidad de revisión y la motivación detrás de la refundición del RBIIbis propuesta, cabe hacer un análisis más profundo de:

- a) los obstáculos que se encuentran en la aplicación práctica de las disposiciones que regulan la adopción, reconocimiento y ejecución de una medida de acogimiento de un niño/a en otro Estado miembro, y
- b) las consecuencias en el niño del irremediable paso del tiempo y sus efectos en los derechos de los niños.

a) Obstáculos en la aplicación práctica del RBIIbis.

Analizando los problemas en la aplicación del RBIIbis que llevaron a su revisión y posterior refundición, nos detenemos sobre los obstáculos específicamente relacionados con la adopción, reconocimiento y ejecución de una resolución sobre acogimiento transfronterizo de un niño/a. Acudimos para ello,

²¹⁴ CARPANETTO, L. op. Cit.

tanto a la valoración inicial hecha por la Comisión Europea en 2014, como a los resultados de todo el proceso de revisión que se pone en marcha desde entonces y los, escasos aunque valiosos, comentarios de la academia al respecto²¹⁵. La jurisprudencia del TJUE en la materia también ha sido tomada en cuenta, especialmente en asuntos relacionados con el ámbito material de aplicación del Reglamento, el reconocimiento y ejecución de las resoluciones o la cooperación entre autoridades.

Los problemas detectados tras diez años de aplicación de las disposiciones del Reglamento referentes a la responsabilidad parental y, en particular, al acogimiento transfronterizo de niños/as pueden estructurarse de la siguiente manera:

i. Heterogeneidad (o ausencia) de procedimientos nacionales de consulta y aprobación.

El procedimiento de consulta o de aprobación requerido para la colocación transfronteriza de menores debe atender a la legislación nacional del Estado miembro al que se quiere realizar el traslado²¹⁶. De esta forma, aquellos Estados miembros que no cuenten con una regulación específica de esta medida, deberán desarrollarla a fin de permitir una aplicación adecuada de la misma y que no sea contraria a los objetivos del Reglamento y le priven de eficacia²¹⁷.

Aunque gozan de un margen de apreciación, los Estados deben dotarse de una regulación que garantice la seguridad jurídica y celeridad mediante procedimientos claros, que permitan identificar fácilmente la autoridad competente y que el consentimiento o la denegación sean dados en un plazo breve de tiempo²¹⁸.

²¹⁵ A lo largo del epígrafe veremos referencias a la doctrina consultada.

OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., Diez años de la aplicación e interpretación del Reglamento Bruselas II Bis sobre crisis matrimoniales y responsabilidad parental. Análisis de los aspectos de competencia judicial internacional, Revista La Ley Unión Europea, 2014, pp. 5-22.

²¹⁶ Artículo 56.3 del RBIIbis.

²¹⁷ Párrafo 79 de la sentencia del TJUE en el caso HSE.

²¹⁸ Párrafos 77 y 82 de la sentencia del TJUE en el caso HSE.

Como hemos mencionado, para la aplicación del mecanismo previsto en el artículo 56 para el acogimiento transfronterizo, hay cierta información que es necesaria:

- En un primer momento es necesario dilucidar si en el Derecho del país al que se pretende realizar el traslado se requiere la intervención de autoridad pública cuando se constituye un acogimiento, esto determinará si el consentimiento es necesario o no²¹⁹.
- Confirmada la necesidad de recabar el consentimiento, habrá de recurrirse al procedimiento previsto a tal efecto por el Derecho nacional en cuestión. Conocer este procedimiento no es siempre una tarea sencilla porque está regulado en normas de distinta naturaleza en cada país, con distinta accesibilidad, e incluso a veces ni siquiera es público.
- Para todo ello será preciso conocer la autoridad a la que dirigirse. Si bien en principio será mayoritariamente la Autoridad Central designada a los efectos del Reglamento para recibir las peticiones de colaboración o dirigirlas a sus homólogas, este prevé también la posibilidad de que sean designadas otras autoridades competentes en los Estados miembros.

La diversidad de situaciones en los distintos Estados miembros y de las regulaciones internas allí donde las hay, da lugar a un mapa complejo que dificulta la sistematización de los procedimientos por cuanto existe incluso dificultad en el acceso a la información y el conocimiento de las reglas aplicables en cada caso.

²¹⁹ Cabe señalar que, tomando como referencia el sistema del Convenio de La Haya de 1996, y en aras de la homogeneización de los procedimientos, en la propuesta de refundición del Reglamento se establece como obligatorio recabar el consentimiento para todos los casos, intervenga autoridad pública o no. De los estudios realizados en el marco de la revisión se observa que sólo en Malta para la constitución de un acogimiento, familiar en familia extensa, no es necesaria la intervención de la autoridad pública, por lo que resulta contraproducente la distinción de procedimiento recogida en el RBIIbis. Como se explica en el apartado correspondiente, esta distinción dio lugar a dilaciones innecesarias derivadas de la necesidad de averiguar si era necesario obtener el consentimiento o no dirigiéndose al ordenamiento jurídico correspondiente.

En este sentido, no deja de ser relevante el detalle de la regulación que se haga del procedimiento, por cuanto, a mayor claridad del procedimiento, sus pasos y, sobre todo, los plazos, mayor agilidad y mejor funcionamiento de los procesos en general.

En la regulación estatal que deben hacer los Estados miembros del procedimiento de consulta o aprobación, y que previsiblemente será heterogénea, no debe perderse de vista los objetivos a los que responde el requisito de aprobación por parte del Estado requerido²²⁰:

- regular por adelantado las condiciones de estancia del niño en el país de recepción, particularmente en relación con las leyes sobre inmigración en vigor en dicho Estado, o incluso el reparto de los gastos ocasionados por la ejecución del acogimiento.
- Aclarar previamente, y en la medida de lo posible, todas las cuestiones relacionadas con el acogimiento.
- Evitar, en aras del interés superior del menor, que se detecte algún obstáculo administrativo o de otra naturaleza que pueda provocar incluso el regreso del menor.
- Permitir a la autoridad consultada manifestar sus reticencias cuando, a su juicio, puedan existir dificultades desde el punto de vista de su orden público.
- Permitir que la autoridad señale problemas concretos que pueda haber con el establecimiento de acogida seleccionado, del que se presupone que tiene un mayor conocimiento.
- Garantizar que, teniendo conocimiento temprano del acogimiento previsto, las autoridades competentes puedan llevar a cabo el control correspondiente por los organismos oficiales.

²²⁰ La Abogado General Kokott se remite en su Opinión General, en el caso HSE, apartados 36-38, al Informe Lagarde explicativo del Convenio de La Haya de 1996.

La falta de conocimiento por parte de las propias autoridades nacionales del procedimiento y su regulación puede complicar el acceso a la información y puesta en marcha de las actuaciones, generando así dilaciones indebidas²²¹.

ii. Falta de claridad en el reparto de funciones entre los actores implicados.

Uno de los obstáculos que se aprecian en la práctica al aplicar las disposiciones del RBIIbis en lo que se refiere al acogimiento transfronterizo es la falta de claridad en el reparto de funciones entre los actores implicados, en particular, el rol poco claro de las autoridades del Estado consultado/ requerido²²². Teniendo en cuenta que el art. 56 RBIIbis que regula el acogimiento transfronterizo lo que hace es establecer un mecanismo de cooperación entre autoridades de los Estados miembros, conocer qué corresponde a cada actor implicado resulta fundamental para el efectivo funcionamiento de este.

Los artículos 53 a 54 del RBIIbis, establecen obligaciones comunes a las Autoridades Centrales que han de ser designadas, más allá de que corresponda a los Estados miembros determinar sus competencias territoriales o materiales:

- Transmitir la comunicación recibida a la autoridad competente e informar de ello a la autoridad remitente, cuando no sea competente ella misma para conocer del asunto recibido.
- Proporcionar información sobre las legislaciones y procedimientos nacionales.

²²¹ OLLAND lo señala como un problema en particular respecto al mecanismo previsto en el artículo 11 del RBIIbis, pero es extrapolable al del artículo 56 también. Y en el mismo sentido, considero que la formación, educación e intercambio con profesionales sobre experiencias prácticas que recomienda en este caso, es también deseable en el que nos ocupa. OLLAND, A.C., A judge's perspective on the cooperation mechanisms, Practice and Importance of judicial cooperation and Communications in matters of cross-border family law under the BIIa Regulation: "oil in the machine", Directorate General for internal policies policy department C: Citizens' rights and constitutional affairs, Legal affairs, 'Recasting the Brussels IIa regulation, Workshop 8 November 2016, Compilation of briefings', pp. 55-62.

²²² HERRANZ, M., El acogimiento transfronterizo en la propuesta de refundición del Reglamento Bruselas II bis, La Ley Unión Europea, número 44, 2017. Sobre la refundición del RBIIbis, señala que no quedan del todo claras las funciones que la autoridad asume, pp.10-11.

- Adoptar las medidas que sean necesarias para mejorar la aplicación del Reglamento.
- Reforzar la cooperación entre autoridades. Entre otras medidas, mediante la utilización de la Red Judicial Europea.

A fin de cooperar en asuntos concretos relacionados con la responsabilidad parental, las Autoridades Centrales deberán adoptar medidas adecuadas para²²³:

a) recabar e intercambiar información sobre la situación del menor, los procedimientos pendientes o las resoluciones adoptadas que le conciernen;

b) proporcionar información y ayuda a los titulares de la responsabilidad parental que soliciten el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en su territorio, en especial en materia de derechos de visita y de restitución del menor;

c) facilitar las comunicaciones entre órganos jurisdiccionales;

d) promover la mediación para que los responsables parentales alcancen acuerdos.

Y, en particular en lo que respecta a la cooperación entre autoridades para el acogimiento transfronterizo, se establece que las Autoridades Centrales deben, en este mismo sentido, adoptar las medidas adecuadas para “*proporcionar toda la información y la asistencia que puedan ser de utilidad para la aplicación por los órganos jurisdiccionales del artículo 56*”²²⁴. Esto es, para facilitar el procedimiento de consulta o de aprobación que exige dicho artículo.

En cualquier caso, el TJUE señala la necesidad de cooperación y comunicación entre autoridades de manera general en la aplicación del Reglamento y no únicamente a los efectos de unas disposiciones concretas²²⁵. Sin embargo, los resultados de la consulta realizada por la Comisión pusieron de manifiesto que no todos los Estados miembros consideraban que el art. 55 del

²²³ Art. 55 RBIIbis.

²²⁴ Art. 55.d) RBIIbis.

²²⁵ Este aspecto es destacado en la sentencia del TJUE en el asunto C-256/09, Purrucker c. Vallés Pérez I,(ECLI:EU:C:2010:437), donde el TJUE se refiere a la cooperación para la ejecución aunque no sea en aplicación de las disposiciones 21 y ss. del RBIIbis. En el caso Rinau, C-195/08 PPU, la Abogado General en el párrafo 25 de su Opinión General, afirmaba que “la cooperación entre órganos jurisdiccionales y Autoridades Centrales que propugnan el Convenio y el Reglamento no ha funcionado de manera perfecta”.

RBIlbis fuese base legal suficiente para que sus autoridades adoptasen medidas para apoyar a los progenitores e hijos que participen en procedimientos judiciales transfronterizos que afecten a personas menores de edad²²⁶.

El mecanismo establecido prevé la intervención de la autoridad competente del Estado miembro sobre el que recaiga la competencia conforme a las reglas establecidas en el Reglamento. La determinación de la competencia interna corresponde a cada Estado. Cuando esté considerando adoptar un acogimiento transfronterizo esa autoridad debe poner en marcha el procedimiento de consulta, y la autoridad competente del Estado miembro en el que se pretende que se cumpla la medida en cuestión, debe recibir la consulta y dar o no su aprobación. El Reglamento no establece tampoco cuál debe ser esa autoridad, aunque como veremos el TJUE precisa que tiene que ser una autoridad pública la que dé la aprobación. La medida será finalmente adoptada por la autoridad competente del Estado miembro requirente, una vez que haya obtenido el consentimiento solicitado. Aunque pueda parecer un procedimiento sencillo, hay varios aspectos que no aparecen regulados en el Reglamento y para los que este se remite expresamente al Derecho nacional de los Estados miembros (información que hay que remitir, procedimiento concreto en Estado requerido, etc.).

En este sentido, los estudios recogen que todas las partes interesadas, incluidos los Estados miembros, exigen una mayor claridad respecto a qué autoridad debe hacer qué. Las dos cuestiones específicas sobre las que se reclama mayor claridad son la información que debe ser remitida a la autoridad del Estado de destino y el papel de ésta al recibir la consulta, qué alcance debe tener la valoración que se espera que haga²²⁷.

²²⁶ “La cooperación entre las Autoridades Centrales en los casos particulares de responsabilidad parental, contemplada en el artículo 55, es esencial para respaldar con eficacia a los progenitores e hijos que participen en procedimientos judiciales transfronterizos que afecten a menores. Un problema observado por todas las partes interesadas, incluidos los Estados miembros, es la falta de claridad de la redacción del artículo que establece la ayuda que las Autoridades Centrales deben brindar en los casos particulares de responsabilidad parental. Esto ha provocado retrasos que han perjudicado el interés superior de los menores. Según los resultados de la consulta, dicho artículo no constituye una base jurídica suficiente para la adopción de medidas por parte de las autoridades nacionales de algunos Estados miembros, dado que su legislación nacional requeriría la inclusión en el Reglamento de una base jurídica autónoma más explícita”. COM(2016) 411 final, p. 5 (exposición de motivos).

²²⁷CARPANETO, L., op. cit. pp. 52 y 53.

Por último, también se ha señalado que no hay disposiciones claras respecto a los costes financieros que conllevan los acogimientos transfronterizos²²⁸.

Como factores de este obstáculo, se mencionan la remisión que hace el Reglamento a las legislaciones nacionales para regular los procedimientos de consulta y aprobación, la heterogeneidad de estos o incluso su ausencia, en tanto que los jueces consideran que no es fácil acceder a la información necesaria, principalmente en lo que se refiere a las legislaciones extranjeras y sus normas procesales²²⁹. Se alude también a la variada calidad de los servicios ofrecidos por las distintas Autoridades Centrales²³⁰, que achacan a la falta de claridad en las obligaciones de estas, así como a las barreras idiomáticas que, en ocasiones, se encuentran los particulares y las autoridades²³¹. En relación que estos dos últimos, se menciona también la falta de recursos económicos y humanos en ciertas Autoridades Centrales.

iii. Falta de una comprensión unívoca del término “acogimiento”²³².”

Otro de los obstáculos que ha sido identificado en la aplicación de las disposiciones relativas al acogimiento transfronterizo en el RBIIbis es la propia

²²⁸ CARPANETO, L., op. Cit. p. 75.

²²⁹ En el siguiente artículo se recoge una lista a modo de ejemplo de información que los jueces consideran que necesitan para aplicar el Reglamento Bruselas II bis. KRUGER, T., Brussels II bis successes and suggested improvements, *Journal of Private International Law*, 2016. En el mismo sentido se pronunciaban los Estados en la Comisión Especial de 2011 sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 1980 y el de 1996, que abordaron la cuestión del acceso al contenido del Derecho extranjero y a la conveniencia de elaborar un instrumento internacional al efecto.

²³⁰ Lo menciona FRIDRICH en su artículo del Workshop sobre la experiencia de la Autoridad Central de República Checa, como problema de funcionamiento junto con la falta de rapidez de los procedimientos y la flexibilidad de las comunicaciones. FRIDRICH, L., The experience of a national central authority, Directorate General for internal policies policy department C: Citizens' rights and constitutional affairs, Legal affairs, 'Recasting the Brussels IIa regulation, Workshop 8 November 2016, Compilation of briefings', p. 48-49.

²³¹ Sobre esto se puede leer en profundidad en OLLAND, A.C., A judge's perspective on the cooperation mechanisms, Practice and Importance of judicial cooperation and Communications in matters of cross-border family law under the BIIa Regulation: "oil in the machine", Directorate General for internal policies policy department C: Citizens' rights and constitutional affairs, Legal affairs, 'Recasting the Brussels IIa regulation, Workshop 8 November 2016, Compilation of briefings', pp. 55-62.

²³² Como hemos señalado anteriormente, en inglés el término incluido es placement, en el CH96 traducido por colocación.

noción de “acogimiento” y su alcance material. Se considera que abarca situaciones muy distintas a las que se aplica una misma norma y surge la duda sobre si es lo más adecuado y debería aclararse qué formas de “acogimiento” se encuentran comprendidas en el precepto.

El informe encargado por el Parlamento basado en consultas sobre la aplicación del RBIIbis distingue entre tres categorías de acogimientos a las que se estaría aplicando el art. 56²³³:

- El acogimiento “puro”, el que consideran que era originariamente el que se pretendía regular y que consiste en la adopción de una medida que debe ser ejecutada en otro Estado miembro, por estar allí la familia de acogida o el centro que se considera mejor responde al interés superior del niño individualmente considerado. La medida de cuidado alternativo se ofrece en el otro Estado miembro, el de destino.²³⁴
- El acogimiento de un niño en otro Estado miembro en base a una medida de cuidado alternativo que surge y depende del Estado miembro de origen. No se contempla intervención del Estado miembro de destino²³⁵.
- El acogimiento de “naturaleza mixta”, en el que la medida de cuidado alternativo surge del Estado de destino, pero requiere la cooperación con el Estado miembro de origen.

Además de estas tres categorías, se mencionan también otras dos realidades que en las consultas fueron identificadas. Por un lado, la de los niños extranjeros sin referente familiar y, por otro, la de los niños abandonados en una

²³³ CARPANETO, L. op. Cit. pp. 52-53.

²³⁴ LEONARD, S. Op. Cit. pp. 31 y 32. El autor señala que una vez que el niño es trasladado al país de acogida, siguiendo el procedimiento previsto, este debe entrar al sistema de protección de dicho Estado, que pasa a ser competente para dar seguimiento a la medida. Asimismo, alude a obstáculos en el uso de medidas de protección internacionales que identifica con el art. 56 y la adopción de una medida que debe cumplirse en otro país. Analizando el caso de Bélgica señala que ya había muchos casos de acogimiento transfronterizo que son ahora visibilizados, especialmente de niños colocados desde Francia y Luxemburgo, incluyendo kafalas. Hace hincapié en que es una medida poco usada por los profesionales, que considera temen la falta de coherencia en las garantías o la pérdida de información sobre el niño y prefieren conservar ellos el caso.

²³⁵ Es el ejemplo de los niños alemanes que se envían bajo una medida pedagógica intensiva y que no tienen apenas contacto con la sociedad de acogida, que hemos expuesto en el epígrafe 1.3 y sobre el que nos surgen las dudas expuestas en el 2.2.3.

frontera. En particular, se refieren a niños romaníes en Reino Unido y niños abandonados en República Checa.

Aparte se hacía alusión a formas de acogimiento que se situaban fuera del ámbito de aplicación del art. 56 del RBlIbis en algunos Estados, el acogimiento “voluntario” en Malta o los acuerdos privados en Bélgica. Según HERRANZ además, los tipos de acogimientos no aparecen diferenciados, familiar (extensa o no) o residencial (régimen cerrado o no), ni tampoco se tiene en cuenta la duración de estos a pesar de que esto debería condicionar las actuaciones. FORCADA MIRANDA menciona expresamente la necesidad de clarificar el alcance del término “acogimiento” en tanto puede variar de un país a otro. El autor considera que el término “medida de cuidado alternativo” sería más inclusivo, ya que abordaría tanto el acogimiento familiar como el residencial y otras formas de cuidado establecidas tanto por autoridades administrativas como judiciales. Ambos autores lo relacionan con la posibilidad de transferencia de la competencia a las autoridades de un Estado que esté mejor situado para conocer del asunto por proximidad con el niño. El informe del Parlamento señala que la revisión y refundición del Reglamento es una oportunidad para considerar expandir el alcance del art. 56 para dar a las autoridades de un Estado miembro distinto al que ostenta la competencia conforme a dicho instrumento la posibilidad de solicitar el acogimiento de un niño/a en su territorio²³⁶.

La falta de una comprensión unívoca del término “acogimiento” da lugar a la aplicación del Reglamento a distintas realidades de manera no uniforme en los Estados miembros, en ocasiones incluso de manera errónea. Como hemos visto, se resuelven asuntos mediante la vía diplomática sin recurrir al Reglamento o

²³⁶ FRIDRICH, L., The experience of a national central authority, Directorate General for internal policies policy department C: Citizens' rights and constitutional affairs, Legal affairs, 'Recasting the Brussels IIa regulation, Workshop 8 November 2016, Compilation of briefings', p. 48-49.

El autor indica que no se sabe aplicar el artículo 56 y que hay una práctica errónea de transferencia de la competencia del artículo 15.

En el nuevo Reglamento, RBlIter, se prevé que un Estado con el que el niño presente un vínculo estrecho podría contactar a la autoridad competente e incluso, si se dan las condiciones, solicitar la transferencia de la competencia. Pero, como veremos, la posibilidad de que la medida que se adopte en base a esa norma de atribución de la competencia sea un acogimiento transfronterizo un tercer Estado es limitada.

incluso se producen traslados sin haber obtenido previamente el consentimiento requerido por el art. 56 RBIIbis²³⁷.

iv. Excesiva duración de los procedimientos.

Los distintos estudios han puesto de manifiesto que los retrasos y la dilación en los tiempos de los procedimientos de responsabilidad parental tienen un efecto negativo en el bienestar de los niños y niñas. En particular, se destacan los retrasos en la obtención del consentimiento en los procedimientos de acogimiento transfronterizo, así como la duración de los procedimientos de ejecución en general²³⁸.

En tanto que estamos ante casos en los que el derecho especialmente afectado sería el derecho a la vida familiar, si acudimos a la jurisprudencia del TEDH, vemos que se alude precisamente a que una excesiva duración de los procedimientos de protección a la infancia puede suponer una violación del artículo 6 de la CEDH que lo recoge²³⁹. Se establece que es la separación de los padres y la imposibilidad de mantener contacto con ambos o con alguno de ellos, lo que daría lugar a la mencionada vulneración.

Las referencias a la necesidad de celeridad en la tramitación se centran, además de en la petición de tramitación de urgencia a través del Procedimiento Prejudicial de Urgencia (PPU)²⁴⁰, principalmente en la cuestión relativa a la declaración de ejecutoriedad o exequátur que se plantea en el caso del acogimiento transfronterizo y el procedimiento previsto en el artículo 56. En los acogimientos transfronterizos se exigía efectivamente una declaración de

²³⁷ En el epígrafe 2.2.2 recogemos el análisis de la base datos de casos registrados en España donde se puede apreciar esto.

Sobre cómo “Los mecanismos anteriores, la vía diplomática y la vía consular indirecta, deberían eliminarse definitivamente de los convenios, en los que permanecen por tradición” escribe GARCÍA CANO, S., Evolución de las técnicas de cooperación internacional entre autoridades en el Derecho Internacional Privado, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. XXXVIII, núm. 112, enero- abril, 2005, p. 100, Universidad Nacional Autónoma de México, Distrito Federal, México.

²³⁸ FORCADA MIRANDA, F.J. (2020) op. cit. p. 496.

²³⁹ STEDH en el asunto E.P. c. Italia, 16 de noviembre, nº 43631/09.

²⁴⁰ El PPU fue introducido en 2008 y permite al TJUE contestar cuestiones referentes al espacio de Libertad, seguridad y justicia (artículos 67 y siguientes del TFUE).

ejecutividad, requisito que fue confirmado por el TJUE en su sentencia del asunto HSE²⁴¹. Sin embargo, las consultas revelaron que los Estados lo consideran innecesario porque dilataba los tiempos. Aluden a la urgencia que suelen revertir los acogimientos transfronterizos, especialmente cuando, como en el asunto HSE, el motivo detrás de la propuesta de traslado es el inmediato bienestar y seguridad de la niña.

Este obstáculo está estrechamente relacionado con otro consistente en la falta de claridad del reparto de funciones de las autoridades implicadas, que hemos abordado antes, y resulta necesario alcanzar un equilibrio entre la necesidad de celeridad y el establecimiento de un claro reparto de funciones para una efectiva cooperación entre autoridades²⁴². Afecta también a la duración del proceso en sí, el conocimiento de las normas, la rapidez de los procedimientos y la flexibilidad de las comunicaciones entre entes implicados²⁴³. Todas estas dificultades las analizaremos en el presente epígrafe.

En la consulta pública realizada por el Parlamento Europeo a los Estados miembros (Bélgica, Bulgaria, República Checa, Francia, Alemania, Irlanda, Italia, Lituania, Malta, Países Bajos, España y el Reino Unido (Inglaterra y Gales)), uno de los aspectos más criticados a la aplicación del procedimiento del artículo 56 para establecer un acogimiento del menor en otro Estado miembro ha sido la dilatación en el tiempo de la obtención del consentimiento requerido.

Si bien no se dispone de estadísticas completas y fiables en todos los Estados implicados que nos permitan conocer con certeza la duración de las consultas, del estudio realizado el Parlamento Europeo infiere que la consulta aproximadamente se demora un año desde que es planteada a la Autoridad Central correspondiente. A. DUTTA y A. SCHULZ señalaban un plazo similar en

²⁴¹ La sentencia del TJUE en el asunto HSE (apartado 114), así como la Opinión de la Abogado General (apartado 68), se hacen eco de la inquietud manifestada por las partes respecto a la pérdida de tiempo inherente al desarrollo del procedimiento de ejecución y la posible ineficacia de la medida de protección en un caso tan urgente como el que estaban conociendo.

²⁴² CARPANETTO op cit.

²⁴³ FRIDRICH, L. op. cit.

la evaluación que hicieron del funcionamiento del proceso de consulta previsto en el Art. 56²⁴⁴.

Acudimos asimismo a la jurisprudencia resultante de la aplicación del RBIIbis, tanto de sus disposiciones relativas al acogimiento transfronterizo como a la sustracción internacional. En los asuntos de esta última materia la celeridad también es una cualidad fundamental, especialmente en la restitución del menor ante un traslado ilícito²⁴⁵.

Precisamente en los casos de sustracción internacional se menciona la necesidad de tener en cuenta, además del interés superior del niño en el caso concreto, un planteamiento más general del mismo por concurrencia con otro principio inspirador del RBIIbis como es el garantizar que un traslado ilícito no produzca efectos jurídicos y que supondría considerar competentes de manera general a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la residencia habitual del menor inmediatamente anterior al traslado ilícito²⁴⁶.

En la sentencia del caso 92/12, HSE, la única específicamente sobre acogimiento transfronterizo, que hemos analizado, el TJUE recordaba el requisito de celeridad en el procedimiento para obtener el consentimiento o denegación a la colocación²⁴⁷. Aunque el Reglamento remite a la legislación nacional, los trámites establecidos en ésta no deben menoscabar la eficacia de este²⁴⁸. En este sentido, por ejemplo, el artículo 53 del Reglamento establece la obligación de la Autoridad Central no competente de dar traslado de la solicitud a la autoridad

²⁴⁴ DUTTA, A. y SCHULZ, A., First Cornerstones of the EU Rules on Cross-Border Child Cases: The Jurisprudence of the Court of Justice of the European Union on the Brussels IIa Regulation from C to Health Service Executive, *Journal of Private International Law*, V ol. 10 Issue 1, 2014, pp. 1-40. A partir del análisis de los datos alemanes disponibles en la página web de la Autoridad Central alemana, los autores afirman que en la práctica el proceso de consulta difiere mucho de la teoría, no sólo respecto a los tiempos sino también en cuanto a la falta de claridad de responsabilidades y procedimientos para la obtención del consentimiento.

²⁴⁵ Asuntos en los que se recoge la idea de que la celeridad en los procedimientos es fundamental para los asuntos relacionados con niños y niñas: C-435/06, C; C-523/07, A; C-195/08 PPU, Rinau; C-403/09, Deticek; C-211/10, Povse; C-256/09, Purrucker I; C-400/10, McB; C-296/10, Purrucker II; C-491/10, Aguirre Zarraga; C-497/10 PPU, Mercredi; C-436/13, EvB; C-404/14, Marie Matuskova, C-184/14, AvB; C-4/14, Bohex v Wiertz; C-498/14, Bradbrooke; C-215/15, Gogova; C-455/15 PvQ. Pendientes a 20/03/19.

²⁴⁶ En este sentido se pronunciaba la Abogada General en los casos Rinau y Povse.

²⁴⁷ Párrafo 82 de la sentencia del TJUE en el caso HSE.

²⁴⁸ Párrafo 79 de la sentencia del TJUE en el caso HSE. En este sentido se pronuncia también el Tribunal respecto a la restitución que ha de seguir a un traslado ilícito en los casos de sustracción internacional. C-498/14 PPU.

competente y de informar de ello a la autoridad que la contactó en primer lugar, para facilitar que la autoridad competente conozca del asunto a la brevedad. Por ello, señala la Abogado General Kokott que “ (...) *toda dilación e imprecisión en la búsqueda de la autoridad competente suponen un retraso innecesario de la ordenación del acogimiento y, por ende, son contrarios al interés superior del menor garantizado por el Reglamento*”²⁴⁹. Precisamente esta remisión a los ordenamientos jurídicos nacionales es la que resaltaba el informe encargado por el Departamento de Políticas C: Derechos de los ciudadanos y asuntos constitucionales a CARPANETTO, como una de las causas de los retrasos y sobre las que nos detendremos ahora.

Respecto a los factores que provocan estos retrasos, tanto de los resultados de la mencionada encuesta como de una revisión de la literatura indicada, pueden señalarse los siguientes:

- a) La remisión al Derecho nacional de los Estados miembros para regular el procedimiento de consulta y aprobación;
- b) ausencia de reglas específicas para establecer procedimientos rápidos de coordinación entre autoridades;
- c) problemas de comunicación, tanto por barreras idiomáticas como por falta de claridad en la información y documentación requerida, así como en la cobertura de los costes de traducción que sean necesarios en su caso;
- d) las Autoridades Centrales requeridas no disponen de un plazo máximo para contestar las consultas recibidas;
- e) la falta de conocimiento de los procedimientos nacionales para la obtención del consentimiento, primero de si es necesario y después de cómo debe procederse.

²⁴⁹ Apartado 50, Opinión Abogado General Kokott en caso HSE.

b) *El irremediable paso del tiempo y su impacto en los derechos del niño/a como consecuencia común de los obstáculos expuestos.*

Una consecuencia común a la práctica totalidad de los obstáculos de aplicación práctica del precepto sobre acogimiento transfronterizo en el RBIIbis expuestos es el paso del tiempo y su impacto en los derechos del niño/a. Los retrasos que se producen, ya sea averiguando si es necesario el consentimiento y cómo ha de obtenerse, qué autoridad tiene que hacer qué o consiguiendo la declaración de ejecución en el país de acogida, impactan negativamente en los niños y niñas.

La celeridad es una cualidad deseable en el procedimiento, siempre que sea en interés superior del niño. El paso del tiempo tiene especial impacto en estos casos en los que se aborda un acogimiento familiar o residencial, pudiendo incluso tratarse de una urgencia, en tanto afectan al desarrollo del niño. Se pueden generar situaciones de facto para el niño que, a la hora de hacer una evaluación de su interés superior en el caso concreto, hagan concluir en un sentido u otro²⁵⁰. Por ejemplo, en el caso de la sustracción internacional, la integración del niño en el Estado al que fue trasladado ilícitamente con el paso del tiempo puede volverse de facto irreversible haciendo por tanto tener en cuenta este riesgo al decidir sobre el retorno al Estado de origen²⁵¹.

En el informe del Parlamento Europeo se relaciona con el impacto negativo del paso del tiempo los casos de sustracción de menores, por considerar que de forma similar en los casos de acogimiento transfronterizo la adopción de la medida es de carácter urgente por tratarse principalmente de personas cercanas a la

²⁵⁰ “el Tribunal Europeo considera que el respeto efectivo a la vida familiar impone que las relaciones futuras entre padre e hijo se regulen sobre la base del conjunto de los elementos pertinentes y no por el mero transcurrir del tiempo (...) exigen un tratamiento urgente porque el transcurso del tiempo puede tener consecuencias irremediables para las relaciones entre los niños y el progenitor o los progenitores que no viven con ellos” LÁZARO GONZÁLEZ, I.E. (2011), op. Cit. P. 288.

²⁵¹ GALLUS, N, escribe respecto a los casos de sustracción internacional: “Adicionalmente, en el caso de la colocación transfronteriza esto cobra importancia en los casos en los que se ha producido el traslado irregularmente sin haber obtenido el consentimiento previamente, en tanto habrá de tenerse en cuenta al determinar cuál es el interés superior del niño en ese caso.” GALLUS, N., The point of a specialized lawyer, Directorate General for internal policies policy department C: Citizens' rights and constitutional affairs, Legal affairs, 'Recasting the Brussels Ila regulation, Workshop 8 November 2016, Compilation of briefings'

mayoría de edad²⁵². Si bien es cierto este argumento, es el propio derecho del niño a que su interés superior sea una prioridad en las decisiones que le afectan el que exige que, como elemento a ponderar, se tenga en cuenta el paso del tiempo y el especial impacto que tiene en la infancia²⁵³.

Los retrasos señalados en el procedimiento de consulta previa obligatoria no parece que hayan desincentivado la utilización de la medida sino más bien la aplicación del artículo en cuestión, esto es, se lleva a cabo la consulta ex ante pero se consigue el consentimiento una vez realizado el traslado y se invoca la necesidad de subsanación tal y como permitía el TJUE en el caso HSE. Sería necesario estudiar si no se está haciendo un uso abusivo de esta jurisprudencia.

c) El proceso de refundición: la propuesta y debates en torno a esta.

Ante los obstáculos identificados en la práctica y la interpretación hecha por el TJUE en los numerosos asuntos elevados ante él, la Comisión Europea presentó en junio de 2016 una propuesta de texto refundido²⁵⁴. Este documento, además del texto en sí, enmarca la evaluación del RBIIbis y las seis grandes carencias detectadas en materia de responsabilidad parental, entre las que se encuentra precisamente el “Acogimiento del menor en otro Estado miembro”.

²⁵² CARPANETTO, L., op. cit.

²⁵³ Observación General nº14 Comité Derechos del Niño de Naciones Unidas.

²⁵⁴ Tal y como señala FORCADA MIRANDA, F.J., la necesidad de adaptarse a la jurisprudencia del TJUE en la materia era suficiente por sí sola para justificar una revisión del art. 56 RBIIbis. Las propuestas de mejora a tener en cuenta en el proceso de revisión que hacía el autor se resumen en: adaptar el Reglamento a la jurisprudencia del TJUE; clarificar el alcance del término “colocación transfronteriza” e incluso sustituirlo por “cuidado alternativo”; incluir una referencia expresa a la necesidad de tener en cuenta el interés superior del niño al adoptar la decisión, así como al respeto de los derechos de los niños viviendo en acogimiento; igual que en el art. 33 CH96, establecer que debe remitirse un informe sobre el niño y la propuesta motivada de la medida con carácter previo; la implementación de un procedimiento común, uniforme, que permitan un funcionamiento más ágil y eficiente; la inclusión de los principios básicos que deben guiar a los Estados miembros en la valoración de las propuestas de colocación y sus decisiones; clarificar las funciones de las entidades de protección de menores nacionales, haciendo hincapié en la necesidad de colaboración, incluso haciéndola obligatoria; visualizar la estrecha conexión entre el interés superior del niño y la necesidad de promover la confianza mutua entre Estados; incorporar a las colocaciones transfronterizas las comunicaciones judiciales directas para facilitar los procedimientos.

De esta forma, se planteaban como necesarias normas comunes que reforzasen este mecanismo de cooperación entre autoridades de los Estados miembros²⁵⁵:

1. Convertir la obtención del consentimiento del Estado de acogida en obligatoria para todas las colocaciones transfronterizas que surjan de un tribunal o una autoridad de un Estado miembro.
2. Introducir requisitos uniformes respecto a la documentación que debe ser presentada con la solicitud de consentimiento: la autoridad requirente debe presentar un informe sobre el niño y los motivos de la propuesta.
3. Introducir una regla sobre requisitos de traducción: la propuesta debe ir acompañada de una traducción al idioma del Estado miembro requerido.
4. Todas las propuestas deben canalizarse a través de las Autoridades Centrales.
5. Introducir un plazo de tiempo de 8 semanas para que el Estado requerido decida.

Por último, en el proceso de revisión y en la evaluación de la propuesta de refundición, se requería desde el Consejo de Justicia y Asuntos de Interior, una mayor claridad respecto al ámbito de aplicación de las normas en materia de acogimiento transfronterizo²⁵⁶. Al respecto establecía, que *al acogimiento como medida educativa tras un comportamiento anómalo del menor también se le aplica este procedimiento, mientras que sigue estando excluido el acogimiento, ya sea educativo o punitivo, como consecuencia de un acto del menor que podría equivaler a un acto punible con arreglo al Derecho penal nacional si lo cometiera un adulto, con independencia de si en este caso concreto puede conducir a una condena.*

²⁵⁵ Exposición de motivos de la propuesta de refundición COM(2016) 411/2 2016/0190 (CNS).

²⁵⁶ Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction (recast) - fundamental elements of the Recast ST 11400 2018 INIT y General approach ST 14784 2018 INIT

Teniendo todo esto en cuenta, se hace la siguiente propuesta de reforma del precepto, proponiendo el entonces art. 65:

“Artículo 65

Acogimiento del menor en otro Estado miembro

1. Cuando una autoridad competente en virtud del presente Reglamento considere el acogimiento del menor en un establecimiento o una familia en otro Estado miembro, deberá primero obtener la aprobación de la autoridad competente de ese otro Estado miembro. A tal efecto, por conducto de la Autoridad Central de su Estado miembro, transmitirá a la Autoridad Central del Estado miembro en el que el menor deba ser acogido la solicitud de aprobación, que incluirá un informe sobre el niño y los motivos de su propuesta de acogimiento o asistencia.

2. La solicitud y los documentos anejos a que se refiere el apartado 1 irán acompañados de una traducción a la lengua oficial o a una de las lenguas oficiales del Estado miembro requerido o a cualquier otra lengua que el Estado miembro requerido haya indicado que puede aceptar. Los Estados miembros comunicarán esta aceptación a la Comisión de conformidad con el artículo 81.

3. La resolución sobre el acogimiento contemplado en el apartado 1 solo podrá dictarse en el Estado miembro requirente cuando la autoridad competente del Estado requerido haya aprobado dicho acogimiento.

4. Salvo que existan circunstancias excepcionales que lo impidan, la Autoridad Central requerida comunicará la decisión de conceder o denegar la aprobación a la Autoridad Central requirente, a más tardar dos meses después de la recepción de la solicitud.

5. Los procedimientos para recabar la aprobación se regirán por el Derecho nacional del Estado miembro requerido”.

Se introducen así cambios en la redacción del precepto que regula el acogimiento de un niño en otro Estado miembro para dar respuesta a los problemas identificados. Se establece un único procedimiento, a diferencia de lo que hacía el RBIIbis, por el que se impone a los Estados miembros obtener el consentimiento de la autoridad competente del Estado miembro de destino independientemente de si es necesaria la intervención de autoridad pública en los acogimientos internos o no.

Asimismo, aunque se conserva la remisión a los ordenamientos jurídicos nacionales para regular en detalle el procedimiento de consulta y aprobación, se establecen una serie de requisitos uniformes mínimos para solventar las dificultades identificadas en la aplicación del precepto original²⁵⁷. Se concreta la documentación que debe remitirse, un informe sobre el niño y la motivación detrás de la propuesta de medida específica, que debe ir acompañada de una traducción y que el plazo de respuesta será, salvo excepciones, de dos meses. Sin embargo, no se establece cómo debe proceder la autoridad del Estado miembro requirente, si no obtiene respuesta en plazo.

En un intento por aclarar las funciones de los actores implicados, se dispone expresamente que la solicitud y la aprobación o denegación se canalizarán a través de las Autoridades Centrales de los Estados miembros en cuestión. No se desarrolla, sin embargo, lo requerido respecto a qué debe valorar la autoridad competente del Estado miembro de destino al recibir la propuesta. Tampoco se incorpora al nuevo precepto cómo se ha de proceder a la prórroga, ni siquiera para introducir la jurisprudencia al respecto, o qué tipos de acogimientos tendrían cabida bajo este artículo. Queda fuera también, según HERRANZ BALLESTEROS y FORCADA MIRANDA, la alusión expresa a garantizar que se respeten los derechos de los niños y niñas en el procedimiento y en el ejercicio de la medida.

Como hemos visto, la propuesta de la Comisión aborda solo en parte las modificaciones reclamadas en el proceso de revisión y consultas. A continuación,

²⁵⁷ HERRANZ, M., 2017, Op. Cit. p. 9. *“Ahora bien, es cierto que se han incluido respuestas uniformes en el tratamiento de distintos aspectos aproximándose cada vez más a un procedimiento común para todos los Estados miembros”*.

veremos la redacción final que se dio al precepto sobre acogimiento de un menor en otro Estado miembro tras su tramitación.

2.2.2.2 Regulación vigente: el artículo 82 RBIIter.

Finalmente, el 25 de junio de 2019 se aprueba el texto refundido del Reglamento 1111/2019 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores. Después de lo expuesto durante el proceso de evaluación y reforma del RBIIbis, la regulación del acogimiento transfronterizo se modificó, quedando establecida en el artículo 82 del nuevo texto. Para la comprensión del artículo 82 resulta preciso enmarcarlo en el conjunto del Reglamento. Por esta razón veremos los cambios introducidos en lo que se refiere al ámbito material de aplicación del Reglamento y las disposiciones relativas a la cooperación entre autoridades que están estrechamente relacionadas con la materia que nos ocupa. Seguiremos en la exposición el mismo orden que en los instrumentos anteriormente analizados para facilitar la comparación. En el capítulo siguiente nos detendremos sobre las disposiciones referentes al reconocimiento de las resoluciones por las que se constituye un acogimiento transfronterizo.

1. Ámbito material de aplicación.

Como veíamos en el capítulo anterior, el acogimiento transfronterizo se incluyó expresamente en el ámbito material de aplicación del RBIIbis, tanto como materia civil como por ser relativa a la responsabilidad parental²⁵⁸. En la nueva

²⁵⁸ DE BOER, T., What we should not expect from a recast of the Brussels IIa Regulation, *Nederlands Privaatecht*, 2015. Aborda el asunto de si el alcance del nuevo Reglamento debería o no ser limitado en materia de responsabilidad parental- teniendo en cuenta como precedente los instrumentos que anteriormente lo regulaban

redacción del artículo 1.2 aparece como “Acogimiento en una familia o en un hogar de acogida”, refiriéndose al acogimiento por una o varias personas “privadas”²⁵⁹.

En el proceso de revisión y refundición se solicitaba una mayor claridad en el alcance del término colocación, *placement* en inglés, y que se despejasen dudas con la nueva regulación respecto a qué formas de acogimiento se consideraban incluidas y cuáles no²⁶⁰. En este sentido, se proponía sustituir el término colocación por el de modalidades de cuidado alternativo, por considerarlo más inclusivo²⁶¹.

El acogimiento transfronterizo aparece expresamente mencionado en el considerando 11, que establece que todos los tipos de acogimiento quedarían dentro del ámbito de aplicación del Reglamento salvo los que están expresamente excluidos y enumera. Se precisa en esta disposición que deben incluirse los “acogimientos educativos” por lo que se entiende a efectos de esta norma aquellos acogimientos “ordenados por un órgano jurisdiccional o concertados por una autoridad competente con el acuerdo de los progenitores del menor o a petición de estos como consecuencia de un comportamiento anómalo del menor”²⁶². Esta aclaración se mostró necesaria durante la tramitación del nuevo Reglamento porque los estudios revelaban que esta era una de las medidas que se estaban adoptando en el marco de las disposiciones relativas al acogimiento transfronterizo, especialmente por parte de Alemania²⁶³.

²⁵⁹ Octubre de 2017. Working party on civil law matters, Presidency, propuso modificaciones tras revisar la redacción propuesta para los capítulos V y VI. Pidieron un considerando en el que se aclarase que no se trata de una lista exhaustiva de formas de acogimiento y que debía incluirse en el ámbito material de aplicación el nombramiento de un tutor que vive en otro Estado miembro, aunque el niño no deba trasladarse.

²⁶⁰ Llama la atención de la traducción al castellano como Acogimiento en vez de como Colocación, que ya difería entre el CH96 y el RBIIbis.

²⁶¹ Esta propuesta la hacen, al menos, FORCADA MIRANDA, F.J., op. Cit. p. 40 y HERRANZ, M., op. Cit. Se recoge también en el informe de CARPANETTO, L., op. Cit.

²⁶² Como hemos visto en el epígrafe 1.3, los principales casos a los que se ha aplicado el art. 56 RBIIbis han sido precisamente este tipo de “acogimientos educativos”, en su mayoría desde Alemania a otros Estados miembros, por lo que parece que se les quiere dar cobertura expresamente.

²⁶³ Sobre las modalidades de acogimiento transfronterizo incluidas en el ámbito material de aplicación del RBIIter, HERRANZ BALLESTEROS, M., El reglamento (UE) 2019/1111 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida): principales novedades, Revista Española de Derecho Internacional (REDI), vol. 73/2, julio-diciembre 2021, Madrid, p. 231.

Para evitar confusiones, de la misma manera que se señala que por exclusión expresa no estarían dentro del ámbito de aplicación del Reglamento ni el “acogimiento con vistas a la adopción o el acogimiento por un progenitor²⁶⁴”, se alude a que los acogimientos denominados educativos, si fuesen consecuencia de “un acto del menor que, de haber sido cometido por un adulto, podría ser constitutivo de delito” también estarían excluidos. En el caso de España, por ejemplo, una medida de protección que supone la limitación de los derechos fundamentales del niño se asemejaría a una medida de acogimiento en un centro para menores con trastorno de conducta que debe ser adoptada por una autoridad judicial, ante un diagnóstico del niño y con la supervisión de la Fiscalía en su implementación. Además, los centros para menores con trastorno de conducta deben reunir unos requisitos específicos, que habría que analizar si los establecidos por Alemania en territorio español cumplen.

2. Acogimiento transfronterizo.

Una vez expuesta la inclusión expresa del acogimiento transfronterizo en el ámbito material de aplicación del nuevo Reglamento, pasamos a ver cómo ha quedado regulado en su artículo 82.

Art. 82 Acogimiento del menor en otro Estado miembro

1. Cuando un órgano jurisdiccional o una autoridad competente considere el acogimiento del menor en otro Estado miembro, deberá primero obtener la aprobación de la autoridad competente en ese otro Estado miembro. A tal efecto, la Autoridad Central del Estado miembro requirente transmitirá a la Autoridad Central del Estado miembro requerido en el que el menor deba ser acogido una solicitud de aprobación, que incluirá un informe sobre el menor y los motivos de su propuesta de acogimiento o asistencia,

²⁶⁴ Continúa el considerando 11 que, conforme al art. 82.2 R1111/2019, se considerará también excluido por cualquier otro pariente cercano si así lo declarase el Estado miembro receptor.

información sobre cualquier dotación financiera prevista, así como cualquier otra información que considere pertinente, como la duración prevista del acogimiento.

2. El apartado 1 no se aplicará cuando el menor deba ser acogido por un progenitor.

Los Estados miembros podrán decidir que no es necesaria su aprobación en virtud del apartado 1 para los acogimientos dentro de su propio territorio con determinadas categorías de parientes cercanos además de los progenitores. Estas categorías serán comunicadas a la Comisión en virtud del artículo 103.

3. La Autoridad Central de otro Estado miembro podrá informar a un órgano jurisdiccional o a una autoridad competente que considere el acogimiento de un menor sobre un vínculo estrecho del menor con ese Estado miembro. Esto no afectará ni a la legislación ni a los procedimientos nacionales del Estado miembro que considere el acogimiento.

4. La solicitud y todo documento suplementario a que se refiere el apartado 1 irán acompañados de una traducción a la lengua oficial del Estado miembro requerido o, en caso de que existan varias lenguas oficiales en dicho Estado miembro, a la lengua oficial o una de las lenguas oficiales del lugar en el que se vaya a cursar la solicitud, o a cualquier otra lengua que el Estado miembro requerido haya indicado de forma expresa que puede aceptar. Los Estados miembros comunicarán esta aceptación a la Comisión en virtud del artículo 103.

5. El acogimiento contemplado en el apartado 1 solo lo podrá ordenar o concertar el Estado miembro requirente después de que la autoridad competente del Estado miembro requerido haya aprobado dicho acogimiento.

6. Salvo que existan circunstancias excepcionales que lo impidan, la resolución por la que se otorga o deniega la aprobación

se comunicará a la Autoridad Central requirente a más tardar tres meses después de la recepción de la solicitud.

7. El procedimiento para recabar la aprobación se regirá por el Derecho nacional del Estado miembro requerido.

8. El presente artículo no impedirá que las Autoridades Centrales o las autoridades competentes suscriban acuerdos o convenios o mantengan los que ya estén vigentes con Autoridades Centrales o autoridades competentes de uno o más Estados miembros que simplifiquen el procedimiento de consulta para recabar la aprobación en el marco de sus relaciones mutuas.

Se trata de un precepto mucho más extenso, pasa de cuatro a ocho apartados, que aborda específicamente aspectos que antes se consideraban implícitos o que se dejaban al desarrollo que hiciesen los Estados miembros en sus legislaciones internas.

Al acudir a la literalidad del precepto podemos ver la regulación final que se da al acogimiento transfronterizo en el RBIIter, así como si con ella se abordan y resuelven las cuestiones que durante el procedimiento de refundición se identificaron como áreas de mejora para una efectiva aplicación de la figura y una mayor y mejor garantía de los derechos de la infancia y la adolescencia. Como veremos a continuación, mediante el establecimiento de requisitos comunes se ha abordado la demanda constante de un procedimiento común, de forma que se tienda a la unificación de criterios y un funcionamiento más fluido sin llegar a adoptar un procedimiento común en sí, en tanto que el Derecho procesal es competencia de los Estados miembros y puede disponer procesos, autoridades o plazos diversos.

En la redacción del artículo 82 observamos que se hace un planteamiento de la regulación de la figura del acogimiento transfronterizo en tanto que proceso de cooperación entre autoridades donde el mecanismo de consulta y aprobación es la clave, para lo que se delimitan las modalidades de acogimiento incluidas, las funciones de las autoridades implicadas, los requisitos del procedimiento en

determinados aspectos, así como las correspondientes remisiones a los ordenamientos estatales.

Subrayamos las palabras de CANO BAZAGA para resaltar su valor como procedimiento de cooperación entre autoridades que busca la garantía del derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial: *“El art. 82 es un exponente de la preocupación por la protección del interés superior del menor, al que debe asegurarse el ejercicio de sus derechos fundamentales durante la tramitación del procedimiento para el acogimiento y también durante la vigencia de la medida, así como del reforzamiento del sistema de cooperación entre las autoridades de los estados miembros, singularmente en materia de responsabilidad parental, que impregnan el nuevo texto refundido. Se trata, precisamente, de que la cooperación sea más eficaz y eficiente para responder adecuadamente al interés superior del menor, objetivo al que se deben dirigir todas las decisiones que le afecten”*²⁶⁵.

En el nuevo Reglamento se aborda como acogimiento del menor en otro Estado miembro, sin concretar más allá en modalidades de acogimiento como ocurría en el RBlIbis, cuyo art. 56 hablaba de acogimiento del menor en un establecimiento, en una familia, o como el art. 33 del CH96 que optaba por una fórmula mucho más amplia, dando cabida a instituciones legales de protección del menor de otros Derechos, como puede ser la kafala. Únicamente acudiendo a los considerandos encontramos referencia a distintas formas de acogimiento, en particular al acogimiento en un establecimiento o en un hogar de acogida. El término “hogar de acogida” se introduce durante la tramitación para, conforme se expone en los considerandos, designar a los acogimientos que se producen por una o varias personas privadas²⁶⁶.

²⁶⁵ CANO BAZAGA, E., Capítulo 16. El acogimiento transfronterizo de menores en CAMPUZANO DÍAZ, B. (dir.), ADAM MUÑOZ, M. D., CALZADO LLAMAS, A. J., CANO BAZAGA, E. et al., Estudio del Reglamento (UE) 2019 / 1111 sobre crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores, Thompson Reuters-Aranzadi, 2022, pp. 312-313.

²⁶⁶ El Considerando 84 fue introducido en el documento del Consejo de la Unión Europea 2016/0190(CNS) JUSTCIV 310, 15401/18 de la tramitación. Después de que en julio de 2018 se pidiese mayor claridad respecto al alcance del término colocación, especialmente en lo referente a las medidas educativas, en noviembre de ese mismo año, se confirma que se deben considerar incluidas los acogimientos educativos, entre los que se incluyen los que son adoptados con acuerdo de los progenitores o a petición de estos por un comportamiento anómalo del menor. Sin embargo, se excluyen los acogimientos que sean consecuencia de la comisión de una infracción penal por parte de la persona menor de edad, así como el acogimiento por parte de progenitores.

Se elimina la distinción entre dos supuestos que había incorporado el art. 56 RBIIbis y que imponían un procedimiento distinto según en el ordenamiento jurídico del Estado de destino se previese o no la intervención de autoridad pública para los acogimientos internos. A partir de esta nueva regulación, se exige solicitar y obtener la aprobación por parte de la autoridad competente independientemente de la intervención de autoridad pública o no en los casos internos.

En este mismo inciso, se concreta respecto al trámite de solicitud de aprobación que debe canalizarse a través de las Autoridades Centrales²⁶⁷. Corresponde a la Autoridad Central del Estado miembro requirente transmitir a la Autoridad Central del Estado miembro requerido dicha solicitud. Se introduce, conforme fue solicitado en el proceso de revisión, una referencia a la documentación mínima que debe presentarse. Apreciamos fácilmente la influencia del art. 33 CH96, así como la voluntad de facilitar al máximo el procedimiento. La solicitud ha de ir acompañada de un informe sobre el niño, de la motivación de la medida propuesta, así como de información sobre cualquier dotación financiera prevista²⁶⁸. El precepto deja a la consideración de la Autoridad Central requirente el incluir otra información relevante, que sugiere podría ser, por ejemplo, la relativa a la duración prevista del acogimiento. Otra información relevante sería también: *“la supervisión prevista de la medida, las modalidades de los contactos con los*

Se prevé también la posibilidad de que los Estados miembros puedan comunicar si quedan excluidos los acogimientos con otros parientes cercanos CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición)- Orientación general, noviembre 2018, 14784/18, JUSTCIV 292, 2016/0190(CNS).

²⁶⁷ Sobre cómo responde el RBIIter a las peticiones sobre una mayor definición del procedimiento con unos requisitos comunes mínimos. La autora considera que ha habido avances en este sentido, tanto la referencia expresa en el art. 82 a los acogimientos excluidos, la necesidad de que la autoridad central disponga de toda la información sobre el caso y que los Estados simplifiquen sus procedimientos nacionales. CANO BAZAGA, E., Capítulo 16. El acogimiento transfronterizo de menores en CAMPUZANO DÍAZ, B. (dir.), ADAM MUÑOZ, M. D., CALZADO LLAMAS, A. J., CANO BAZAGA, E. et al., Estudio del Reglamento (UE) 2019 / 1111 sobre crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores, Thompson Reuters-Aranzadi, 2022, pp. 317.

²⁶⁸ En la propuesta original de la Comisión no se preveía que se remitiese información sobre la dotación presupuestaria, ni tampoco una referencia abierta a cualquier información que se considerase relevante. Se introduce en octubre de 2017. GENERAL SECRETARIAT OF THE COUNCIL, Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction (recast), Opinion of the Consultative Working Party of Legal Services, 25/11/2016, 2016/0190 (CNS). Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/HIS/?uri=CELEX:32019R1111&qid=1670360882580> (última consulta 7 de diciembre de 2022).

*progenitores, otros parientes u otras personas con las que el menor tenga una relación estrecha, o las razones por las que no se prevén tales contactos habida cuenta del artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*²⁶⁹.

Esta nueva redacción confirma el papel de las Autoridades Centrales, la requirente y la requerida, en el proceso de solicitud de aprobación independientemente de la regulación que después haga cada Estado miembro en su legislación nacional respecto al proceso de aprobación en sí. Las Autoridades Centrales se convierten de esta forma en canal necesario para la solicitud y su correspondiente respuesta²⁷⁰. No se incluye en el precepto nada respecto a qué debe valorar específicamente la autoridad competente requerida al recibir la solicitud y la documentación. Sin embargo, si tenemos en cuenta que precisamente se recurre a la cooperación entre autoridades para asegurar que la adopción, implementación y seguimiento de la medida responde al ordenamiento interno del Estado de destino, y que en todo caso estaremos en el marco internacional de los derechos de la infancia y la adolescencia, podemos afirmar que las autoridades disponen de directrices claras sobre cómo llevar a cabo la evaluación de la propuesta.

En esta redacción observamos que se utiliza el tiempo verbal futuro para denotar obligatoriedad de lo dispuesto. Se establecen así obligaciones a las autoridades competentes en los Estados miembros implicados, así como a sus Autoridades Centrales. Se mantiene la fórmula del art. 56 del RBIIbis en la que el supuesto de hecho que genera la consecuencia jurídica es que la autoridad competente esté considerando que la medida de protección a adoptar consiste en el acogimiento del niño en otro Estado miembro. Se abandona el doble condicionante en la formulación, que se valore adoptar un acogimiento y que este deba cumplirse en otro Estado miembro. Se trata de una redacción más sencilla.

²⁶⁹ El Considerando 83 lista estos ejemplos de información que podría considerarse relevante al solicitar la autorización para el acogimiento. Introducido en documento del Consejo de la Unión Europea 2016/0190(CNS) JUSTCIV 310, 15401/18, pág. 90.

²⁷⁰ Se pretende salvar así la dificultad que se recogía en el caso HSE respecto a identificar de manera clara y sencilla la autoridad competente para recibir la solicitud y, en su caso, aceptarla o rechazarla. Epígrafe 2.2.2.1 apartado 3.

Se introduce el término “solicitud de aprobación” que no deja lugar a dudas sobre el contenido de la consulta que imponía anteriormente el Reglamento. Lo que está pidiendo la autoridad competente es que se apruebe su propuesta de que el niño sea trasladado al otro Estado miembro para ser acogido. Se establece, además, que la solicitud deba ir obligatoriamente acompañada de una documentación concreta (informe sobre el niño y los motivos de la propuesta, información sobre los fondos).

En el inciso segundo se establece que, de manera excepcional, no se exigirá este requisito en los acogimientos por un progenitor. Asimismo, se prevé la posibilidad de que los Estados miembros puedan establecer que esta excepción también opere para determinadas categorías de parientes cercanos²⁷¹.

El inciso tercero del nuevo art. 82 prevé que la Autoridad Central de un Estado miembro con el que el menor tenga un vínculo estrecho podrá informar sobre ese vínculo estrecho a la autoridad competente que esté considerando adoptar su acogimiento²⁷². Sin embargo, esto no deberá afectar a la legislación o los procedimientos del Derecho nacional del Estado miembro informado. En particular, no deben suponer una obligación de colocar al menor en dicho Estado miembro ni hacer que se asocie a este último a la resolución o al procedimiento de acogimiento.

²⁷¹ Esta excepción no estaba en la propuesta original de la Comisión, pero se introdujo en octubre de 2017 cuando se propusieron modificaciones tras revisar la redacción propuesta para los capítulos V y VI. GENERAL SECRETARIAT OF THE COUNCIL, Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction (recast), Opinion of the Consultative Working Party of Legal Services, 25/11/2016, 2016/0190 (CNS). Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/HIS/?uri=CELEX:32019R1111&qid=1670360882580> (última consulta 7 de diciembre de 2022).

Cabe señalar que era precisamente el acogimiento transfronterizo en familia extensa que en la legislación de Malta era el único supuesto al que se le aplicaba el trámite de información y no el de consulta y aprobación del art. 56 del RBIIbis.

²⁷² Conforme al artículo 12 del Reglamento 1111/2019, se considerará que el menor tiene un vínculo estrecho con un Estado miembro si: “a) dicho Estado miembro se ha convertido en el de residencia habitual del menor después de la presentación de la demanda ante el órgano jurisdiccional a que se refiere el apartado 1; b) el menor ha residido de manera habitual en dicho Estado miembro; c) el menor es nacional de dicho Estado; d) dicho Estado miembro es el de residencia habitual de uno de los titulares de la responsabilidad parental; o e) el asunto se refiere a las medidas de protección del menor ligadas a la administración, conservación o disposición de los bienes de este que se encuentran en el territorio de dicho Estado miembro”.

Cuando la autoridad de un Estado miembro esté por adoptar un acogimiento deberá llevar a cabo las medidas adecuadas para que se garanticen los derechos de la persona menor de edad²⁷³. Como parte de esas medidas, en particular en lo que se refiere al derecho al respeto a la vida privada y familiar²⁷⁴, el Reglamento contempla que, en caso de existir un vínculo estrecho del menor en cuestión con otro Estado miembro, la autoridad competente podrá acudir a dicho Estado para, además de informarle si fuese necesario, solicitar información sobre familiares o personas que eventualmente puedan resultar idóneas para acoger al menor²⁷⁵.

A fin de solventar los problemas derivados de las barreras idiomáticas entre Estados miembros, el apartado cuarto establece expresamente que todos los documentos deben ir acompañados de una traducción al idioma del Estado requerido. Lo que difiere de lo que se prevé para el resto de textos europeos.

En el inciso quinto se refuerza el carácter previo y obligatorio de la obtención de la aprobación, estableciendo que sólo se podrá ordenar o concertar el acogimiento tras haber obtenido la aprobación por parte de la autoridad competente del Estado miembro requerido.

Para responder a las demandas de los operadores de los distintos Estados miembros, el nuevo Reglamento establece un plazo de tres meses para que la autoridad requerida conteste a la solicitud de aprobación. Se indica que excepcionalmente podrá incumplirse el plazo, pero ni se especifican cuáles son las circunstancias excepcionales para ello, ni se establecen consecuencias a la

²⁷³ “With the adoption of the UNCRC, the need of granting special protection and assistance to those children who, for different reasons, could not be allowed to remain in their family environment was expressly considered. Under art. 20 of the UNRCR, States are under a duty to ensure alternative care instruments for children in need of care, such as «*foster placement, kafalah of Islamic law, adoption or if necessary placement in suitable institutions for the care of children*». Furthermore, in considering and establishing the best care solution for a vulnerable child, the States shall pay due regard to the desirability of continuity in a child’s upbringing and to the child’s ethnic, religious, cultural and linguistic background”. CARPANETO, L., op. Cit. p. 9.

²⁷⁴ Art. 8 Convenio Europeo de Derechos Humanos

²⁷⁵ Si bien en julio de 2018, documento del Consejo Europeo 2016/0190(CNS) JUSTCIV 195, 11400/18, se determinaba que la obligación de búsqueda de familiares en otro Estado miembro seguía siendo un asunto de Derecho diplomático o consular, en noviembre de ese mismo año se establece que las Autoridades Centrales facilitarán el intercambio de información sobre parientes u otras personas que puedan resultar adecuadas para cuidar del menor cuyo acogimiento sea objeto de estudio (documento del Consejo Europeo 2016/0190(CNS) JUSTCIV 292, 14784/18).

falta de respuesta transcurridos los tres meses ²⁷⁶. En los considerandos se precisa que la no obtención de respuesta en dicho plazo no podrá tenerse por una aprobación²⁷⁷. Y en ningún caso podrá el acogimiento realizarse sin aprobación.

Al igual que hacía el art. 56 del RBIIbis en su apartado 3, el inciso 7 del art. 82 remite a la regulación que haga el Estado miembro en su Derecho Nacional del procedimiento para recabar la aprobación. Sin embargo, como ya hemos señalado, en esta nueva regulación, se establecen algunos requisitos mínimos que ha de cumplir la solicitud de aprobación, como es la documentación que ha de acompañarla, el cauce que han de seguir las Autoridades Centrales, el plazo de respuesta, así como la necesidad de remitir traducción de todo. Así, queda a los Estados miembros, desarrollar expresamente en sus legislaciones el procedimiento por el que se considerará la solicitud de aprobación recibida, los requisitos que se van a exigir tanto de contenido como de procedimiento y las autoridades competentes. Se recuerda en los considerandos la jurisprudencia del TJUE al determinar que *“los Estados miembros deben establecer normas y procedimientos claros a efectos de la aprobación que debe obtenerse en virtud del presente Reglamento, de modo que se garanticen la seguridad jurídica y la celeridad”*²⁷⁸.

Por último, el inciso octavo del artículo 82 prevé la posibilidad de que los Estados miembros puedan alcanzar acuerdos entre sí para simplificar *“el procedimiento de consulta para recabar la aprobación en el marco de sus relaciones mutuas”*²⁷⁹.

²⁷⁶ El plazo se propone ampliar de los 2 meses originalmente propuestos por la Comisión a 3 en las enmiendas remitidas en octubre de 2017. Working party on civil law matters, Presidency, que propuso modificaciones tras revisar la redacción propuesta para los capítulos V y VI. Se solicitaba a su vez que se incorporase un considerando haciendo una llamada a que todas las autoridades implicadas trataran de gestionar estos asuntos más ágilmente que los 3 meses previstos. En julio de 2018, documento del Consejo de la Unión Europea 2016/0190(CNS) JUSTCIV 195, 11400/18, se confirma el plazo de 3 meses y la previsión de que únicamente en circunstancias excepcionales se pueda incumplir, aunque no se explica qué se considerará por tales.

²⁷⁷ El considerando 83 hace a su vez hincapié en que los procedimientos que establezcan los Estados miembros en sus ordenamientos nacionales deberán permitir un funcionamiento ágil y con plazos de respuesta breves.

²⁷⁸ Considerando 83 del RBIIter.

²⁷⁹ GENERAL SECRETARIAT OF THE COUNCIL, Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction (recast), Opinion of the Consultative Working Party of Legal Services, 25/11/2016, 2016/0190 (CNS). Disponible en: <https://eur->

Aunque no se recoge expresamente en ninguno de los incisos del precepto, el nuevo texto se hace eco en sus considerandos de lo establecido por el TJUE en el caso HSE, para reiterar que es necesario cursar una nueva solicitud de aprobación cuando se quiera prorrogar la duración del acogimiento para la que inicialmente se había obtenido el consentimiento²⁸⁰.

Nuestro análisis de la evolución de la regulación por la Conferencia de La Haya y la UE del acogimiento transfronterizo culmina así con lo que dispone el reciente R111/2019. En este instrumento se establece una regulación que pretende abordar las dificultades encontradas en los años de vigencia del RBIIbis y, por qué no, del CH96 en los Estados miembro de la UE. Se trata, como hemos visto en este último apartado, de una regulación mucho más detallada que aspira a no dejar lugar a interpretaciones sobre la necesidad de recabar con carácter previo al traslado el consentimiento a la adopción de la medida, así como a un mínimo común de requisitos que ha de reunir la solicitud, al tiempo que establece un único procedimiento que regirá en todos los Estados afectados. Se da así respuesta, al menos en parte, a los obstáculos identificados en el análisis de la aplicación del RBIIbis y los requerimientos al respecto.

2.2.3 La regulación española del acogimiento transfronterizo.

El acogimiento transfronterizo de una persona menor de edad es una medida de la que disponen las autoridades españolas competentes en materia de

lex.europa.eu/legal-content/EN/HIS/?uri=CELEX:32019R1111&qid=1670360882580 (última consulta 7 de diciembre de 2022).

²⁸⁰Considerando 83 RBIIter “*Teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, si la aprobación para el acogimiento se ha otorgado por un período de tiempo determinado, no debe ser de aplicación para resoluciones o convenios que prorroguen la duración del acogimiento. En tales circunstancias, se debe cursar una nueva solicitud de aprobación.*”.

protección de menores para, conforme al interés superior del niño o niña individualmente considerado, ofrecer una solución duradera de protección a sus necesidades como medida de cuidado alternativo. En este sentido, el acogimiento familiar o residencial de la persona menor de edad en otro Estado puede ser, atendiendo a las circunstancias concretas que le rodean, la medida que permita un mayor cumplimiento de sus derechos. Asimismo, España puede ser un Estado de acogida para niños/as que se encuentran en otro Estado para los que, en su interés superior, se propone un acogimiento familiar o residencial en su territorio. La casuística es variada, tanto teniendo a España como Estado requirente como requerido (de origen o de destino)²⁸¹.

La regulación del acogimiento transfronterizo en España se encuentra enmarcada, como hemos ido señalando, por los instrumentos de Derecho Internacional Privado que regulan las relaciones entre los particulares y los Estados, en concreto, el CH96 y el RBIIter²⁸². De manera subsidiaria se aplicará la Ley de Cooperación jurídica internacional (LCJI). Además de la remisión obligada a estos instrumentos, hemos de profundizar en el desarrollo que de lo establecido en ellos hace el ordenamiento jurídico español²⁸³.

Hasta 2021 no se contaba en España con una regulación específica del acogimiento transfronterizo, únicamente con un Acuerdo entre las Direcciones Generales de infancia de las distintas Comunidades Autónomas, competentes en la materia²⁸⁴. En junio 2021 se aprobó la Ley Orgánica 8/2021 de protección

²⁸¹ En el epígrafe 1.3 hemos contado cómo se ha tenido conocimiento de la casuística de la que señalaremos las principales conclusiones en el presente epígrafe.

²⁸² Sobre la relación entre el nuevo Reglamento y el CH96 en el que la autora destaca positivamente el cambio introducido respecto a RBIIbis y la clarificación que ha supuesto. CAMPUZANO DÍAZ, B., El nuevo Reglamento (UE) 2019/1111: análisis de las mejoras en las relaciones con el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 sobre responsabilidad parental, Cuadernos de Derecho Transnacional, marzo 2020, vol. 12, nº1, pp. 97-117. HeinOnline. También, aunque respecto al RBIIbis, DEHART, G.F., The Relationship Between the 1980 Child Abduction Convention and the 1996 Protection Convention, New York University Journal of International Law and Politics, 2000, Vol. 33, Issue 1, 2000, p. 83.

²⁸³ Tanto el artículo 33 del CH96 como el artículo 82 del RBIIter se remiten a los ordenamientos jurídicos de los Estados parte/ miembros en lo que se refiere al procedimiento de consulta y aprobación de una resolución de colocación/ acogimiento transfronterizo.

²⁸⁴ Tenemos conocimiento de este Acuerdo mediante los artículos escritos por ADROHER BIOSCA y HERRANZ BALLESTEROS a partir de este. Sin embargo, no es un documento público. Hicimos una consulta a través del Portal de Transparencia para poder acceder al mismo, pero la respuesta indicaba que se consideraban notas de una reunión y, por tanto, no había obligación de facilitarlas. Así lo recoge la respuesta literal recibida a través del portal de transparencia: "El Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, en su reunión plenaria de 4 de marzo de 2015, aprobó la creación de la Comisión Interautonómica de Infancia y

integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (LOPVI)²⁸⁵ que, en su Disposición Final octava inciso ocho, cumplía con el mandato del Reglamento europeo y la jurisprudencia del TJUE estableciendo los preceptos que han de regular el procedimiento de consulta y aprobación para un supuesto de acogimiento transfronterizo, modificando a tal efecto la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor (LOPJM)²⁸⁶.

A través del análisis de estos instrumentos, nos interesa estudiar respecto al acogimiento transfronterizo en y desde España qué tipo de realidades se están considerando englobadas en este, aspecto directamente relacionado con el ámbito material de aplicación de las mencionadas normas, así como lo dispuesto en el ordenamiento jurídico respecto al procedimiento de consulta y aprobación que, conforme establecen los instrumentos internacionales, corresponde a los Estados miembro/ parte regular. Así, partiendo de los acogimientos

Familia (CIIF) como grupo de trabajo de carácter permanente del Consejo, así como la delegación del Pleno del Consejo en la Comisión Delegada del mismo, de las funciones relativas a la coordinación con las Comunidades Autónomas correspondientes a las políticas sectoriales de infancia y familia, la homogeneización de los criterios técnicos y el intercambio de información en estos ámbitos, de acuerdo con lo dispuesto en el Reglamento del Consejo. Esta nueva Comisión tiene como precedente a la Comisión Interautonómica de Directores Generales de Infancia, de cuyas reuniones hay constancia desde mayo 1997. En este espacio se fomentaba la colaboración interterritorial para llegar a consensos sobre las distintas materias, en el ejercicio de las competencias correspondientes de cada administración, pero carecía de una norma específica reguladora de dicha Comisión, por lo que se hacía necesario disponer de un órgano de colaboración con las administraciones autonómicas que proporcionara una mayor seguridad jurídica, pero que también pudiera actuar con la agilidad y la autonomía necesarias. En este sentido, la Comisión Delegada del Consejo Territorial de Servicios Sociales, en su reunión del 25 de marzo de 2015 adoptó el acuerdo de ratificar las actuaciones realizadas por la Comisión Interautonómica de Infancia y Familia hasta ese momento. De todo ello se deduce que la Comisión Interautonómica de Directores Generales de Infancia fue sustituida en el año 2015 por la Comisión Interautonómica de Infancia y familia y, en ambos casos, sus deliberaciones tuvieron y tienen que ser validados por las estructuras de colaboración interadministrativa e interautonómico establecidos por la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas vigente en cada momento, en este caso mediante acuerdo del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, hasta septiembre de 2021, y posteriormente por la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia. Por tanto, los documentos que se conservan de las reuniones de colaboración con las administraciones autonómicas, anteriores a la reciente creación de estos órganos colegiados están compuesta por notas, borradores y resúmenes. Por ello, es aplicable a las mismas el contenido del artículo 18.b) de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, que establece que se inadmitirán a trámite, mediante resolución motivada, las solicitudes "Referidas a información que tenga carácter auxiliar o de apoyo como la contenida en notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas". Conforme a lo expuesto, no puede accederse a lo solicitado por el interesado".

²⁸⁵ Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, publicada en el BOE núm. 134, de 05/06/2021.

²⁸⁶ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, publicada en el BOE núm. 15, de 17/01/1996.

transfronterizos que hemos observado que se dan en España y en qué condiciones, interesa saber cómo ha evolucionado su regulación en los últimos años y si lo ha hecho conforme a la jurisprudencia y la reforma del marco comunitario, en particular.

2.2.3.1 Los acogimientos transfronterizos en y desde España: la práctica.

A continuación, recogemos las principales conclusiones que pueden abstraerse del análisis de la base de datos que elaboramos para la Dirección General de Servicios para la Familia y la Infancia en 2014. En ella se recogen de manera sistemática los 118 expedientes disponibles en dicha Dirección en su labor de enlace entre la autoridad central española, la Dirección General de Cooperación Jurídica Internacional y Relaciones con las Confesiones del Ministerio de Justicia, y las entidades de protección de menores autonómicas competentes. El período estudiado va de agosto de 2010 a junio de 2014, en el que se registraron 118 expedientes. Se trata en su mayoría (más del 96% de los casos) de niños procedentes del extranjero. De los 118 casos, 113 provienen de Estados miembros de la UE²⁸⁷. De estos, 56 provienen de la consulta de la Autoridad Central alemana y 17 de la portuguesa. Hay tres expedientes que provienen de Estados de fuera de la UE (Rusia, Suiza y Uruguay), todos parte del CH96. Se recogen 4 expedientes iniciados por autoridades españolas planteando cuestiones a otros Estados a través de la Autoridad Central española.

La edad de los niños está principalmente concentrada entre los 15 y los 17 años (51,6%), aunque hay expedientes de niños de todas las edades, incluidos recién nacidos. Los casos de los niños de más corta edad no se refieren a supuestos de traslado a territorio español para constituir un acogimiento transfronterizo, sino que son consultas respecto a niños con un vínculo con España sobre los que se valora la declaración de desamparo o la adecuación de familiares para su acogida.

²⁸⁷ Entre los 113 expedientes de dentro de la UE se encuentran 4 casos de Reino Unido, aún miembro de la UE en 2014.

Respecto a la Comunidad Autónoma a la que se dirigen los expedientes, observamos que la mayoría corresponden a Andalucía (42,3%), seguida por las Islas Baleares (15,2%) y las Islas Canarias (10,1%).

El supuesto más numeroso (47,4%) es el de expedientes referentes a niños/as alemanes/as que o bien han sido remitidos por la Autoridad Central alemana o han llegado a través de la entidad pública autonómica de protección de menores por haberles sido directamente cursados a ella. Se trata de casos de niños a los que se pretende trasladar, o ya han sido trasladados, a España para ser acogidos en familias de acogida del sistema de protección alemán que gestionan una suerte de centros de acogida en territorio español. Por un lado, llegan propuestas para la adopción de la medida de acogimiento transfronterizo bajo la figura regulada en el RBIIbis, y, por otro, aparecen casos de niños que ya han sido trasladados y acogidos en España sin cumplir con el procedimiento de consulta y aprobación establecido en el Reglamento europeo. Respecto al primer supuesto, de los que han podido recogerse, las consultas llegan acompañadas de información del niño y la propuesta de la medida, que son remitidas a las entidades autonómicas competentes para que lo valoren y soliciten la información faltante. No hay ningún caso en el que el procedimiento establecido en el artículo 56 del RBIIbis se haya seguido correctamente y la medida haya sido adoptada con el consentimiento de la entidad española competente con carácter previo al traslado. Los casos en los que se ha detectado que había un niño acogido en España bajo esta modalidad sin mediar la autoridad pública española o en los que, habiéndose hecho la consulta, se había denegado o solicitado mayor información, pero el niño había sido ya trasladado, se terminan de hecho por haber vuelto el niño a Alemania o por haber alcanzado esta la mayoría de edad. Se daba el supuesto también en el que la entidad de protección de menores autonómica comunicaba a la Dirección General del Ministerio haber aprobado una solicitud de traslado recibida directamente de la autoridad o entidad de acogida alemana. También se aceptaron medidas de acogimiento transfronterizo después de haber completado el procedimiento de consulta y aprobación, pero los niños ya habían sido trasladados a España meses antes. Los acogimientos que se han realizado se hacían al margen de dicho procedimiento obligatorio, lo que, como veremos en este trabajo, dio lugar a que la Dirección General de Servicios para la Familia y la Infancia del Ministerio

convocase una reunión para abordar esta cuestión en junio de 2012 junto a las direcciones generales de infancia autonómicas.

Encontramos también expedientes en los que el objeto de la consulta es recabar información sobre familiares del niño o el propio niño presente en territorio español. Esta herramienta de cooperación entre autoridades de los Estados parte/miembros está prevista en el CH96 y el RBIIbis para facilitar el intercambio de información y la gestión de casos, pudiendo incluso llevar a una futura propuesta de acogimiento transfronterizo si la valoración de la familia presente en España es favorable y el traslado del niño responde a su interés superior.

Cinco de estos casos están relacionados con posibles situaciones de desamparo, ya sea de niños presentes en España donde se está valorando la declaración del desamparo y al decidir la medida de protección se busca información sobre familiares en el país de origen, como de niños españoles en el extranjero sobre los que informan las autoridades extranjeras y consultan la presencia y conveniencia de que sea trasladado a España con un familiar residente aquí. Hay dos casos de sustracción internacional en los que se trata de niños de nacionalidad española que son cursados a la Autoridad Central española.

De los 118 expedientes, 20 seguían abiertos en junio de 2014 al finalizar la sistematización de los casos. De los que estaban cerrados, en 34 se podía considerar atendida la solicitud por haberse resuelto la consulta planteada. De los 65 restantes, en 4 la medida de protección había finalizado, en 24 se dejaba caer el expediente por haber regresado el niño a Alemania (15) o por haber alcanzado este la mayoría de edad (9).

De los casos en los que se autorizó la adopción de la medida de acogimiento y se produjo el traslado del niño para ser acogido a España, observamos que el plazo de respuesta de las entidades autonómicas de protección de menores iba de un mes a once, estando la media en cuatro meses. La mayoría de los casos aceptados fueron posteriores al acuerdo entre las Direcciones Generales, sobre el que nos detendremos en el siguiente epígrafe, en el que se precisaban los requisitos formales para ello y cabe señalar que los plazos se acortaron con posterioridad al mismo. De ahí, que se pueda considerar que una mayor claridad en los procedimientos y los requisitos favorecerá la agilidad del mecanismo de consulta y aprobación previsto en

el Convenio y el Reglamento, a lo que veremos que contribuye el desarrollo incorporado en el ordenamiento jurídico español.

2.2.3.2 Antecedentes.

Según lo dispuesto en el CH96 y el RBIIter, corresponde a los Estados parte/ miembros desarrollar en sus ordenamientos jurídicos el procedimiento por el que se tramitarán las consultas recibidas respecto a la adopción de una medida de acogimiento transfronterizo de una persona menor de edad que se pretenda llevar a cabo en su territorio, debiendo regular de manera suficientemente clara cuál es el procedimiento a seguir, la documentación adicional a aportar y que ha de ser valorada, así como la autoridad competente para otorgar el consentimiento necesario antes de que se emita la resolución y se produzca el traslado²⁸⁸.

En el caso español, no se produjo esta regulación hasta el año 2021, en el que se modificó la LOPJM en este sentido. El antecedente son los acuerdos entre las Direcciones Generales de infancia del Ministerio y las Comunidades Autónomas, entidades de protección de menores competentes en la materia, que se recogieron en un documento resumen. Dicho Acuerdo data de julio de 2012 y se refiere expresamente al supuesto de las personas menores de edad que estaban siendo trasladadas desde Alemania. El supuesto más numeroso, como hemos visto. Las Direcciones Generales establecían tanto cómo acordaban proceder a partir de entonces respecto a nuevas solicitudes, como una serie de actuaciones que habrían de realizarse respecto a los niños y niñas ya presentes en España.

El contexto en el que se aborda esta cuestión en la mencionada reunión es el que recoge el informe realizado por la Comisión Europea en su evaluación de la aplicación del RBIIbis, en el que se ponía de relieve el elevado número de casos de niños y niñas alemanes que estaban siendo trasladados a otros países

²⁸⁸ En España la Autoridad Central de ambos instrumentos es el Ministerio de Justicia (Dirección General de Cooperación Jurídica Internacional y Relaciones con las Confesiones), a quien corresponde canalizar las solicitudes que se producen en esta materia. La competencia en materia de protección de menores, sin embargo, la ostentan las Comunidades Autónomas.

Europeos bajo la medida de educación intensiva contemplada en el ordenamiento alemán²⁸⁹. Se destacaba que estos traslados se producían antes de obtener el consentimiento de la autoridad competente del país de acogida, así como la necesidad de estudiar con detenimiento la naturaleza de la medida en sí, ya que se les denominaba informalmente como “campamentos de niños malcriados”. De esta forma, se habían dado casos en España en los que, por distintos medios, las Direcciones Generales se encontraban ante personas menores de edad sin un referente familiar de las que no tenían constancia que se encontrasen acogidas en su territorio. La modalidad de acogimiento también revierte ciertos grises, ya que se trata principalmente de un supuesto acogimiento familiar en el que una pareja, en la que al menos uno de ellos es de origen alemán, acoge en su casa a varias personas menores de edad. Mediante la elaboración de la base de datos de los casos registrados por España y su análisis podemos confirmar esta realidad.

En el documento resumen de los acuerdos alcanzados durante la Comisión Interautonómica de Directores Generales de Infancia de 17 de julio de 2012, como tercer punto de la reunión figura la “Estancia de Menores alemanes en nuestro país, con medida de protección. Aplicación del Reglamento 2201/2003 del

²⁸⁹ El mayor número de casos de desplazamientos de niños alemanes tiene como destino España, CARPANETO, L., Op. Cit. pp. 51-55..

Sobre la existencia de estos supuestos, incluso con anterioridad al RBilbis, y las estadísticas se puede leer DUTTA, A. y SCHULZ, A., First Cornerstones of the EU Rules on Cross-Border Child Cases: The Jurisprudence of the Court of Justice of the European Union on the Brussels IIa Regulation from C to Health Service Executive, *Journal of Private International Law*, Vol. 10 Issue 1, 2014, p. 36. Disponible en: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.5235/17441048.10.1.1> (última consulta 7 de diciembre de 2022).

Sobre la medida alemana de educación intensiva encontramos los siguientes artículos: ROITH, C. y BAHR, D., “La integración social de jóvenes alemanes con problemas mediante actividades deportivas en el concepto pedagógico de la Asociación Neue Horizonte”. II Congreso Nacional de Sensibilización al Estigma Social en Salud Mental y III Congreso Internacional de Actividad Física y Deporte Adaptado: libro de actas / coord. por Adolfo J. Cangas, José Gallego Antonio, Noelia Navarro Gómez, Vol. 2, 2014. Disponible en: <https://w3.ual.es/~chroith/pdf/Integra.pdf> (última consulta 7 de diciembre de 2022). TUDELA SÁNCHEZ, M., Experiencia de convivencia de larga duración con menores tutelados alemanes en España, *Revista de Educación Social (RES)* Núm. 27, Julio-Diciembre de 2018. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6669624> <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6669624> (última consulta 7 de diciembre de 2022). ELÍAS MÉNDEZ, C., “La protección de los menores de edad en Alemania desde una perspectiva constitucional”, *Revista Estudios Políticos* núm. 131, 2001. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=27644> (última consulta 7 diciembre de 2022). SEIDENSTUCKER, B. y MUTKE, B., Servicios sociales para menores en Alemania, *Alternativas: Cuadernos de trabajo social*, nº 8, 2000, págs. 19-41. DETHLOFF, N., Parental Rights and Responsibilities in Germany, *Family Law Quarterly*, vol. 39, no. 2, Summer 2005, pp. 315-338. HeinOnline.

Consejo de la Unión Europea”. Enmarcándolo en la necesidad de atenerse tanto al art. 56 del RIIbis como a la STJUE de 2012, recuerda dos requisitos que fueron reafirmados por el TJUE en dicha sentencia: la obtención del consentimiento previa al traslado de la persona menor de edad y la necesidad de declarar ejecutiva la resolución en el Estado de acogida²⁹⁰. Dispuesto esto, se recogen los acuerdos alcanzados respecto a las dos cuestiones mencionadas, cómo proceder respecto a las nuevas solicitudes de desplazamiento y cómo respecto a los niños y niñas que ya se encuentran en España.

En primer lugar, se acuerda reiterar a las autoridades alemanas competentes que el traslado de las personas menores de edad no podrá realizarse hasta haber obtenido la aprobación de la entidad pública de protección de menores de la Comunidad Autónoma de destino²⁹¹. Se prevé así, comunicar expresamente al Estado alemán que en España el consentimiento de la autoridad pública es necesario y, por tanto, tal y como establecía el art. 56 del RIIbis, debe seguirse el procedimiento en él establecido²⁹². Asimismo, se procede a identificar claramente a la autoridad competente para valorar la consulta y conceder o no la aprobación. No se menciona a la Autoridad Central española específicamente para llevar a cabo las funciones que le corresponden como consecuencia de los acuerdos, como es remitir a la Autoridad Central alemana los requisitos de información adicional.

Podemos observar efectivamente que se produce este cambio en el proceder de las entidades públicas de protección autonómicas, ya que, como

²⁹⁰ A partir de los acuerdos alcanzados sobre los casos de los niños enviados desde Alemania para ser acogidos en España, : “(...la autoridad central española comunicó en 2016 y 2017 a la autoridad central alemana, en un proceso de colaboración entre autoridades centrales abierto en el seno de la RJE-civil, cuál era el procedimiento que debía seguirse en España para la aplicación del art. 56 del Reglamento 2201/2003, teniendo en cuenta que la competencia en materia de protección de menores la ostentan las comunidades autónomas en España, correspondiendo a las administraciones autonómicas competentes, en cada caso, la aprobación previa de dichos acogimientos.” FORCADA MIRANDA, F.J. (2020) p. 493.

²⁹¹ “Reiterar a las autoridades competentes alemanas la exigencia de que no se produzca el desplazamiento de los menores hasta que no haya tenido lugar la aprobación previa por parte de la Entidad Pública de Protección de Menores de la correspondiente Comunidad Autónoma” Documento resumen de los acuerdos alcanzados por las direcciones generales.

²⁹² Recordemos que el art. 56 del RIIbis diferenciaba entre dos supuestos según si era necesaria en el ordenamiento jurídico del Estado de destino la intervención de la autoridad pública para el acogimiento de personas menores de edad o no. En el primer supuesto, habría de atenderse al procedimiento de consulta y aprobación establecido en el art. 56.1, y, en el segundo, simplemente habría de informarse al Estado de destino, conforme al inciso 4 del mismo precepto.

figura en la base de datos del Ministerio, encontramos en los expedientes que a partir de este Acuerdo se responde sistemáticamente a la autoridad alemana solicitante que ha de seguirse el procedimiento establecido en el art. 56 del RBIIbis, recalcando el requisito de obtener el consentimiento con carácter previo a la adopción de la medida y del traslado, en todo caso.

Ante las nuevas solicitudes de aprobación de desplazamiento realizadas por las autoridades alemanas, se acuerdan otros cinco puntos referentes al procedimiento de consulta y aprobación que requiere el Reglamento. Como ha sido señalado, a diferencia del CH96, el RBIIbis no disponía qué documentación debía ser remitida al Estado requerido, por lo que correspondía a los Estados miembros establecerlo. Al respecto, la Comisión Interautonómica acordó que se requeriría:

- *“Nombre, apellido y fecha de nacimiento.*
- *Régimen de patria potestad o tutela que le es de aplicación.*
- *Tiempo de permanencia en España, especificando la fecha de entrada y salida²⁹³.*
- *Motivo que justifica la permanencia de la persona menor en España.*
- *Institución bajo cuya responsabilidad se encuentra la persona menor en España, y que tiene asumida su guarda legal.*
- *Proyecto personal y/o ocupación.*
- *Documento de que dispone la persona menor y que acredite su estancia legal en España, (pasaporte o documento nacional válido y en vigor, cuando permaneciera en territorio español por un periodo inferior a tres meses o certificado de registro como residente comunitario acreditativo de su inscripción en el Registro Central de Extranjeros, en el caso de que su permanencia en este territorio fuera superior a tres meses).*
- *Entidad alemana responsable del menor.*
- *Certificado acreditativo de que la madre, padre o representante legal de la persona menor han dado su autorización para que la misma viaje y*

²⁹³ Del estudio de los expedientes disponibles se observa que este era uno de los aspectos que producían mayor retraso en la gestión del caso, ya que no solía incluirse la fecha de fin del desplazamiento en las consultas y que, cuando era requerida la información, la respuesta de la autoridad alemana señalaba que la persona ya era mayor de edad o ya había abandonado España.

permanezca en España bajo la guarda legal de la institución responsable.

- *Domicilio donde va a residir el menor.*
- *Documentación dónde consten los apoyos terapéuticos y educativos que va a recibir el menor”.*

Una vez expuesta la documentación que se requeriría a partir de entonces, se establecen otros tres puntos respecto al procedimiento de consulta. Los dos primeros son requisitos: la aprobación del desplazamiento por parte de la Comunidad Autónoma que se pretende que acoja al niño o la niña para que se dicte la resolución en el extranjero, y la declaración de ejecutoriedad de la resolución extranjera en Alemania como requisito previo a su ejecución. Finalmente, una vez sea positivo el reconocimiento, se podrá producir el desplazamiento de la persona menor de edad.

Respecto a “los menores que ya se encuentran en nuestro país” disponen las directoras generales que llevarán a cabo las siguientes actuaciones:

- *“Identificar la situación de los menores que se encuentran en cada Comunidad Autónoma, comprobando y completando la información que ha facilitado la Autoridad Central alemana sobre los mismos*
- *En el ámbito de la Comunidad, inspeccionar y controlar los distintos tipos de “casas” o acogimientos familiares destinados a acoger a estos menores, así como revisión de las licencias de apertura, y demás requisitos administrativos para este tipo de centros.*
- *Comprobación de la situación de escolarización del menor.*
- *Información por parte de las Comunidades Autónomas a las Fiscalías de menores de la situación de estos menores en el ámbito de su Comunidad, así como de las actuaciones llevadas a cabo”.*

Desconocemos si se llevó a cabo lo acordado en este último punto, sería interesante conocer la información obtenida de las actuaciones previstas respecto a las personas menores de edad ya presentes en España al tiempo del acuerdo.

2.2.3.2 Regulación vigente.

Como hemos indicado, la regulación vigente del acogimiento transfronterizo en el ordenamiento jurídico español en lo que se refiere al mecanismo de consulta y aprobación requerido por los instrumentos de DIPR, se introdujo en la LOPJM mediante la LOPIVI. Así, señala el Preámbulo de esta ley en su punto II, se pretende dar cumplimiento a las obligaciones derivadas de Convenios internacionales (CH96 y RBIIter).

La Disposición Final Octava de la LOPIVI, por la que se modifica la LOPJM, en su inciso Ocho introduce tres preceptos que regulan, tanto el procedimiento de tramitación de las consultas de acogimiento transfronterizo recibidas, incluyendo lo referente a la documentación requerida, el proceso de valoración y eventual aprobación por parte de la autoridad española competente, como el procedimiento a seguir para emitir una consulta cuando el acogimiento sea propuesto por una autoridad española para ser cumplido en otro Estado. En este último supuesto, adicionalmente habrá que atenerse a la regulación que el Estado de destino haya hecho de este procedimiento a partir de lo dispuesto en el CH96 y el RBIIter.

Los tres preceptos de la LOPJM que desarrollan lo dispuesto por los instrumentos de DIPR sobre el acogimiento transfronterizo son:

«Artículo 20 ter. Tramitación de las solicitudes de acogimiento transfronterizo de personas menores de edad en España remitidas por un Estado miembro de la Unión Europea o por un Estado parte del Convenio de La Haya de 1996.

1. El Ministerio de Justicia, en su calidad de Autoridad Central Española, será la autoridad competente para recibir las solicitudes de acogimiento transfronterizo de personas menores de edad procedentes de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte del Convenio de La Haya de 1996. Dichas solicitudes deberán ser remitidas por la Autoridad Central del Estado requirente al objeto de obtener la preceptiva autorización de las autoridades

españolas competentes con carácter previo a que se pueda producir el acogimiento.

2. Las solicitudes de acogimiento deberán realizarse por escrito y acompañarse de los documentos que la Autoridad Central española requiera para valorar la idoneidad de la medida en beneficio de la persona menor de edad y la aptitud del establecimiento o familia para llevar a cabo dicho acogimiento. En todo caso, además de la requerida por la normativa internacional aplicable, deberá aportarse un informe sobre el niño, niña o adolescente, los motivos de su propuesta de acogimiento, la modalidad de acogimiento, la duración del mismo y cómo se prevé hacer seguimiento de la medida.

3. Recibida la solicitud de acogimiento transfronterizo, la Autoridad Central española comprobará que la solicitud reúne el contenido y los requisitos según lo previsto en el apartado anterior y la transmitirá a la Administración autonómica competente para su aprobación.

4. La Administración autonómica competente, una vez evaluada la solicitud, remitirá su decisión a la Autoridad Central española que la hará llegar a la Autoridad Central del Estado requirente. Únicamente en caso de ser favorable, las autoridades competentes de dicho Estado dictarán una resolución que ordene el acogimiento en España, notificarán a todas las partes interesadas y solicitarán su reconocimiento y ejecución en España directamente ante el Juzgado o Tribunal español territorialmente competente.

5. El plazo máximo para la tramitación y respuesta de la solicitud será de tres meses.

6. Las solicitudes de acogimiento y sus documentos adjuntos deberán acompañarse de una traducción legalizada en español.»

Nueve. Se añade un artículo 20 quater con el siguiente contenido:

«Artículo 20 quater. Motivos de denegación de las solicitudes de acogimiento transfronterizo de personas menores de edad en España.

1. La Autoridad Central española rechazará las solicitudes de acogimiento transfronterizo cuando:

a) *El objeto o finalidad de la solicitud de acogimiento no garantice el interés superior de la persona menor de edad para lo cual se tendrá especialmente en cuenta la existencia de vínculos con España.*

b) *La solicitud no reúna los requisitos exigidos para su tramitación. En este caso, se devolverá a la Autoridad Central requirente indicando los motivos concretos de la devolución con el fin de que pueda subsanarlos.*

c) *Se solicite el desplazamiento de una persona menor de edad incurso en un procedimiento penal o sancionador o que haya sido condenada o sancionada por la comisión de cualquier ilícito penal o administrativo.*

d) *No se haya respetado el derecho fundamental de la persona menor de edad a ser oída y escuchada, así como a mantener contactos con sus progenitores o representantes legales, salvo si ello es contrario a su superior interés.»*

Diez. Se añade un nuevo artículo 20 quinquies con el siguiente contenido:

«Artículo 20 quinquies. Del procedimiento para la transmisión de las solicitudes de acogimiento transfronterizo de personas menores de edad desde España a otro Estado miembro de la Unión Europea o a un Estado parte del Convenio de La Haya de 1996.

1. Las solicitudes de acogimiento transfronterizo que soliciten las Autoridades competentes en materia de protección de personas menores de edad se remitirán por escrito a la Autoridad Central española, que las transmitirá a las autoridades competentes del Estado miembro requerido para su tramitación.

2. La tramitación y aprobación de dichas solicitudes se regirá por el Derecho Nacional del Estado miembro requerido.

3. La Autoridad Central española remitirá la decisión del acogimiento requerido a la Autoridad solicitante.

4. Las solicitudes de acogimiento y los documentos adjuntos que se dirijan a una autoridad extranjera deberán acompañarse de una traducción a una lengua oficial del Estado requerido o aceptada por este.»

El proyecto de ley de la LOPIVI que fue enviado al Congreso de los Diputados incorporaba la regulación del procedimiento para la *“Tramitación de las solicitudes de acogimiento transfronterizo de personas menores de edad en España remitidas por un Estado miembro de la Unión Europea o por un Estado parte del Convenio de la Haya de 1996”* introduciendo en la LOPJM, los artículos 20.ter a quinquies. Sobre este texto se incorporó una enmienda presentada en el Senado por el grupo parlamentario de la izquierda confederada que precisaba algunos aspectos adicionales a la propuesta inicial que, o bien recogían lo dispuesto en el Reglamento europeo o ampliaban la regulación de ciertos detalles que señalaremos a lo largo de nuestro análisis.

1. Solicitudes de acogimiento transfronterizo en España.

En los dos primeros preceptos, de los tres introducidos, se regula el supuesto en que se pretende que el Estado de acogida sea España. La solicitud es emitida por los Estados parte o miembros del CH96 o el RBIIter respectivamente y recibida por la Autoridad Central española. Esta regulación aborda las características del procedimiento de consulta y aprobación, incluyendo la documentación requerida, el papel de las autoridades implicadas, así como las causas para la denegación de la solicitud.

a) Las características del procedimiento.

- Se establece el carácter preceptivo del procedimiento de consulta en todo caso. No se prevén en esta norma supuestos que estén exentos del procedimiento. En el caso del RBIIter, se excluyen expresamente los acogimientos transfronterizos por progenitores y se abre la posibilidad a que los Estados miembros puedan ampliar esta exención a los acogimientos en familia extensa. En el caso de España, en la

información que se ha remitido al Parlamento Europeo se establece expresamente que no hay excepciones adicionales a la regla general²⁹⁴. En el Derecho español esta previsión no tiene equivalente, ya que en todo caso se prevé la intervención de la autoridad pública, tanto para la valoración de la situación de desamparo que supone la separación de la familia de origen como la de la adopción de una medida de acogimiento familiar o residencial. En el caso de optar por el acogimiento familiar, solución que ha de priorizarse, se produce la valoración de la familia de acogida, tanto si es familia extensa del niño/a como si es una familia ajena a este²⁹⁵. La excepción prevista en el RBIIter que excusa del procedimiento de consulta y aprobación a los acogimientos con responsables parentales, así como la posibilidad que deja a los Estados miembros de incluir otras excepciones para familia extensa, como hemos señalado, plantea dudas en cuanto a cómo se hace la valoración de que las personas en cuestión están en condiciones de acoger al niño o el seguimiento de la medida²⁹⁶.

- Se establece, tal y como disponen tanto el CH96 como el RBIIter, que el consentimiento de la autoridad competente española debe obtenerse antes de adoptar la resolución y proceder al traslado. Pareciera que se busque recalcar recogiendo en la ley, quizás por el histórico de casos en los que se han realizado traslados antes de obtener respuesta o sin haber recibido consulta alguna.
- La documentación que debe acompañar a la propuesta, “además de la exigida por el CH96 y el RBIIter”:
 - Un informe sobre el niño, que realmente ya se solicita en estas normas internacionales.

²⁹⁴ La información está disponible en el portal europeo de justicia: https://e-justice.europa.eu/37133/ES/crossborder_placement_of_a_child_including_foster_family (última consulta realizada el 13 de febrero 2022).

²⁹⁵ Apoyan el borrador de RBIIter en lo referente al objetivo de ampliar el acogimiento transfronterizo con familia extensa, que beneficiaría a la infancia migrante y/o refugiada. CORNELOUP, S., op. Cit. p. 87.

²⁹⁶ Véase epígrafe 2.2.2.2 apartado 2.

- Los motivos para hacer la propuesta de medida.
- La modalidad de acogimiento.
- La duración de la medida, aspecto importante que ya se incorporaba en el Acuerdo entre Direcciones Generales, ya que, como hemos visto al analizar la casuística, los traslados realizados sin consulta se planteaban de manera indefinida.
- Una traducción legalizada en español de la solicitud y la documentación anexa, novedad del RBIIter que pretende simplificar los procesos y reducir los plazos.

En el proceso de enmiendas del Senado se incluyeron tres precisiones respecto al procedimiento relevantes:

- La necesidad de que en la propuesta se incluya la explicación de cómo se prevé hacer seguimiento de la medida. Tal y como se fundamenta en la propia enmienda, se pretende así que el procedimiento sea más garantista permitiendo un mejor conocimiento más completo del supuesto en particular, así como una coordinación con las autoridades extranjeras.
- La necesidad de notificar a todas las partes, entre las que se encuentra la propia persona menor de edad.
- El plazo máximo de 3 meses para responder a la solicitud conforme establece el RBIIter. Se da respuesta así a una de las cuestiones que surgió respecto al acogimiento transfronterizo en la evaluación y revisión del Reglamento Bruselas IIbis, la dilación en el tiempo del procedimiento de consulta y aprobación, que perjudicaba a los niños y niñas que estaban pendientes de la adopción de la medida.

Una vez obtenido el consentimiento, las autoridades competentes del Estado requirente dictarán la resolución y *“solicitarán su reconocimiento y ejecución en España directamente ante el Juzgado o Tribunal español territorialmente competente”*. No necesitarán solicitarlo las resoluciones de autoridades europeas puesto que las resoluciones que fueren ejecutivas en un

Estado miembro lo son en otro Estado miembro sin necesidad de declaración de fuerza ejecutiva²⁹⁷.

b) Las autoridades implicadas y su papel en el procedimiento.

Cumpliendo con lo dispuesto por los instrumentos de DIPR respecto a que debe haber claridad en el funcionamiento del procedimiento interno, especialmente en lo que se refiere a los requisitos y las autoridades competentes, estos preceptos recogen lo que corresponde a la Autoridad Central y las Entidades de Protección de Menores respectivamente.

El Preámbulo de la LOPIVI, al referirse a la modificación de la LOPJM para introducir la regulación del acogimiento transfronterizo, establece que:

“La Autoridad Central Española debe garantizar el cumplimiento en estos casos de los derechos del niño y asegurarse que la medida de protección que se pretende ejecutar en España proteja su interés superior”.

En tanto la Autoridad Central tiene un papel de enlace, parece que este marco que indica la ley respecto a la responsabilidad de garantizar los derechos de la infancia se refiere a todas las autoridades implicadas.

Según dispone la LOPJM, la Autoridad Central española, la Dirección General de Cooperación Jurídica Internacional y Relaciones con las Confesiones del Ministerio de Justicia, actúa como enlace entre la Autoridad Central extranjera y las autoridades competentes. Las Entidades de Protección de Menores autonómicas son quienes ostentan la competencia en materia de protección de la infancia y la adolescencia. Sin embargo, en la práctica, sabemos que hay un actor adicional que hace de enlace entre estos dos, la Dirección General de Derechos de la Infancia y la Adolescencia del Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030²⁹⁸.

²⁹⁷ Artículo 34.1 RBIIter.

²⁹⁸ No se menciona a la Dirección General de Infancia y Adolescencia del Ministerio de Derechos sociales, autoridad en el ámbito nacional en materia de derechos de infancia que ha venido

Corresponde así a la Autoridad Central centralizar y canalizar los trámites internacionales. Esto es, la solicitud debe dirigirse a esta, que será la encargada de comprobar que cumple los requisitos formales y la remitirá a la autoridad competente para que la valore y emita una decisión. Asimismo, una vez haya recibido la respuesta, afirmativa o negativa, de la autoridad competente la remitirá a la autoridad extranjera.

La Autoridad Central puede requerir otra documentación adicional a la establecida “*para valorar la idoneidad... y la aptitud del establecimiento o familia...*” que, por corresponderle a esta un papel de enlace, se entiende que responderá a una petición de la Entidad Pública de Protección de Menores de la Comunidad Autónoma.

Se sigue sin contemplar, para este caso concreto, la comunicación directa de la autoridad extranjera con la española, como sí ocurre en el caso de la restitución de menores, por ejemplo.

Las Entidades de Protección de Menores autonómicas al recibir la solicitud, deberán valorarla y emitir una decisión. La motivación de la propuesta debe acompañar a la solicitud del órgano extranjero, por lo que la autoridad española debería centrarse en evaluar la procedencia del traslado, en particular, la existencia del vínculo con el país para que efectivamente responda al interés superior del niño en el caso concreto²⁹⁹.

La valoración de la medida incluirá la de la modalidad de acogimiento y de la idoneidad de familia de acogida o el establecimiento. Quizás esta mención expresa en el ordenamiento español a la valoración de la aptitud del establecimiento o familia, se ha considerado una aclaración necesaria, especialmente teniendo en cuenta la casuística que se ha observado en España donde los niños aparecían acogidos al margen del sistema público de protección de menores. En este sentido, ya el Abogado General Kokott en el asunto HSE

desarrollando la función de enlace entre el Ministerio de Justicia y las entidades de protección autonómicas competentes en la materia.

²⁹⁹ En un epígrafe posterior expondremos cómo debe llevarse a cabo la evaluación y determinación del interés superior conforme a la legislación española, 2.2.3.3. apartado 3.

señalaba que las autoridades del Estado de destino conocerán mejor los centros residenciales en su propio territorio, por lo que deben participar en su valoración y elección³⁰⁰.

La LOPJM regula una modalidad de acogimiento residencial, introducida en la reforma de 2015, consistente en el internamiento en centros específicos para menores con problemas de conducta³⁰¹. Nos detenemos brevemente en esta modalidad por encontrar similitudes con la medida bajo la que los niños alemanes son trasladados a España. Esta medida denominada *acogimiento educativo*, es expresamente mencionada por el RBIIter en su Considerando 11 como incluida dentro de su ámbito material de aplicación³⁰².

Se incorpora esta regulación a través de Ley Orgánica porque, a diferencia de los centros de protección, en estos centros se prevé la posibilidad de adoptar medidas de seguridad y de restricción de libertades o derechos fundamentales de las personas menores de edad. La LOPJM establece el siguiente concepto de “menores con problemas de conducta”³⁰³:

³⁰⁰ Párrafo 38 de la Opinión del Abogado General Kokott en el asunto HSE.

³⁰¹ Se regulan en el Capítulo IV del Título II (artículos 25 a 35) de la LOPJM, introducido por el apartado seis del artículo primero de la L.O. 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Estas normas específicas se aplicarán además de lo establecido en el art. 21 LOPJM respecto al acogimiento residencial, ya que se trata de centros que forman parte del sistema de protección. Adicionalmente, se introdujo por la LOPIVI el artículo 21.ter sobre las medidas para garantizar la convivencia y la seguridad en los centros de protección a la infancia y la adolescencia.

³⁰² El ámbito material de aplicación del Reglamento, como hemos visto en el epígrafe 2.2.2, son las medidas de responsabilidad parental. Se excluyen expresamente la adopción y las medidas como respuesta a una infracción penal. Respecto a las incluidas se enumeran ejemplos sin carácter exhaustivo, entre las que se encuentra el acogimiento. Recogiendo lo señalado por el TJUE en su sentencia del caso HSE, el nuevo Reglamento precisa en sus considerandos que se incluye el acogimiento en régimen cerrado que no derive de una infracción penal. Asimismo, se hace referencia expresa a los “acogimientos educativos” que, durante la revisión de la aplicación práctica del RBIIbis, se evidenciaron como el caso más numeroso con origen en Alemania. Así, el considerando 11 del RBIIter establece: “*Por consiguiente, también se deben incluir los «acogimientos educativos» ordenados por un órgano jurisdiccional o concertados por una autoridad competente con el acuerdo de los progenitores del menor o a petición de estos como consecuencia de un comportamiento anómalo del menor. Únicamente deben quedar excluidos los casos en que el acogimiento, ya sea educativo o punitivo, haya sido ordenado o concertado como consecuencia de un acto del menor que, de haber sido cometido por un adulto, podría ser constitutivo de delito con arreglo al Derecho penal nacional, con independencia de si en este caso concreto puede conducir a una condena*”.

³⁰³ Art. 25.1 LOPJM.

“menores que estén en situación de guarda o tutela de la Entidad Pública, diagnosticados con problemas de conducta, que presenten conductas disruptivas o disociales recurrentes, transgresoras de las normas sociales y los derechos de terceros, cuando además así esté justificado por sus necesidades de protección y determinado por una valoración psicosocial especializada”.

Este tipo de medida será de último recurso y por una duración determinada conforme a las necesidades específicas del niño. La finalidad que se persigue, como parece señalarse en el caso de la medida alemana, es educativa. En particular, la ley establece que el internamiento en un centro de estas características³⁰⁴:

“tendrá como finalidad proporcional al menor un marco adecuado para su educación, la normalización de su conducta, su reintegración familiar cuando sea posible y el libre y armónico desarrollo de su personalidad, en un contexto estructurado y con programas específicos en el marco de un proyecto educativo”.

El aspecto que más nos interesa es el requisito de autorización judicial para el internamiento en uno de estos centros, ya que la reflexión que queremos promover es la de cómo deberían proceder las autoridades españolas consultadas por una autoridad extranjera para llevar a cabo, en el interés superior del niño, un acogimiento en un centro específico para menores con problemas de conducta español³⁰⁵. Entendemos que por estar dentro del ámbito de aplicación material de las normas de Derecho Internacional Privado que regulan el acogimiento transfronterizo, el mecanismo de consulta y aprobación es el mismo. La cuestión que surge es si la valoración de la medida que ha de hacer la autoridad española competente debe realizarse a la luz de lo que la LOPJM establece respecto a estos centros. Nos inclinamos por considerar que una resolución extranjera por la que se constituye una

³⁰⁴ Art. 25.2 LOPJM.

³⁰⁵ La LOPJM regula los distintos aspectos de esta modalidad de acogimiento residencial, aparte del requisito de autorización judicial para el internamiento, como pueden ser las medidas de seguridad que pueden adoptarse y las condiciones en las que puede hacerse, o el seguimiento de la medida por parte de la entidad pública de protección de menores, que debe remitir un informe al respecto cada tres meses a la autoridad judicial. La supervisión de los centros corresponde al Ministerio Fiscal, y podrá ser realizada también por el Defensor del Pueblo. Sobre estos centros puede leerse en profundidad en el libro LÁZARO GONZÁLEZ, I.E. y LEGAZ CERVANTES, F. (Dirs.) y SALINAS ÍÑIGO, A.M. y MAYORAL NARROS, I.V. (Coords.), *Los centros de protección específicos de menores con problemas de conducta*, Ed. Thomson Reuters- Aranzadi, Pamplona, 2021.

medida de acogimiento en un centro en el que se contempla la restricción de derechos fundamentales por una autoridad no judicial sería contraria al Orden Público español, teniendo en cuenta el interés superior del niño³⁰⁶.

c) Los motivos de denegación de la solicitud.

Bajo la rúbrica “Motivos de denegación de las solicitudes de acogimiento de personas menores de edad en España”, el precepto 20. quater establece cuatro supuestos de diversa naturaleza en los que la Autoridad Central rechazará una solicitud de este tipo.

»a) El objeto o finalidad de la solicitud de acogimiento no garantice el interés superior de la persona menor de edad para lo cual se tendrá especialmente en cuenta la existencia de vínculos con España.

b) La solicitud no reúna los requisitos exigidos para su tramitación. En este caso, se devolverá a la Autoridad Central requirente indicando los motivos concretos de la devolución con el fin de que pueda subsanarlos.

c) Se solicite el desplazamiento de una persona menor de edad incurso en un procedimiento penal o sancionador o que haya sido condenada o sancionada por la comisión de cualquier ilícito penal o administrativo.

d) No se haya respetado el derecho fundamental de la persona menor de edad a ser oída y escuchada, así como a mantener contactos con sus progenitores o representantes legales, salvo si ello es contrario a su superior interés.»

El más previsible es el referente a que la solicitud no reúna los requisitos exigidos para su tramitación, en el que la Autoridad Central lo remitirá a la autoridad requirente para que pueda subsanar los defectos de forma. En el

³⁰⁶ En esta misma línea de investigación, consideramos que sería necesario profundizar en particular en la figura bajo la cual se establecen en España familias o centros de acogida alemanes, especialmente si actúan como los centros específicos aquí expuestos, y si, como pareciera, se encuentran al margen del sistema público de protección de menores.

proyecto de ley no se mencionaba expresamente que la devolución a la Autoridad Central requirente tenía como objetivo dar la oportunidad de subsanar los requisitos no cumplidos inicialmente, se introdujo en una enmienda en el Senado.

Encontramos, además, dos supuestos que son también causas de denegación del reconocimiento y ejecución en los instrumentos de DIPR, el que sea una resolución contraria al interés superior del niño integrado, como veremos, en el Orden Público, o que se haya adoptado sin respetar el derecho del niño/a a ser escuchado/a.

El supuesto específico que se refiere a que la medida no responda al interés superior del niño, teniendo especialmente en cuenta el vínculo entre el niño y España, en tanto que el interés superior del niño es parte del Orden Público español, también sería una posible causa de denegación del reconocimiento. No se menciona cómo se va a valorar la existencia de ese vínculo. Habría que remitirse a los preceptos de la LOPJM referentes al interés superior del niño.

En el mismo inciso que se refiere a que el niño no haya tenido la posibilidad de ser escuchado, el precepto establece que una posible causa de denegación de la solicitud sería que no se permita al niño *“mantener contactos con sus progenitores o representantes legales, salvo si ello es contrario a su superior interés”*. Se alude así al derecho del niño a la vida privada y familiar que se establece en el art. 19 de la CNUDN y que en los considerandos del Reglamento se señala como uno de los derechos a ser respetado en procedimientos de acogimiento transfronterizo.

El tercer tipo de motivo de denegación de la solicitud hace referencia a que la resolución verse sobre una materia expresamente excluida del ámbito de aplicación de estos instrumentos, medidas ante infracciones penales cometidas por personas menores de edad.

Los preceptos referentes al acogimiento transfronterizo establecen que la entidad de protección de menores del territorio donde se pretende que sea acogido el niño/a debe valorar la idoneidad de la medida propuesta y la aptitud del

establecimiento o familia de acogida. Cómo debe llevarse a cabo esa valoración no se recoge en estos preceptos, sino que hay que remitirse a la legislación estatal de protección a la infancia y la adolescencia y a la norma autonómica correspondiente³⁰⁷.

2. Solicitudes de acogimiento transfronterizo emitidas desde España a otro Estado.

Por lo que respecta a las solicitudes que emiten autoridades españolas para que una persona menor de edad sea acogida en otro Estado miembro o en un Estado parte del CH96, se establece que serán igualmente canalizadas por la Autoridad Central tanto para hacerlas llegar a las autoridades competentes requeridas como para obtener la respuesta dada por estas. Más allá de estos aspectos y la necesidad de que se acompañen las solicitudes de traducción a la lengua oficial aceptada, al igual que hacen los instrumentos de DIPR, la LOPJM establece una remisión expresa al Derecho nacional del Estado requerido en cada caso.

A la fecha de cierre de este trabajo de investigación, 14 países de la UE han informado a la Comisión Europea de sus legislaciones nacionales respecto al procedimiento de consulta y aprobación para las resoluciones sobre acogimiento transfronterizo³⁰⁸.

Los aspectos que nos interesan especialmente son: las modalidades de acogimiento que se excluyen en cada Estado miembro, las autoridades

³⁰⁷ La competencia en materia de protección de menores está transferida a las Comunidades Autónomas que, partiendo del marco estatal de la Ley Orgánica, han desarrollado sus normas autonómicas.

³⁰⁸ A fecha 27 de febrero de 2022 los siguientes Estados miembros habían remitido a la Comisión la información relativa a sus ordenamientos: España, Malta, Croacia, Reino Unido (Inglaterra y Gales, Escocia, Irlanda del Norte y Gibraltar)- con la precisión de que sólo se aplicará a los casos ya abiertos y hasta finales de 2022-, Alemania, Portugal, Polonia, Italia, Chequia, Francia, Letonia, Austria, Suecia y Eslovaquia. Faltan: Irlanda, Bélgica, Bulgaria, Estonia, Grecia, Chipre, Lituania, Luxemburgo, Hungría, Países Bajos, Rumanía, Eslovenia, Finlandia. Disponible en: https://e-justice.europa.eu/37133/ES/crossborder_placement_of_a_child_including_foster_family?GIBRAL_TAR&member=1

competentes para valorar la propuesta y emitir la autorización, y la previsión sobre la valoración de la idoneidad del centro o familia de acogida.

a) Modalidades de acogimiento excluidas.

En el CH96 no se prevén supuestos que estén exentos de la autorización de las autoridades del Estado parte requerido. Sin embargo, en el RBIIter se excluye del requisito del procedimiento de consulta y aprobación a los acogimientos transfronterizos con los propios progenitores del niño/a y se deja a los Estados miembros la posibilidad de incluir más excepciones para parientes cercanos. Dichas excepciones deben ser comunicadas a la Comisión para evitar que se produzcan retrasos innecesarios para averiguar si es necesario o no seguir el procedimiento, como ocurrió durante la implementación del RBIIbis.

Entre los Estados miembros que excluyen expresamente de este requisito los acogimientos transfronterizos con los progenitores del niño/a, encontramos a Suecia, Francia e Italia. Hasta el momento, dos Estados miembros han hecho uso de la posibilidad de incluir a parientes cercanos en la excepción, Austria³⁰⁹ y Portugal (abuelos y tíos, por ejemplo).

Llama la atención que hay varios Estados miembros que establecen que no habrá excepciones a este requisito y que siempre será necesario obtener el consentimiento de la autoridad correspondiente, a pesar de prever el RBIIter la excepción del acogimiento por progenitores. Chequia, Croacia³¹⁰ y Eslovaquia así lo establecen. En el caso de Alemania, podrán darse excepciones, pero es necesario consultar a la Oficina estatal del bienestar correspondiente al estado federado correspondiente, ya que no están predefinidos. Sin embargo, el RBIIter

³⁰⁹ En Austria hay que atender a la ley provincial del l nder correspondiente pero en la mayoría están excluidos los familiares cercanos, como los abuelos o los tíos.

³¹⁰ Croacia, no se prevé la exclusión de ninguna modalidad de acogimiento, que incluyen el acogimiento tradicional, el profesionalizado o el de parentesco. Se refiere a los acogimientos transfronterizos que requieren el procedimiento de consulta y aprobación previa como acogimiento transfronterizo de un niño con un proveedor autorizado de servicios sociales (persona jurídica o física) en el territorio de Croacia.

expresamente los excluye y el Derecho comunitario tiene primacía sobre el Derecho nacional de los Estados miembros³¹¹.

b) Las autoridades competentes para valorar la propuesta y emitir autorización.

Tal y como establecen el Convenio y el Reglamento, las solicitudes de acogimiento transfronterizo se han de canalizar a través de las autoridades centrales, para lo que los Estados parte/ miembros deben remitir a la Conferencia de La Haya y/o la Comisión Europea respectivamente quién ocupará dicha posición³¹².

En el caso de los países de la UE, entre la información que han remitido a la Comisión, encontramos también, aparte de la relativa a las autoridades centrales, qué autoridad es la que debe valorar la propuesta. En algunos países, como Croacia, Malta o Portugal, es la propia autoridad central la que aparece referenciada como competente. Sin embargo, en otros como Alemania, Austria, Chequia, Eslovaquia, Francia o Suecia, la autoridad central únicamente recibirá la solicitud y la remitirá a la autoridad competente en materia de protección de menores para su valoración. Un ejemplo de esto es Alemania, donde la autoridad central, la Oficina Federal de Justicia (*Bundesamt für Justiz*), remitirá la solicitud a la Oficina estatal del bienestar de los menores del estado federado (*Landesjugendamt* o LJA) en el que se vaya a acoger al niño/a. Si no se ha elegido un territorio concreto para el acogimiento, la autoridad central designará a la oficina estatal de bienestar de aquel estado federado con el que el niño/a presente un vínculo más estrecho. Subsidiariamente, será competente el estado federado de Berlín.

Por último, encontramos también algunos países en los que este papel corresponde a autoridades judiciales, como ocurre en Italia, donde la falta de una

³¹¹ Art. 82.2 RBIIter.

³¹² Como vimos en el epígrafe 2.2.1.1 apartado 1.c), los Estados acordaron que lo más conveniente era que para todas las cuestiones referentes a infancia fuesen responsabilidad de una misma Autoridad Central.

legislación específica del acogimiento transfronterizo hace que sea necesaria la participación de una autoridad judicial que apruebe este tipo de acogimientos.

c) La valoración de la idoneidad del centro o la familia de acogida.

Tanto en el marco convencional como en el comunitario la solicitud debe ir acompañada de un informe sobre el niño/a y la justificación de la propuesta, para que pueda ser tenido en cuenta en la valoración de la solicitud que haga la autoridad competente. Los ordenamientos jurídicos estatales pueden concretar y/o ampliar estos requisitos, como ha hecho España. En algunos Estados se pide por ejemplo que la solicitud vaya acompañada del permiso de residencia o los informes médicos del niño.

El marco para la valoración de la solicitud viene dado por la CDN y la CEDH, así como el CH96 y el RBIIter, de ahí que deba responder en cualquier caso al interés superior del niño. El contenido específico deberá concretarse en base a las normas estatales de protección a la infancia, por ejemplo, en el caso de Alemania y Croacia, se prevé que el interés superior del niño se valore poniendo énfasis en el vínculo del niño/a con ese país en concreto.

Al analizar la información remitida por los Estados miembros a la Comisión Europea, observamos que varios exponen cómo corresponde a la autoridad competente la valoración de la idoneidad del centro o familia de acogida (Alemania, Croacia, Chequia, Eslovaquia, Letonia y Suecia). En Eslovaquia y Letonia será la autoridad estatal la que determine el centro o familia adecuado para acoger, mientras que en Alemania y Croacia se requiere que la solicitud ya incluya el consentimiento del centro o la familia para acoger al niño/a. Este último supuesto resulta curioso porque no se recoge cómo debe producirse ese contacto entre autoridades, estando en el RBIIter expresamente canalizado a través de las autoridades centrales y el mecanismo de colaboración para la obtención de la autorización necesaria.

En los supuestos en que la entidad de protección de menores española considere que lo mejor para un niño/a que tiene su residencia habitual en España es ser acogido en un centro o familia en otro Estado, el mecanismo a aplicar es el previsto en el CH96 o el RBIIter, cuyo desarrollo corresponde a los ordenamientos jurídicos estatales. La información sobre las legislaciones estatales debe estar disponible para consulta, aunque en cualquier caso las comunicaciones y la solicitud debe hacerse a través de la autoridad central del país requerido. En este epígrafe hemos analizado someramente la información disponible sobre los Estados miembros, destacando lo más relevante respecto a las modalidades de acogimiento excluidas del requisito de consulta y aprobación, las autoridades competentes o la valoración que hacen de la solicitud.

3. La determinación del interés superior del niño por las autoridades españolas ante una medida de acogimiento transfronterizo.

Ante la decisión sobre la medida de cuidado alternativo más adecuada para un niño/a en particular las autoridades españolas deben llevar a cabo la evaluación y determinación de su interés superior. Esto es así, tanto para proponer una medida de acogimiento en otro Estado como para valorar la propuesta recibida de una autoridad extranjera de acoger al niño en un centro o una familia en España. Para ello, además del marco internacional expuesto del que España es parte, el ordenamiento jurídico español establece unas premisas particulares fruto de la inclusión en la LOPJM de un precepto específico³¹³. Nos interesa, por tanto, analizar cómo se traslada el Interés superior del niño a la LOPJM tomando como referencia la OG nº 14 del CDN³¹⁴.

³¹³ Con la modificación de la LOPJM operada por la LO 8/2015 se introdujo lo establecido por el CDN en su OGnº14. Se da así al interés superior del niño el reconocimiento como derecho por el que abogaba el Comité al disponer su dimensión como derecho subjetivo del niño invocable ante un tribunal, así como principio interpretativo y garantía procesal. Al estar en la parte orgánica de la ley, su modificación requerirá una mayoría cualificada en el Congreso, lo que es muestra de su relevancia para el legislador español.

³¹⁴ De la manera en que se ha trasladado a la LOPJM lo dispuesto en la OG nº 14 encontramos también opiniones parcialmente críticas, como la de NÚÑEZ ZORRILLA; que considera que “/os

El artículo 2 de la LOPJM recoge el Interés superior del niño esgrimido por la CNUDN en su artículo 3, completándolo con la interpretación que le da el Comité en su OG nº 14. Al igual que hace el Comité en su OGNº14, la regulación del interés superior del niño en la LOPJM indica que “*Toda resolución de cualquier orden jurisdiccional y toda medida en el interés superior de la persona menor de edad deberá ser adoptada respetando las debidas garantías del proceso*”³¹⁵.

Mientras que la OG nº 14 del CDN establece unos elementos que deben tenerse en cuenta al llevar a cabo la evaluación y determinación del interés superior del niño, la norma española establece unos “criterios generales” que, junto a los que disponga la legislación específica aplicable y en función de las circunstancias concretas del caso, la autoridad debe considerar³¹⁶. De esta manera, no se traslada exactamente lo dispuesto en la OG, ya que ni el concepto utilizado es el mismo, ni los criterios de un instrumento se corresponden directamente con los elementos del otro³¹⁷. Encontramos en la LOPJM, los derechos recogidos en la OG expuestos de una manera más amplia en cuanto a lo que implican, pero también concretando en ciertos aspectos. Así, por ejemplo, la preservación de la vida familiar se vincula no sólo con el mantenimiento de las relaciones familiares,

criterios y elementos establecidos tienen un carácter muy general, su formulación continúa dejando margen a la interpretación, de manera que el alcance y significado de la noción pueden variar dentro de un mismo contexto”. En NÚÑEZ ZORRILLA, C., El interés superior del menor en las últimas reformas llevadas a cabo por el legislador estatal en el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, *Persona y Derecho*, Vol. 73, 2015, pp. 158. Disponible en: <https://revistas.unav.edu/index.php/persona-y-derecho/article/view/5286> (última consulta 8 de diciembre de 2022).

Sobre la reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia de 2015: ADROHER BIOSCA, S., Las reformas legales de 2015 ante los nuevos desafíos en la protección internacional de menores en Guzmán Zapater, M., Esplugues Mota, C. (dirs) y Herranz Ballesteros, M., Vargas Gómez-Urrutia, M. (coords.), *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho internacional privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 333-350. LEIVA RODRÍGUEZ, B., y GARCÍA GARNICA, M. C., Análisis de las instituciones del sistema de protección de menores y su reforma por la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015, *El Genio Maligno: revista de humanidades y ciencias sociales*, Nº. 19, septiembre, 2016

MARTÍNEZ CALVO, J., La determinación del interés superior del menor tras la reforma introducida por la Ley orgánica 8/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 3 ter, diciembre 2015, p. 205 (6-VII-2016). LÁZARO GONZÁLEZ, I. E., El interés superior del niño en la reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia, *Familia y sucesiones*, Cuaderno jurídico, nº 114, 2016, pp.18-26.

³¹⁵ Art. 2.5 LOPJM.

³¹⁶ Art. 2.2 LOPJM.

³¹⁷ No ha trascendido la voluntad del legislador español al hacer esto, pero el planteamiento permite mantenerse en el marco de la OG nº 14.

sino también con la priorización del acogimiento familiar y la prevención de la violencia. Por lo que respecta al derecho a la salud y el derecho a la educación, no se recogen como criterios, si no que se alude a la necesidad de atender a la satisfacción de las “*necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas*” del niño/a³¹⁸.

Por lo que se refiere a la ponderación de los elementos expuestos en la OG nº 14, el Comité señala que, especialmente en caso de tener que contraponer unos elementos frente a otros, deberá atenderse a la edad y madurez del niño. Para evaluar esta última, habrá que tener en cuenta el “*desarrollo físico, emocional, cognitivo y social del niño*”³¹⁹. También se destaca la necesidad de tener en cuenta la evolución de las capacidades del niño/a, en el sentido de que la decisión hay que tomarla teniendo en cuenta las necesidades actuales del niño, pero también su desarrollo futuro³²⁰. En este sentido, resulta fundamental el objetivo de estabilidad que debe enmarcar la reflexión y toma de decisiones que afectan a la infancia en necesidad de especial protección.

³¹⁸ El art. 2.1 LOPJM enumera los siguientes “criterios generales”:

- a) *La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas.*
- b) *La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior.*
- c) *La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia.*
- d) *La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad.*

³¹⁹ El Comité alude específicamente a tener que valorar factores de “protección” y medidas de “empoderamiento”. Para 83 OG nº 14. “*Puede haber situaciones en las que factores de “protección” que afectan al niño (que pueden implicar, por ejemplo, limitaciones o restricciones de derechos) hayan de valorarse en relación con medidas de “empoderamiento” (que implican el ejercicio pleno de los derechos sin restricciones). En esas situaciones, la edad y madurez del niño deben guiar la ponderación de los elementos. Debe tenerse en cuenta el desarrollo físico, emocional, cognitivo y social del niño para evaluar su nivel de madurez*”.

³²⁰ En este sentido, las Directrices de Naciones Unidas recuerdan que la decisión debe tener en cuenta las circunstancias actuales pero, también, el bienestar y pleno desarrollo del niño en el medio-largo plazo, para lo que se presupone que la estabilidad es un factor relevante.

Lo dispuesto por el Comité encuentra reflejo en la LOPJM, que establece que a cada criterio se le dará un peso en función de la concreción de los “elementos generales” establecidos en la ley, esto es, se ponderarán para atender al caso concreto³²¹. Sin embargo, nuevamente se lleva a cabo un mayor desarrollo en la norma nacional³²². Además de la referencia expresa a la edad y madurez del niño, encontramos mayor concreción respecto a factores que deben guiar la ponderación de los elementos. De esta forma, encontramos tres elementos que profundizan en el concepto de la evolución de las capacidades de las personas menores de edad que esgrime el Comité en su observación general³²³. Se recoge

³²¹ El art. 2.3 de la LOPJM establece los siguientes elementos generales que deben guiar la ponderación de los criterios en el caso concreto:

- a) *La edad y madurez del menor.*
- b) *La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, ya sea por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su orientación e identidad sexual, su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante.*
- c) *El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo.*
- d) *La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro.*
- e) *La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales.*
- f) *Aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores.*

³²² Encontramos una reflexión sobre si es adecuado o no incluir elementos concretos a tener en cuenta en la determinación del interés superior: HERRANZ BALLESTEROS, M., *El interés del menor en los Convenios de La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*, Lex Nova, Valladolid, 2004, pp. 46-51.

³²³ Una noción que suscita debates y, en ocasiones, es malinterpretada es la de las capacidades en evolución del niño que plantea la Convención (art. 5 CNUDN). El Tratado dispone que los Estados deben garantizar que el niño pueda ejercer plenamente sus derechos teniendo en cuenta que sus capacidades evolucionan con el tiempo (art. 5 CNUDN). No se refiere a que el niño adquiera derechos según crece, sino que para ejercerlos necesitará una mayor orientación en sus primeros años de vida y, a medida que vaya siendo capaz de formarse un juicio propio, después unos recordatorios o consejos deberían bastar, para finalmente llegar a participar en los procedimientos y decisiones que le afectan sin necesidad de apoyo. Sin embargo, esta interpretación, que es la señalada por el CDN en sus observaciones generales 12 y 14, no siempre se hace, sino que se establecen límites a los derechos hasta alcanzar una edad determinada.

Al respecto se puede leer: CILLERO BRUÑOL, M. *Infancia, Autonomía y Derechos: una Cuestión de Principios*, *Revista Infancia, Boletín del Instituto Interamericano del Niño*, núm. 234, 1997, pp. 1-15. Disponible en:

http://www.iin.oea.org/cursos_a_distancia/explotacion_sexual/lectura4.infancia.dd.pdf (última consulta 8 de diciembre 2022). CILLERO BRUÑOL, M., Capítulo II: La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño: Introducción a su origen, estructura y contenido normativo. Apartado 2: La Convención sobre Derechos del Niño: estructura y contenido, en Varios Autores, Martínez García, C. (coord.), *Tratado del Menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia*. Thompson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2016, p. 117. COUSO, J., “El Niño como Sujeto de Derechos y la Nueva Justicia de Familia. Interés Superior del Niño, Autonomía Progresiva y Derecho a Ser Oído”, en *Revista de Derechos del Niño* N° 3 y 4, UNICEF, 2006, pp. 145 a 166. VARADAN, S., *The Principle of Evolving Capacities under the UN Convention on the Rights of the Child*, *The International Journal of Children’s Rights*, 2019.

así la necesidad de estabilidad de las medidas adoptadas, teniendo en cuenta los cambios que puedan tener lugar, pero pareciera que se quiere ir más allá cuando se alude expresamente a la necesidad de preparar al niño/a para su tránsito a la vida adulta. Incluir este objetivo en la toma de decisiones referente a una medida de protección que responda al interés superior de un niño/a, exige ciertamente que se ponderen adecuadamente los factores concurrentes, teniendo en cuenta la necesidad de estabilidad para el pleno desarrollo y bienestar del niño, pero también pone de relieve la necesidad de adoptar soluciones duraderas que vayan más allá de la mayoría de edad, pues una mera fecha de cumpleaños no puede eximir de la responsabilidad de tomar la decisión que mejor responde al interés superior del niño individualmente considerado, entonces convertido en persona adulta. En esta reflexión nos inclinamos también por considerar relacionado con la evolución de las capacidades de la infancia, la previsión de la necesidad de tener en cuenta que el tiempo tiene un impacto en la vida de niños y niñas que es irreversible, en tanto que la percepción que tienen de este es diferente a la de los adultos. Este extremo resulta relevante asimismo para que la toma de decisiones sea ágil y no sufra dilaciones innecesarias, así como para promover la revisión periódica de las decisiones en función de cómo evolucionen sus capacidades y su desarrollo³²⁴. El Comité sitúa este factor, sin embargo, entre las garantías procesales que deben observarse en un procedimiento de evaluación y determinación del interés superior del niño/a. A diferencia de lo que ocurre en la OG nº 14, en la LOPJM encontramos la referencia al derecho a la no discriminación, así como la especial vulnerabilidad de algunos grupos específicos, como elementos que han de utilizarse para ponderar los factores concurrentes en la circunstancia concreta. Desconocemos por qué la distinción entre ambos instrumentos, pero queda claro de la lectura de ambos que ambos aspectos deben examinarse ante la toma de una decisión que afecte a la infancia.

Sobre esta noción en el marco del ámbito sanitario y las tecnologías de la información escribe: BARTOLOMÉ TUTOR, A., El reconocimiento a los menores de capacidad de obrar progresiva en los actos relativos a los derechos de la personalidad. Con especial referencia al papel de los responsables parentales, Madrid, 2014. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=72242> (última consulta 8 de diciembre de 2022).

³²⁴ En este sentido, la OG nº 14 en su párrafo 93 establece que “*las decisiones tomadas deben examinarse a intervalos razonables, a medida que el niño se desarrolla y evoluciona su capacidad para expresar su opinión*”.

La norma precisa, además, que la valoración conjunta de estos elementos ha de hacerse “conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, de forma que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara”. Si bien no encontramos estos principios enunciados en la observación general, entendemos que son un reflejo de principios jurídicos utilizados en la adopción de medidas que limitan derechos fundamentales y que requieren que se valore adecuadamente la proporcionalidad de la restricción, que no se limiten más derechos de los necesarios y que no existe una medida menos lesiva para conseguir el mismo objetivo³²⁵.

Otro extremo sobre el que se pronuncia el artículo 2 de la LOPJM a la luz de la OG nº 14 es el carácter prioritario del interés superior del niño frente a otros intereses concurrentes, siempre en el marco del respeto a los derechos fundamentales de las personas implicadas³²⁶.

En el caso concreto estaríamos hablando de ponderar el derecho del niño a una protección especial por estar separado de su familia y si su acogimiento en otro Estado permite un efectivo cumplimiento de los demás derechos. La autoridad en su planteamiento debe exponer claramente qué derechos de ese niño en concreto se verían amparados mediante la adopción de una medida de acogimiento transfronterizo. Para que efectivamente la medida más adecuada resultante suponga el traslado del niño a otro país, el beneficio para este en términos de

³²⁵ Sobre esto y, en general sobre la aplicación práctica del artículo 2 de la LOPJM encontramos una herramienta útil en: DEL MORAL BLASCO, C., y MARTÍNEZ GARCÍA, C., Guía para la evaluación y determinación del interés superior del niño, Madrid, 2017. Disponible en: <https://www.comillas.edu/es/catedra-santander-de-los-derechos-del-nino-publicaciones/guia-para-la-evaluacion-y-determinacion-del-interes-superior-del-nino> (última consulta 8 de diciembre de 2022). Cabe resaltar la referencia que hacen las autoras a cómo “La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha condensado estos principios en un “test de proporcionalidad” que exige al Estado probar en cada caso: A. Que la medida adoptada persigue un fin legítimo. B. Que existe una relación de conformidad o proporción entre los medios empleados y el fin pretendido. C. Que no existe otra medida que dañe menos el derecho y consiga idéntico resultado (que no haya ninguna medida menos gravosa para el niño)”.

³²⁶ “Gran parte de la importancia de este principio viene dada por su valor polémico o su mensaje subyacente: ni el interés de los padres, ni el del Estado puede ser considerado en adelante el único interés relevante para la satisfacción de los derechos de la infancia: ellos tienen derecho a que su interés se considere prioritariamente en el diseño de las políticas, en su ejecución, en los mecanismos de asignación de recursos y de resolución de conflictos”. CILLERO BRUÑOL, M. Infancia, Autonomía y Derechos: una Cuestión de Principios, *Revista Infancia, Boletín del Instituto Interamericano del Niño*, núm. 234, 1997, p. 8. Disponible en: http://www.iin.oea.org/cursos_a_distancia/explotacion_sexual/lectura4.infancia.dd.pdf (última consulta 8 de diciembre 2022).

cumplimiento de derechos debe superar al impacto que pueda suponer la ruptura con el entorno en el que se encuentra, ya que, como establecen las Directrices de Naciones Unidas, sólo de manera excepcional debería optarse por una medida de cuidado alternativo fuera del país³²⁷.

A la hora de valorar el impacto de la ruptura con el Estado de la residencia habitual del niño habrá de atenerse al contenido de los elementos generales en el caso concreto. La edad del niño, por ejemplo, podrá inclinar la decisión sobre si este impacto será mayor o menor, positivo o negativo. Asimismo, podría dársele especial peso al mantenimiento de las relaciones familiares como parte del derecho a vivir en familia para trasladar a un niño para que sea acogido por familiares residentes en otro Estado, que son valorados positivamente para ello.

El procedimiento de evaluación y determinación del interés superior del niño debe ser un procedimiento formal, y como tal, debe respetar una serie de garantías. Así lo establecen tanto la OG como la LOPJM. Sin embargo, como hemos señalado, en la ley española se anticipan algunas garantías de las previstas por el Comité entre los elementos generales (consideración del impacto de la percepción del tiempo en el niño) o no se mencionan (determinación de los hechos, la evaluación del impacto en los derechos del niño). Así, el énfasis se pone en cuatro garantías procesales que se recogen de una manera más o menos detallada: del derecho del niño a ser escuchado y que su opinión sea tenida en cuenta, la participación de profesionales cualificados en el proceso, la representación de la persona menor de edad en el procedimiento, especialmente ante conflictos de intereses, la argumentación jurídica de las decisiones y la necesidad de prever mecanismos de revisión de las decisiones³²⁸.

³²⁷ Sobre la subsidiariedad de las medidas de protección internacionales, escribe QUIÑONES ESCAMEZ, A., Protección del menor mediante la kafala y la adopción.

³²⁸ Art. 2.5 de la LOPJM establece que deben respetarse las “debidas garantías del proceso” que, en particular, son:

“a) Los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado, y a participar en el proceso de acuerdo con la normativa vigente.

b) La intervención en el proceso de profesionales cualificados o expertos. En caso necesario, estos profesionales han de contar con la formación suficiente para determinar las específicas necesidades de los niños con discapacidad. En las decisiones especialmente relevantes que

De las garantías procesales quisiéramos detenernos brevemente en dos, la necesidad de motivar todas las decisiones, así como en el derecho del niño a expresar su opinión³²⁹. Como consecuencia lógica del establecimiento de un procedimiento formal de evaluación y determinación del interés superior del niño, se expone la exigencia de una argumentación suficientemente motivada del mismo en la toma de decisiones. La autoridad debe reflejar la valoración de los criterios generales considerados, así como la ponderación de estos realizada a la luz de los elementos generales, de manera que se pueda seguir el curso de su reflexión, así como el razonamiento detrás de su decisión final. Esto permitirá no sólo comprender la decisión en sí misma, sino también su eventual recurso³³⁰. Por lo que respecta la fundamental garantía de la participación del niño en el proceso asegurando que se cumple su “derecho a ser informado, oído y escuchado”, la LOPJM dispone que ha de atenderse a la legislación vigente. Es

afecten al menor se contará con el informe colegiado de un grupo técnico y multidisciplinar especializado en los ámbitos adecuados.

c) La participación de progenitores, tutores o representantes legales del menor o de un defensor judicial si hubiera conflicto de interés o discrepancia con ellos y del Ministerio Fiscal en el proceso en defensa de sus intereses. Se presumirá que existe un conflicto de interés cuando la opinión de la persona menor de edad sea contraria a la medida que se adopte sobre ella o suponga una restricción de sus derechos.

d) La adopción de una decisión que incluya en su motivación los criterios utilizados, los elementos aplicados al ponderar los criterios entre sí y con otros intereses presentes y futuros, y las garantías procesales respetadas.

e) La existencia de recursos que permitan revisar la decisión adoptada que no haya considerado el interés superior del menor como primordial o en el caso en que el propio desarrollo del menor o cambios significativos en las circunstancias que motivaron dicha decisión hagan necesario revisarla. Los menores gozarán del derecho a la asistencia jurídica gratuita en los casos legalmente previstos”.

³²⁹ Sobre la necesidad de motivar la decisión y plasmar la reflexión realizada para llevar a cabo la determinación del interés superior del niño, incluyendo un análisis de la jurisprudencia española al respecto. VERDERA IZQUIERDO, B., op. cit. pp. 129-134.

³³⁰ OTAEGUI AIZPURUA, I., La errónea determinación de la competencia judicial internacional cuando los hijos residen en Estados miembros diferentes: Sentencia de la AP de Lugo No 44/2018, de 11 de abril de 2018, Cuadernos de Derecho Transnacional, marzo 2019, Vol. 11, No 1, pp. 863-869. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6861156> (última consulta 8 de diciembre de 2022).

El autor, analizando la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo de 2018, reflexiona sobre la necesidad de hacer una evaluación y determinación del interés superior del niño que se refleje en resoluciones suficientemente motivadas. En el asunto, resalta, para determinar la residencia habitual el tribunal se centra en la situación de los progenitores a pesar de que el impacto vaya a producirse también en los niños. Concluye así que

“22. (...) La consideración y el análisis realizado por dichos Magistrados del interés superior de los menores afectados por la complicada situación familiar, ha sido prácticamente nula. No hemos podido constatar una valoración o una ponderación del interés superior de cada uno de los menores nacidos del matrimonio, por lo que la decisión adoptada tampoco es, lamentablemente, el reflejo de dicha ponderación”.

precisamente en la misma reforma realizada de la LOPJM en 2015 que se desarrolla, en su artículo 9, el derecho del niño a ser oído y escuchado³³¹.

El traslado de este derecho a la legislación española es, en nuestra opinión, muy completo. Se contempla tanto el derecho del niño a ser informado, como el derecho a ser escuchado disponiendo los medios adecuados y adaptados a tal efecto, así como a que la opinión vertida sea tenida debidamente en cuenta. Asimismo, se refuerza la necesidad de, en la resolución correspondiente, reflejar expresamente cómo se ha dado audiencia al niño y cómo se acerca o separa la decisión de la voluntad expresada por este. Sin embargo, hay dos aspectos que nos preocupan, por considerar que pueden dar lugar a la vulneración de los derechos del niño si se interpretan erróneamente. Por un lado, en contra de lo recomendado por el CDN en su OG nº 12, se establece una edad a partir de la cual se considerará que el niño cuenta con la madurez necesaria para expresar

³³¹ Artículo 9 de la LOPJM Derecho a ser oído y escuchado.

“1. El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias.

En los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente, y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento.

2. Se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos.

Para garantizar que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo será asistido, en su caso, por intérpretes. El menor podrá expresar su opinión verbalmente o a través de formas no verbales de comunicación.

No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor se podrá conocer la opinión del menor por medio de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente.

3. Siempre que en vía administrativa o judicial se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores directamente o por medio de persona que le represente, la resolución será motivada en el interés superior del menor y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante, indicando explícitamente los recursos existentes contra tal decisión. En las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia al menor, así como su valoración”.

su opinión en todo caso³³². Encontramos que esto es en parte resultado de una comprensión incompleta de la noción de madurez que maneja el Comité, ya que en vez de entenderse como la necesidad de tomar en cuenta la madurez del niño al considerar el peso que se otorga a su opinión, se utiliza erróneamente para decidir sobre si darle o no audiencia³³³. Por otro lado, preocupa la posibilidad de decidir que no se escuche al niño. Entendemos que pueda haber situaciones en las que el niño decida libremente no manifestar su opinión, una vez que se le haya explicado adecuadamente el proceso en el que se encuentra y las consecuencias correspondientes, pero no parece correcto que se deba prever la posibilidad de negar al niño la posibilidad de audiencia, pues es un derecho necesario para alcanzar el interés superior del niño. Si miramos a las garantías procesales de las personas adultas, no contemplamos la posibilidad de negarles su derecho de audiencia. En este sentido, el peso recae sobre los Estados para establecer los mecanismos necesarios para que esta escucha pueda hacerse respetando los

³³² Sobre la autonomía y libertades del niño, el derecho a ser oído e interés superior véase: CILLERO BRUÑOL, M., Capítulo II: La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño: Introducción a su origen, estructura y contenido normativo. Apartado 2: La Convención sobre Derechos del Niño: estructura y contenido, en Varios Autores, Martínez García, C. (coord.), *Tratado del Menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia*. Thompson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2016, pp. 116-120. Encontramos una valoración crítica respecto a cómo se aborda el derecho a ser escuchado en la legislación española en: DEFENSOR DEL PUEBLO, Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor. Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia, 2014. Pp. 13-19. Disponible en: <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2014-05-Estudio-sobre-la-escucha-y-el-interes-superior-del-menor.pdf> (última consulta 8 de diciembre de 2022).

³³³ Párrafo 44 de la OG nº 14 “*Del mismo modo, a medida que el niño madura, sus opiniones deberán tener cada vez más peso en la evaluación de su interés superior. Los bebés y los niños muy pequeños tienen los mismos derechos que los demás niños a que se atienda a su interés superior, aunque no puedan expresar sus opiniones ni representarse a sí mismos de la misma manera que los niños mayores. Para evaluar su interés superior, los Estados deben garantizar mecanismos adecuados, incluida la representación, cuando corresponda, lo mismo ocurre con los niños que no pueden o no quieren expresar su opinión*”.

Párrafos 29-31 de la OG nº 12 “29. *Al exigir que se tengan debidamente en cuenta las opiniones, en función de su edad y madurez, el artículo 12 deja claro que la edad en sí misma no puede determinar la trascendencia de las opiniones del niño. Los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica. Se ha demostrado en estudios que la información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo contribuyen al desarrollo de la capacidad del niño para formarse una opinión. Por ese motivo, las opiniones del niño tienen que evaluarse mediante un examen caso por caso.*

30. *“Madurez” hace referencia a la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado, por lo que debe tomarse en consideración al determinar la capacidad de cada niño. La madurez es difícil de definir; en el contexto del artículo 12, es la capacidad de un niño para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente.*

Los efectos del asunto en el niño también deben tenerse en consideración. Cuanto mayores sean los efectos del resultado en la vida del niño, más importante será la correcta evaluación de la madurez de ese niño.

31. *Debe prestarse atención a la noción de la evolución de las facultades del niño y a la dirección y orientación que proporcionen los padres (véanse párr. 84 y sec. C infra)”.*

derechos de la infancia y la adolescencia, así como de eliminar las barreras que puedan existir³³⁴. Y esto es lo que exige la CNUDN al indicar que el cumplimiento del derecho a ser escuchado debe hacerse conforme a las leyes nacionales, no que se pueda restringir el derecho más allá de lo previsto en la Convención o de manera parcial³³⁵. De esta forma, las autoridades españolas deben asegurar que se garantiza el derecho del niño a ser escuchado en el procedimiento de decisión sobre la medida de cuidado alternativo más adecuada en su interés superior, recogiendo su opinión de manera adaptada a su edad tras haberle informado sobre las opciones posibles y las implicaciones de cada una, para después tenerla en cuenta tomando en consideración su madurez y la comprensión que sus capacidades permitan.

³³⁴ El CDN en sus Observaciones finales a España en 2018 sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados, en referencia al respeto por las opiniones del niño, conforme a lo establecido en su OG nº 12: *“recomienda al Estado parte que intensifique su labor para promover el debido respeto por las opiniones del niño, a cualquier edad, en la familia, en la escuela, en la sociedad en general y en todos los procedimientos administrativos y judiciales que le conciernen. El Comité recomienda en particular que el Estado parte: a) Armonice las leyes pertinentes, en particular el Código Civil y el Código de Procedimiento Civil, con la Convención, a fin de asegurar el respeto, en la práctica, del derecho de los niños menores de 12 años a ser escuchados; b) Promueva los conocimientos de los profesionales de distintos ámbitos que trabajan con los niños y para ellos, incluidos los jueces y fiscales de familia, e imparta programas de formación acerca de los derechos del niño y de la aplicación del derecho del niño a ser escuchado, entendido como un derecho y no como una obligación; c) Asegure la aplicación efectiva y sistemática del derecho del niño a expresar sus opiniones en las actuaciones judiciales o administrativas pertinentes; d) Emprenda investigaciones para determinar las cuestiones de mayor importancia para los niños, la medida en que se escuchan sus opiniones en relación con las decisiones familiares que afectan sus vidas y los canales de que disponen actualmente o de los que pueden disponer para influir más en los procesos de adopción de decisiones a nivel nacional y local; e) Emprenda programas y actividades de concienciación para promover la participación significativa, basada en el empoderamiento, de todos los niños, a cualquier edad, en la familia, en la comunidad y en las escuelas, prestando especial atención a las niñas y a los niños desfavorecidos o marginados; f) Fortalezca los consejos de alumnos en las escuelas y los consejos de niños a todos los niveles para asegurar que se escuchen las opiniones de los niños y facilitar su participación significativa en procesos legislativos y administrativos relativos a cuestiones que los afectan.”*, recalando así la inconsistencia que hay a lo largo del ordenamiento español entre fijar una edad cronológica para escuchar al niño o vincularlo a su madurez, e insiste en la necesidad de garantizar este derecho “a cualquier edad”. COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO, Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de España, 2018. Párrafo 17. Disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2F5-6&Lang=en (última consulta 8 de diciembre de 2022).

³³⁵ Conforme establece la OG nº 12, “38. *La oportunidad de ser representado debe estar “en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”. No debe interpretarse que estos términos permiten utilizar legislación de procedimiento que restrinja o impida el disfrute de este derecho fundamental. Por el contrario, se alienta a los Estados partes a que cumplan las normas básicas de imparcialidad de los procedimientos, como el derecho a la defensa y el derecho a acceder al expediente propio.*

39. *Cuando no se respete la reglamentación, la decisión del tribunal o de la autoridad administrativa puede ser impugnada y podrá ser anulada, sustituida o remitida a un nuevo examen jurídico”.*

2.3 Conclusión.

En este capítulo hemos delimitado la figura del Acogimiento transfronterizo como medida de cuidado alternativo para, conforme a las normas de DIPR aplicables, conocer su regulación y definición más concreta, teniendo en cuenta el marco de los derechos del niño, y establecer así lo que es exigible a las autoridades que deben llevar a cabo tanto la propuesta como la adopción y seguimiento de la medida.

Nos hemos detenido en el ámbito material de aplicación de las normas de DIPR de responsabilidad parental para confirmar que esta medida está incluida, tanto como materia civil como una medida de protección o responsabilidad parental que los Estados están obligados a ofrecer para garantizar una protección especial a los niños privados de sus responsables parentales. En la medida en que lo que conlleva la adopción de este tipo de acogimiento es su implementación por una autoridad de otro Estado y la obligación que establecen los instrumentos de DIPR es un mecanismo de cooperación entre autoridades que, en el interés superior del niño, garantice el cumplimiento de los derechos del niño en el caso particular, asegurando que:

- Esa medida es la que responde al interés superior del niño;
- Se puede cumplir con todas las garantías, incluyendo el derecho a ser escuchado, la adecuación de la familia o el centro, las cuestiones de extranjería relevantes, etc.
- El cumplimiento de la medida y su necesario seguimiento atiende al interés superior del niño.

En el análisis de los antecedentes y la regulación actual hemos visto los obstáculos que surgieron en la aplicación en el ámbito comunitario del RBIIbis y que contribuyeron al proceso de refundición del Reglamento. La regulación vigente en el ámbito comunitario recoge así modificaciones dirigidas tanto a aclarar la interpretación del Reglamento en el sentido en que lo ha señalado el STJUE en sus pronunciamientos, como soluciones para los obstáculos identificados.

El artículo 82 del RBlter incluye así una regulación más detallada del procedimiento de cooperación entre autoridades exigido para la adopción de una resolución de acogimiento transfronterizo. Clarifica el papel de los actores implicados, teniendo especial importancia la determinación de que todas las consultas y respuestas se harán a través de las correspondientes Autoridades Centrales. Avanza también en la concreción de los requisitos de la solicitud que debe emitir la autoridad competente, como puede ser la documentación básica que ha de acompañarla, el plazo de respuesta o la necesidad de traducción.

Una de las modificaciones más relevantes es la eliminación de la remisión a los ordenamientos jurídicos estatales para determinar si, dependiendo de si la entidad pública interviene o no, era necesaria la consulta y obtener el consentimiento. Se establece como obligatorio salvo para un acogimiento transfronterizo con los responsables parentales, para todos los Estados miembros, incluso si sus ordenamientos no lo estableciesen así. Adicionalmente, el RBlter permite a los Estados miembros establecer otras excepciones referidas a familia extensa. Estos aspectos nos parece que requieren seguimiento para poder conocer si funciona y cómo se produce la valoración y seguimiento de esas medidas.

Finalmente, hemos analizado cómo se ha producido el desarrollo de lo previsto en el Reglamento en el caso de España. El trabajo realizado con los expedientes registrados en España nos ha permitido comprender mejor las precisiones de la norma española, que parece asumir la responsabilidad que surge de los instrumentos de DIPR y aborda los retos identificados en la práctica. Nos hemos detenido en cómo deben las autoridades españolas llevar a cabo la evaluación y determinación del interés superior del niño ante la elección de la medida más adecuada, para lo que se ha llevado a cabo un desarrollo en la LOPJM, incluyendo el derecho del niño a ser escuchado en todo procedimiento que le afecte.

CAPÍTULO III

CUESTIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN EL ACOGIMIENTO TRANSFRONTERIZO.

La comprensión de qué es una medida de acogimiento transfronterizo y cuál es su regulación, con el análisis detenido del procedimiento que ha de seguirse, nos sitúa ante una realidad transfronteriza en la que se ven implicados, al menos, los ordenamientos jurídicos de dos Estados. Por esta razón, el acogimiento transfronterizo de un menor requiere que abordemos cuestiones que se encuentran reguladas por normas de Derecho Internacional Privado (DIPR).

Son dos las cuestiones que interesan en el acogimiento transfronterizo: qué autoridad es competente para adoptar la medida y qué eficacia extraterritorial tiene la decisión de un acogimiento transfronterizo³³⁶. En este sentido, nos centraremos en la regla general referente a la residencia habitual del niño que se utiliza tanto en el CH96 como en el Reglamento europeo para determinar la competencia. Asimismo, ante medidas de acogimiento transfronterizo es relevante la norma específica que determina que la competencia la tendrán las autoridades del territorio en que se encuentre la persona menor de edad, especialmente en lo que se refiere a niños y niñas desplazados o refugiados. Por otro lado, analizaremos la eficacia extraterritorial de este tipo de resoluciones, cómo esa resolución por la

³³⁶ El art. 18.6 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, establece que se aplicará el RBIIbis, hoy sustituido por el RBIIter, a las resoluciones dictadas en cualquier Estado de la UE excepto Dinamarca. Cuando no resulte de aplicación el Reglamento, se aplicará el CH96 o, si existen, los convenios internacionales bilaterales. En defecto del Reglamento y el Convenio, cuando se trate de un Estado que no sea parte ni de la UE ni del CH, se aplicarán:

- los arts. 41-61 LCJIMC si se trata de sentencias dictadas en procedimientos contenciosos, y
- los arts. 11 y 12 LJV si se trata de actos extranjeros de jurisdicción voluntaria.

que se constituye un acogimiento transfronterizo es reconocida y ejecutada en el país en el que el niño/a o en un tercero. Nos detendremos en las causas de denegación del reconocimiento incluidas en los instrumentos de DIPR que resultan relevantes: el Orden Público, la falta de audiencia de la persona menos de edad y la inobservancia del procedimiento obligatorio de consulta y aprobación para el acogimiento transfronterizo.

En el supuesto en que la resolución de acogimiento transfronterizo deba desplegar sus efectos en España, principalmente porque el niño/a vaya a ser acogido aquí, cuando no sean de aplicación ni el RBlIter ni el CH96, acudiremos al sistema autónomo. En este caso al ordenamiento jurídico español, que regula la eficacia extraterritorial de resoluciones extranjeras en la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil (LCJIC³³⁷).

3.1 Competencia: la cuestión de la residencia habitual.

Los instrumentos de Derecho Internacional Privado que se aplican a las cuestiones de responsabilidad parental en general, y por tanto a los acogimientos transfronterizos en particular, establecen normas de atribución de la competencia comunes a los Estados que son miembros de la UE en el caso del RBlIter – y con anterioridad el RBlIbis- , y, por otro lado, los Estados contratantes del Convenio

³³⁷ PERAZZO ARAGONESES, C., Internamiento en un centro de protección específico para menores con trastornos de conducta: cuestiones de Derecho Internacional Privado, en LÁZARO GONZÁLEZ, I.E. y LEGAZ CERVANTES, F. (Dirs.) y SALINAS ÍÑIGO, A.M. y MAYORAL NARROS, I.V. (Coords.), Los centros de protección específicos de menores con problemas de conducta, Ed. Thomson Reuters- Aranzadi, Pamplona, 2021, pp. 299-326.

“Cuando la competencia no venga determinada ni por el Reglamento ni por el Convenio, acudiremos a las reglas de competencia judicial internacional establecidas en el ordenamiento jurídico interno. Éstas se encuentran recogidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La LOPJ, a los efectos que nos ocupan, fue modificada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio sobre protección a la infancia y la adolescencia, que atribuye la competencia a los tribunales españoles en materia de filiación y de relaciones paternofiliales, protección de menores y de responsabilidad parental, bajo unos criterios determinados:

- *el hijo o menor tenga su residencia habitual en España al tiempo de la interposición de la demanda o;*
- *el demandante sea español o resida habitualmente en España o, en todo caso, al menos desde seis meses antes de la presentación de la demanda”.*

de La Haya de 1996. La UE es miembro de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, y el régimen de relación entre los Reglamentos y los Convenios está establecido de conformidad con ello³³⁸.

La regla general de atribución de la competencia tanto en el RBIIbis y el RBIIter, así como en el CH96, establece que serán competentes para conocer de un asunto de responsabilidad parental que afecte a un menor las autoridades del Estado donde este tenga su residencia habitual en el momento en que se presente el asunto³³⁹. Esto es, las autoridades del Estado de la residencia habitual del menor serán competentes para adoptar una medida de protección respecto al niño de manera general. Esta medida puede consistir, tal y como se prevé en ambos casos, en el acogimiento del menor en una familia o un centro ubicado en otro Estado miembro y/o contratante³⁴⁰.

Aparte de la regla general, en nuestro estudio nos interesa analizar aquellos supuestos en los que la base para la competencia de las autoridades que adoptan la resolución sea distinta a la residencia habitual del menor. En particular, aquella norma que establece que si no se puede determinar la residencia habitual serán competentes las autoridades del Estado en el que se encuentre el menor, que precisamente es la que se aplicará ante supuestos de niños desplazados o refugiados.

Una vez expuestas estas dos normas de atribución de la competencia, analizaremos los supuestos que específicamente pueden darse en la adopción de una medida de acogimiento transfronterizo.

³³⁸ El art. 97 del RBIIter establece la relación entre el Reglamento y el CH96. Si se trata de dos Estados miembros de la UE resulta de aplicación el Reglamento. Si se trata de un Estado miembro y un Estado no miembro, pero parte del CH96, se aplica este último. Si son dos Estados no miembros de la UE, pero ambos son parte del CH96, también se aplica el convenio. Si se hay un Estado que no es ni Estado miembro ni parte del CH96, se aplican las normas del ordenamiento jurídico en cuestión.

³³⁹ FORCADA MIRANDA, F.J., op. Cit. p. 37 *“La residencia habitual del niño es por tanto el punto clave para determinar el funcionamiento de un instrumento u otro, así como su comprensión como concepto autónomo, que debe encajar con la jurisprudencia del TJUE”* El autor menciona al respecto las sentencias del TJUE en los casos C-523/07, 497/10; 376/14. Este mismo autor, en una publicación posterior a la refundición, escribe sobre la residencia habitual: FORCADA MIRANDA, F.J. (2020) op. cit. p. 99 y sobre la incorporación de la jurisprudencia en esta materia en pp.110-112.

³⁴⁰ Ver epígrafes 2.2.1.2. apartado 1 y 2.2.2.2 apartado 1.

3.1.1 Las autoridades del Estado donde el menor tiene su residencia habitual ejercen la competencia en base a la regla general.

La regla general de atribución de la competencia que establecen el RBIIter y el CH96 en materia de responsabilidad parental, dispone que serán competentes las autoridades del Estado de la residencia habitual del menor en el momento en que se presenta el asunto ante estas³⁴¹. Estos instrumentos no establecen qué autoridad es competente, sino el Estado cuyas autoridades son competentes para conocer del asunto. Serán las normas internas de cada Estado las que determinen el órgano jurisdiccional que, en el caso particular, debe conocer del mismo³⁴². En este caso, de la adopción de una medida de acogimiento transfronterizo³⁴³.

En el presente epígrafe expondremos brevemente qué debe entenderse por residencia habitual a los efectos de determinar la competencia conforme a la jurisprudencia del TJUE³⁴⁴.

El concepto residencia habitual no aparece definido en ninguna de las normas indicadas, ni ha de acudir a los ordenamientos jurídicos nacionales para definirlo, se trata de un concepto autónomo del Derecho comunitario³⁴⁵. Su

³⁴¹ DURÁN AYAGO, A., Capítulo 3. La competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental. La regla general (artículo 7) en CAMPUZANO DÍAZ, B. (dir.), ADAM MUÑOZ, M. D., CALZADO LLAMAS, A. J., CANO BAZAGA, E. et al., *Estudio del Reglamento (UE) 2019 / 1111 sobre crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*, Thompson Reuters-Aranzadi, 2022, pp. 71-78. En particular sobre los elementos a tener en cuenta al determinar la residencia habitual conforme a la jurisprudencia del TJUE, p. 74.

³⁴² A los efectos del Reglamento se entenderá por «*órgano jurisdiccional*», cualquier autoridad de cualquier Estado miembro con competencia en las materias que entran en el ámbito de aplicación del presente Reglamento, definición que se recoge en su artículo 2.2.1. De esta forma, quedan comprendidas las autoridades administrativas que, como en el caso de España, tengan las competencias en materia de protección a la infancia y la adolescencia que nos ocupa.

³⁴³ La regla general de atribución de la competencia aparece recogida en el artículo 5 del CH96, el art. 8 del RBIIbis y en el art. 7 del RBIIter respectivamente.

³⁴⁴ Sobre cómo el RBIIter incorpora la jurisprudencia en esta materia en incorpora FORCADA MIRANDA, F.J. (2020) op. cit. pp.110-112.

³⁴⁵ Sobre cómo la residencia habitual es un concepto autónomo y para delimitarlo no ha de acudir a los ordenamientos nacionales: REIG FABADO, I., La construcción del concepto autónomo de residencia habitual del menor en lo supuestos de sustracción internacional de menores, Cuadernos de Derecho Transnacional, Marzo 2019, Vol. 11, No 1, pp. 877-888. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/4663> (última consulta 8 de diciembre de 2022).

interpretación debe hacerse de forma autónoma e independiente, teniendo en cuenta el objeto de la norma y sus disposiciones³⁴⁶. En este sentido, cabe recordar que las normas de competencia que establecen el RBIIbis y el R1111/2019, así como el CH96, están concebidas en función del interés superior del menor, y en particular en función del criterio de proximidad, según el cual, en interés superior del niño la autoridad mejor posicionada para conocer de un asunto que le afecte será la que esté más próxima a él³⁴⁷.

La interpretación ha de realizarse según la jurisprudencia del TJUE al respecto, determinando en cada caso en base a las circunstancias concurrentes cuál es la residencia habitual del menor en cuestión³⁴⁸. En este sentido, el Tribunal

³⁴⁶ En tanto que concepto autónomo del derecho comunitario, no existe una definición de lo que se considera Residencia habitual ni cabe la remisión a los ordenamientos nacionales. Es necesario interpretar este concepto conforme a los objetivos de la norma, así como a la jurisprudencia al respecto. En este sentido, el objetivo que debe enmarcar esta interpretación es el que se establece en el propio Reglamento referente al interés superior del niño y al principio de proximidad conforme al cual se prevé que, de manera general, las autoridades más cercanas al niño serán las que estén mejor posicionadas para conocer el asunto (Considerando 12 RBIIbis). El TJUE en su jurisprudencia ha ido completando con su interpretación, que señala debe ser caso por caso, indicando que la residencia habitual del menor no puede venir determinada únicamente por su presencia física (STJUE de 2 de abril de 2009, A, C-523/07) sino que corresponde al lugar que revela una cierta integración del menor en un entorno social y familiar (STJUE de 22 de diciembre de 2010, Mercredi (C-497/10 PPU), que no tenga carácter temporal u ocasional (véanse, en este sentido, las sentencias de 2 de abril de 2009, A, C-523/07, EU:C:2009:225, apartados 37 y 38; de 22 de diciembre de 2010, Mercredi, C-497/10 PPU, EU:C:2010:829, apartados 44 y 47 a 49, y de 8 de junio de 2017, OL, C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, apartados 42 y 43). Debe atenderse al centro de vida efectivo del menor, teniendo en cuenta la duración y regularidad de su residencia, pero especialmente su integración familiar y social. Para llevar a cabo la identificación de la residencia habitual, se alude a un “test” consistente en: “evaluar y ponderar un conjunto de indicios objetivos y subjetivos, cuantitativos y cualitativos, temporales e intencionales, capaces de demostrar la integración de un menor en un entorno social y familiar, integración que debe presentar cierta intensidad” (Asunto 512/17, STJUE (Sala Quinta) de 28 de junio de 2018). En su sentencia de 28 de junio de 2018 en el asunto 512/17, el TJUE (Sala Quinta) se pronunció además se sobre los hechos que podían valorarse para determinar la residencia habitual, sobre otros que no, como por ejemplo, el origen cultural o visitas periódicas a otro Estado.

³⁴⁷ En el asunto 403/09, STJUE (Sala Tercera) de 23 de diciembre de 2009, el tribunal estableció que, “con carácter general, la proximidad geográfica permite a dichos órganos jurisdiccionales apreciar mejor qué medidas deben adoptarse en interés del menor”. Idea que reiteraría en sentencias posteriores (véanse las sentencias de 2 de abril de 2009, A, C-523/07, EU:C:2009:225, apartados 34 y 35, de 22 de diciembre de 2010, Mercredi, C-497/10 PPU, EU:C:2010:829, apartados 44 a 46, STJUE asunto HSE, asunto 111/17, STJUE (Sala Quinta) de 8 de junio de 2017, asunto 478/17, STJUE (Sala Quinta) de 4 de octubre de 2018 y asunto 512/17, STJUE (Sala Quinta) de 28 de junio de 2018) en coherencia con lo establecido en el Reglamento en su Considerando 12, que señala que el principio de proximidad resulta del objetivo de garantizar que se tenga en cuenta el interés superior del menor al aplicar las normas de atribución de la competencia establecidas en el propio Reglamento (Asunto 428/15, STJUE (Sala Tercera) de 27 de octubre de 2016).

³⁴⁸ KRUGER, T. en su artículo sobre el RBIIbis indicaba que, en su opinión, el TJUE parecía haber encontrado un equilibrio justo, enfatizando la importancia de los elementos fácticos (duración, regularidad, condiciones y razones para permanecer o trasladarse a un país en particular, la nacionalidad del niño, la escuela, el conocimiento de la lengua y las relaciones sociofamiliares del

ha establecido en su jurisprudencia que debe atenderse al centro de vida efectivo del menor, teniendo en cuenta la duración y regularidad de su residencia, pero especialmente su integración familiar y social ³⁴⁹. Para llevar a cabo la identificación de la residencia habitual, se alude a un “test” consistente en:

*“evaluar y ponderar un conjunto de indicios objetivos y subjetivos, cuantitativos y cualitativos, temporales e intencionales, capaces de demostrar la integración de un menor en un entorno social y familiar, integración que debe presentar cierta intensidad”*³⁵⁰.

Así, la competencia en virtud de los instrumentos de DIPR corresponde de manera general a las autoridades del Estado en el que el menor, respecto del que se quiera establecer un acogimiento transfronterizo, tenga su residencia habitual. Para identificar la residencia habitual del menor individualmente considerado

niño), al determinar la residencia habitual de una persona menor de edad. Considera que la fortaleza de este punto de conexión es la flexibilidad que ofrece a los jueces nacionales para tener en cuenta la situación concreta de cada niño. En este sentido, concluía al respecto, que el legislador debía evitar incluir una definición de la residencia habitual en el texto refundido del Reglamento. Y es que, precisamente en el informe sobre el impacto hecho sobre el RBIIbis, uno de los puntos que se expuso, en el objetivo específico 2 sobre predicción, claridad y fiabilidad para los ciudadanos implicados en casos transfronterizos, como prioritario el asunto de la interpretación del concepto de residencia habitual. La diferente interpretación del término considerado vago, establecía, había llevado a retos respecto a la determinación de la competencia, dando lugar a incertidumbre. KRUGER, T., Brussels II bis successes and suggested improvements, *Journal of Private International Law*, 2016. COMISIÓN EUROPEA, “Commission Staff Working Document Impact Assessment Accompanying the document, Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction (recast)” Brussels, 30.06.2016, SWD (2016) pp. 1-182.

Sin embargo, como hemos visto, efectivamente no se incluyó dicha definición y seguimos ante un concepto autónomo del Derecho comunitario y seguimos teniendo que atender a los objetivos del Reglamento y a la jurisprudencia del TJUE para su determinación.

³⁴⁹ Así lo expone el considerando (12) del RBIIbis, que en su art. 8 establece la regla general. Conforme a la jurisprudencia del TJUE (Caso A, C-523/07 de abril de 2009, caso Mercredi) la residencia habitual del menor estará en el Estado en el que se encuentre el centro de vida efectivo del menor, teniendo en cuenta la duración y regularidad de la residencia, pero especialmente la integración familiar y social del menor. Así lo establece en los apartados 39 y 40, la Opinión de la Abogado General Kokott en ese mismo caso. Después de unas reflexiones básicas sobre las reglas de competencia del RBIIbis, de establecer la relación entre este Reglamento y los convenios multilaterales, descarta además la extrapolación material del concepto de residencia habitual en la jurisprudencia del tribunal en la interpretación de la normativa en materia de la función pública y derecho social a la materia que nos ocupa.

³⁵⁰ Apartado 66 de la opinión del Abogado General Cruz Villalón sobre el caso Mercredi C-497/10, refiriéndose a lo establecido por el TJUE en su sentencia del caso A. Alude a los criterios para determinar la residencia habitual y añade “indicaciones suplementarias” (62) para los casos en los que ha habido una transferencia de la residencia habitual, en particular, cuando el traslado ha sido lícito y de mano de la única titular de la responsabilidad parental de la menor como ocurre en el caso Mercredi (70).

habrá de atenderse a todos los factores que sirvan para determinar dónde se encuentra su centro de vida, en términos de integración familiar y social³⁵¹.

Conforme al razonamiento expuesto por el Tribunal en el asunto Mercredi, habrá de determinarse la residencia habitual analizando las circunstancias particulares del caso respecto a, entre otros, las siguientes:

- La existencia de cierta integración en el medio social y familiar;
- las condiciones y razones de la permanencia del menor en el territorio de un Estado miembro, así como su nacionalidad (asunto A);
- la residencia debe ser en principio de cierta duración, como muestra de cierta estabilidad o permanencia, pero sin que se establezca una duración mínima;
- como muestra de estabilidad, que descarte el carácter temporal u ocasional de la presencia del menor en un territorio, debe valorarse la voluntad del interesado de establecer su centro de vida en dicho Estado (por ejemplo, si adquiere una vivienda)³⁵²;

Como concepto autónomo, la residencia habitual debe determinarse conforme al contexto y los principios del Derecho de la Unión, teniendo especial relevancia la necesidad de atender al caso particular. En este sentido, encontramos mención por parte del TJUE en la citada sentencia a que los factores a valorar en la determinación de la residencia habitual variarán en función de la edad del menor, por ejemplo, entre un menor lactante, uno en edad escolar o un adolescente.

En esta misma sentencia del TJUE en el asunto 512/17, encontramos una serie de factores que concurren en el litigio en cuestión y que no se podrán considerar indicios de una residencia habitual de la persona menor de edad:

“- las estancias que el progenitor que ejerce en la práctica la guarda y custodia del menor ha efectuado, en el pasado, con este, en el territorio del Estado

³⁵¹ Asunto 512/17, STJUE (Sala Quinta) de 28 de junio de 2018.

³⁵² Curioso que en la sentencia del TJUE se refiera a la voluntad del interesado porque parece que podría tener cabida analizar la voluntad de la persona menor de edad, si bien se sobrentiende que se trata únicamente de la persona adulta de referencia de esta.

miembro del que es nacional dicho progenitor en el marco de sus permisos parentales o períodos festivos;

- los orígenes del progenitor de que se trata, los vínculos de índole cultural del menor respecto a dicho Estado miembro derivados de tales orígenes y sus relaciones con su familia residente en dicho Estado miembro, y
- la eventual intención de dicho progenitor de establecerse con el menor, en el futuro, en ese mismo Estado miembro”.

En este epígrafe hemos expuesto brevemente la norma general de atribución de la competencia que contienen el CH96 y los Reglamentos europeos en base a la cual se adoptará una medida de acogimiento transfronterizo. La residencia habitual de la persona menor de edad es la que determinará esa competencia. Se trata de un concepto autónomo del Derecho que debemos interpretar en el marco del principio de proximidad y el interés superior, así como a la luz de la jurisprudencia del TJUE que ofrece una serie de factores que pueden considerarse indicios, así como otros que no.

3.1.2 Las autoridades del Estado en el que se encuentra el menor ejercen la competencia en base a la norma particular/ excepcional que se aplica cuando la residencia habitual no puede ser determinada.

Los instrumentos de Derecho Internacional Privado que nos ocupan establecen, además de la norma general ya expuesta, una serie de normas que ya sea de manera específica o excepcional determinan que la competencia sea ejercida por unas autoridades distintas a las del Estado de la residencia habitual del niño. Entre estas normas particulares encontramos algunas que regulan supuestos muy concretos que, por quedar fuera de nuestro objeto de estudio, no expondremos con detenimiento, como son las relativas a la competencia en

supuestos de sustracción internacional, medidas respecto a los hijos en procesos de separación o divorcio, o los derechos de visita³⁵³.

No nos centraremos tampoco en las normas que permiten atribuir la competencia a las autoridades de un Estado distinto al de la residencia habitual mediante la remisión o transferencia de la competencia, o en casos de urgencia, ya que no podrían aplicarse ante el acogimiento transfronterizo de un menor³⁵⁴. El acogimiento transfronterizo no es una medida que pueda adoptarse en el contexto de urgencia al que se refiere la norma de atribución de la competencia, que prevé que las autoridades del Estado en el que se encuentre el niño puedan adoptar medidas de carácter provisional y eficacia territorial limitada a dicho Estado, cuando se den circunstancias de urgencia. En tanto el acogimiento transfronterizo supone que la medida se cumple/ejecuta en otro Estado, la competencia de la autoridad que adopte la resolución no puede basarse en esta norma para supuestos de urgencia.

³⁵³ Aparte de la norma general de atribución de la competencia basada en la residencia habitual del menor en el momento en que se presenta el asunto ante las autoridades, se prevén normas particulares o específicas para supuestos concretos. Así, las excepciones a la regla general determinan la competencia del órgano jurisdiccional de un Estado distinto al de la residencia habitual del menor. Tal y como establecía el RBIIbis en su considerando (13), con el objetivo de atender al interés del menor, se introducen estas excepciones que contemplan, además de ciertos cambios de residencia del menor o acuerdo entre los titulares de la responsabilidad parental (considerando 12), la posibilidad de remisión del asunto al órgano jurisdiccional de otro Estado miembro que esté mejor situado para conocer del asunto. A tal efecto se establecen ciertas condiciones y la jurisprudencia del TJUE ha dispuesto al respecto que “la existencia de una proximidad entre el menor al que concierne el asunto y un Estado miembro diferente del Estado del órgano jurisdiccional competente para conocer del asunto con arreglo al artículo 8, apartado 1, o al artículo 12 de dicho Reglamento (véase, por analogía, la sentencia de 27 de octubre de 2016, D., C-428/15, EU:C:2016:819, apartado 52)”. Asimismo, se prevé que se mantenga la competencia de los tribunales del Estado miembro de la antigua residencia habitual del menor para casos de traslado lícito del menor respecto a los derechos de visita, siempre que se den los requisitos establecidos en la norma. Se evita que se tenga que volver a litigar por los derechos de visita, por ejemplo. Se prevén a su vez normas particulares respecto a los supuestos de traslado ilícito.

³⁵⁴ Esta norma referente a medidas provisionales y/o situaciones de urgencia se establece tanto en el CH96 (Arts. 11 y 12) como en el RBIIter (Art. 15), así como en su antecesor (Art. 20 RBIIbis). Sobre la excepcionalidad de esta norma de atribución de la competencia: ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. “Responsabilidad parental, transferencia de la competencia a órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro e interés superior del menor STJUE 27 de octubre de 2016, C-428/15: D”, en La Ley Unión Europea, nº 43, 30 de diciembre de 2016, separata electrónica. Sobre los efectos limitados de estas medidas p. 128 en CAMPUZANO DÍAZ, B., Capítulo 6. La competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental: las reglas especiales (artículos 15 y 16) en CAMPUZANO DÍAZ, B. (dir.), ADAM MUÑOZ, M. D., CALZADO LLAMAS, A. J., CANO BAZAGA, E. et al., *Estudio del Reglamento (UE) 2019 / 1111 sobre crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*, Thompson Reuters-Aranzadi, 2022, pp. 117-132.

Tampoco podrá adoptarse una medida de acogimiento transfronterizo en base a la competencia adquirida mediante transferencia, ya que la autoridad que pretenda adoptar este tipo de medida tendrá competencia para hacerlo en base a alguna de las reglas de atribución basadas en la residencia habitual: o bien la persona menor de edad es residente habitual del Estado en cuestión, o, si la residencia habitual no se puede determinar, la persona menor de edad se encuentra en el territorio de este. Para que fuese de aplicación la transferencia de la competencia, debería de tratarse de un Estado con el que el niño tiene un vínculo estrecho, que en ese Estado haya un órgano jurisdiccional mejor situado para conocer del asunto y que la transferencia responda a su interés superior³⁵⁵. En tal caso, la probabilidad de que la medida a adoptar por dicha autoridad sea un acogimiento transfronterizo en un tercer Estado, es muy remota. De los casos analizados en España no se ha encontrado ninguno de estas características o que, de haber estado en vigor el RBIIter, hubiese resultado de aplicación la disposición sobre la transferencia de la competencia³⁵⁶.

Las normas prevén el supuesto en que la residencia habitual no pueda ser determinada, para lo que establecen normas de atribución de la competencia específicas. Tanto los Reglamentos europeos, RBIIbis y RBIIter, como el CH96 establecen que cuando no pueda determinarse la residencia habitual del menor la competencia vendrá determinada por la presencia de este en el territorio de un Estado miembro/ contratante³⁵⁷. Serán competentes en virtud de estos

³⁵⁵ Respecto al interés superior del niño se habla expresamente de las “circunstancias específicas del caso” tanto en CH96 (art. 5), en RBIIter (art. 13.2), así como anteriormente en RBIIbis (art. 15.4).

³⁵⁶ Sobre la práctica en España, ver epígrafe 2.2.3.1.

³⁵⁷ DURÁN AYAGO, A., Capítulo 5. La competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental: las reglas especiales (artículos 11, 12, 13 y 14) en CAMPUZANO DÍAZ, B. (dir.), ADAM MUÑOZ, M. D., CALZADO LLAMAS, A. J., CANO BAZAGA, E. et al., *Estudio del Reglamento (UE) 2019 / 1111 sobre crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*, Thompson Reuters-Aranzadi, 2022, pp. 99-116. La autora escribe sobre la aplicación del art. 11 a los niños refugiados y desplazados, incluyendo una referencia expresa a los niños ucranianos (pp. 101-102). Tras aludir a que hubo un intento de mencionar expresamente en un considerando que esta disposición es aplicable a los niños que migran solos por razones socioeconómicas, aparte de los que solicitan protección internacional, pero que no prosperó, la autora considera- y coincidimos- en que el precepto cubre esta realidad en cualquier caso. (p. 102, y después sobre el art. 13 p. 110). Ese documento de la red también habla de la transferencia de la competencia a un órgano jurisdiccional mejor situado para conocer del asunto y lo relacionan con que “el traslado redundaría en el interés superior del menor”.

instrumentos internacionales, según corresponda, las autoridades del Estado en el que se encuentre la persona menor de edad³⁵⁸.

Un supuesto específico en el que se prevé que ocurra esto es el de los menores refugiados o desplazados internacionalmente, de ahí que los preceptos del CH96 y los Reglamentos lo dispongan de manera expresa³⁵⁹. Como se recoge en el Considerando (25) del RBIIter, esta norma sobre la presencia sólo se aplicará, teniendo en cuenta el artículo 52 del CH96, a los menores que tuvieran su residencia habitual en un Estado miembro antes del desplazamiento³⁶⁰. Si la residencia habitual del menor antes del desplazamiento estaba en un tercer Estado, debe aplicarse la norma sobre la competencia relativa a los menores refugiados e internacionalmente desplazados que figura en el Convenio, que establece en su artículo 6 que en este supuesto será competente la autoridad del Estado contratante en cuyo territorio se encuentre el niño³⁶¹.

La sentencia del TJUE de 22 de diciembre de 2010 en el asunto 497/10 PPU Mercredi, establece que cuando no pueda determinarse la residencia habitual, la competencia se determinará conforme a la regla recogida en el art. 13 del RBIIbis, esto es, atendiendo a la presencia del menor. Ni las normas ni la jurisprudencia disponen cuándo la residencia habitual no puede determinarse,

³⁵⁸ Cuando la residencia habitual no puede ser determinada, o no se den uno de los supuestos previstos para prorrogar la competencia que ostenta una autoridad distinta a la de la residencia habitual del menor conforme al Reglamento, se prevé que la autoridad del Estado en el que éste se encuentra físicamente sea la competente para conocer del asunto. Así lo disponen el art. 6 CH96, el art. 13 RBIIbis y el art. 11 del RBIIter. Los tres instrumentos mencionan expresamente que esta norma de competencia será la aplicable también ante supuestos en los que se trate de menores de edad desplazados internacionalmente o refugiados.

³⁵⁹ Newsletter jueces otoño 2005. De no poder ser establecida la residencia habitual del niño, el artículo 6(2) otorga la competencia al Estado en cuyo territorio se encuentre el niño. Así también, la presencia es el factor determinante para establecer la competencia en relación con niños refugiados o niños internacionalmente desplazados como consecuencia de desórdenes en sus países de residencia habitual (artículo 6(1)).

³⁶⁰ El artículo 52, apartado 2, del CH96 establece que los Estados contratantes podrán concluir acuerdos que afecten a niños que tengan su residencia habitual en uno de ellos, como ocurre con los Estados miembros de la UE que han desarrollado los Reglamentos.

³⁶¹ La aplicación de la norma de atribución de la competencia particular que atiende a la presencia física del menor de edad operará sólo en aquellos supuestos en los que el menor de edad tuviese su residencia habitual en un Estado miembro. “Si la residencia habitual del menor antes del desplazamiento estaba en un tercer Estado, debe aplicarse la norma sobre la competencia relativa a los menores refugiados e internacionalmente desplazados que figura en el Convenio de la Haya de 1996” (Considerando 25 RBIIter).

más allá del supuesto específico de las personas refugiadas o desplazadas internacionalmente³⁶².

Siendo esto así, las autoridades que van a adoptar una resolución de acogimiento transfronterizo respecto a un niño que se encuentra en su territorio podrán basar su competencia en:

- La residencia habitual del niño cuando esté en dicho Estado;
- La presencia del niño en ese territorio, cuando no se pueda determinar su residencia habitual, como es el caso de los niños y niñas desplazados o refugiados.

Por otro lado, las autoridades de un Estado en el que no se encuentra el niño podrán adoptar una resolución de acogimiento transfronterizo respecto a este basando su competencia en la existencia de un vínculo estrecho con el menor (en el marco de los supuestos tasados en la norma y respondiendo al interés superior del niño), que las autoridades del Estado en el que se encuentra el niño aceptan y les transfieren la competencia. Sin embargo, se trata de una posibilidad remota de la que no hemos detectado ningún caso hasta la fecha.

Una resolución por la que se constituye el acogimiento transfronterizo de un niño/a debe ser adoptada por la autoridad competente, conforme a la norma general que establece que será aquella del Estado en el que el niño tenga su residencia habitual. Salvo excepciones, esta será la mejor situada para, en su interés superior, proponer la medida de cuidado alternativo más adecuada a las circunstancias del niño individualmente considerado. En la adopción de esta medida, así como en su implementación seguimiento, participará también la autoridad del Estado en el que se haya de cumplir. Por las características propias

³⁶² Si acudimos a los criterios que provee la jurisprudencia para determinar la residencia habitual, podemos deducir que si no se da ninguno de ellos estaríamos ante un supuesto en el que no puede determinarse. Esto es, la competencia del órgano jurisdiccional del Estado donde se encuentra el niño no puede basarse en que el centro de vida de este se encuentre en dicho Estado. No existe una integración sociofamiliar, ni una residencia estable ni prolongada en el mismo, ni ningún indicio de que esto sea así.

de esta medida, no parece plausible que vaya a ser una autoridad distinta a la de la residencia habitual del niño la que adopte la resolución. El único supuesto que resultaría aplicable es aquel en el que la residencia habitual no puede determinarse y se decide en función de la presencia física del niño, como es el caso de los niños refugiados o migrantes, donde es lógico que sea la autoridad del Estado en el que se encuentra quien asuma la valoración de la solución duradera más adecuada para el caso concreto.

3.2 La eficacia extraterritorial de las resoluciones extranjeras de acogimiento transfronterizo.

Ante una decisión sobre el acogimiento transfronterizo de una persona menor de edad que debe producir efectos en otro Estado, sea el de acogida o un tercero, hablamos de la eficacia extraterritorial de una decisión extranjera³⁶³. Ésta estará regida por las normas de DIPR correspondientes que, tratándose de una materia relativa a la responsabilidad parental, serán: el RBlIter, el CH96 y, de manera subsidiaria, la legislación nacional correspondiente³⁶⁴. Nos interesará también detenernos en el RBlIbis para ver los antecedentes del actual RBlIter.

En este estudio sobre la eficacia extraterritorial de las resoluciones por las que se constituye un acogimiento transfronterizo resulta especialmente relevante analizar las posibles causas que pueden invocarse para denegar su

³⁶³ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J. *“Las reglas sobre reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras en España determinan el valor que una decisión judicial dictada por un tribunal extranjero puede tener en nuestro país.*

17.3 (...) las normas de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras son normas de rango legal, pero tienen un fundamento constitucional.

Son un instrumento necesario para asegurar el derecho a una tutela judicial internacional efectiva (art. 3 LCJIC).

Aceptar que unos tribunales extranjeros son competentes para resolver un litigio debe acompañarse de una predisposición favorable al reconocimiento y a la ejecución en España de la resolución que dicten dichos tribunales. (...). Derecho Internacional Privado, CIVITAS 3ª Ed. 17.2.

³⁶⁴ A los efectos de reconocimiento y ejecución, el Reglamento correspondiente será de aplicación cuando se trate de una resolución dictada por el órgano jurisdiccional de otro Estado miembro y se quiere reconocer y ejecutar en el territorio de otro Estado miembro, aunque la persona menor de edad tenga su residencia habitual en un Estado que no es miembro de la UE, pero es parte contratante del CH96. Por el contrario, no se aplicará el Reglamento a efectos de reconocimiento y ejecución cuando se trate del territorio de un Estado no miembro y la resolución haya sido dictada por el órgano jurisdiccional de un Estado no miembro. De manera subsidiaria, se aplicará en España la LCJIC.

reconocimiento. Las normas que nos ocupan buscan establecer un espacio de cooperación entre Estados que evite los conflictos entre sus sistemas jurídicos en lo que a la protección a la infancia se refiere, por lo que coinciden en establecer facilidades para el reconocimiento de las resoluciones en materia de responsabilidad parental adoptadas en Estados parte/ miembro. Una cuestión clave en garantizar esta confianza entre Estados es limitar al máximo las causas por las que un órgano jurisdiccional puede denegar el reconocer una resolución emitida por el órgano jurisdiccional de otro Estado parte/ miembro, en aras de la confianza mutua que debe ser fundamento del espacio judicial que se pretende crear con estas normas de DIPR (especialmente en el marco comunitario).

El principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales está expresamente establecido como la piedra angular de la creación de un verdadero espacio judicial, de forma que en el RBIIbis se disponía que el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales dictadas en un Estado miembro, debían regirse por dicho principio y que los motivos para denegar el reconocimiento debían ser los mínimos posibles³⁶⁵. Conforme al TJUE, se trata de un verdadero espacio judicial en el que se produce una *“renuncia correlativa por parte de los Estados miembros a sus reglas internas de reconocimiento y de exequátur en favor de un mecanismo simplificado de reconocimiento y de ejecución de resoluciones judiciales dictadas en el marco de procedimientos en materia de responsabilidad parental”*³⁶⁶.

Las normas para el reconocimiento y ejecución previstas en el CH96 y el RBIIbis eran similares. La diferencia principal entre estas era que, haciendo referencia a la Conferencia de Tampere, el Reglamento establecía el reconocimiento automático de las resoluciones judiciales relativas al derecho de visita y a la restitución de menores que hubiesen sido dictadas en Estados miembros, así como certificadas de conformidad con el RBIIbis, sin necesidad de

³⁶⁵ El Considerando (21) del RBIIbis establecía al respecto: *“El reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales dictadas en un Estado miembro deben basarse en el principio de confianza mutua, y los motivos del no reconocimiento deben limitarse al mínimo necesario”*. En el RBIIter, su considerando 55 se pronuncia en el mismo sentido: *“El reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, documentos públicos y acuerdos que emanen de un Estado miembro deben basarse en el principio de confianza mutua. Por tanto, los motivos de denegación del reconocimiento deben limitarse al mínimo necesario, habida cuenta del objetivo subyacente del presente Reglamento que es facilitar el reconocimiento y la ejecución y proteger de forma eficaz el interés superior del menor”*.

³⁶⁶ Sentencia del TJUE en el asunto C-256-09 Purrucker, párrafos 70-72.

un procedimiento adicional³⁶⁷. Dichas resoluciones se convirtieron así en “resoluciones privilegiadas”. Para el resto de las resoluciones, manteniendo este espíritu de confianza, se abogó por mantener el requisito de exequátur, pero simplificando los procedimientos y los mecanismos de cooperación entre autoridades³⁶⁸. Más adelante veremos lo previsto en el nuevo Reglamento, RBIIter y las diferencias que presenta respecto al CH96, que mantiene la exigencia del procedimiento de declaración de ejecutoriedad o exequátur³⁶⁹. Lo mismo ocurre con el régimen establecido en la LCJIC, de aplicación subsidiaria respecto al Reglamento y el Convenio³⁷⁰.

³⁶⁷ Encontramos una postura crítica respecto al RBII en el artículo publicado durante su redacción: “*en materia de eficacia extraterritorial de resoluciones la proclamada supresión del exequátur tampoco ha sido posible, lográndose una solución a medias*” en RODRIGUEZ VAZQUEZ, M. A., Una nueva fórmula para la supresión del exequátur en la reforma del RBI, Cuadernos de Derecho Transnacional, marzo 2014, vol. 6, nº1, p. 331.

³⁶⁸ “*Las normas para el reconocimiento y ejecución previstas en el CH96 y el RBIIbis son similares, con la diferencia que éste último no establece un procedimiento de exequátur o cualquier otro procedimiento para el reconocimiento y ejecución (artículos 40 al 45) de ciertas decisiones relativas a derechos de visita y ciertas decisiones que ordenan la restitución del niño conforme al artículo 11(8) del Reglamento*”. LORTIE, P., La comunitarización del Derecho de familia- Los Convenios de La Haya y el nuevo Reglamento de Bruselas II, Newsletter jueces, otoño 2005.

³⁶⁹ El nuevo sistema de exequatur en el RBIIter FORCADA MIRANDA, F.J. (2020) op. cit. pp. 287-288. Sobre las resoluciones privilegiadas en el RBIIter: RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M. A., Capítulo 12. El régimen general de las resoluciones privilegiadas en CAMPUZANO DÍAZ, B. (dir.), ADAM MUÑOZ, M. D., CALZADO LLAMAS, A. J., CANO BAZAGA, E. et al., *Estudio del Reglamento (UE) 2019 / 1111 sobre crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*, Thompson Reuters-Aranzadi, 2022, pp. 237-250.

Sobre la supresión del procedimiento de exequátur para las resoluciones en materia de responsabilidad parental pp. 229-236 en RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M. A., Capítulo 11. El régimen general de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en CAMPUZANO DÍAZ, B. (dir.), ADAM MUÑOZ, M. D., CALZADO LLAMAS, A. J., CANO BAZAGA, E. et al., *Estudio del Reglamento (UE) 2019 / 1111 sobre crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*, Thompson Reuters-Aranzadi, 2022, pp. 215-236.

Una opinión escéptica sobre el nuevo modelo y la presunción de buena voluntad sobre la que parece, según el autor, construirse: CARRILLO POZO, L.F., El Reglamento Bruselas II ter y el interés del menor: elementos para un debate, Bitacora Millennium DIPR., 14, 2021, pp. 17-49, HeinOnline.

³⁷⁰ PERAZZO ARAGONESES, C., Internamiento en un centro de protección específico para menores con trastornos de conducta: cuestiones de Derecho Internacional Privado, en LÁZARO GONZÁLEZ, I.E. y LEGAZ CERVANTES, F. (Dirs.) y SALINAS ÍÑIGO, A.M. y MAYORAL NARROS, I.V. (Coords.), Los centros de protección específicos de menores con problemas de conducta, Ed. Thomson Reuters- Aranzadi, Pamplona, 2021, pp. 299-326.

Los arts. 41 a 55 de la LCJIC contienen el régimen general del derecho interno aplicable al reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras firmes, hayan recaído en un procedimiento contencioso o hayan sido adoptadas en el marco de un procedimiento de jurisdicción voluntaria. Se establece un procedimiento de exequátur para “declarar a título principal el reconocimiento de una resolución judicial extranjera y, en su caso, para autorizar su ejecución” (art. 42.1 LCJIC), así como para declarar que dicha resolución no puede ser reconocida en España por incurrir en alguna de las causas de denegación del reconocimiento establecidas en la ley (art. 46.1 LCJIC). En particular, en materia de protección de menores, la LCJIC recuerda en su preámbulo que al valorar el Orden Público habrá de tenerse en cuenta el interés superior del niño.

3.2.1 Algunas causas de denegación del reconocimiento de las resoluciones sobre acogimiento transfronterizo.

Tanto el CH96 como el RBIIter establecen una lista tasada de causas de denegación del reconocimiento que pueden invocarse³⁷¹. Cabe destacar que en

Más allá de la detallada regulación que incorpora la norma respecto al reconocimiento y ejecución (Art. 50.1 LCJIC), nos interesa especialmente destacar que, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito europeo, la LCJIC mantiene la exigencia del procedimiento de exequátur para que las resoluciones judiciales extranjeras que tengan fuerza ejecutiva en el Estado de origen sean ejecutables en España (Preámbulo punto VIII LCJIC). Teniendo en cuenta el gran número y diversidad de los Estados que quedan fuera de la aplicación del R1111/2019 y del CH96, el mantenimiento del exequátur se plantea como garantista.

³⁷¹ En el CH96 las causas de denegación del reconocimiento son:

“Art. 23 1. Las medidas adoptadas por las autoridades de un Estado contratante se reconocerán de pleno derecho en los demás Estados contratantes.

2. No obstante, el reconocimiento podrá denegarse:

a) si la medida se ha adoptado por una autoridad cuya competencia no estuviera fundada en uno de los criterios previstos en el Capítulo II;

b) si, excepto en caso de urgencia, la medida se ha adoptado en el marco de un procedimiento judicial o administrativo, en el que el niño no ha tenido la posibilidad de ser oído, en violación de principios fundamentales de procedimiento del Estado requerido;

c) a petición de toda persona que sostenga que la medida atenta contra su responsabilidad parental, si, excepto en caso de urgencia, la medida se ha adoptado sin que dicha persona haya tenido la posibilidad de ser oída;

d) si el reconocimiento es manifiestamente contrario al orden público del Estado requerido, teniendo en cuenta el interés superior del niño;

e) si la medida es incompatible con una medida adoptada posteriormente en el Estado no contratante de la residencia habitual del niño, cuando esta última medida reúna las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado requerido;

f) si no se ha respetado el procedimiento previsto en el artículo 33”.

El RBIIbis en su artículo 23.1 establece las siguientes:

“a) si el reconocimiento fuere manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido, teniendo en cuenta el interés superior del menor;

b) si se hubieren dictado, excepto en casos de urgencia, sin haber dado posibilidad de audiencia al menor, en violación de principios fundamentales de procedimiento del Estado miembro requerido;

c) si, habiéndose dictado en rebeldía de la persona en cuestión, no se hubiere notificado o trasladado a dicha persona el escrito de demanda o un documento equivalente de forma tal y con la suficiente antelación para que pueda organizar su defensa, a menos que conste de forma inequívoca que esa persona ha aceptado la resolución;

d) a petición de cualquier persona que alegue que la resolución menoscaba el ejercicio de su responsabilidad parental, si se hubiere dictado sin haber dado posibilidad de audiencia a dicha persona;

e) si la resolución fuere inconciliable con otra dictada posteriormente en relación con la responsabilidad parental en el Estado miembro requerido;

f) si la resolución fuere inconciliable con otra dictada posteriormente en relación con la responsabilidad parental en otro Estado miembro o en el Estado no miembro de residencia habitual

el CH96 que no se establece como motivos por los que obligatoriamente se ha de denegar el reconocimiento, sino que se autoriza que se rechace en esos supuestos, es una manera de reforzar la innovadora voluntad de reconocimiento automático de las decisiones³⁷². A diferencia del Reglamento, el Convenio prevé como posible causa de denegación del reconocimiento que la medida de protección haya sido adoptada por una autoridad que no es competente en base a las normas de atribución de la competencia establecidas por el CH96. En el ámbito europeo, sin embargo, en aras de la confianza mutua entre los Estados, se opta por una presunción de competencia sin posibilidad de un control de esta, por lo que esta causa de denegación no se recoge.

Al igual que el CH96, el RBIIbis enumeraba una lista cerrada de motivos para la denegación del reconocimiento, pero a diferencia de lo que ocurre en el Convenio, la denegación en estos supuestos era obligatoria, lo que se mantendrá en el RBIIter para la mayor parte de supuestos³⁷³.

En la refundición del Reglamento europeo, RBIIter, las causas de denegación del reconocimiento que pueden invocarse están nuevamente recogidas en una lista cerrada, atendiendo al objetivo de este de promover la confianza mutua, de manera que no se podrá denegar el reconocimiento por una causa que no se encuentre enumerada en dicha lista³⁷⁴. Se trata de una lista exhaustiva, de la que pueden concurrir varios motivos a un mismo tiempo, pero no pueden invocarse causas de denegación que no estén en ella recogidas³⁷⁵. Los

del menor, siempre y cuando la resolución dictada con posterioridad reúna las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado miembro requerido, o bien
g) *si no se ha respetado el procedimiento previsto en el artículo 56”.*

³⁷² CARPANETTO, L. op. cit. p. 30.

LAGARDE, PAUL, informe explicativo CH96, “121. El apartado 2 enumera limitativamente los motivos por los que el reconocimiento puede rechazarse. Debe señalarse que este apartado 2 autoriza el rechazo del reconocimiento, pero no lo impone”.

³⁷³ Son los del art. 15.2 del Reglamento 1347/2000 y el art. 34 del Reglamento 44/2001, que los adoptó del Convenio de Bruselas I.

³⁷⁴ Art. 39 RBIIter.

FORCADA MIRANDA, F.J., Op. Cit. p. 288 “Si pasamos a un sistema de reconocimiento automático con causas tasadas de denegación a instancia de parte, dejamos de hablar de “que se resuelva sobre el reconocimiento o no reconocimiento de una resolución” y pasamos a hablar con mayor propiedad de que se declare que “no concurren los motivos de denegación del reconocimiento” previstos en el Reglamento.

³⁷⁵ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M. A., Capítulo 11. El régimen general de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en CAMPUZANO DÍAZ, B. (dir.), ADAM MUÑOZ, M. D., CALZADO LLAMAS, A. J., CANO BAZAGA, E. et al., *Estudio del Reglamento (UE) 2019 / 1111 sobre crisis*

motivos de denegación del reconocimiento se limitan así al mínimo necesario, a fin de cumplir con el objetivo de facilitar el reconocimiento y la ejecución y proteger de forma eficaz el interés superior del niño³⁷⁶. Estas causas son preceptivas, a diferencia del CH96, salvo para la causa referente al derecho al niño a ser escuchado en el procedimiento de adopción de la resolución que se pretende reconocer y ejecutar que es facultativa³⁷⁷.

Por lo que respecta en particular al acogimiento transfronterizo y las normas de reconocimiento y ejecución previstas en el CH96 y los Reglamentos europeos, no hay ninguna diferencia sustantiva del régimen aquí recogido, ya que la abolición del exequátur prevista para las resoluciones privilegiadas que introdujo el RBIIbis no le era aplicable a las decisiones sobre acogimiento transfronterizo³⁷⁸. En este

matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores, Thompson Reuters-Aranzadi, 2022, pp. 215-236.

³⁷⁶ Al respecto podemos leer los considerandos 55 y 56 del RBIIter. En el art. 39 del RBIIter, encontramos la lista cerrada de las posibles causas de denegación del reconocimiento:

- a) *“si el reconocimiento fuere manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro en el que sea invocado el reconocimiento, teniendo en cuenta el interés superior del menor;*
- b) *si, habiéndose dictado en rebeldía de la persona en cuestión, no se hubiere notificado o trasladado a dicha persona el escrito de demanda o un documento equivalente de forma tal y con la suficiente antelación para que pueda organizar su defensa, a menos que conste de forma inequívoca que esa persona ha aceptado la resolución;*
- c) *a petición de cualquier persona que alegue que la resolución menoscaba el ejercicio de su responsabilidad parental, si se hubiere dictado sin que dicha persona haya tenido la posibilidad de ser oída;*
- d) *si la resolución fuere irreconciliable, y en la medida en que lo fuere, con otra dictada posteriormente en materia de responsabilidad parental en el Estado miembro en que sea invocado el reconocimiento;*
- e) *si la resolución fuere irreconciliable, y en la medida en que lo fuere, 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 en que sea invocado el reconocimiento, o*
- f) *si no se ha respetado el procedimiento previsto en el artículo 82”.*

Adicionalmente, el Reglamento prevé en el art. 39.2.2 que se pueda denegar el reconocimiento de una resolución si se concedió “sin que el menor capaz de formarse su propio juicio haya tenido la posibilidad de expresar su opinión de conformidad con el artículo 21, excepto en los casos en que:

- a) el procedimiento solo afectó a los bienes del menor y siempre que no se requiriera dar dicha oportunidad al menor, habida cuenta del objeto del procedimiento; o
- b) existían motivos fundados habida cuenta, en particular, de la urgencia del asunto”. Así como, FORCADA MIRANDA, F.J. (2020) op. cit. pp. 327-336

³⁷⁷ De la literalidad de las normas podemos abstraer las diferencias señaladas. Así, en el CH96 (art. 23.2) se establece que “podrá denegarse” el reconocimiento, mientras que en el RBIIbis (23) se establecía que “no se reconocerán”. Finalmente, en el RBIIter (art. 39) se establece que “se denegará” por las causas tasadas y, en un segundo inciso, que “se podrá denegar” si no se ha dado al niño la posibilidad de expresar su opinión.

³⁷⁸ Según CARPANETO, en su informe para el Parlamento Europeo sobre colocaciones transfronterizas, el carácter particular de las normas europeas en materia de responsabilidad parental no reside en el régimen de reconocimiento, si no en la abolición del exequatur de las decisiones sobre derechos de visita y de las de restitución de menores, Este régimen es la

sentido, de oficio o a instancia de parte, se podrá solicitar que se declare que no concurren las causas de denegación del reconocimiento previstas respecto a la resolución en cuestión.

A continuación, nos detendremos en tres de las causas de denegación tasadas por resultar más relevantes en la materia que nos ocupa: el Orden público y su relación con el interés superior del menor, la audiencia del menor como garantía del derecho del niño a ser escuchado y la infracción del procedimiento de cooperación entre autoridades previsto para los supuestos de acogimiento transfronterizo.

3.2.2 Manifiestamente contrario al Orden Público, teniendo en cuenta el Interés Superior del Niño: tratamiento general³⁷⁹.

expresión del nivel más alto de confianza mutua entre los Estados miembro de la UE, pero no es aplicable a las decisiones sobre acogimiento transfronterizo

“No significant differences characterize the regime for the recognition and execution of the cross-border placement of children provided in Brussels IIa. In this regard, it is worth pointing out that, given the relationship between Brussels IIa and the 1996 HC, the rules on the recognition and execution of Brussels IIa apply with regard to any decision issued by the courts of a Member State, even if the child concerned lives in a third State which is a Contracting party of the 1996 HC”, CARPANETO, L., op. cit. p.31.

Aunque con el foco en sustracción internacional, CAAMIÑA expone cómo se ha ido europeizando la aplicación del CH80 mediante la aplicación del RBIIbis. CAAMIÑA, C., La “supresión” del exequátur en el R2201/2003, Cuadernos de Derecho Transnacional, Marzo 2011, Vol. 3, No 1, pp. 63-83 Disponible en: www.uc3m.es/cdt.

³⁷⁹ Existe extenso debate doctrinal sobre el Orden Público, tanto sobre lo que debe entenderse como tal como sobre la ambigüedad o no del propio concepto y las eventuales consecuencias de ello en términos de seguridad jurídica, pero no nos detendremos sobre este por no ser indispensable en este análisis.

VISCHER, F., Vol. I: General course on private international law, Recueil des cours Académie de Droit International, 1992, pp. 100-106. *“La cláusula de Orden público obliga al juez a evaluar el resultado dado por la lex causae y a comprobar su compatibilidad con los principios básicos de la justicia conforme a la ley del foro. La dificultad radica en la identificación de dichos principios básicos. No se puede definir de manera precisa. Por ejemplo, encontramos que se define en la Constitución, así como por los principios general del Derecho Público Internacional, especialmente en lo referido a derechos humanos”.*

LEHMANN, M., El reconocimiento ¿una alternativa al Derecho Internacional Privado?, Cuadernos de Derecho Transnacional, Octubre, 2016, Vol. 8, Nº 2, pp. 240-257. Analiza las ventajas y desventajas de establecer una norma de reconocimiento en la UE. Cierta referencia al Orden Público cuando se aborda el posible riesgo de abuso de esta norma, y se señala la limitación a una materia específica o la excepción de Orden Público.

GONZÁLEZ CAMPOS, J. y FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. “Artículo 12, apartado 3 del Código Civil”, Comentarios al Código civil y Compilaciones forales (M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, eds.), t. I, vol. 2, Jaén, Edersa, 1995. pp. 894–826. ISBN: 84– 7130–826–6.

3.2.2.1 Orden Público, tratamiento general.

El Orden Público siempre ha estado presente en el reconocimiento y autorización para la ejecución tanto en el Derecho autónomo como en los instrumentos internacionales y comunitarios³⁸⁰. Se trata de un mecanismo necesario.

Los instrumentos que hemos analizado establecen como posible causa de denegación del reconocimiento de una resolución de responsabilidad parental el que este sea manifiestamente contrario al Orden Público en el Estado en el que se ha de reconocer y ejecutar dicha resolución, teniendo en cuenta el interés superior del niño/ menor. Este último inciso es precisamente la peculiaridad que incorporan estos instrumentos, como ya haría el CH93 sobre adopción, y sobre el que nos detendremos más adelante³⁸¹. La jurisprudencia del TJUE no es muy

“el orden público puede ser definido, en sentido amplio, como el conjunto de principios que inspiran un ordenamiento jurídico y que reflejan los valores esenciales de la sociedad en un momento concreto”.

Sobre el reconocimiento manifiestamente contrario al orden público teniendo en cuenta el interés superior del menor, FORCADA MIRANDA, F.J. (2020) op. Cit. 328-329. El autor remite a la sentencia del TJUE de 19 de noviembre de 2015, P/Q, C-455/15 ECLI:EU:C:2015:763.

La previsión del interés superior del niño dentro de la adopción de Orden Público no puede ser ignorada: “Both instruments include a public policy exception, and also specify that a breach must be manifest, but article 23(2)(d) provides that regard must be paid to the best interests of the child. This addition cannot of itself be regarded as weakening the applicable standard within the Convention, for the best interests of the child cannot simply be disregarded when evaluating public policy issues under Brussels Ia, for to do so would undoubtedly be in breach of the ECHR”. McELEVAY, P.E. (2010), op. cit. pp. 513-514.

³⁸⁰ MANSILLA Y MEJÍA, M. E., *Naturaleza jurídica del Orden Público en el Derecho Internacional Privado*. Estudios Jurídicos, p. 333.

³⁸¹ LAGARDE, P. Informe explicativo RBIIbis, Pág. 56 “Art. 23.1 Párrafo d) 125. El texto consagra la contrariedad manifiesta con el orden público del Estado requerido como motivo de no reconocimiento pero añade, como el artículo 24 del Convenio de 29 de mayo de 1993 sobre adopción, que el orden público se aprecie teniendo en cuenta el interés superior del niño”.

PARRA ARANGUREN, G., “Rapport explicatif”, Actes et documents de la Dix-septième session, t. II, Conférence de La Haye de droit international privé, 1994, no. 411

En el informe explicativo del CH93 se recoge el debate en el marco de la redacción del Convenio, donde se propuso la eliminación de esta causa de denegación, que fue rechazada “al ponerse de relieve que “el orden público es un principio general que no puede ser reducido a ciertas reglas particulares”” (pº423). Se valoró la posibilidad de aplicar cumulativamente dos causas de denegación, que la resolución fuese manifiestamente contraria al Orden Público y al interés superior del niño. “El reconocimiento de pleno derecho de una adopción extranjera no podría, por tanto, ser denegado si la adopción produjera un resultado manifiestamente contrario al orden público pero respondiera al interés superior del niño y viceversa. Sin embargo, como puso de

extensa al respecto, pero sí ofrece, como veremos seguidamente, unas claves claras sobre la interpretación de esta causa de denegación. Por lo que respecta a la referencia al interés superior del niño, es necesario acudir además a la OG nº 14 que desarrolla el artículo 3 de la CDN que lo recoge, ambos pilares del sistema.

Cuando hablamos del reconocimiento de una resolución de acogimiento transfronterizo, se trata de valorar si la esta es contraria a los principios que constituyen los pilares del ordenamiento jurídico del Estado requerido. Ya que estamos ante una vía indirecta de entrada de las consecuencias de una ley extranjera contraria a los principios fundamentales del Derecho del foro. PÉREZ VERA se refiere a ello como la dimensión de reconocimiento de sentencias en contraposición a la dimensión del derecho aplicable, concluyendo que “*En fase de reconocimiento de decisiones, la acción del Orden Público comporta la negación de toda eficacia a la sentencia extranjera contraria a nuestros principios fundamentales*”³⁸².

No se trata de valorar si la ley extranjera aplicable es contraria al Orden Público nacional, si no si la resolución adoptada por la autoridad extranjera lo es, ya sea por su contenido como por cómo ha sido adoptada. Esto es, si el contenido de la resolución extranjera es contrario a los derechos que se reconocen a la infancia y la adolescencia, o si se vulneran las garantías procesales que derivan del derecho a un juicio justo³⁸³.

relieve el Informe de la Comisión especial, ésta última es una situación muy excepcional que sólo se producirá en muy contadas ocasiones” (pº 424).

Finalmente, tal y como se recoge esta causa de denegación del reconocimiento, según la cual no se reconocerá una resolución de una adopción extranjera que sea “manifiestamente contraria al Orden Público, teniendo en cuenta el interés superior del niño”, se establece que “La noción de orden público ha de interpretarse de manera muy restrictiva, es decir, con referencia a los “principios fundamentales” del Estado que reconoce la adopción”. Se hace así especial hincapié en el principio fundamental que representa para los Estados parte el interés superior del niño.

Sobre esto ha escrito CARRILLO CARRILLO, B. L., Carácter, objetivos y ámbito de la aplicación del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, *Anales de Derecho*, 20, 249–296.

³⁸²PÉREZ VERA, E. et Al., *Derecho Internacional Privado*. Manual de la UNED.

³⁸³ La jurisprudencia del Tribunal Supremo español que hace esta distinción es analizada por GASCÓN INCHAUSTI, F., Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en la ley de cooperación jurídica internacional en materia civil, Cuadernos de Derecho Transnacional, octubre 2015, Vol. 7, Nº 2, pp.178-179.

También la comenta en este contexto FORCADA MIRANDA, que distingue dos ámbitos: el material, en el que señala que el reconocimiento manifiestamente contrario al Orden Público podría

En el ámbito procesal, hablamos así de la eventual vulneración de las garantías procedimentales como posible causa de una manifiesta discrepancia con el Orden Público. Esto es, siempre que se contemplen entre los principios inspiradores del ordenamiento jurídico del Estado requerido dichas garantías procedimentales como puede ser la tutela judicial efectiva.

El Orden Público es la única justificación para entrar a valorar el fondo de un asunto y, por tanto, debe hacerse una interpretación restrictiva³⁸⁴. En el ámbito de la UE, por compartir los Estados miembros muchos de los principios basilares del sistema, la noción de Orden Público será aún más reducida³⁸⁵. Asimismo, operará la prohibición de invocar el Orden Público para controlar la competencia legislativa o alegar que no se han observado las normas de competencia judicial internacional.

Con la premisa “teniendo en cuenta el interés superior del niño” lo que se pretende es reforzar la idea de que el interés superior del niño es parte del Orden Público de los Estados parte/ miembros, especialmente teniendo en cuenta que

referirse a “discriminaciones por razón de sexo, filiación, religión o raza”; y el procesal, entendido como “la violación de la tutela judicial efectiva no protegida de otra forma o en distinta vertiente”, pp. 178-179.

³⁸⁴ LEHMANN, M., El reconocimiento ¿una alternativa al Derecho Internacional Privado?, Cuadernos de Derecho Transnacional, octubre, 2016, Vol. 8, Nº 2, pp. 240-257. Analiza las ventajas y desventajas de establecer una norma de reconocimiento en la UE. Hace también cierta referencia al Orden Público cuando se aborda el posible riesgo de abuso de esta norma, y se señala la limitación a una materia específica o la excepción de Orden Público.

MARCHAL ESCALONA, N., La eficacia extraterritorial de la adopción transnacional en España, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, num.50/2019, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2019. La autora aborda la doctrina establecida por el TEDH en la Sentencia dictada en el caso Wagner y J.M.W.L. contra Luxemburgo, el 28 de junio de 2007 (PROV 2007, 147388) y, calificándola de peligrosa, resalta que en todo caso, aunque una adopción haya sido constituida regularmente en otro Estado, para decidir sobre su reconocimiento “Necesariamente debe plantearse dónde está el equilibrio entre el interés del menor en concreto y el respeto de la legalidad como expresión del interés del menor en general”.

DE BARTOLOMÉ CENZANO, José Carlos, “*El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*”, 2a edición, Ed. Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2002. Las conclusiones de la tesis de este autor son las siguientes: “1º Que el orden público es un concepto jurídico-constitucional 2º Que su transgresión conllevará la de algún precepto legal 3º Que su aplicación requiere una fundamentación jurídica 4º Además es necesaria la ponderación y proporcionalidad entre la medida restrictiva y la finalidad que se persigue constitucionalmente”.

³⁸⁵En el Dictamen del Comité Económico y Social sobre la propuesta de Reglamento 2201/2003 encontramos un curioso posicionamiento en cuanto “expresa su preocupación por el hecho de que se admita como motivo válido el orden público. Esta posibilidad parece abierta a abusos y, en el caso de los procedimientos de responsabilidad parental, puede estar en contradicción directa con el espíritu de la propuesta, que está centrada en el IS.

En algunas jurisdicciones, el orden público o las disposiciones constitucionales pueden hacer más hincapié en los derechos parentales que en los responsables parentales y, por tanto, ir en detrimento del niño” apartado 5.2.8.

todos son firmantes de la CNUDN, salvo Estados Unidos que la ha incorporado de otra manera, de ahí que tengamos que remitirnos tanto al art. 3 de la Convención como a la OG nº 14 del CDN. El art. 3 de la CNUDN establece que “*En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*” recogiendo así uno de los principios fundamentales de este Tratado internacional. Sin embargo, el interés superior del niño en tanto que concepto jurídico indeterminado no ha sido uniformemente aplicado por los distintos Estados y/o autoridades, la interpretación que se ha hecho a lo largo de los años era heterogénea. Por ello, el CDN emitió en 2013 una Observación General, la nº 14, en la que desarrollaba cómo debía interpretarse adecuadamente el interés superior del niño y los requisitos para su consideración al ser aplicado. Este instrumento supuso un hito en derechos de infancia, ya que partiendo de la idea de que aplicar el interés superior del niño consiste en elegir aquella opción que permite el mayor cumplimiento de los derechos del niño individualmente considerado, estableció que el interés superior del niño tiene tres dimensiones: de derecho subjetivo, de principio interpretativo y de garantía procedimental. Asimismo, el Comité recogió en la OG la necesidad de llevar a cabo una evaluación y determinación formal del interés superior del niño, señalando los elementos a tener en cuenta y ponderar. Estos elementos, que se corresponden con los derechos reconocidos a los niños y niñas en la CNUDN, deben ser valorados y ponderados³⁸⁶.

El TJUE en asuntos sobre responsabilidad parental se ha posicionado principalmente respecto a cuestiones relacionadas con la imposibilidad de denegar el reconocimiento de una resolución en base a la competencia del órgano jurisdiccional de un Estado miembro que dictó la resolución. Encontramos así referencias al artículo 24 del RBIIbis que prohíbe el control de la competencia de cara a valorar el reconocimiento o no de una resolución³⁸⁷.

³⁸⁶ Sobre los elementos a valorar al determinar el interés superior del niño GRAMMATICAKI-ALEXIOU, A.(2020), op. cit. pp. 208-211.

³⁸⁷ Art. 24 RBIIbis.

El Tribunal ha considerado desde las interpretaciones de las reglas del Convenio de Bruselas que el orden público no podía servir para ampliar las posibilidades de denegación del reconocimiento y de la declaración de ejecutoriedad. La sentencia del TJUE del asunto C-455-15 P y Q sobre la custodia de dos menores resulta especialmente relevante, ya que se pronuncia sobre la causa de denegación referente a Orden Público para responder a la cuestión prejudicial planteada.

« (34.) Mediante su cuestión prejudicial, el tribunal remitente solicita, en esencia, que se dilucide si el artículo 23, letra a), del Reglamento nº 2201/2003 debe interpretarse en el sentido de que, en circunstancias como las del litigio principal, dicha disposición permite a un tribunal de un Estado miembro que se considera competente para resolver sobre la custodia de un menor denegar el reconocimiento de la resolución de un tribunal de otro Estado miembro que ha resuelto sobre la custodia de ese menor».

El Tribunal inicia su razonamiento refiriéndose a cómo el Considerando 21 del propio RBIIbis establece que *«éste se fundamenta en la idea de que el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales dictadas en un Estado miembro deben basarse en el principio de confianza mutua y de que los motivos de denegación del reconocimiento deben limitarse al mínimo necesario»*. Siendo esto así, en tanto que las causas de denegación del reconocimiento serían *«un obstáculo a la realización de uno de los objetivos fundamentales de dicho Reglamento»*, éstas deben ser interpretadas de manera estricta y limitarse a las establecidas en el artículo 23 del RBIIbis.

Por lo que se refiere a la causa de denegación prevista cuando la resolución de responsabilidad parental en cuestión sea “manifiestamente contraria al Orden Público” (art. 23.a)), el TJUE dispone que, si bien no le corresponde definir el contenido de orden público de un Estado miembro, sí que *«le corresponde controlar los límites dentro de los cuales los tribunales de un Estado miembro pueden recurrir a este concepto para no reconocer una resolución emanada de otro Estado miembro»*. Para ello se remite a la sentencia Diageo Brands (asunto C-681/13) que, aunque se refiere a la aplicación del Reglamento (CE) nº 44/2001 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones

judiciales en materia civil y mercantil³⁸⁸, considera que puede aplicarse por analogía al asunto que le ocupa. Así, destaca como diferencia entre el precepto del RBII y el RBIIbis, que este último exige que se tenga en cuenta el interés superior del menor a la hora de decidir si el reconocimiento de la resolución es manifiestamente contrario al orden público y corresponde por tanto denegarlo. Añade además una conclusión al respecto de la procedencia de invocar esta causa de denegación en coherencia con la requerida interpretación estricta:

*«(39) Por tanto, sólo debería recurrirse a la cláusula de orden público que figura en el artículo 23, letra a), de dicho Reglamento en el caso de que, **habida cuenta del interés superior del menor, el reconocimiento de la resolución dictada en otro Estado miembro vulnerara de manera inaceptable el ordenamiento jurídico del Estado requerido, por menoscabar un principio fundamental.** Para respetar la prohibición de revisión en cuanto al fondo de la resolución dictada en otro Estado miembro, prevista en el artículo 26 del mismo Reglamento, el menoscabo debería constituir **una violación manifiesta, habida cuenta del interés superior del menor, de una norma jurídica considerada esencial en el ordenamiento jurídico del Estado requerido o de un derecho reconocido como fundamental en este ordenamiento** (véase, por analogía, la sentencia *Diageo Brands*, C 681/13, EU:C:2015:471, apartado 44)»³⁸⁹.*

Los motivos para denegar el reconocimiento recogidos en las normas de DIPR aplicables a las resoluciones sobre responsabilidad parental son listas tasadas y deben ser interpretadas de manera estricta. En particular, respecto a la posibilidad de que una resolución no sea reconocida por ser manifiestamente

³⁸⁸ DO 2001, L 12, p. 1.

³⁸⁹ El artículo 23, letra a), del 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 parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000, debe interpretarse en el sentido de que, cuando no exista una violación manifiesta, habida cuenta del interés superior del menor, de una norma jurídica considerada esencial en el ordenamiento jurídico de un Estado miembro o de un derecho reconocido como fundamental en ese ordenamiento jurídico, dicha disposición no permite al órgano jurisdiccional de ese Estado miembro que se considera competente para resolver sobre la custodia de un menor denegar el reconocimiento de la resolución de un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro que ha resuelto sobre la custodia de dicho menor.

contraria al Orden Público, teniendo en cuenta el interés superior del menor, se refuerza por la jurisprudencia la necesidad de la mencionada interpretación estricta, limitando este concepto, que corresponde definir a cada Estado miembro, a aquellos supuestos en los que se trate de una violación manifiesta de los principios, derechos y/o normas fundamentales en el ordenamiento jurídico del Estado en cuestión. Todo ello habida cuenta del interés superior del menor, como especificidad de las normas aplicables a esta materia.

Partiendo del expuesto Orden Público procesal en el que nos sitúan estas normas, debemos detenernos a analizar la vinculación con el interés superior del niño, la necesidad de establecer salvaguardas procedimentales adaptadas y su dimensión como norma de procedimiento, establecida por el Comité de Derechos del Niño en su OG nº 14. Si bien habrá de hacerse la valoración en cada caso concreto atendiendo al ordenamiento jurídico nacional de cada Estado para determinar si se trata de una violación de normas o derechos fundamentales, hay un marco internacional respecto a los derechos del niño en general y del interés superior en particular que debe tomarse como referencia. Pocas veces encontraremos un marco tan definido como el que tiene el interés superior del niño.

Teniendo en cuenta la sentencia del TJUE podemos entender que los derechos considerados fundamentales en los ordenamientos jurídicos nacionales podrían considerarse incluidos en su Orden Público. Habrá de atenderse al ordenamiento de cada Estado, aunque es difícil que haya gran disparidad entre lo que en un Estado se considera un derecho fundamental y en otro no.

Por lo que respecta al ámbito procesal, principalmente identificado con el derecho a la tutela judicial efectiva, en un procedimiento de responsabilidad parental resulta imprescindible remitirse al interés superior del niño como norma de procedimiento y, por tanto, a las garantías procesales para velar por su cumplimiento. Dichas garantías, conforme dispone el CDN en su OG nº14, incluyen: el derecho del niño a expresar su propia opinión; la determinación de los hechos; la percepción del tiempo; los profesionales cualificados; la representación

letrada; la argumentación jurídica; los mecanismos para examinar o revisar las decisiones; y, la evaluación del impacto en los derechos del niño³⁹⁰.

El reconocimiento de una resolución puede denegarse si es manifiestamente contraria al Orden Público, teniendo en cuenta el interés superior del niño. Esta causa debe interpretarse de manera estricta, rechazando el reconocimiento únicamente cuando se trate de una resolución que vulnera, ya sea por su contenido o por cómo ha sido adoptada, este principio fundamental del Estado. A continuación, nos detendremos en qué contenido se le da al Orden Público teniendo en cuenta el interés superior del niño para determinar si se produce o no tal vulneración por una resolución de acogimiento transfronterizo.

3.2.2.2 El contenido de la excepción de Orden Público teniendo en cuenta el Interés Superior del Niño ante el reconocimiento de una resolución de acogimiento transfronterizo.

En el CH96 en la propia disposición que regula el acogimiento transfronterizo, se establece como requisito que la evaluación de la procedencia de la medida, tanto por el órgano jurisdiccional que la propone, como por el que debe aceptarla, debe ser en base al interés superior del niño de la persona menor de edad en particular. Esto no ocurre en los Reglamentos europeos de manera expresa. En cualquier caso, se trata de un derecho y principio fundamental que opera también como principio interpretativo en la aplicación de dichos instrumentos.

En este análisis queremos darle contenido al Orden Público teniendo en cuenta el interés superior del niño. Atenderemos a los elementos que hay que

³⁹⁰ Párrafos 85 a 99 de la OG nº14. Cabe señalar que entre las garantías procesales para velar por la observancia del interés superior del niño encontramos el derecho del niño a expresar su propia opinión cuya vulneración, como veremos en el siguiente epígrafe, es otra de las causas de denegación incluidas en las listas cerradas del Convenio y el Reglamento.

valorar al hacer la determinación del interés superior, pero también habrá que detenerse en la exigencia de llevar a cabo la propia determinación formal del interés superior del niño en el caso concreto y las garantías procesales a las que hay que atenerse.

Para determinar el contenido del Orden Público teniendo en cuenta el interés superior del niño y comprobar si dicha resolución es manifiestamente contraria a este, debemos circunscribirnos al caso particular de una resolución por la que se constituye un acogimiento transfronterizo. Una vez establecido que el interés superior del niño es un principio fundamental del ordenamiento jurídico y, por tanto, parte del orden público de todos los Estados, nos tenemos que detener en concretar las obligaciones que derivan de este y que deben valorarse ante el eventual reconocimiento de la resolución en cuestión³⁹¹.

El interés superior del niño está recogido en el artículo 3 de la CNUDN y es, además, uno de los cuatro principios fundamentales de la misma. Esto significa que los derechos reconocidos en este Tratado, así como otras normas de derechos humanos relacionadas con situaciones específicas, deben interpretarse a la luz de estos cuatro principios³⁹². Para esclarecer las implicaciones de esta afirmación, así como las obligaciones que derivan del artículo 3 de la CNUDN para los Estados parte, el CDN publicó su OG n^o14.

La OG n^o14 ofrece a los Estados unas premisas claras sobre cómo debe interpretarse el art. 3, así como su interacción con el resto del articulado de la Convención. Resulta fundamental la enunciación de que el interés superior del niño consta de tres dimensiones: es un derecho subjetivo, susceptible de ser invocado ante los tribunales; un principio interpretativo, que obliga a elegir de entre varias interpretaciones posibles aquella que responde mejor al interés superior del niño, la que permite un mayor cumplimiento de los derechos del niño/a; y una norma de procedimiento, que exige que se respeten una serie de garantías procesales en la toma de decisiones que afectan a una persona menor de edad para que sean conformes a su interés superior del niño. Asimismo, en la

³⁹¹ Estados Unidos no es parte de la CNUDN, pero tiene integrado el interés superior del niño en su sistema de una manera distinta.

³⁹² Para. 75 de la OG n^o 14.

observación general encontramos una concreción del procedimiento formal para la evaluación y determinación del interés superior del niño³⁹³. Con el aterrizaje de las características de estos procedimientos, los elementos que deben valorarse y la ponderación que hay que llevar a cabo, se busca acabar con la discrecionalidad que hasta entonces se había observado en la toma de decisiones que afectaban a un niño/a invocando el interés superior del niño³⁹⁴.

Los Estados parte de la CDN deben guiarse en su aplicación por lo establecido por el Comité, pero a su vez deben incorporar en sus ordenamientos jurídicos los mecanismos necesarios para garantizar una aplicación efectiva que permita el pleno cumplimiento de los derechos de niños y niñas. Se tienen que establecer los procedimientos y protocolos específicos para que la evaluación y determinación formal del interés superior del niño pueda realizarse, así como las previsiones jurídicas y administrativas necesarias para establecer las salvaguardias procesales correspondientes. En el caso de España esto se hizo principalmente a través de la reforma de la LOPJM que tuvo lugar en 2015³⁹⁵.

Partiendo de las directrices que ofrecen la CDN y la OGr¹⁴, se hace necesario analizar en qué se traduce para un procedimiento en el que se ha de valorar si una resolución de acogimiento transfronterizo es manifiestamente contraria al Orden Público, teniendo en cuenta el interés superior del niño, en el Estado que se pretende que despliegue sus efectos y debe por tanto rechazarse su reconocimiento. Hay que atender al caso particular, tomando en consideración los elementos relevantes en ese caso específicamente para proceder a la evaluación y determinación del interés superior del niño.

En primer lugar, hay que comprobar si efectivamente se ha llevado a cabo la determinación formal del interés superior del niño individualmente considerado al decidir adoptar esa medida. En aras de las garantías del procedimiento por el

³⁹³ El antecedente más claro de este planteamiento lo hallamos en las Directrices para evaluar y determinar el interés superior de la niñez del ACNUR.

³⁹⁴ Sobre cómo ha evolucionado la regulación del interés superior del niño para superar la discrecionalidad: VERDERA IZQUIERDO, B., *La actual configuración jurídica del interés del menor: de la discrecionalidad a la concreción*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2019. Sobre las diferencias en la interpretación de la CNUDN y el interés superior del niño véase ALEXIOU, A. (2020), op. cit. p. 268.

³⁹⁵ Como hemos visto en el epígrafe 2.2.3.3 apartado 3, se procedió a ampliar el contenido del interés superior del niño en la LOPJM incorporando lo dispuesto en la OG n° 14.

que se adoptó esa medida, deberá comprobarse que tuvo lugar una valoración y determinación de las circunstancias particulares concurrentes en el marco de las garantías del proceso exigibles para que una resolución responda al interés superior del niño. Como veremos, el procedimiento de toma de decisiones debería estar recogido en la propia resolución argumentando suficientemente la elección de la medida.

A. Elementos a tener en cuenta al evaluar y determinar el interés superior del niño.

Los elementos que deben valorarse conforme establece la OGN¹⁴ son el conjunto de los derechos que la Convención reconoce al niño/a. Pensamos que los derechos especialmente concernidos en estos casos, son los siguientes: la opinión del niño; la identidad del niño; la preservación del entorno familiar y el mantenimiento de las relaciones familiares; el cuidado, protección y seguridad del niño; la situación de vulnerabilidad; el derecho del niño a la salud; y, el derecho del niño a la educación.

En la adopción de una medida de acogimiento transfronterizo estos elementos deberán valorarse buscando un equilibrio entre ellos, ya que no todos cobran la misma importancia y no tendrán que ser dados el mismo peso en la toma de la decisión. Al tratarse de una medida de cuidado alternativo que implica la separación de la familia y el Estado de la residencia habitual, tiene especial relevancia la valoración que pueda hacerse de la preservación del entorno familiar y el mantenimiento de las relaciones³⁹⁶.

Así, al decidir si la adopción de una medida de acogimiento transfronterizo responde al interés superior de un niño/a concreto/a, deberá valorarse si la separación de la familia es el último recurso y atiende a razones suficientemente fundadas como para sacarle de su entorno familiar, especialmente teniendo en cuenta que, más allá de la propia separación de la familia, en este caso se estaría proponiendo sacarlo de su entorno y trasladarle a otro país. Precisamente las Directrices sobre cuidado alternativo establecen que hay que asegurarse que no

³⁹⁶ La CNUDN recoge el derecho del niño a vivir en familia, así como el derecho del niño a mantener el contacto con sus familiares, salvo que fuese contrario a su interés superior. En este sentido, establece la Convención en su art. 19, sólo se separará al niño de su familia si se considerase que su permanencia en ella contraviene sus derechos.

hay niños innecesariamente institucionalizados. Adicionalmente, en la valoración de si la medida es la única opción que puede satisfacer el interés superior del niño, deberá tenerse en cuenta la necesidad de mantener los lazos y relaciones con la familia de origen en sentido amplio.³⁹⁷ Este criterio puede ser utilizado tanto para decidir separarlo de su familia de origen como para proponer el traslado a otro Estado en el que esté presente la familia, aunque no pueda ser acogido por esta. El mantenimiento de las relaciones familiares con sus parientes, aunque se valore que no pueden acogerle, es un elemento de peso a tener en cuenta y que puede dar lugar a que el traslado sea en su interés superior.

En el procedimiento de adopción de una medida de cuidado alternativo tiene especial relevancia otro de los elementos a valorar en la determinación del interés superior del niño, su opinión. Debe escucharse al niño estableciendo un mecanismo adaptado y accesible necesario, tanto respecto a la propia separación de la familia como respecto a la posible medida alternativa a adoptar y sus efectos. Como veremos en el epígrafe siguiente sobre la ausencia de audiencia del niño como causa de denegación del reconocimiento, en el procedimiento de adopción de la resolución debe haberse dado al niño la oportunidad de ser escuchado. No nos detendremos aquí en ello más que para indicar que tanto las observaciones generales 12 y 14, como las Directrices de cuidado alternativo recalcan la exigencia de que se oiga al menor en estas decisiones habida cuenta del profundo impacto en su vida.

El principal rasgo distintivo del acogimiento transfronterizo frente a otras medidas de protección es que supone el traslado del niño a un Estado distinto al de su residencia habitual. Por lo que hemos observado en los casos de la base de datos española, existen distintas realidades, unas en las que existe un vínculo con el país de destino y otras en las que no³⁹⁸. En este último supuesto, el más numeroso y que podemos identificar con el fenómeno de “los niños alemanes”, llama la atención que sea precisamente la ruptura con el contexto de origen el principal objetivo de la medida. El único vínculo existente con España es que una de las personas acogedoras es de nacionalidad alemana³⁹⁹. Resulta fundamental

³⁹⁷ para. 64 OGN⁰14.

³⁹⁸ Epígrafe 2.2.3.1

³⁹⁹ Sobre la medida de educación intensiva alemana véase epígrafe 2.2.3.2.

por tanto que se haga una propuesta motivada y justificada de que esa ruptura es en interés superior de ese niño/a en particular. Entre los casos registrados no encontramos supuestos en los que se trate de un niño migrante sin referentes familiares en España (menor extranjero no acompañado o separado) que, por tener un vínculo en otro Estado, se considere que lo mejor en su interés superior es este modelo de acogimiento⁴⁰⁰. En este supuesto un elemento que podría ser prioritario es la identidad del niño.

La CNUDN recoge en su artículo 8 el derecho del niño a preservar su identidad, que señala expresamente que incluye las relaciones familiares, y debe ser respetado y tenido en cuenta al evaluar el interés superior del niño⁴⁰¹. En particular, al considerar una medida de acogimiento transfronterizo en un centro o en una familia, se tiene que prestar atención “*a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religiosos, cultural y lingüístico*”⁴⁰². Será relevante tanto para elegir el Estado de destino como el centro o la familia concreta.

Esto liga precisamente con el derecho del niño/a a la educación como otro elemento a tender en cuenta. Hay que valorar si este derecho estará garantizado en el país de acogida, en lo que refiere al acceso, pero también en la continuidad y el respeto al origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.

El derecho del niño/a a la salud es otro de los elementos que, como vimos en el asunto HSE ante el TJUE, puede llegar a ser decisivo. El traslado puede venir motivado por una cuestión de salud, de la misma manera que puede serlo la elección de un centro específico. Asimismo, debe asegurarse que el niño/a tendrá garantizado su derecho a la salud en el país de acogida. Durante la tramitación de los instrumentos de DIPR que nos ocupan, surgía efectivamente la necesidad de contemplar que durante el procedimiento de consulta y aprobación debe asegurarse que el niño/a que haya de trasladarse disponga de la documentación

⁴⁰⁰ A nuestro entender se trata de una oportunidad desaprovechada, ya que el acogimiento transfronterizo podría ofrecer la oportunidad de garantizar el derecho a vivir en familia de niños no acompañados que, de otra forma, no podrían mantener el contacto con sus familiares. Retomaremos esta idea en las conclusiones y propuestas fruto de este estudio.

⁴⁰¹ para. 55 OGNº14.

⁴⁰² para. 56 OG nº 14.

necesaria, en el marco de las normas de extranjería (permiso de residencia, acceso al sistema de salud, sistema educativo...).

Por último, deberá tenerse en cuenta el tipo y grado de vulnerabilidad del niño/a, que puede encontrarse en situaciones diversas (tener una discapacidad, pertenecer a un grupo minoritario, ser refugiado o solicitante de asilo, ser víctima de malos tratos, vivir en la calle, etc.).

En la evaluación del interés superior del niño hay que valorar todos los elementos en relación con este ponderando el peso que se da a cada uno en función del caso concreto. No todos tendrán el mismo peso en todos los casos ni en todas las decisiones e incluso pueden entrar en conflicto entre ellos, haciendo que en la decisión se tenga que argumentar cuál es la opción que responde mejor al interés superior con una ponderación específica de los elementos en cuestión. En este ejercicio resulta fundamental tener en cuenta que, como establece la OGr¹⁴ en su párrafo 82:

“el propósito de la evaluación y la determinación del interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de los derechos reconocidos en la Convención y sus Protocolos facultativos, y el desarrollo holístico del niño”.

En esta evaluación y determinación del interés superior del niño individualmente considerado habrá de ponderarse el equilibrio entre los elementos teniendo en cuenta la edad y madurez del niño. Su desarrollo físico, emocional, cognitivo y social se tendrán en cuenta para evaluar su nivel de madurez. El que las capacidades del niño/a vayan evolucionando también debe tenerse en cuenta en la toma de decisiones, previendo su revisión y modificación ante un cambio en las circunstancias.

El desarrollo del interés superior del niño conforme lo establecido por el CDN fue incorporado a la legislación española en la reforma de la ley de protección jurídica del menor (LOPJM) en 2015. En su artículo 2.2 la LOPJM establece que *“a efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor”* habrá que tener en cuenta cuatro principios generales, así como los que

sean relevantes atendiendo a las circunstancias concretas del caso⁴⁰³. La preservación del entorno familiar y las relaciones familiares se traslada a la ley española en estrecha relación con el derecho del niño a vivir libre de violencia⁴⁰⁴. Este inciso es un claro ejemplo del desarrollo que los Estados pueden hacer de lo establecido en la Convención y la OGr¹⁴ para asegurar una implementación de lo dispuesto en ellas en la práctica. Así, este elemento aparece unido a la necesidad de prevenir la separación de la familia de origen y para, si eso fuese lo mejor para el niño/a, trabajar para que se pueda producir el retorno. Se le da especial relevancia también al acogimiento familiar frente al residencial si se opta por una medida de protección de cuidado alternativo. En este marco jurídico cobra especial importancia la valoración que se haga de este elemento y su ponderación respecto a los demás al decidir sobre la adopción de una medida de acogimiento transfronterizo.

En la evaluación y determinación del interés superior del niño se ponderarán los principios generales atendiendo a una serie de elementos generales a los que se añadirán los que sean pertinentes en el supuesto concreto⁴⁰⁵. Esta ponderación, señala la LOPJM, deberá guiarse por los principios

⁴⁰³ Art. 2.2 LOPJM: “a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas.

b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior.

c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia.

d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad”.

⁴⁰⁴ Quizás sea interesante contextualizarlo en España. Con datos y unas pinceladas sobre la valoración del riesgo y la declaración de desamparo fruto de una situación de violencia en la familia.

⁴⁰⁵ Art. 2.3. Estos criterios se ponderarán teniendo en cuenta los siguientes elementos generales:

a) La edad y madurez del menor.

b) La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, ya sea por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su orientación e identidad sexual, su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante.

c) El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo.

de necesidad y proporcionalidad de manera que se dé el peso correspondiente a cada elemento y se alcance la decisión que permita un mayor cumplimiento de los derechos del niño. En este sentido, la ley orgánica habla de que “*la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara*”⁴⁰⁶.

B. Garantías procesales.

Los Estados tienen la obligación de establecer una serie de salvaguardias procesales que garanticen el efectivo cumplimiento del derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Se deben establecer procesos formales para la evaluación y determinación del interés superior en el sentido que hemos expuesto. Todas las autoridades que tomen decisiones que afecten a un niño deben seguir dichos procedimientos. El Comité, en su OGN^o14, indica algunas garantías procesales que observar:

a) El derecho del niño a expresar su opinión.

Como hemos indicado, ante la adopción de una medida de acogimiento transfronterizo deberá oírse al niño. Para ello, deben establecerse mecanismos adaptados que permitan que exprese su opinión. Como parte de su derecho a participar, el niño tiene derecho a ser informado, de manera que será necesario que se le informe sobre la propuesta de medida y sus consecuencias de una manera que comprenda. La persona adulta debe asegurarse de que el niño comprende la decisión que se va a tomar. Tiene que existir la posibilidad para el niño de nombrar un representante con el que no exista conflicto de intereses si ese fuese el caso.

b) La determinación de los hechos.

d) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro.

e) La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales.

f) Aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores.

⁴⁰⁶ Art. 2.3 LOPJM.

La propuesta de medida por las autoridades de origen, así como la aceptación de esta por las de destino, deben recoger los hechos y datos relevantes para la evaluación y determinación del interés superior del niño que sean fiables y que hayan sido remitidos por profesionales. Precisamente entre los mecanismos de cooperación entre autoridades previstos en las normas de DIPR se prevé la posibilidad de solicitar información y/o informes a las autoridades de otro Estado, por ejemplo, sobre la situación del niño, de sus familiares, un determinado centro, etc. Esto resulta fundamental en la medida en que para proponer el traslado es necesario conocer el contexto en destino y así poder ponderar adecuadamente todas las circunstancias. En la base de datos española encontramos muchos casos de solicitudes de información sobre familiares de personas menores de edad, por ejemplo, para valorar su capacidad de hacerse cargo de estas. Se produce así una colaboración entre las autoridades competentes, principalmente los servicios sociales y los sistemas de protección a la infancia y la adolescencia.

c) La incidencia del paso del tiempo en el niño.

Si tenemos en cuenta que la percepción del paso del tiempo no es igual para los niños y niñas y que la dilación de los procedimientos o los retrasos tienen un impacto negativo mayor en ellos, debemos necesariamente establecer mecanismos para evitarlos. Así, las decisiones que les afectan deben priorizarse, resolverse a tiempo y, además, prever una revisión periódica que permita adaptarse a las circunstancias cambiantes del niño/a. Esto cobra especial importancia en las medidas de cuidado alternativo, principalmente en las que conllevan la institucionalización, máxime si se cumplen en otro país. En el acogimiento transfronterizo hemos observado que la dilatación en el tiempo del procedimiento de consulta es uno de los obstáculos que se detectaron en la aplicación del RBIIbis y que intenta resolverse introduciendo un plazo de contestación de tres meses en el RBIIter⁴⁰⁷.

⁴⁰⁷ Sobre los obstáculos en la aplicación práctica del RBIIbis ver epígrafe 2.2.2.1 apartado 4 a).

d) Los profesionales cualificados.

La valoración del interés superior debe realizarse por profesionales cualificados⁴⁰⁸, preferiblemente en un equipo multidisciplinar. En la información aportada por los Estados de la UE a la Comisión, podemos observar que son las autoridades competentes en materia de infancia las encargadas de proponer y justificar la medida concreta, así como de valorarla y aceptarla o denegarla.

e) La representación letrada.

En el procedimiento de determinación del interés superior del niño debe garantizarse la representación letrada, especialmente si existe un conflicto entre las partes, para lo que deberá existir la posibilidad de nombrar un representante legal distinto.

f) La argumentación jurídica.

La OGr¹⁴ establece en su para. 97 que “*cualquier decisión sobre el niño o los niños debe estar motivada, justificada y explicada*”. En el procedimiento por el que se adopta una resolución de acogimiento transfronterizo se debe hacer una valoración y determinación del interés superior del niño individualmente considerado tanto por parte de las autoridades que proponen la medida, como por las autoridades requeridas que la aceptan o rechazan. Las decisiones de estas autoridades deben estar adecuadamente motivadas, justificadas y explicadas, exponiendo los elementos valorados, así como el peso que se les ha dado en la ponderación para alcanzar un resultado concreto. Tendrá especial importancia que se explique por qué no se ha oído al niño o por qué se separa de su opinión, si ese es el caso.

Esta garantía es fundamental y tiene un gran impacto en la vida de un niño/a, ya que es la que permite asegurar que la decisión es individual, con un procedimiento de valoración formal y que facilita el recurso de la decisión. No siempre se ha respetado esta garantía, sino que las sentencias y decisiones administrativas han reproducido fórmulas genéricas citando el

⁴⁰⁸ para. 94 OG n° 14.

interés superior del niño más como un lugar común o “coletilla” que como un verdadero concepto jurídico.

g) Los mecanismos para examinar o revisar las decisiones.

Debe garantizarse la existencia de mecanismos para recurrir o pedir la revisión la decisión, que estén adaptados a la infancia, que los conozcan y tengan acceso a ellos de manera directa y/o a través de un representante legal que se le garantice. La revisión puede venir motivada porque se considere que no se ha observado el interés superior del niño en el procedimiento de decisión o también porque hayan surgido nuevas circunstancias que requieran una modificación.

La ley española establece que toda medida que se adopte en el interés superior del niño tiene que alcanzarse respetando las “debidas garantías del proceso”, para lo que, concretando las establecidas por el Comité en su OG nº14, establece cinco:

“a) Los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado, y a participar en el proceso de acuerdo con la normativa vigente.

b) La intervención en el proceso de profesionales cualificados o expertos. En caso necesario, estos profesionales han de contar con la formación suficiente para determinar las específicas necesidades de los niños con discapacidad. En las decisiones especialmente relevantes que afecten al menor se contará con el informe colegiado de un grupo técnico y multidisciplinar especializado en los ámbitos adecuados.

c) La participación de progenitores, tutores o representantes legales del menor o de un defensor judicial si hubiera conflicto o discrepancia con ellos y del Ministerio Fiscal en el proceso en defensa de sus intereses.

d) La adopción de una decisión que incluya en su motivación los criterios utilizados, los elementos aplicados al ponderar los criterios entre sí y con otros intereses presentes y futuros, y las garantías procesales respetadas.

e) La existencia de recursos que permitan revisar la decisión adoptada que no haya considerado el interés superior del menor como primordial o en el caso en que el propio desarrollo del menor o cambios significativos en las circunstancias que motivaron dicha decisión hagan necesario revisarla. Los menores gozarán del derecho a la asistencia jurídica gratuita en los casos legalmente previstos”.

Como vemos, se trata de un breve desarrollo de lo que implican las garantías procesales establecidas en la OG en el contexto español. Llama la atención que en el ordenamiento español no se contempla que una decisión pueda no priorizar el interés superior del niño o ser contrario a este que, aunque sea de manera excepcional y de manera suficientemente motivada, la OG sí que prevé.

El contenido de la excepción de Orden Público teniendo en cuenta el Interés Superior del Niño que resulta de aplicación ante la valoración del reconocimiento de una resolución de acogimiento transfronterizo viene necesariamente determinado por el marco internacional que ofrecen la CNUDN y las observaciones generales del Comité de Derechos del Niño, especialmente la nº 14, así como por el desarrollo que de este hayan hecho los ordenamientos jurídicos estatales en su caso. Las principales conclusiones que podemos abstraer de nuestro análisis son que, debe considerarse el interés superior del niño en sus tres dimensiones (derecho subjetivo, principio interpretativo y norma de procedimiento); y que tiene que llevarse a cabo una evaluación y determinación formal del interés superior del niño, ponderando los elementos generales, así como los específicos de cada caso. Ante un supuesto de acogimiento transfronterizo tendrá especial relevancia la preservación en el entorno familiar, así como el derecho a ser oído del niño/a.

3.2.2.3 Conclusión.

El derecho del niño a que en cualquier decisión que le afecte se priorice la opción que mejor responde a su interés, garantizando sus derechos, o, lo que es lo mismo, sin menoscabarlos, resulta de aplicación en la adopción de una medida de acogimiento transfronterizo, así como en la valoración de si la resolución mediante la que se constituye debe ser reconocida y desplegar sus efectos en otro Estado. En este último caso, el interés superior del niño debe ser tenido en cuenta al considerar si la resolución resulta manifiestamente contraria al Orden Público del Estado en cuestión. En tanto el interés superior del niño es un principio fundamental en el ámbito convencional y comunitario, su observancia con lo que ello implica será parte del Orden Público. Como hemos expuesto, de este principio se derivan obligaciones para los Estados que exigen que las autoridades lleven a cabo una valoración y determinación del interés superior del niño individualmente considerado, teniendo en cuenta las circunstancias en cada caso y ponderando los elementos de manera que, observando las garantías procesales que se derivan de este, se adopte la decisión que corresponda. Si no se respetan las exigencias de las que venimos hablando como contenido del interés superior del niño, la decisión por la que se establece el acogimiento transfronterizo no podrá ser reconocida ni ser ejecutiva en España. Eso tendrá que significar que el niño/a no podría estar en acogimiento en España.

3.2.3 Audiencia del menor: derecho del niño a ser escuchado.

Una de las causas por las que se podrá rechazar el reconocimiento y ejecución de una resolución de acogimiento transfronterizo es la falta de oportunidad del niño de ser oído en el procedimiento. Así lo prevén tanto el Convenio como el Reglamento, que incorporan el derecho del niño a ser escuchado como una garantía procesal cuyo cumplimiento es exigible para que la resolución tenga eficacia extraterritorial. Sin embargo, no se establece lo que se

ha de entender por oír al menor o darle audiencia, más allá de la referencia a la CNUDN⁴⁰⁹ y la CEDH⁴¹⁰, hasta el RBIIter que, recogiendo la jurisprudencia del TJUE al respecto y tras debates específicos en el seno de la UE, incorpora una disposición independiente sobre el derecho del niño a ser escuchado y que su opinión sea tenida en cuenta.

En este epígrafe vamos a exponer cómo ha sido recogido el contenido esencial del derecho del niño a ser escuchado en los instrumentos de DIPR de responsabilidad parental que nos ocupan que, como hemos adelantado, se centra en su utilización como garantía procesal vinculada al reconocimiento y ejecución de una resolución⁴¹¹. Una vez analizada la falta de audiencia del niño como posible causa de denegación del reconocimiento en general, nos detendremos en los supuestos de acogimiento transfronterizo para conocer las especificidades que pueda haber al respecto.

3.2.3.1 Contenido esencial del derecho del niño a ser escuchado.

La CNUDN de 1989 recoge en su art. 12 el derecho del niño a ser escuchado como uno de sus cuatro pilares que, conforme señala el CDN en su Observación General nº 12 (OG nº 12), constituye la base del derecho a la participación de niños y niñas⁴¹². Este derecho, expone el Comité, comprende el derecho a ser informado de una manera que el niño en cuestión entienda lo que

⁴⁰⁹ Art. 12 CNUDN.

⁴¹⁰ Art. 14 CEDH.

⁴¹¹ Sobre este derecho encontramos el capítulo de DURÁN AYAGO, A., Capítulo 8. El derecho del menor a expresar sus opiniones en CAMPUZANO DÍAZ, B. (dir.), ADAM MUÑOZ, M. D., CALZADO LLAMAS, A. J., CANO BAZAGA, E. et al., Estudio del Reglamento (UE) 2019 / 1111 sobre crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores, Thompson Reuters-Aranzadi, 2022, pp. 153-168.

BOSISIO, R., Children's Right to Be Heard. What Children Think, International Journal of Children's Rights, 2012, p. 141 et seq. Disponible en: https://www.researchgate.net/profile/Roberta-Bosisio/publication/269837271_Children's_Right_to_Be_Heard_What_Children_Think/links/5cc460df92851c8d220984d4/Childrens-Right-to-Be-Heard-What-Children-Think.pdf

⁴¹² Párrafo 3 de la OG nº 12 del CD. Los principios generales de la CNUDN son: el interés superior del niño, el derecho a la vida y al desarrollo, el derecho a la no discriminación y el derecho a la participación. Estos cuatro pilares deben guiar la interpretación y aplicación de los derechos establecidos en la Convención de manera que se garanticen plenamente.

se le dice y lo que implica el procedimiento; el derecho a ser escuchado, a que su opinión sea recabada respecto a un asunto que le afecte poniendo los medios para hacerlo de manera efectiva; y, el derecho a que dicha opinión sea tenida en cuenta en la toma de decisiones dándole el peso que le corresponda conforme a su edad y/o madurez, motivando en un sentido u otro.

El CDN establece cinco medidas que son necesarias para garantizar el respeto del derecho del niño a ser escuchado tal y como se recoge en la CNUDN, y que se adaptarán al contexto⁴¹³:

- a) Preparación: el derecho a ser informado implica que se le ofrezca al niño de manera adaptada a su capacidad y madurez la información necesaria para comprender el procedimiento en el que se encuentra, las posibilidades y las consecuencias de la decisión, de manera que pueda formarse una opinión sin ser manipulado. Para ello se utilizarán los medios adecuados a sus necesidades. Esta preparación debe permitir también que el niño decida libremente si quiere expresarse o no, o si quiere hacerlo a través de un representante.
- b) Audiencia: las condiciones en las que se escucha al niño también deben adaptarse para garantizar que ejerce su derecho plenamente. El espacio debe ser el adecuado, los medios facilitar la participación, y los profesionales deben tener formación especializada.
- c) Evaluación de la capacidad del niño: se ha de escuchar al niño en todos los procedimientos que le afecten, el peso que se dé a su opinión en la toma de la decisión vendrá determinado por la capacidad del niño de formarse un juicio propio y su madurez. En este sentido, el acompañamiento que los responsables del cuidado del niño deben darle para que ejerza plenamente sus derechos estará “*en consonancia con la evolución de sus facultades*”⁴¹⁴. En función de la edad y madurez del niño, esta orientación se irá convirtiendo en consejos y recordatorios, para llegar a ser “*un intercambio en condiciones de igualdad*”⁴¹⁵.

⁴¹³ Párrafos 40 a 47 de la OG nº 12.

⁴¹⁴ Artículo 5 CNUDN.

⁴¹⁵ Párrafo 84 de la OG nº 12.

- d) Información sobre la consideración otorgada a las opiniones del niño (comunicación de los resultados al niño), garantizando así que tiene una comprensión sobre su participación en el proceso y de la relevancia de esta.
- e) Quejas, vías de recurso y desagravio: en el interés superior del niño, deben existir mecanismos de revisión de la decisión adoptada, así como del procedimiento.

Estas premisas son desarrolladas en la OG para ofrecer directrices a los Estados sobre las obligaciones que derivan del cumplimiento de este derecho, ya sea de establecer mecanismos adaptados, eliminar obstáculos, ofrecer formación especializada o concienciar sobre la importancia de este. En el análisis de cómo se recoge este derecho en los instrumentos de DIPR de responsabilidad parental que nos ocupan que haremos en el siguiente epígrafe, nos detendremos en las implicaciones de dichas premisas, en particular en la elección de una medida de cuidado alternativo para el niño separado de su familia, así como en el procedimiento de constitución de esta⁴¹⁶.

En la OG nº 14, además de concretar el derecho del niño a que en todas las decisiones que le afectan su interés sea una consideración primordial, se establecen sus tres dimensiones: como derecho subjetivo, como principio interpretativo y como norma de procedimiento. Es esta última dimensión la que nos interesa especialmente y que, además, el Comité desarrolla interrelacionándola con el derecho a ser escuchado. Como señala CARDONA LLORENS, la falta de interpretación homogénea del interés superior del niño hacía que, a pesar de que la OG nº 12 explicase las obligaciones que derivan del derecho a ser escuchado para los países, se malinterpretase o se aplicase mal el art. 12 CNUDN⁴¹⁷.

⁴¹⁶ El CDN en la OG nº 12 se refiere necesariamente a la escucha del niño tanto en el procedimiento de decisión de su separación de la familia como en el de elección de la medida de cuidado alternativo, ya sea una familia de acogida, un centro o, incluso, una adopción. Los Estados no siempre garantizan esta participación, conforme señala el Comité, que será necesaria también una vez adoptada la medida para hacer seguimiento de esta.

⁴¹⁷ CARDONA LLORENS, J., El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial en toda medida que le concierna a los XXV años de la Convención, 2014. En la propia OG nº12 (pº 4) ya el Comité motivaba la necesidad de dicha OG en la heterogénea práctica entre los Estados parte en el cumplimiento de este derecho y la necesidad de explicar qué

Ante una decisión que afecte a un niño deberán sopesarse las distintas opciones valorando las repercusiones de cada una en el niño. En esta evaluación y determinación del interés superior del niño, dispone el Comité, deben operar una serie de garantías procesales, entre las que se encuentra el derecho del niño a expresar su propia opinión. Para respetar el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, al adoptarse la decisión debe motivarse adecuadamente cómo se ha elegido una opción frente a otra, por qué responde mejor al interés superior de ese niño individualmente considerado y los criterios utilizados⁴¹⁸.

El derecho del niño a ser escuchado y que su opinión sea tomada en cuenta es, por tanto, un elemento en la evaluación y determinación del interés superior del niño que debe observarse también como garantía procesal en el procedimiento de toma de decisiones. Para respetar efectivamente este derecho, fuertemente interrelacionado con el interés superior del niño, habrá de informarse al niño, adaptar los medios a su capacidad de expresar su opinión, recabar su punto de vista y explicar cómo se ha llevado a cabo todo ello de manera que se esté teniendo en cuenta de manera efectiva y real.

Esta observación general vino a reforzar la idea de que es necesaria una evaluación y determinación formal del interés superior del niño, de manera que detalla tanto los factores para tener en cuenta como las garantías de ese procedimiento para que no se den procesos heterogéneos y/o contradictorios que, como hasta la fecha, eran esencialmente arbitrarios y subjetivos⁴¹⁹.

implica. A través de la OG nº 14 sobre Interés Superior del Niño el Comité de Derechos del Niño pretendía, entre otras cosas, solucionar esto.

⁴¹⁸ Resulta provocativo el planteamiento que realizan en su artículo ARCHARD, D., y SKIVENES, M., *Balancing a Child's Best Interests and a Child's Views*, *International Journal of Children's Rights* 17 (2009) 1–2. Cuestionan que el interés superior del niño es un principio paternalista y proponen una lista de comprobación de la complementariedad entre este y el derecho del niño a ser escuchado.

⁴¹⁹ VERDERA IZQUIERDO, B., *La actual configuración jurídica del interés del menor: de la discrecionalidad a la concreción*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2019. Sobre las diferencias en la interpretación de la CNUDN y el interés superior del niño véase ALEXIOU, A. (2020), op. cit. p. 268.

3.2.3.2 *El derecho del niño a ser escuchado en instrumentos de DIPR de responsabilidad parental.*

El derecho del niño a ser escuchado, tanto en el ámbito convencional como en el comunitario, aparece en los instrumentos de DIPR de responsabilidad parental en su condición de garantía procesal en determinados procedimientos, pero no es hasta el RBIIter que se va un paso más allá incluyendo, además de las habituales referencias a los tratados y convenios internacionales de derechos del niño, un precepto específico sobre el derecho del niño a expresar su opinión en los procedimientos que le afectan⁴²⁰.

En el ámbito convencional, el derecho del niño a ser escuchado aparecía vinculado con los procedimientos de restitución (CH80) y de adopción internacional (CH93). En el ámbito comunitario, el RBIIbis también lo recogía respecto a la restitución o retorno ante un traslado ilícito o los derechos de visita⁴²¹.

Durante los debates sobre la propuesta de refundición del RBIIbis, en mayo de 2017, el grupo de trabajo remitió al COREPER/ Consejo de Justicia y Asuntos de Interior un documento en el que señalaba que consideraba necesario que tuviese lugar un debate para ofrecer “*un cierto grado de orientación política para los futuros trabajos a nivel de expertos*”⁴²².

A tal efecto, incluían un breve anexo contextualizando la petición de orientación en los antecedentes respecto a la audiencia del menor. En este sentido, se exponía tanto el derecho del niño a ser escuchado y que su opinión

⁴²⁰ Sobre los postulados principales sobre este derecho en el RBIIter. FORCADA MIRANDA, F.J. (2020) op. cit. pp. 190-191.

⁴²¹ En el estudio de evaluación del RBIIbis y las opciones de política para su reforma se incluyen unos anexos analíticos en los que se expone que el objetivo operacional 2 es asegurar que se escucha adecuadamente al niño y que se garantiza su derecho a ser escuchado y que esté representado ante el tribunal. Del estudio comparado que se lleva a cabo se concluye que las prácticas entre los distintos Estados miembros son inconsistentes, por lo que hay dificultades en el reconocimiento y ejecución de resoluciones.

EUROPEAN UNION, Study on the assessment of Regulation (EC) No 2201/2003 and the policy options for its amendment. Analytical annexes, 2015.

⁴²² CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición)- Debate de orientación, mayo 2017, 9317/17, JUSTCIV 113, 2016/0190 (CNS). Para. 7.

sea tenida en cuenta como base para esta garantía procesal, como la jurisprudencia del TJUE al respecto y cómo era la regulación en el RBlIbis que se estaba reformando. Se planteaba la refundición como una oportunidad para avanzar en este ámbito. También anunciaban otro debate en relación con la audiencia del menor como motivo de denegación del reconocimiento de resoluciones y la eventual adaptación del certificado.

Además de mencionar expresamente el artículo 24.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el artículo 12 de la Convención de Derechos del Niño, se expone cómo el derecho del niño a tener la posibilidad de audiencia “*se considera parte integrante de la noción de proporcionar al menos un proceso equitativo con arreglo al artículo 6 de la CEDH y un derecho al respeto a la vida privada y familiar con arreglo al artículo 8 de dicho Convenio*”.

La Presidencia instó al Consejo a confirmar que, como proponía la Comisión Europea y apoyaban muchas delegaciones, se incorporase en la refundición “*una disposición que dote al menor del derecho de audiencia en los procedimientos regulados por el Reglamento refundido del RBlIbis, incluyendo los procedimientos de restitución*⁴²³”. Se buscaba establecer una disposición independiente que sirviese de marco para todos los procedimientos, ya que hasta la fecha se encontraba muy ligado al procedimiento de restitución del CH80⁴²⁴.

Aludiendo a que el derecho a la posibilidad de audiencia no suponía la obligación absoluta de escuchar al niño en todo caso, sino que habría de estarse, como dice el TJUE⁴²⁵, al interés superior del niño y a la ausencia de urgencia, así

⁴²³ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición)- Debate de orientación, mayo 2017, 9317/17, JUSTCIV 113, 2016/0190 (CNS). para. 14.

⁴²⁴ En el CH80 el derecho del niño a ser escuchado aparece especialmente vinculado al procedimiento de restitución establecido para el retorno en un supuesto de traslado ilícito. En el art. 13 se prevé que la autoridad podrá denegar la restitución “*si comprueba que el propio menor se opone a su restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones*”. Sin embargo, no se regula en el CH80 cómo debe darse audiencia al niño ni cuál es el contenido del derecho del niño a ser escuchado.

⁴²⁵ La jurisprudencia del TJUE reitera que debe darses posibilidad de audiencia al niño en sus sentencias de 11 de julio de 2008, C-195/08 PPU, Caso Rinau y la del 1 de julio de 2010, C-211/10 PPU, caso Povse. En el caso Aguirre Zarraga (para. 62 y 65), establece: “*(...) el derecho del menor a ser oído no requiere que se lleve a cabo necesariamente una audiencia ante el juez del Estado miembro de origen, sino que exige poner a disposición de ese menor los procedimientos y condiciones legales que le permitan expresar libremente su opinión y que ésta sea considerada por el juez*”. También sobre este asunto escribe: RAFFAI, K., The principle of mutual trust versus

como teniendo en cuenta la edad o grado de madurez del niño, se incluía la petición al Consejo para que confirmase que la nueva disposición debía inspirarse, como mínimo, en el artículo 12 CNUDN.

Consciente de las dificultades que ha supuesto que los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros regulen de manera diversa quién y cómo debe oírse al niño en los procedimientos de responsabilidad parental, se planteaba también la necesidad de valorar si la ausencia de posibilidad de audiencia debía seguir siendo un motivo de denegación del reconocimiento y ejecución de las resoluciones y las condiciones y modalidades para ellos si así se decidía⁴²⁶.

Finalmente, *“la Presidencia invita(ba) al Consejo a acordar que, en las audiencias de los menores, los Estados miembros retengan la libertad para ir más allá de los requisitos en materia de audiencia del menor que se incluyan en el Reglamento, sin perjuicio de los posibles criterios mínimos comunes para la audiencia del menor”*⁴²⁷.

El Consejo en junio de 2017 confirmó lo instado por la Presidencia respecto a la inclusión de una disposición específica sobre el derecho del niño a ser escuchado y tener la oportunidad de expresar sus opiniones en todos los procedimientos de responsabilidad parental⁴²⁸. Se establecía además la postura del Consejo en lo que respecta a los aspectos concretos que planteaba la Presidencia:

- Se escuchará al niño siempre que sea en su interés superior, debiendo contemplarse las excepciones previstas por la jurisprudencia, por ejemplo, los casos de urgencia.

the child's right to be heard. Some observations on the Aguirre Zarraga Case, Hungarian journal of legal studies 57, nº 1, 2016, pp. 76-86. HeinOnline.

⁴²⁶ Sobre las normas procesales de los Estados escribe UBERTAZZI, B., The Child's Right to Be Heard in the Brussels System, European Papers, Vol. 2, 2017, No 1, Pp. 64-69. Disponible en: www.europeanpapers.eu.

⁴²⁷ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición)- Debate de orientación, mayo 2017, 9317/17, JUSTCIV 113, 2016/0190 (CNS). para. 19.

⁴²⁸ COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction (recast) - fundamental elements of the Recast, July 2018, 11400/18, JUSTCIV 195, 2016/0190 (CNS). Para. 21-27.

- No se trata de una obligación absoluta, y deberá darse el peso adecuado a la audiencia del niño en función de su edad y madurez.
- Respecto a las modalidades, reitera que lo determinarán los ordenamientos nacionales, sin que exista la posibilidad de revisión por parte de los tribunales de otros Estados miembros.
- Se mantendrá la falta de audiencia del niño como motivo de denegación del reconocimiento y ejecución de una resolución en una disposición distinta, y será necesario incluir la información en los certificados correspondientes.

En la redacción final del RBIIter se incluyó así una disposición independiente referente al derecho del niño a expresar sus opiniones, el artículo 21.

“1. En el ejercicio de su competencia conforme a la sección 2 del presente capítulo, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, de conformidad con la legislación y el procedimiento nacionales, darán a los menores que tengan capacidad para formarse sus propios juicios la posibilidad real y efectiva de expresar libremente sus opiniones, bien directamente bien a través de un representante o un organismo apropiado.

2. Cuando el órgano jurisdiccional, de conformidad con la legislación y el procedimiento nacionales, dé al menor la oportunidad de expresar sus opiniones de acuerdo con el presente artículo, prestará la debida importancia a las opiniones del menor de acuerdo con su edad y madurez⁴²⁹”.

Esta disposición establece que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros tienen que dar a las personas menores de edad la posibilidad “real y efectiva de expresar libremente sus opiniones” y se remite a las legislaciones nacionales para el cómo ha de hacerse en cada Estado miembro⁴³⁰. La disposición

⁴²⁹ Art. 21 RBIIter.

⁴³⁰ Lo mismo ocurría en el RBIIbis, que en su considerando (19) establecía que “La audiencia del menor desempeña un papel importante en la aplicación del presente Reglamento, sin que éste tenga por objeto modificar los procedimientos nacionales aplicables en la materia”. Considerando (39) del RBIIter “ (...) Sin embargo, la cuestión de quién ha de oír al menor y de la manera en que

precisa que habrá de oírse a aquellas personas menores de edad que tengan “*capacidad de formarse un juicio propio*”, para lo que el Reglamento en sus considerandos remite a la jurisprudencia del TJUE al respecto. Se señalan también los artículos 12 y 24.1 de la CNUDN y la Carta Europea respectivamente⁴³¹. Una vez oídas las opiniones, el órgano jurisdiccional deberá prestarle la debida importancia de acuerdo con la edad y madurez del niño en particular⁴³².

La CNUDN inspira claramente la redacción del RBIIter. Este toma de su artículo 12 sobre el derecho del niño a ser escuchado y que su opinión sea tenida en cuenta, la referencia a que el niño debe estar “*en condiciones de formarse un juicio propio*” así como, tal y como recogen sus considerandos, que la opinión expresada libremente deberá ser tomada debidamente en cuenta de acuerdo con su edad y madurez. De la Carta Europea toma la disposición relativa a que la oportunidad de ser escuchado debe permitir a la persona menor de edad expresar su opinión libremente de manera “*efectiva y real*”⁴³³. Además, se prevé que esto se produzca directamente o a través de un representante.

debe hacerlo no debe regularse en el presente Reglamento sino en la legislación nacional de cada Estado miembro. En consecuencia, el presente Reglamento no debe tener por objeto determinar si el menor debe ser oído por el juez en persona o por un experto con una formación específica que informe seguidamente al órgano jurisdiccional, o si el menor debe ser oído en la sala de audiencia o en otro lugar, o por otros medios”.

⁴³¹ Considerando 39 RBIIter.

⁴³² Considerando 39 RBIIter “*la posibilidad real y efectiva de expresar su opinión y a la hora de valorar el interés superior del menor, debe tenerse debidamente en cuenta dicha opinión*”.

⁴³³ La sentencia del Tribunal en el asunto Aguirre Zárraga (C-491-10) viene a confirmar (para. 60) que el RBIIbis debe interpretarse a la luz del art. 24 de la CEDH, como ya haría en el caso McB (para. 60).

En esta misma sentencia en los párrafos 59 a 66 el Tribunal hace referencia a la necesidad de que exista la posibilidad “real y efectiva de expresarse”, para lo que debe recurrirse a todas las medidas disponibles para ello, en el interés superior del niño: (66) “*En otros términos, si bien es verdad que el artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales y el artículo 42, apartado 2, párrafo primero, letra a), del Reglamento nº 2201/2003 no obligan al juez del Estado miembro de origen a oír en todos los casos al menor en el marco de una audiencia, dejando así cierto margen de apreciación a dicho juez, no es menos cierto que, cuando éste decide oír al menor, estas disposiciones exigen que adopte, en función del interés superior del menor y habida cuenta de las circunstancias de cada caso concreto, todas las medidas apropiadas con vistas a tal audiencia, para respetar la eficacia de dichas disposiciones, ofreciendo al menor una posibilidad real y efectiva de expresarse*”.

La referencia expresa a que la interpretación de esta garantía deberá hacerse a la luz del art. 12 de la CNUDN y el art. 24 de la CDFUE, “añade una carga valorativa importante para los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, para cuyo desarrollo habrán de tener en cuenta lo ya transitado y las interpretaciones que fundamentalmente en el marco de Naciones Unidas se han venido desarrollando sobre este derecho” DURÁN AYAGO, A., Capítulo 8. El derecho del menor a expresar sus opiniones en CAMPUZANO DÍAZ, B. (dir.), ADAM MUÑOZ, M. D., CALZADO LLAMAS, A. J., CANO BAZAGA, E. et al., *Estudio del Reglamento (UE) 2019 / 1111 sobre crisis*

Por lo que respecta a la premisa “*en condiciones de formarse un juicio propio*”, acudimos a la OG nº12 para conocer qué implica/ a qué se refiere. El Comité establece que ha de valorarse si el niño tiene capacidad para formarse una opinión autónoma en la mayor medida posible. Para ello, no se exigirá que el niño comprenda todos los detalles e implicaciones del asunto, pero sí que tenga una comprensión suficiente del mismo para ser capaz de formarse adecuadamente un juicio propio. En este sentido, corresponde a los Estados contribuir a que se de esta comprensión, realizando un esfuerzo particular cuando se trate de niños con discapacidad o de un colectivo vulnerable, así como para valorar la capacidad sin establecer límites sistemáticos de edad y partir del reconocimiento del derecho a expresar su opinión⁴³⁴. Una vez más, el Comité ofrece una interpretación de los derechos recogidos en la Convención que evidencia la responsabilidad de los Estados y la sociedad de asegurar el cumplimiento de dichos derechos. Se trata de una interpretación efectivamente guiada por el interés superior del niño.

El que la opinión tenga que ser *tomada debidamente en cuenta* se refiere a que no basta con escuchar al niño, hay que tener su opinión en consideración a partir de que sea capaz de formarse un juicio propio. La edad no puede ser el único criterio para determinar la trascendencia de su opinión, si bien las facultades del niño evolucionan, se ha demostrado que los niveles de comprensión no van ligados de manera uniforme a su edad biológica. Debe evaluarse caso por caso y tener en cuenta “*la información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo*”⁴³⁵. Lo que se pretende con esta premisa es que se evalúe la capacidad del niño tanto para decidir cómo se tienen en cuenta sus opiniones como para comunicarle las implicaciones de las decisiones que se tomen⁴³⁶. Esto último se vincula con la madurez del niño, ya que esta debe

matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores, Thompson Reuters-Aranzadi, 2022, p. 154.

⁴³⁴ Pº 20 OG nº12.

⁴³⁵ Pº29 OG nº12.

⁴³⁶ Sobre la audiencia del menor en la reforma del RBIIbis. GANDÍA SELLENS, M. A., La responsabilidad parental y la sustracción de menores en la propuesta de la Comisión para modificar el RBIIbis: algunos avances, retrocesos y ausencias, Anuario Español de Derecho Internacional Privado, 17, 2017, pp. 806-807. HeinOnline.

evaluarse a la hora de informarle, para hacerlo adecuadamente. Este paso será más relevante cuanto mayor sea el impacto de la decisión en su vida⁴³⁷.

El Comité desincentiva a los Estados a fijar límites de edad para escuchar al niño y tener en cuenta sus opiniones, recordando específicamente que son titulares de ese derecho y que les corresponde garantizar que puedan ejercerlo adecuadamente, adaptando los procedimientos de información, escucha y devolución en todos los asuntos que les afecten. Sin embargo, como veremos para el caso del acogimiento transfronterizo en particular, los Estados se han decantado por esta manera de establecer un límite a la participación de los niños en los procedimientos⁴³⁸.

Al establecer que el niño debe poder expresar su opinión libremente, se está indicando que *“el niño puede expresar sus opiniones sin presión y puede escoger si quiere o no ejercer su derecho a ser escuchado”*⁴³⁹. Se descarta también la manipulación y se exigen garantías de que se generará un entorno seguro para ejerza su derecho, evitando, por ejemplo, la revictimización. Por otra parte, es que las autoridades deben adaptar sus medios y asegurar que la opinión de la persona menor de edad puede ser recabada de manera real y efectiva, ya sea con tecnología o con medidas específicas que garanticen el derecho del niño a ser escuchado, al tiempo que se respeta la tutela judicial efectiva de las partes implicadas⁴⁴⁰.

Por lo que se refiere a la participación a través de representante, cabe señalar que habrán de evitarse los conflictos de intereses y asegurar que realmente se traslade la opinión del niño y no la de otros actores implicados.

La jurisprudencia del TJUE hace referencia a varias de estas premisas en el marco de los litigios que le han sido planteados, sobre la falta de audiencia del menor como posible causa de denegación del reconocimiento de una resolución, ya que es en ese contexto que se ha analizado.

⁴³⁷ P^o28-31 OG n^o12

⁴³⁸ Sobre el requisito de dar oportunidad de audiencia al niño, ver epígrafe 3.2.3.

⁴³⁹ P^o22 OG n^o12.

⁴⁴⁰ Considerando 20 del RBIIbis y Considerandos 39, 53 y 57 del RBIIter. Sobre si se han puesto los medios necesarios para escuchar al niño, encontramos por ejemplo la sentencia del TJUE en el asunto Aguirre Azárraga contra España antes citada.

En los considerandos del Reglamento se vincula la decisión sobre si el niño debe ser escuchado con la valoración de su interés superior, esto es, como la jurisprudencia ha señalado reiteradamente, se escuchará al niño salvo que sea contrario a su interés superior y ello debe ser debidamente motivado⁴⁴¹. No se puede obligar al niño a expresar su opinión, pero se le debe ofrecer la información necesaria y suficiente para decidir si lo hace o no y las implicaciones que ello puede tener⁴⁴². Al igual que ocurre con un derecho de cualquier persona, su limitación exigirá motivación. En este caso, dicha motivación deberá venir fundada en el interés superior del niño⁴⁴³.

El derecho a ser escuchado del niño/a y a que su opinión sea tenida en cuenta se traslada así a los instrumentos del DIPR sobre responsabilidad parental con una clara inspiración tanto en la CNUDN como en las Observaciones Generales del Comité de Derechos del Niño, observándose una evolución desde el CH96 al RBIIter, en el que finalmente se incluye una disposición independiente referida a este derecho que recoge sus aspectos o implicaciones más relevantes al tiempo que mantiene la remisión a los ordenamientos nacionales⁴⁴⁴.

⁴⁴¹ KRUGER, T., Brussels IIa Recast moving forward, *Nederlands internationaal privaatrecht*, 2017, p. 462-476, “*The Committee on Legal Affairs of the European Parliament suggested improving the position of children even further: while not amending the Commission’s proposed wording, it would add an obligation for authorities to document their considerations with regard to the child’s views in the decision* (p. 466)”.

⁴⁴² Sobre que se trata de un derecho del niño y no de una obligación: DURÁN AYAGO, A., Capítulo 8. El derecho del menor a expresar sus opiniones en CAMPUZANO DÍAZ, B. (dir.), ADAM MUÑOZ, M. D., CALZADO LLAMAS, A. J., CANO BAZAGA, E. et al., *Estudio del Reglamento (UE) 2019 / 1111 sobre crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*, Thompson Reuters-Aranzadi, 2022, p. 164.

⁴⁴³ LAGARDE, PAUL. Informe explicativo- 123. (...) “No implica que el niño deba ser oído en todos los casos. Se ha observado acertadamente que no es siempre del interés del niño tener que dar su opinión, particularmente si ambos progenitores están de acuerdo sobre la medida a adoptar. Es solamente cuando la no audiencia del niño es contraria a los principios fundamentales de procedimiento del Estado requerido que podrá justificarse un rechazo del reconocimiento”. Considerando 39 “(...) Además, aunque la audición del menor es un derecho de este, no debe constituir una obligación absoluta, sino que debe evaluarse teniendo en cuenta su interés superior, por ejemplo, en los casos que lleven aparejados acuerdos entre las partes”.

⁴⁴⁴ Se hace una apuesta clara por la garantía del derecho del niño a ser escuchado en el nuevo Reglamento, como señala DURÁN AYAGO: “*El derecho del menor a ser oído o a expresar sus opiniones se ha convertido en nuevo vector de referencia del Reglamento 2019/1111. Su consagración expresa en el art. 21 incrementa su visibilidad, apreciándose un mayor énfasis en la necesidad de desarrollar un sistema judicial cercano al niño que garantice su derecho a participar en todos aquellos procedimientos que le afecten*”. DURÁN AYAGO, A., Capítulo 8. El derecho del menor a expresar sus opiniones en CAMPUZANO DÍAZ, B. (dir.), ADAM MUÑOZ, M. D., CALZADO LLAMAS, A. J., CANO BAZAGA, E. et al., *Estudio del Reglamento (UE) 2019 / 1111 sobre crisis*

3.2.3.3 *La ausencia de oportunidad de audiencia del menor en el procedimiento de adopción de una resolución sobre responsabilidad parental como motivo de denegación de su reconocimiento (y ejecución).*

Como hemos expuesto en el epígrafe anterior, una de las maneras en que se traslada el derecho del niño a ser escuchado y que su opinión sea tenida en cuenta en las decisiones que le afectan, en absoluta coordinación y coherencia con su interés superior del niño en cada caso, es en su calidad de garantía procesal como parte del interés superior del niño. Adicionalmente, en el marco del Derecho Internacional Privado encontramos que se refuerza este derecho incluyendo la ausencia de posibilidad de audiencia del niño en la lista tasada de motivos por los que se puede denegar el reconocimiento (y ejecución) de una resolución extranjera sobre responsabilidad parental⁴⁴⁵. Se dota así de la máxima importancia a la participación del niño en el procedimiento, siempre que sea en su interés superior del niño, teniendo en cuenta que estos instrumentos basándose en la confianza mutua entre los Estados que los suscriben buscan eliminar las barreras al reconocimiento y ejecución de las resoluciones adoptadas en ellos estableciendo un número limitado de causas de denegación.

De esta forma, entre los motivos de denegación del reconocimiento se incluye el que no se haya dado la posibilidad de ser oído (CH96) o audiencia (RBIIbis, RBIIter) al niño/a. A continuación, analizaremos cómo se incluyó esta disposición y la evolución en los distintos instrumentos, teniendo en cuenta especialmente la jurisprudencia del TJUE y los debates en el proceso de refundición del RBIIbis que dieron lugar al RBIIter, la redacción actual.

Si bien encontramos antecedente a la inclusión del motivo de denegación del reconocimiento referido al Orden Público, teniendo en cuenta el interés superior del niño en el CH93, no lo hay de la falta de oportunidad del niño de ser

matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores, Thompson Reuters-Aranzadi, 2022, p. 153.

⁴⁴⁵

oído. Hemos visto que efectivamente se contempla el derecho del niño a ser escuchado tanto en el procedimiento de adopciones internacionales, como en los de derechos de visita y restitución que regulan el CH93 y el CH80 respectivamente, pero no como causa de denegación del reconocimiento expresamente. En este sentido, se introduce en el CH96 como un motivo facultativo por el que la autoridad de un Estado parte puede rechazar el reconocimiento de una medida, salvo que concurriese urgencia, que se hubiese adoptado en un procedimiento sin que el niño hubiese tenido la posibilidad de ser oído y, añade, eso sea “en violación de principios fundamentales del Estado requerido”. LAGARDE, en el informe explicativo del CH96, establece que se trata de una “*cláusula especial de orden público procesal*”⁴⁴⁶.

El derecho del niño a ser escuchado y que su opinión sea tenida en cuenta es parte del Orden Público, sin embargo, ni el legislador internacional ni el comunitario lo han integrado, sino que lo dotan de autonomía recogéndolo aparte. Tal y como recoge la OG nº 14, el derecho a que el interés superior de un niño sea una consideración primordial en los asuntos que le afectan y el derecho a ser escuchado son complementarios, es más, no se puede cumplir efectivamente con el primero sin cumplir con el segundo. Al igual que el interés superior del niño, en tanto que principio general de la CNUDN, el derecho del niño a expresar su opinión debe guiar la interpretación de dicho texto y contribuir así a garantizar el cumplimiento de los derechos en este recogidos. Como hemos visto en el epígrafe anterior, una causa de denegación del reconocimiento de una resolución de responsabilidad parental es que sea contraria al Orden Público, teniendo en cuenta el interés superior del niño. Así, la interrelación entre interés superior del niño y derecho a ser escuchado nos llevan a afirmar que este último también forma parte del Orden Público de los Estados firmantes tanto del CH96 como del RBIIter, Estados parte de la CNUDN. No parece plausible que se pueda considerar a un mismo tiempo parte del orden público procesal de los Estados parte y que quepa la posibilidad que su inobservancia pueda no constituir una violación de los

⁴⁴⁶ Para. 123 Informe explicativo del CH96, LAGARDE.

principios fundamentales del Estado parte, como da a entender la redacción del CH96 y el antiguo RBIIbis⁴⁴⁷.

En el RBIIbis se introdujo también este motivo de denegación del reconocimiento, aunque con ciertas diferencias. En primer lugar, se trataba de un motivo que obligatoriamente generaría el rechazo del reconocimiento y no facultativamente como en el Convenio. La redacción también variaba, en el instrumento de la UE se hablaba de que el menor no hubiese sido dado la oportunidad de audiencia.

Teniendo en cuenta la jurisprudencia del TJUE y los debates durante la refundición del Reglamento expuestos en el epígrafe anterior, en el RBIIter se mantuvo la falta de audiencia del menor como causa de denegación a la vez que se incluyó el precepto específico sobre el derecho del niño a expresar su opinión⁴⁴⁸. Sin embargo, a pesar de que se dio ese paso, llama la atención que, mientras que las otras causas se mantienen como preceptivas, esta pasa a ser facultativa⁴⁴⁹. Al ser el derecho a expresar su opinión y que sea tenida en cuenta en los procedimientos que le afectan parte del derecho a la tutela judicial efectiva, esta formulación no resulta adecuada en términos de derechos de infancia en tanto para una persona adulta sería impensable establecer como facultativa la causa de denegación consistente en su falta de audiencia.

En el nuevo Reglamento, podrá ser una causa de denegación del reconocimiento de una resolución sobre responsabilidad parental el que, salvo en los supuestos previstos, el menor capaz de formarse su propio juicio haya tenido

⁴⁴⁷ Respecto a cómo exigir que la falta de oportunidad de audiencia del niño en el procedimiento de adopción de la resolución constituyese una violación de los principios fundamentales del Estado en cuestión, parece una previsión demasiado prudente y que, desde un enfoque de derechos, lo apropiado sería exigir que se valore si ha existido una vulneración del derecho del niño a ser escuchado para decidir sobre el reconocimiento de la resolución. Esta idea la recogen: KRUGER, T., Brussels II bis successes and suggested improvements, *Journal of Private International Law*, 2016, p. 157. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1080/17441048.2016.1151150> UBERTAZZI, B., op. Cit. p. 56. Disponible en: www.europeanpapers.eu

⁴⁴⁸ “Escuchar al menor, por tanto, ya no es algo potestativo para los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, sino algo obligatorio”. DURÁN AYAGO, A., Capítulo 8, El derecho del menor a expresar sus opiniones en CAMPUZANO DÍAZ, B. (dir.), ADAM MUÑOZ, M. D., CALZADO LLAMAS, A. J., CANO BAZAGA, E. et al., *Estudio del Reglamento (UE) 2019 / 1111 sobre crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*, Thompson Reuters-Aranzadi, 2022, p. 158.

⁴⁴⁹ Esta es la única causa de denegación de las resoluciones sobre responsabilidad parental que en el RBIIter no tiene carácter preceptivo, a diferencia del RBIIbis, volviendo así a la misma fórmula utilizada en el CH96.

la posibilidad de expresar su opinión. Introduce así una redacción distinta a los instrumentos que le preceden, en la que cabe señalar la referencia a que la persona menor de edad debe ser “capaz de formarse su propio juicio” para que sea exigible que se le haya dado la posibilidad de expresar su opinión, y a que ello deba hacerse conforme a lo establecido en el propio Reglamento⁴⁵⁰. Se remite expresamente al precepto que se introduce en la refundición del Reglamento para regular el derecho del menor a expresar sus opiniones y que hemos expuesto en el epígrafe anterior (art. 21). Básicamente, lo que este precepto establece es que se atenderá a los ordenamientos nacionales para determinar cómo ha de oírse al niño/a, que habrá que valorar su capacidad de formarse un juicio propio y que, al tener en cuenta su opinión, se ponderará su edad y madurez⁴⁵¹. Sin embargo, se parte de una interpretación errónea del art. 12 de la CNUDN, ya que se condiciona la escucha al niño a su edad y madurez, cuando realmente la Convención lo que establece, como señala el Comité en su OG nº12, es que los Estados deben contribuir a que el niño pueda formarse un juicio propio adaptando la información para hacerla accesible y los medios de escucha a su edad y, una vez recabada su opinión, se ponderará en función de su grado de madurez y siempre siguiendo las garantías procesales que exige el interés superior del niño, explicando el proceso de decisión, los criterios utilizados, el peso dado a cada elemento y motivando suficientemente la decisión, especialmente si resulta contraria excepcionalmente al interés superior del niño ⁴⁵².

⁴⁵⁰ La referencia a la madurez del niño sólo se incluye en el precepto del RBIIbis referente a la restitución del menor en los casos de sustracción internacional y la necesidad de velar por darle la posibilidad de audiencia. Se señala como excepción que se considere que no es conveniente “habida cuenta de su edad o grado de madurez”. No se le pide específicamente, como hace el RBIIter, que sea capaz de formarse un juicio propio.

⁴⁵¹ Para determinar cómo se ha de oír al menor, quién y cómo se tendrá en cuenta su opinión, el RBIIter se remite a los ordenamientos de los Estados miembros. La autora señala las razones de esto y la voluntad de la UE, o la falta de ella, que se desprende de la ausencia de un procedimiento común: “(...) la UE no dispone de competencia en materia procesal y, de otro, en que no se ha querido establecer un marco unificado alternativo que pudiera utilizarse con carácter facultativo, como se ha procedido ya en algunos procedimientos como el monitoreo europeo o el procedimiento europeo de escasa cuantía” DURÁN AYAGO, A., Capítulo 8. El derecho del menor a expresar sus opiniones en CAMPUZANO DÍAZ, B. (dir.), ADAM MUÑOZ, M. D., CALZADO LLAMAS, A. J., CANO BAZAGA, E. et al., *Estudio del Reglamento (UE) 2019 / 1111 sobre crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*, Thompson Reuters-Aranzadi, 2022, p. 154.

⁴⁵² “Although an improvement, the rule as stated in Brussels II bis still potentially infringes the right guaranteed by the Children’s Rights Convention. A judge cannot decide not to hear the child because he or she is insufficiently mature. The judge must hear the child and only when considering

Además del carácter facultativo que se da a esta causa de denegación, se prevén excepciones a la exigencia que establece esta causa de denegación de que la persona menor de edad haya tenido la posibilidad de expresar su opinión. En casos de urgencia se puede haber prescindido de la audiencia de la persona menor de edad. El RBIIter indica como excepciones los casos que afecten únicamente a los bienes de la persona menor de edad y aquellos en los que haya urgencia, aunque este último supuesto lo contempla como uno particular dentro de otro, que existan motivos fundados para no haber dado la oportunidad de ser escuchada a la persona menor de edad. Así, en los informes explicativos o guías de aplicación, los ejemplos versan sobre casos de enfermedad o situaciones de gravedad similar⁴⁵³. Precisamente, FORCADA MIRANDA señala que lo que el nuevo Reglamento hace es establecer tres excepciones y no dos, en tanto que entiende que se puede desdoblar en dos distintos el del inciso b) del art. 39.2. Esto es, que se trate de un asunto urgente, y que existan motivos fundados para no haber oído a la persona menor de edad. En la nueva regulación, se abandona la idea que se incluye en los instrumentos que le anteceden respecto a que la falta de posibilidad de audiencia debiese constituir una “violación de principios fundamentales de procedimiento del Estado requerido”. Sin embargo, se desaprovecha la ocasión de regular adecuadamente esta causa de denegación conforme a la CNUDN.

Por último, cabe abordar la manera en que se acreditará que se ha cumplido con la necesidad de dar la posibilidad de audiencia a la persona menor de edad. En el ámbito comunitario, tras la eliminación del exequátur, el RBIIter en su art. 36 prevé que, a instancia de parte, el órgano jurisdiccional de un Estado miembro de origen expida un certificado para una resolución en materia de responsabilidad

the weight that must be given to the child's views can he or she consider the child's age and degree of maturity". KRUGER, T., op. cit. p. 26.

⁴⁵³ Considerando 57 RBIIter “*Dichas excepciones tienen por efecto que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de ejecución no pueden denegar la ejecución de una resolución por el único motivo de que no se haya dado al menor la oportunidad de expresarse, teniendo en cuenta su interés superior, si el procedimiento solo afectaba a los bienes del menor y a condición de que no se requiriera la audiencia del menor habida cuenta del objeto del procedimiento, o si existían motivos fundados para no dar esa oportunidad al menor debido, en particular, a la urgencia del asunto. Tales motivos fundados podrían darse, por ejemplo, en caso de que existiera un peligro inminente para la integridad física o psíquica o la vida del menor y que una demora adicional pudiera suponer la materialización de dicho peligro*”.

parental, utilizando el formulario provisto por el propio Reglamento⁴⁵⁴. El formulario también se adaptó durante el procedimiento de refundición, ya que en las versiones del RBIIbis para las resoluciones sobre restitución del menor no se incluía referencia alguna a la audiencia del niño, si no que ya se preveía como una de las condiciones que debían darse para proceder a su expedición⁴⁵⁵. En el caso de las resoluciones sobre derechos de visita, sí se hacía referencia a que el niño hubiese sido escuchado, salvo que no fuese oportuno teniendo en cuenta su edad o grado de madurez⁴⁵⁶.

. El formulario que recoge el Reglamento, en su apartado 14 se refiere a que el menor o menores implicados hayan podido o no formarse un juicio propio, y, en el caso de que así haya sido, en el apartado 15, se debe cumplimentar si se ha dado al menor o menores la oportunidad real y efectiva de expresar su opinión

⁴⁵⁴ Anexo III del RBIIter.

⁴⁵⁵ En los casos de restitución de menores, el certificado podría expedirse si se daban las siguientes condiciones, que establecía el art. 42.2 RBIIbis.

El juez de origen que dictó la resolución mencionada en la letra b) del apartado 1 del artículo 40 emitirá el certificado previsto en el apartado 1 únicamente:

a) si se ha dado al menor posibilidad de audiencia, a menos que esto no se hubiere considerado conveniente habida cuenta de su edad o grado de madurez;

b) si se ha dado a las partes posibilidad de audiencia, y

c) si el órgano jurisdiccional ha tenido en cuenta, al dictar su resolución, las razones y las pruebas en las que se fundamenta la resolución emitida en virtud del artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980.

En caso de que el órgano jurisdiccional o cualquier otra autoridad tome medidas para garantizar la protección del menor tras su restitución al Estado de su residencia habitual, el certificado precisará los pormenores de dichas medidas.

El juez de origen expedirá el certificado de oficio y utilizará para ello el modelo de formulario que figura en el anexo IV (certificado relativo a la restitución del menor).

El certificado se redactará en la lengua de la resolución.

⁴⁵⁶ En los casos de derechos de visita, el certificado podrá expedirse si se dan las siguientes condiciones recogidas en el apartado 2 del art. 41:

2. El juez de origen sólo expedirá el certificado contemplado en el apartado 1, utilizando para ello el modelo de formulario que figura en el anexo III (certificado referente al derecho de visita):

a) si, por lo que respecta a los procedimientos en rebeldía, el escrito de demanda o documento equivalente ha sido notificado o trasladado a la parte rebelde con la suficiente antelación y de tal manera que ésta pueda defenderse, o, de haberse notificado o trasladado el mencionado escrito o documento sin respetar estas condiciones, si consta de forma inequívoca que ha aceptado la resolución;

b) si se ha dado posibilidad de audiencia a todas las partes afectadas, y

c) si se ha dado al menor posibilidad de audiencia, a menos que esto no se hubiere considerado conveniente habida cuenta de su edad o grado de madurez.

El certificado se redactará en la lengua de la resolución.

El ANEXO III en su apartado 11 requiere al órgano jurisdiccional que lo cumplimente que señale si “Los menores han tenido oportunidad de ser oídos, a menos que se haya considerado que una audiencia no era oportuna teniendo en cuenta su edad o grado de madurez”. No exige ningún tipo de argumentación en un sentido u otro.

conforme a lo previsto en el art. 21 del Reglamento⁴⁵⁷. Por lo que respecta a la capacidad del menor a formarse un juicio propio, el órgano jurisdiccional que cumplimenta el formulario únicamente debe contestar si ha sido capaz o no. Como se ha analizado en este epígrafe, no se establece en este Reglamento qué es formarse un juicio propio ni se dan criterios para su valoración. Sin embargo, teniendo en cuenta las remisiones a la CNUDN y a la CEDH, de las que son partes los Estados miembros, así como la jurisprudencia del TJUE, serán los principios en ellas establecidos los que deban guiar esta valoración. La formulación evidencia nuevamente un error interpretativo por parte del legislador europeo, ya que la CNUDN no se refiere a una condición que el niño tiene o no sino a la obligación del Estado de facilitar que el niño comprenda el procedimiento en el que se ve implicado y las consecuencias que puede tener para su vida, así como asegurar que dispone del contexto para decidir si expresar su opinión. Al analizar la adecuación del formulario, llama la atención que se trate de una respuesta tan binaria en la que no se exija motivación alguna de la respuesta, ni para la afirmación ni para la negativa, a pesar de las implicaciones tan relevantes que pueden tener para la persona menor de edad. Tendría que exigirse que el órgano jurisdiccional exponga qué ha hecho para contribuir a que el niño se forme un juicio propio, cómo ha hecho accesible la información y qué medios ha dispuesto para que comprenda suficientemente el proceso en el que se requiere su participación y cuáles son las implicaciones para él de los distintos resultados.

Como se ha indicado, en el caso de contestarse que el menor sí ha sido capaz de formarse un juicio propio, se ha de contestar también al punto 15, referente a si este ha tenido la oportunidad efectiva y real de expresar su opinión. En este caso, sí existe una mínima regulación en el art. 21 del Reglamento

⁴⁵⁷ Respecto a la emisión del certificado el TJUE en su sentencia en el asunto Aguirre Zárrega establece que: (68) “*Por consiguiente, el juez del Estado miembro de origen sólo puede emitir un certificado conforme a las exigencias del artículo 42 del Reglamento nº 2201/2003 tras haber comprobado que, en función del interés superior del menor y habida cuenta de todas las circunstancias del caso de que se trate, la resolución a que se refiere ese certificado se ha adoptado respetando el derecho del menor a expresarse libremente y que se ha ofrecido a éste una posibilidad real y efectiva de expresarse, habida cuenta de los medios procesales nacionales y de los instrumentos de la cooperación judicial internacional*”.

respecto al derecho a ser escuchado del niño, un precepto introducido en la refundición y fruto de las deliberaciones antes expuestas. Así, el Reglamento remite a los ordenamientos estatales para determinar cómo debe ser dada esta oportunidad de audiencia al niño que pueda formarse un juicio propio, precisando que podrá ser directamente o a través de representante y que la opinión deberá ser tomada en cuenta por el órgano jurisdiccional ponderándola en función de su edad y madurez.

Se prevé que, en caso de una respuesta negativa, el órgano jurisdiccional deba explicar los motivos por los que no se ha dado al niño la oportunidad de expresar su opinión. Teniendo en cuenta que no cumplir con este proceso de escucha, basado en un derecho del niño, puede ser causa de la denegación del reconocimiento de una resolución la justificación de por qué se ha obviado resulta fundamental. Sin embargo, no será aceptable cualquier motivo, sino que el propio Reglamento ya establece cuáles son los supuestos en los que extraordinariamente no podrá denegarse el reconocimiento de una resolución por no haber dado al niño la oportunidad de expresar su opinión. Estos supuestos son⁴⁵⁸:

“a) el procedimiento solo afectó a los bienes del menor y siempre que no se requiriera dar dicha oportunidad al menor, habida cuenta del objeto del procedimiento; o

b) existían motivos fundados habida cuenta, en particular, de la urgencia del asunto”.

Si bien la literatura se refiere principalmente a situaciones de enfermedad y urgencia, la redacción del inciso (b) parece indicar que cabe aludir a “motivos fundados” más allá de la urgencia, ya que estos se indican como una circunstancia particular dentro de los motivos fundados que podrían dar lugar a esta situación de excepcionalidad⁴⁵⁹.

⁴⁵⁸ Art. 39.2 RBIIter.

⁴⁵⁹ FORCADA MIRANDA, F.J. (2020) op. cit. p. 335. Señala que, en su opinión, en realidad se prevén tres excepciones.

En el RBIIbis se preveía la utilización del certificado para las denominadas resoluciones privilegiadas, las relativas a derechos de visita y restitución del menor, de manera que una resolución ejecutiva en el Estado en el que fue emitida que fuese acompañada de este certificado sería automáticamente reconocida en el Estado en el que se pretendía su ejecución. El único motivo por el que podían impugnarse era que se tratase de una resolución inconciliable. La expedición del certificado está sujeta a las garantías procesales establecidas en el propio Reglamento.

Aparte de la comprobación de lo recogido en el certificado expedido, no existe otra prueba de los términos en que se ha dado audiencia al menor más allá de la propia resolución que, si ha sido emitida conforme al interés superior del niño, deberá estar debidamente motivada, incluyendo en lo que se refiere al procedimiento y las garantías presentes en este, como es la audiencia del menor⁴⁶⁰.

En el nuevo Reglamento de la UE se introduce la jurisprudencia del TJUE al respecto, así como las reflexiones en el seno de la Comisión Europea y el Consejo incluyendo una disposición independiente sobre el derecho a ser escuchado de la persona menor de edad en los procedimientos sobre responsabilidad parental, manteniendo la falta de audiencia como posible causa de denegación del reconocimiento de una resolución sobre responsabilidad parental, al igual que está en el CH96⁴⁶¹.

⁴⁶⁰ Tal y como sugería KRUGER debería perversarse que el certificado fuese más claro y que se entregue acompañado de la resolución, no solo el certificado. En este sentido, la autora también realizaba en su artículo un análisis de la sentencia en el caso Aguirre Zarraga c. Pelz, señalándolo como ejemplo de que el certificado que contenía el RBIIbis dejaba a la interpretación de la autoridad el decidir si se había dado audiencia al niño o no y no ofrecía seguridad jurídica. KRUGER, T., 2016, Op. Cit. p. 27.

⁴⁶¹ *"Puede sostenerse, pues, que con la actual regulación el legislador europeo ha intentado encontrar un equilibrio entre la salvaguarda de la audiencia del menor, como derecho fundamental de este, cristalizado en el art. 21, y el fomento y el impulso de la libre circulación de resoluciones, documentos públicos y acuerdos en materia de responsabilidad parental, en cuyo contexto, y en el ejercicio de este derecho, su correcta formulación e interpretación debe ser modulada"*, DURÁN AYAGO, A., Capítulo 8. El derecho del menor a expresar sus opiniones en CAMPUZANO DÍAZ, B. (dir.), ADAM MUÑOZ, M. D., CALZADO LLAMAS, A. J., CANO BAZAGA, E. et al., *Estudio del Reglamento (UE) 2019 / 1111 sobre crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción*

3.2.3.4 El derecho del niño a ser escuchado en los procedimientos de acogimiento transfronterizo.

En el marco que establece el Reglamento respecto al derecho del niño a ser escuchado, si nos detenemos en las particularidades que se dan en el reconocimiento de una resolución por la que se constituye un acogimiento transfronterizo adoptada en otro Estado, debemos prestar atención al procedimiento de cooperación entre autoridades previsto. Se trata de un procedimiento preceptivo de consulta y aprobación para que la resolución en cuestión despliegue sus efectos en el Estado de acogida del niño/a. Si bien hemos visto una evolución en la regulación de este procedimiento desde el CH96 hasta el RBIIter, tal y como hemos expuesto en el capítulo II, no se recoge expresamente el derecho del niño a ser escuchado en el procedimiento ni la necesidad de darle audiencia en este. Sin embargo, precisamente porque tanto los considerandos como el art. 21 deben guiar la aplicación e interpretación (sistémica) de todo el Reglamento, este derecho es exigible en todos los procedimientos que afectan a una persona menor de edad, en tanto que garantía procesal⁴⁶². De hecho, del requisito previsto de que la propuesta de la medida de acogimiento transfronterizo responda al interés superior del niño, podemos extraer que en esa valoración y determinación del interés superior del niño debe escucharse al niño y tener su opinión en cuenta. Además, la decisión por la que se establece un acogimiento transfronterizo (que ha sido autorizado previamente) debe ser ejecutiva en el

internacional de menores, Thompson Reuters-Aranzadi, 2022, p. 159. Si bien coincidimos con esta valoración de la autora sobre el equilibrio alcanzado, consideramos que la falta de ambición en la homogeneización del proceso de escucha del niño, o el establecimiento de mecanismos opcionales, hace que quede un margen de discrecionalidad que deja a las autoridades llevar a cabo una interpretación que, como hemos visto, puede ser errónea.

⁴⁶² El CDN en su OG nº 12 precisamente expone las implicaciones del derecho del niño a ser escuchado en algunas realidades de la vida del niño en particular. En lo que se refiere a los procedimientos de decisión sobre medidas de cuidado alternativo establece que: para. 56. “*El artículo 21 de la Convención estipula que el interés superior del niño debe ser la consideración primordial. En las decisiones relativas a la adopción, la kafala u otros tipos de acogimiento, el "interés superior" del niño no puede determinarse sin tomar en consideración las opiniones del niño*”.

Estado en el que se va a desarrollar el acogimiento. Los motivos para denegar la eficacia extraterritorial son los mismos para estas resoluciones y para las demás sobre responsabilidad parental.

Determinar qué decisión responde al interés superior de un niño, supone elegir aquella que permite un mayor cumplimiento de sus derechos de entre las opciones posibles. Los derechos a los que hay que prestar especial atención en una decisión de este tipo son varios: derecho a vivir en familia, derecho a la identidad, etc. El derecho del niño a ser escuchado es fundamental en un proceso de toma de decisiones, máxime cuando el impacto de la decisión en la vida del niño sería de tal calado como el de un acogimiento transfronterizo. En este sentido, ni los instrumentos internacionales ni los regionales establecen cómo debe oírse al niño, cuestión que corresponde determinar a los ordenamientos jurídicos nacionales, pero sí fijan unos estándares que deben observarse para que se considere acorde con el derecho en sí. Informar adecuadamente al niño de una manera y en un idioma que entienda lo que se está decidiendo, qué implicación tiene su opinión y las consecuencias de una opción u otra, para que así el niño pueda formarse un juicio propio. Poner todos los medios para que se pueda llevar a cabo la escucha conforme a la edad y circunstancias del niño. Motivar la decisión suficientemente, tanto para decidir en consonancia con lo manifestado por el niño como, especialmente, para separarse de esa voluntad. HERRANZ destaca en este sentido que en los supuestos de acogimiento transfronterizo nos encontramos habitualmente ante personas menores de edad de una edad elevada, lo que hace aún más necesario incorporarles en la decisión, si nos atenemos a la previsión de que se tenga en cuenta la opinión del niño de acuerdo con su edad y madurez⁴⁶³.

⁴⁶³ HERRANZ BALLESTEROS, M., El acogimiento transfronterizo en la propuesta de refundición del Reglamento Bruselas II bis. *Revista La Ley Unión Europea*, núm. 44, enero de 2017, pp. 1-16. “Un aspecto importante en el ámbito de acogimiento transfronterizo, y en relación con la expedición del certificado, es la garantía de que el menor ha tenido la auténtica y efectiva posibilidad de expresar su opinión conforme al artículo 20. Hay que tener en cuenta que en muchos de los supuestos en los que se dicta un acogimiento que tiene además un carácter transfronterizo, es frecuente que el menor tenga una edad elevada. A través del artículo 20, y al completar la información de los apartados 11 y 12 del certificado relativos a la audiencia del menor, se trata de garantizar de forma real y efectiva el ejercicio del derecho del menor a ser oído”. Op. Cit. p. 13.

Más allá de la exigencia que deriva del cumplimiento de la CNUDN en general y del interés superior del niño y el derecho a ser escuchado en particular, tras esta última reforma, ante una resolución de acogimiento transfronterizo las autoridades del país de acogida (o de un tercer Estado, en su caso) deben comprobar que se ha escuchado al niño en el procedimiento para adoptar dicha decisión. En un Estado miembro de la UE, en tanto se ha eliminado la necesidad de declarar ejecutiva la resolución (procedimiento de exequátur), las autoridades acudirán al certificado que ha de acompañar a la resolución y que, en sus apartados 11 y 12, recoge la información referente a si el niño ha tenido la oportunidad real y efectiva de ser escuchado⁴⁶⁴.

Como hemos indicado, no se establece ni en el Convenio ni en el Reglamento cómo debe oírse al niño, sino que se remiten al Derecho nacional de los Estados. Por lo que respecta a los procedimientos de consulta y aprobación que los Estados deben desarrollar en sus ordenamientos para los supuestos de acogimiento transfronterizo, encontramos algunas referencias a este extremo. De los Estados miembro que han remitido su información a la Comisión, sólo tres hacen referencia expresa a la necesidad de escuchar al niño: Alemania, Croacia y Suecia. Los tres Estados lo hacen de manera distinta.

En el ordenamiento alemán, se prevé que uno de los requisitos para que se apruebe una solicitud de acogimiento transfronterizo recibida por la autoridad alemana es que el niño/a haya “participado activamente en el procedimiento extranjero” y que se remita un justificante de ello. Si bien la celebración de una vista queda sujeta a la edad y el desarrollo del niño, se incluye una aclaración de que en Alemania se suele considerar necesaria la vista a partir de los dos años de edad. Por lo que respecta a Croacia, la propuesta debe incluir un documento mostrando que el niño ha ejercido su derecho a expresar su opinión. Finalmente, en el caso de Suecia, se establece que para poder aprobarse un acogimiento debe averiguarse la actitud del menor hacia dicho acogimiento, matizando “en la medida de lo posible”. Además, se exige el consentimiento del niño/a a partir de los 15 años.

⁴⁶⁴ Epígrafe anterior.

En el caso de España, el procedimiento de consulta y aprobación que se introdujo mediante la LOPIVI en 2021 se refiere a la necesidad de dar audiencia al niño en el procedimiento, salvo que sea contrario a su interés superior introduciendo como motivo de denegación de la solicitud de acogimiento transfronterizo que no se haya respetado el derecho del niño/a a ser escuchado. En el ordenamiento jurídico español, el derecho del niño a ser escuchado se recoge en el art. 9 de la LOPJM y es exigible en todos los procedimientos en los que se vea involucrada una persona menor de edad⁴⁶⁵. Además, el interés superior del niño, recogido en el artículo 2 de la misma ley, en su dimensión de garantía procesal, implica un vínculo significativo con el derecho del niño a ser escuchado y que su opinión sea tenida en cuenta⁴⁶⁶.

La LOPJM prevé efectivamente que se recabe la opinión del niño, mediante medios adaptados, tras haberle informado adecuadamente y asegurando que entiende las consecuencias de su participación en el proceso. Asimismo, se contempla que el niño pueda expresar su opinión a través de sus representantes legales, que podrán ser nombrados por él y con los que no existan intereses contrapuestos.

Lo más relevante de cómo ha volcado España el derecho del niño a ser oído en su legislación es que establece que ha de garantizarse el ejercicio de este derecho cuando tenga suficiente madurez. En todo caso se considerará maduros a los niños de 12 años en adelante. El ordenamiento jurídico español, en particular la LOPJM, permite que se dé audiencia a niños más pequeños, de hecho, establece cómo ha de valorarse la madurez que ya se presupone a los de 12 años. Desafortunadamente, el fijar una edad ofrece amparo a aquellos tomadores de decisiones que opten por dar audiencia únicamente a los de 12 años en una errónea interpretación de la norma. Sin embargo, sería exigible la motivación de la decisión de no escuchar a una persona menor de esta edad, teniendo necesariamente que responder al interés superior del niño en el caso concreto.

⁴⁶⁵ En el epígrafe 2.2.2.2 apartado 3 del capítulo II hemos analizado cómo se ha incorporado el derecho del niño a ser escuchado en la legislación española, en particular en el artículo 9 de la LOPJM.

⁴⁶⁶ Sobre el derecho a ser escuchado en el ordenamiento jurídico español y cómo se acredita su cumplimiento por parte de las autoridades. FORCADA MIRANDA, F.J. (2020) op. cit. pp. 193-200.

Lo que el Comité establece es que, precisamente la valoración de la opinión del niño al ser ponderada junto a los otros elementos tenidos en cuenta en la determinación del interés superior del niño debe hacerse teniendo en cuenta la edad y madurez del niño. En ningún caso condiciona la audiencia en sí a la edad o madurez del niño, sino cómo se ha de ponderar la opinión en el proceso de toma de decisiones.

Como veremos en el siguiente epígrafe, otra de las causas de denegación del reconocimiento previstas en los instrumentos de DIPR es la infracción del procedimiento de consulta y aprobación específicamente establecido para los supuestos de acogimiento transfronterizo. Así, en la medida en que el haber escuchado al niño es un requisito de dicho procedimiento obligatorio de cooperación entre autoridades para adoptar la resolución, se estaría produciendo una doble comprobación del respeto del derecho del niño a ser escuchado. Por lo que se aprecia de las normativas estatales remitidas a la Comisión Europea, pareciera que en aquellos Estados en los que las exigencias son más altas al respecto, esta doble valoración tendrá lugar y será más difícil que se adopte una resolución sin dar la posibilidad de audiencia al niño, mientras que en los que no se establecen garantías reforzadas puede que no se priorice la comprobación de este extremo durante el proceso de aprobación del acogimiento transfronterizo.

3.2.3.5 Conclusión.

El respeto al derecho del niño a ser escuchado en el procedimiento de adopción de una resolución de acogimiento transfronterizo debe guiarse tanto por la CNUDN y la CEDH, teniendo en cuenta el interés superior del niño, así como a lo que establezcan al respecto las legislaciones estatales. El desarrollo de la regulación del procedimiento de consulta y aprobación que exigen tanto el CH96 como el RBIIter corresponde a los Estados parte/ miembros, por lo que son mayoritariamente estos los que expresamente han introducido la audiencia del niño en el procedimiento como un requisito. En el ámbito comunitario, además, la

incorporación de una disposición autónoma sobre este derecho resulta fundamental para establecer una garantía procesal exigible a las autoridades estatales. Las características de la medida de acogimiento transfronterizo, como medida de cuidado alternativo que supone la separación de la familia y, además, la ruptura con el contexto al producirse un traslado a otro país, en tanto es una medida con gran impacto en la vida del niño/a, hacen que sea especialmente necesario escuchar su opinión al respecto.

3.2.4 Infracción del procedimiento de cooperación entre autoridades en supuestos de acogimiento transfronterizo.

En este epígrafe analizaremos la causa de denegación del reconocimiento de una resolución consistente en la infracción del procedimiento de cooperación entre autoridades en supuestos de acogimiento transfronterizo. Veremos que es un procedimiento previsto en los instrumentos de DIPR que estamos estudiando, sus características principales, establecidas tanto en estas normas como en la jurisprudencia del TJUE, y las principales novedades introducidas en el RBIIter. Asimismo, aunque de manera sucinta, enmarcaremos este procedimiento en el sistema de cooperación entre autoridades que se ha venido forjando gracias a las normas de DIPR sobre responsabilidad parental. Por último, a partir de la aplicación práctica del RBIIbis, abordaremos la infracción del procedimiento y su carácter de causa de denegación del reconocimiento de la resolución adoptada en este.

3.2.4.1 Un procedimiento de cooperación de carácter obligatorio: antecedentes y regulación actual.

Tanto el CH96 como el RBIIter incluyen en sus listas tasadas de posibles motivos de denegación del reconocimiento de una resolución sobre responsabilidad parental el incumplimiento del procedimiento de cooperación entre autoridades previsto para los supuestos de acogimiento transfronterizo. Se remiten expresamente al precepto que en cada norma regula el acogimiento transfronterizo de menores y, en particular, al procedimiento de consulta y aprobación establecido, con algunas diferencias, en sus respectivos textos⁴⁶⁷.

Se refuerza el valor que se le otorga al procedimiento de cooperación entre autoridades previsto para los supuestos de acogimiento transfronterizo, en tanto que, como ya hemos establecido, es la confianza mutua entre los Estados parte/miembro la que fundamenta estas normas y que exige que se limiten al mínimo los obstáculos para el reconocimiento de una resolución de responsabilidad parental adoptada por una autoridad/ órgano jurisdiccional extranjero⁴⁶⁸. Así, introduciendo en la lista de causas tasadas de denegación del reconocimiento la inobservancia/ infracción del procedimiento de cooperación previsto, el legislador recalca su importancia. En este sentido, PAUL LAGARDE, en su informe explicativo del CH96, exponía que esta previsión *“evita colocar al Estado en que la medida de colocación debe ejecutarse ante el hecho consumado y le autoriza a rehusar el reconocimiento si el procedimiento de consulta no se ha respetado”*, siendo este procedimiento de consulta el único instituido en el Convenio con carácter obligatorio⁴⁶⁹. Este carácter obligatorio es también destacado por el TJUE

⁴⁶⁷ Esto se introdujo así en las sesiones de trabajo del CH96 a propuesta de la delegación holandesa (documento de trabajo nº 89) y se reproduce en los Reglamentos europeos.

⁴⁶⁸ Sobre el interés superior del niño como eje de la cooperación entre autoridades en los instrumentos de DIPR de responsabilidad parental: ADAM MUÑOZ, M. D., Capítulo 15. La cooperación internacional de autoridades como mecanismo para la consecución del interés superior del menor en CAMPUZANO DÍAZ, B. (dir.), ADAM MUÑOZ, M. D., CALZADO LLAMAS, A. J., CANO BAZAGA, E. et al., Estudio del Reglamento (UE) 2019 / 1111 sobre crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores, Thompson Reuters-Aranzadi, 2022, pp. 283-285.

⁴⁶⁹ Llama la atención precisamente que, siendo la voluntad del legislador el recalcar la importancia de cumplir este procedimiento al incluirlo en la lista tasada de causas de denegación del reconocimiento, esta haya sido una de las cuestiones que en el marco de la revisión del funcionamiento del RBIIbis suscitase controversia en tanto que se observó que no se estaba cumpliendo dicho procedimiento y que efectivamente se estaban produciendo acogimientos transfronterizos sin la autorización del Estado requerido/ de acogida. Siendo esto así, la duda manifestada por los Estados miembros respecto a si el tenor del art. 56 RBIIbis el consentimiento era necesario antes del traslado, que por otro lado fue expresamente confirmado por el TJUE en el asunto HSE, no parece sostenerse como argumento para estar incumpliendo la disposición en cuestión y se asemeja más a una excusa.

en su sentencia del asunto A.C. c. HSE, C-92/12, haciendo referencia a que la inobservancia del procedimiento sea una causa de denegación del reconocimiento⁴⁷⁰.

La previsión de este procedimiento de cooperación obligatorio fue introducida en el CH96 (inspirándose en el CH93 sobre adopción internacional) y los pasos que establece son

- Consulta previa;
- Informe sobre el niño y los motivos de su proposición sobre la colocación o acogimiento;
- Aprobación de la colocación o acogimiento, teniendo en cuenta el interés superior del niño, por parte de la Autoridad consultada;
- Adopción de la medida por la Autoridad competente.

El RBIIbis que, como ha sido expuesto en el epígrafe sobre los antecedentes de la regulación del acogimiento transfronterizo, reprodujo mayoritariamente lo establecido en el CH96, pero también introdujo algunas diferencias⁴⁷¹s. La primera, y más relevante, es la diferenciación de dos tipos de procedimiento para la adopción de este tipo de medidas según los Estados Miembros hayan previsto la participación o no de la autoridad pública en estas decisiones en el ámbito nacional. En el primer caso debía recabarse la aprobación y, sin embargo, en el segundo, sólo se requeriría informar al Estado miembro de

Sobre las actuaciones en las que se plasma la cooperación de autoridades para conseguir el interés superior del menor, señala ámbitos, entre los que se encuentra el del acogimiento del menor en un determinado Estado Miembro (art. 82) p. 305. ADAM MUÑOZ, M. D., Capítulo 15. La cooperación internacional de autoridades como mecanismo para la consecución del interés superior del menor en CAMPUZANO DÍAZ, B. (dir.), ADAM MUÑOZ, M. D., CALZADO LLAMAS, A. J., CANO BAZAGA, E. et al., Estudio del Reglamento (UE) 2019 / 1111 sobre crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores, Thompson Reuters-Aranzadi, 2022, pp. 283-310.

⁴⁷⁰ “81. (...) Destaca el carácter obligatorio de la aprobación el hecho de que el artículo 23, letra g), del Reglamento establezca que no se reconocerá una resolución sobre responsabilidad parental si no se ha respetado el procedimiento previsto en el artículo 56” sentencia del TJUE en el asunto HSE.

⁴⁷¹ El papel de las autoridades centrales debería ser lo suficientemente amplio como para ofrecer protección a la infancia migrante: “For example, as already mentioned above (see 1.6.3), it may well be that the procedure for the placement of a child in another MS (Art 56, recast 65) could be used to arrange care for unaccompanied migrant children with persons who are not the child’s immediate family members (thus also reducing the risk of secondary movements)”. CORNELOUP, S., op. Cit. p. 90

acogida. Respecto al procedimiento, el Reglamento se remite expresamente al Derecho del Estado requerido y sólo dispone que debe ser con carácter previo a la adopción de la medida.

Es precisamente la diferenciación de procedimientos que establece el RBIIbis uno de los obstáculos que fue destacado en el estudio que se llevó a cabo de la aplicación práctica de dicho instrumento y que nutrió la revisión y refundición de este⁴⁷². Los Estados Miembros indicaron que averiguar si era necesario atenerse a uno u otro suponía una dilación innecesaria de los plazos. Además, de ese estudio resultó que hasta la fecha sólo se había detectado Malta como Estado miembro en el que su legislación prevé supuestos en los que no es necesaria la intervención de la autoridad pública.

Una de las cuestiones prejudiciales planteadas ante el TJUE en el asunto C-92/12 fue cuál era *“el alcance de las obligaciones que derivan del artículo 56 del Reglamento en cuanto a la naturaleza de la consulta y al mecanismo de aprobación del acogimiento de un menor cuando, como en el asunto principal, éste conlleva una privación de libertad”*. Tal y como señala FORCADA MIRANDA, las disposiciones que emanan de la sentencia del Tribunal en dicho caso establecen unos requisitos exigibles, más allá de que el Reglamento se remita a las legislaciones nacionales para la regulación del procedimiento previsto en el art. 56 RBIIbis⁴⁷³. En este sentido se pronuncia expresamente también el Tribunal al señalar que el art. 56 debe ser interpretado juntamente con los artículos 53 a 55 referentes a las autoridades centrales y la cooperación entre éstas. En particular, el art. 55 que establece que *“las autoridades centrales adoptarán, ya sea directamente o por conducto de las autoridades públicas u otros organismos, todas las medidas adecuadas para proporcionar toda la información y la asistencia que puedan ser de utilidad para la aplicación por los órganos jurisdiccionales del artículo 56 del Reglamento”*. En tanto el Reglamento se remite a los

⁴⁷² DIRECTORATE-GENERAL FOR JUSTICE AND CONSUMERS, COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT, Impact assessment, Accompanying the document Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction (recast), 11/02/2021, SWD(2016)207. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/HIS/?uri=CELEX:32019R1111&qid=1670360882580> (última consulta 7 de diciembre de 2022).

⁴⁷³ FORCADA MIRANDA, F.J., 2015, op. cit. p. 37.

ordenamientos estatales para regular el procedimiento de consulta y aprobación previsto para los casos en los que se pretenda adoptar una medida de acogimiento transfronterizo, el TJUE dispone que “*el Estado requerido debe velar por que su legislación nacional no ponga en entredicho los objetivos del Reglamento y no prive a éste de su efecto útil*”. Se recalca la necesidad de que los Estados miembros establezcan normas y procedimientos claros para identificar la autoridad competente, así como para recabar su aprobación en un plazo breve. Menciona expresamente la necesidad de garantizar la seguridad jurídica y celeridad, aspectos fundamentales para contribuir al efectivo cumplimiento de lo dispuesto en el Reglamento⁴⁷⁴.

En la sentencia se recogen los requisitos comunes a todos los Estados miembros que, acorde con la interpretación que hace el Tribunal, se establecen en el Reglamento:

- Que se trata de una consulta de carácter obligatorio, cuando esté prevista la intervención de autoridad pública para los casos de acogimiento de carácter interno;
- Que se requiere aprobación por parte de la autoridad competente del Estado requerido;
- Que dicha aprobación debe obtenerse antes de adoptar la resolución.

Otros dos aspectos sobre los que se pronuncia el Tribunal en su sentencia, a solicitud de la autoridad irlandesa que plantea las cuestiones prejudiciales, son el requisito de obtener una declaración de ejecutoriedad de la resolución por la que se adopta el acogimiento transfronterizo y la necesidad de volver a cumplir con el procedimiento previsto en el art. 56, y la consecuente declaración de ejecutoriedad, cuando se pretenda prorrogar la medida. De lo dispuesto por el TJUE al respecto, cabe destacar en el análisis que nos ocupa sobre la inobservancia del procedimiento de cooperación entre autoridades prevista como posible causa de denegación del reconocimiento de la resolución sobre acogimiento transfronterizo, la explicación sobre cómo este procedimiento de consulta y aprobación previo obligatorio es distinto y no sustituye al requisito de

⁴⁷⁴ Sobre el asunto HSE ver epígrafe 2.2.2.1 apartado 3.

declarar ejecutiva la resolución para que despliegue sus efectos en el Estado de acogida.

“120 El procedimiento de aprobación previsto en el artículo 56, apartado 2, del Reglamento no puede sustituir a una declaración de ejecutoriedad. Efectivamente, estos dos procedimientos tienen una finalidad diferente. Mientras que la aprobación en el sentido de la referida disposición pretende eliminar los obstáculos que puedan oponerse a un acogimiento transfronterizo, la declaración de ejecutoriedad tiene por objeto permitir la ejecución de una resolución de acogimiento en un establecimiento en régimen cerrado. Además, el artículo 56 del Reglamento no exige la intervención de un juez, pudiendo ser la autoridad competente un organismo administrativo”.

Por lo que respecta a la eventual prórroga del acogimiento transfronterizo adoptado para un período de tiempo determinado, el TJUE confirma la necesidad de volver a recabar la aprobación mediante el procedimiento del art. 56, así como de declarar ejecutiva la nueva resolución.

De esta forma, en la reforma y refundición del Reglamento se reforzó lo señalado por la jurisprudencia del TJUE y se intentó dar respuesta a los obstáculos identificados en la práctica. Se eliminó la distinción entre dos procedimientos que incluía el RBIIbis y se introdujeron requisitos específicos que, aun correspondiendo a los Estados miembros regular sus procedimientos de consulta y aprobación, deben ser comunes:

- Solicitud de aprobación que incluya:
 - o Informe sobre el menor y los motivos de la propuesta de acogimiento;
 - o Información sobre cualquier dotación financiera prevista;
 - o Cualquier otra información que considere pertinente, como la duración del acogimiento;
- Traducción;
- Plazo máximo de respuesta a la solicitud de 3 meses;
- La aprobación debe ser previa y es obligatoria.

En el nuevo Reglamento observamos que se recupera lo dispuesto en el CH96, al especificarse que la propuesta de medida debe ir acompañada de un

informe sobre el niño y la motivación de la medida en el caso concreto. A pesar de que se mantiene la remisión a los ordenamientos nacionales de los Estados miembros requeridos, se introducen requisitos en el procedimiento de consulta que serán comunes a todos y pretenden dar respuesta a los obstáculos identificados en la aplicación práctica del RBIIbis⁴⁷⁵.

En ninguno de los dos Reglamentos se menciona expresamente que la propuesta de medida por parte del Estado requirente o la valoración de esta por el Estado requerido deba ser en el Interés Superior del Niño, a diferencia de lo que ocurre con el CH96. Ciertamente es que se trata de un principio rector de la CDN de la que son partes todos los Estados miembros de la UE, y que toda decisión adoptada por sus autoridades debe regirse por él, incluido como parte del Orden Público. Sin embargo, no conocemos el razonamiento detrás de esta omisión expresa de lo dispuesto en su antecedente.

Los tres instrumentos disponen que el procedimiento de consulta es obligatorio y debe ser anterior a la adopción de la medida, especialmente del traslado efectivo del niño o niña. Sin embargo, en las revisiones que tuvieron lugar para analizar el funcionamiento del RBIIbis, se planteaba que la existencia de dos procedimientos diferenciados generaba dudas respecto a la obligatoriedad de este. De ahí que en el RBIIter se optase por disponer de manera clara que se trata de un procedimiento de consulta que debe ocurrir con anterioridad a la adopción de la medida y que el traslado no debe producirse hasta tener la respuesta positiva por parte de la autoridad competente del Estado requerido.

Otro de los obstáculos identificados más claramente en la aplicación del RBIIbis y que se señala en los propios considerandos del RBIIter es factor esencial en materia de responsabilidad parental, la dilación de los trámites en el tiempo y el impacto que ello tiene en el niño/niña⁴⁷⁶. Se establece un plazo máximo de 3 meses para contestar desde la recepción de la solicitud, pudiéndose incumplir

⁴⁷⁵ Sobre los obstáculos en la aplicación práctica podemos ver más información en el epígrafe 2.2.2.1 apartado 4 a).

⁴⁷⁶ Precisamente, el Comité de Naciones Unidas de los Derechos del Niño disponía en su Observación General nº14 sobre el interés superior del niño, que uno de los factores a tener en cuenta era el irreversible transcurso del tiempo, lo que exige una determinada celeridad al resolver asuntos que tienen un impacto en la vida de un niño o niña.

únicamente por cuestiones excepcionales y mediante una comunicación debidamente motivada si no fuese posible facilitar la información requerida⁴⁷⁷.

Precisamente en el asunto HSE, el TJUE señala que el texto del Reglamento, independientemente de los retrasos indicados por los Estados miembros, ya incorpora disposiciones que pretenden prever un desarrollo ajustado en tiempos para cumplir con el fin del Reglamento, al tiempo que señala que, en casos excepcionales, haciendo una valoración del interés superior del niño en el caso particular, se podrá ejecutar la resolución de acogimiento transfronterizo en el Estado de acogida a pesar de que no se haya completado adecuadamente el procedimiento de aprobación por dificultad en la identificación de la autoridad competente y ello haya retrasado la obtención de la declaración de ejecutoriedad. En el caso concreto, se trata de una situación de especial urgencia por existir riesgo de autolesiones, que hacen que sea válida la adopción de medidas provisionales de internamiento de la niña en el centro del Estado requerido.

Si bien se elimina la distinción de procedimiento tal y como estaba prevista en el RBIIbis, en el RBIIter se puede observar una diferenciación:

- Este procedimiento no será necesario para un acogimiento por parte de un progenitor del niño o niña;
- Además, los Estados miembros podrán decidir que no lo sea tampoco para determinadas categorías de parientes cercanos. De ser así, los Estados deberán comunicarlo a la Comisión.

Se simplifica así el procedimiento a la vez que se intenta resolver los problemas identificados por la aplicación del RBIIbis, en la medida que se dispone para todos los Estados miembros, en el caso del acogimiento por un progenitor, y para quienes expresamente lo hayan comunicado, para otras categorías. Entendiendo que hay que alcanzar un equilibrio entre la injerencia en la vida familiar del niño y su protección, nos sorprende la falta de exigencia de coordinación entre las autoridades de los Estados en estos supuestos⁴⁷⁸. Por otro

⁴⁷⁷ Considerando 85 del RBIIter.

⁴⁷⁸ Sobre el derecho del niño a vivir en familia y la intervención de la Administración. La injerencia de la autoridad pública en la vida familiar “*sólo podrá hacerse(lo) cuando se cumplan las exigencias de la norma y hasta los límites previstos en ella*” esto es, cuando “*tal injerencia esté prevista por la ley, tenga un fin legítimo y resulte necesaria en una sociedad democrática*” LÁZARO GONZÁLEZ, I. E. (2011) op. Cit. p. 265. En particular respecto a la injerencia de la autoridad pública para la separación del niño de la familia (p.268-269), “*sólo se justifican en circunstancias muy*

lado, consideramos que habrá que hacer seguimiento del funcionamiento de esta disposición, ya que existe el riesgo de que siga habiendo incertidumbre, por ejemplo, sobre qué categorías de familiares pueden ser consideradas cercanas y cuáles no.

Por lo que respecta a las características particulares del procedimiento de consulta y aprobación, más allá de lo establecido en el Convenio y el Reglamento, es necesario remitirse a los ordenamientos nacionales, ya que la regulación depende de los Estados parte/ miembro.

Los instrumentos de DIPR de responsabilidad parental, CH96 y RBIIter, establecen un procedimiento de consulta y aprobación de cooperación entre autoridades que es de carácter obligatorio al adoptar una resolución de acogimiento transfronterizo. En el RBIIter se han introducido modificaciones basadas tanto en la jurisprudencia del TJUE como en la necesidad de sobrevenir los obstáculos surgidos de la aplicación práctica del RBIIbis. El objetivo principal que se ha buscado en la refundición es el de simplificar el procedimiento, eliminando la posibilidad de que cada Estado miembro estableciese si era o no obligatorio, así como la homogeneización de las características mínimas del procedimiento en cuanto a requisitos para evitar dilaciones y contribuir a la construcción de un espacio europeo de confianza mutua.

3.2.4.2 La infracción del procedimiento como causa de denegación del reconocimiento.

La causa de denegación del reconocimiento que estamos analizando consiste en la inobservancia del procedimiento de consulta y aprobación exigido

excepcionales cuando la familia se haya manifestado como particularmente inadecuada". Añade además la autora, a partir del análisis de la jurisprudencia del TEDH, que "*una medida de separación del niño respecto a la familia no puede justificarse sin dar prioridad a tomar en consideración otras posibles alternativas*".

para la adopción de una resolución de acogimiento transfronterizo explicado en el epígrafe anterior⁴⁷⁹. Como hemos visto, los requisitos mínimos de este procedimiento vienen establecidos tanto en el Convenio como en el Reglamento, pero ambos se remiten a su vez a los ordenamientos estatales para las particularidades de este. La infracción del procedimiento podrá consistir en el incumplimiento de alguno de los requisitos establecidos por el Convenio o el Reglamento, pero también de los adicionales establecidos por los Estados en sus ordenamientos.

En este epígrafe no estamos analizando que no se haya expedido el certificado correspondiente, sino que el propio procedimiento de consulta y aprobación necesario para adoptar una medida de acogimiento transfronterizo no haya sido realizado. Por ejemplo, que se haya trasladado al niño sin haber contactado siquiera con la autoridad del país de destino, o sin esperar al consentimiento de esta. También hay que tener en cuenta aquí lo dispuesto por cada ordenamiento estatal al respecto, ya que el Convenio y el Reglamento regulan los requisitos mínimos del procedimiento, pero se remiten a la normativa estatal para la regulación particular. Por ejemplo, en el ordenamiento alemán se exige que la solicitud vaya acompañada de la aceptación por parte de la entidad de acogida del niño.

Como hemos expuesto, los requisitos que establecen el Convenio y el Reglamento pueden resumirse en los siguientes:

- Consulta previa;
- Solicitud de aprobación incluyendo un informe sobre el menor y los motivos de la propuesta de acogimiento;
- Aprobación por la autoridad competente con carácter previo a la adopción de la medida;

El Reglamento requiere, además:

- Traducción;

⁴⁷⁹ Sobre la infracción del procedimiento previsto para el acogimiento transfronterizo de un niño, aún no existía un proceso específico aún. FORCADA MIRANDA, F.J. (2020) op. Cit. pp. 332-333.

- Plazo máximo de respuesta a la solicitud de 3 meses;

Si acudimos a los ordenamientos estatales observamos que recogen en gran medida estos mismos requisitos y añaden algunos particulares, principalmente respecto a los costes, el centro o familia de acogida, etc⁴⁸⁰.

El procedimiento de consulta y aprobación es obligatorio para todos los supuestos de acogimiento transfronterizo en el ámbito convencional, mientras que en el ámbito comunitario se excluyen de esta exigencia los acogimientos por progenitores y se deja a decisión de los Estados miembros establecer excepciones adicionales para *parientes cercanos*. Por lo que respecta al reconocimiento y ejecución de este tipo de resoluciones, en el ámbito convencional será necesaria una declaración de ejecutividad o exequátur para que la resolución sea reconocida y ejecutada en el país de acogida, y la causa de denegación será invocable de manera facultativa. Sin embargo, en el ámbito comunitario, en el que el RBIIter ha eliminado la necesidad de exequátur para el reconocimiento y ejecución de las medidas de responsabilidad parental, la infracción del procedimiento de consulta y aprobación es una causa de denegación preceptiva. Así, una resolución de acogimiento transfronterizo adoptada en un Estado miembro que sea ejecutiva en este, lo será en otro Estado miembro si va acompañada de un certificado expedido conforme al RBIIter, pero no será ejecutada si no se ha seguido el procedimiento de cooperación entre autoridades establecido⁴⁸¹.

En ambos ámbitos, los procedimientos de reconocimiento y ejecución, incluyendo la determinación de la autoridad concreta a la que acudir, estarán regulados por la normativa del Estado en el que se pretende ejecutar la resolución⁴⁸². En el RBIIter se prevé que cualquier parte interesada pueda pedir

⁴⁸⁰ Véase epígrafe 2.2.3.2.2.

⁴⁸¹ Surge la duda de si una resolución adoptada sin seguir el procedimiento es ejecutiva en el país de origen en cualquier caso, especialmente teniendo en cuenta que debe ser cumplida en otro Estado en el que la autoridad emisora no es competente.

⁴⁸² En el CH96 se exige que si una medida es adoptada para ser ejecutada en otro Estado contratante esta sea declarada ejecutoria siguiendo el procedimiento establecido en dicho Estado. La declaración de exequátur sólo podrá denegarse por uno de los motivos recogidos en el Convenio (arts. 23-28).

En el RBIIter no se exige declaración de exequátur, sino que la resolución deberá ir acompañada por un certificado expedido conforme al Reglamento. El procedimiento de reconocimiento y ejecución será el que establezca el Derecho del Estado miembro en el que se pretende ejecutar la resolución (arts. 51 y 58).

que se dicte una resolución declarando que no concurre ninguno de los motivos de denegación del reconocimiento⁴⁸³.

En la medida en que la adopción de una medida de acogimiento transfronterizo supone la entrada (en contacto) de la persona menor de edad en (con) el sistema de protección del país de acogida y que las autoridades de dicho Estado deberán dar seguimiento al cumplimiento de la medida con todas las garantías y, por tanto, al respeto de los derechos del niño, un primer paso debería ser la comprobación de que la resolución por la que se adopta el acogimiento y en base a la cual el niño es trasladado al país, tiene fuerza ejecutiva en este. Más allá de la acogida en sí, la resolución deberá desplegar efectos para cuestiones del día a día de la vida del niño, por ejemplo, para la tramitación de documentación administrativa, empadronamiento, matriculación en centro escolar, etc.

En cuanto a las consecuencias de la infracción del procedimiento, más allá del no reconocimiento, es preciso remitirse a la sentencia del TJUE en el asunto A.C. c. HSE, que señala que de haberse producido el traslado antes de haber cumplido con el procedimiento de consulta y aprobación, correspondería llevar a cabo una evaluación del interés superior del niño en el caso particular y, de manera excepcional, se podría continuar con el procedimiento. En este sentido, es importante resaltar que el supuesto en el que el Tribunal invoca esta excepcionalidad presentaba riesgos para la vida de la niña y la urgencia del traslado estaba realmente fundamentada.

A pesar de estar incluida en la lista tasada de causas de denegación del reconocimiento desde un inicio, como hemos podido observar tanto en el informe de la Comisión Europea de evaluación de la aplicación práctica del RBIIbis, como en nuestro propio análisis de los casos ocurridos en España entre 2010 y 2014, este procedimiento se infringía cuasi sistemáticamente. De manera extendida, se producía la consulta una vez trasladado el niño al Estado de acogida sin esperar el consentimiento de la autoridad requerida. Sin embargo, no hemos encontrado

⁴⁸³ Art. 30.3 RBIIter.

casos que hayan llegado ante los tribunales españoles para cuestionar el reconocimiento y ejecución de estas resoluciones.

En el caso español, la regulación introducida en la LOPIVI establece que serán subsanables los defectos en la solicitud, pero, sin embargo, se prevé como causa de denegación del reconocimiento el que no se haya seguido el procedimiento de consulta y aprobación establecido.

3.2.4.3 Conclusión

La última causa de denegación del reconocimiento expuesta es la que se refiere a la infracción del procedimiento de consulta y aprobación que se establece para la adopción de una resolución de acogimiento transfronterizo. Como hemos visto, se trata de una muestra de la voluntad del legislador convencional y comunitario de reforzar el carácter obligatorio de este mecanismo de cooperación entre autoridades. Por un lado, se asegura la necesaria coordinación entre las autoridades de los dos Estados implicados y, por otro, que la adopción de la medida de protección no se realiza al margen del sistema de protección del país de acogida, lo que tendría un impacto negativo en el niño o niña en cuestión.

3.2.5 Conclusión.

En el análisis que hemos realizado de las normas que regulan la eficacia extraterritorial de una resolución por la que se constituye una medida de acogimiento transfronterizo, nos hemos centrado en tres de las causas de denegación del reconocimiento que contemplan los instrumentos de Derecho Internacional Privado que regulan esta figura por considerarlas más relevantes en nuestro estudio. Partiendo de la necesaria aplicación restrictiva de estas causas, hemos observado que tienen su base en derechos fundamentales del niño que

establecen exigencias de contenido y forma a los Estados. Hemos analizado cómo se han trasladado al CH96 y el RBIIter dos derechos que son principios rectores de la CNUDN, el derecho a que en cualquier decisión que afecte a un niño se priorice su interés y el derecho del niño a ser escuchado y que su opinión sea tomada en cuenta. La aplicación de estos derechos a la realidad que nos ocupa se traduce en determinadas salvaguardias que las autoridades competentes deben valorar al decidir sobre el reconocimiento de una resolución. Por último, en ambos instrumentos encontramos una causa de denegación que se refiere expresamente al procedimiento por el que se ha de constituir esta medida de protección, en concreto, a la infracción o ausencia de este.

CAPÍTULO IV

CONCLUSIONES

Con esta investigación hemos confirmado que el acogimiento transfronterizo regulado en las normas de Derecho Internacional Privado sobre responsabilidad parental ofrece la oportunidad de garantizar el derecho a vivir en familia de los niños y niñas privados de cuidado parental conforme a su interés superior. Los mecanismos de cooperación entre autoridades establecidos en estos instrumentos contribuyen a, en el interés superior del niño, asegurar la eficacia extraterritorial de las resoluciones por las que se establece una medida de cuidado alternativo y debería ser utilizado para los niños y niñas extranjeros que migran sin referente familiar.

PRIMERA. La Convención y el Comité de Derechos del Niño, así como los instrumentos que han incorporado los derechos de la infancia y la adolescencia, exigen que se lleve a cabo una evaluación y determinación formal del interés superior del niño en cada decisión que le afecte. Este proceso debe ser llevado a cabo, y recogido suficientemente en la resolución final, haciendo una valoración de los elementos particulares del caso y su ponderación, explicando el peso dado a cada uno en la decisión. Planteamos, siguiendo el esquema provisto por la OG nº 14 del Comité, cómo debe llevarse a cabo para la elección de una medida de cuidado alternativo, en particular, las consideraciones respecto a los derechos que resultan afectados en mayor o menor medida. A partir del análisis del ordenamiento jurídico español observamos que es efectivamente necesaria una concreción por parte de los Estados de lo dispuesto en el tratado y la interpretación

que de este hace el Comité, como ha hecho España, incluso si en cada caso particular será exigible una adaptación a las circunstancias específicas del niño y el contexto.

SEGUNDA. El acogimiento transfronterizo consiste en el traslado de un niño o niña para ser acogido en una familia o centro situado en un Estado distinto al que se encuentra. Se caracteriza por ser una medida de cuidado alternativo que debe cumplir con un mecanismo de cooperación entre autoridades conforme al que las autoridades del Estado en el que se encuentra el niño proponen la medida, en su interés superior, a las autoridades del Estado de destino, que la valoran y aceptan. Sólo entonces se constituye el acogimiento, que será efectuado en el Estado de destino y cuyas autoridades deben hacer seguimiento. A partir del análisis en profundidad de esta figura, distinguiéndola de otros acogimientos con componentes internacionales y centrándonos en aquellos aspectos menos estudiados y los que han dado lugar a más dificultades en su aplicación práctica, contribuimos a un conocimiento más profundo del acogimiento transfronterizo que promueva una mayor y mejor utilización de esta.

TERCERA. Las normas de Derecho Internacional Privado analizadas establecen un mecanismo de cooperación entre autoridades de carácter obligatorio que está dirigido a garantizar el interés superior del niño en la adopción de una medida de acogimiento transfronterizo, tanto en el procedimiento de decisión como en la eficacia extraterritorial de la medida que necesariamente se implementa en un Estado distinto del que lo adopta. Tanto la propuesta que debe ser hecha por la autoridad competente en el Estado que se encuentra el niño, como la valoración por quien la recibe, deben estar suficientemente motivadas en el interés superior del niño teniendo en cuenta todos sus derechos y necesidades del niño en el caso concreto. Este mecanismo de cooperación resulta especialmente útil para decidir si la medida es la más adecuada en el interés superior un niño extranjero no acompañado para, acercándose a familiares residentes en otro Estado o siendo trasladado para ser acogido por ellos, garantizar el cumplimiento de su derecho a vivir en familia.

CUARTA. La reciente simplificación de los procedimientos de reconocimiento de las decisiones extranjeras, realizada en el ámbito comunitario, pretende contribuir a una garantía de los derechos de la infancia más efectiva, eliminando obstáculos para la eficacia extraterritorial de las decisiones, pero manteniendo las exigencias derivadas del sistema de protección de los derechos del niño, como es la evaluación y determinación del interés superior. Será necesario hacer un seguimiento y evaluación para verificar si alcanza los objetivos planteados.

QUINTA. Uno de los grandes obstáculos identificados en la aplicación práctica de la regulación del acogimiento transfronterizo es la falta de cumplimiento del mecanismo de consulta y obligación establecido en esta, a lo que observamos que ha contribuido la falta de desarrollo de los procedimientos internos al efecto, así como, según lo manifestado por los propios Estados, las dificultades en la averiguación de estos. Del análisis detenido del caso español, la evolución de la regulación del acogimiento transfronterizo en su ordenamiento y los supuestos registrados, observamos tímidas mejoras en el funcionamiento del mecanismo y una decidida apuesta por cumplir con las exigencias del RBIIter. Confiamos en que esto permitirá una mayor observancia de la normativa, así como una mayor aplicación de la medida cuando resulte en el interés superior del niño.

SEXTA. El interés superior del niño es parte del Orden Público de los Estados, de manera que se denegará el reconocimiento de una resolución extranjera que sea contraria a este. El marco internacional de protección de los derechos del niño nos ofrece unas claras directrices respecto al procedimiento formal para su evaluación y determinación, que nos han permitido hacer un acercamiento a su contenido, y que deberá valorarse en el caso concreto atendiendo a las circunstancias particulares del niño.

SÉPTIMA. El derecho del niño a participar efectivamente en todos los procedimientos que le afectan exige que en la decisión sobre la adopción de una medida de cuidado alternativo se garantice que se le escucha y que su opinión se tiene en cuenta. Hemos observado que el que la materia procesal sea competencia de los Estados dificulta establecer exigencias más homogéneas en el cumplimiento de este derecho que favorezcan el reconocimiento de una

resolución, aunque en el ámbito comunitario el RBIIter avanza significativamente desde la previsión más general del CH96 de esta garantía procesal. El nuevo Reglamento regula el derecho del niño a ser escuchado en los procedimientos que abarca y, en particular, respecto al acogimiento transfronterizo. Aun así, encontramos que queda un margen de discrecionalidad para las autoridades en la aplicación de esta norma que puede separarse de lo establecido en la Convención de Derechos del Niño y las observaciones generales del Comité, especialmente la número 12 y la 14.

OCTAVA. El acogimiento transfronterizo es una medida de cuidado alternativo que debería ser contemplada entre las posibles a adoptar al hacer la evaluación y determinación del interés superior de un niño/a extranjero no acompañado o separado de sus padres para identificar la solución duradera más adecuada para responder a sus necesidades y garantizar el pleno cumplimiento de sus derechos. Se trata de una medida que debería formar parte del abanico de medidas de cuidado alternativo que los Estados ofrecen a los niños privados de cuidado parental que necesitan especial protección, que puede dar respuesta a necesidades específicas, especialmente relacionadas con el derecho del niño a la vida en familia o a mantener relaciones familiares, así como, principalmente para los niños de origen extranjero, el derecho a la identidad y la educación conforme a su cultura y religión. Debe por tanto contemplarse entre las posibles soluciones duraderas a adoptar conforme a la evaluación y determinación del interés superior del niño individualmente considerado, haciendo uso de las normas y mecanismos establecidos por las normas de Derecho Internacional Privado.

CAPÍTULO V

RECOMENDACIONES

A la luz del análisis realizado hemos ido identificando espacios de mejora para los que planteamos sucintamente una serie de recomendaciones. El objetivo es contribuir al avance en el respeto de los derechos de la infancia y la adolescencia utilizando las técnicas del DIPR en materia de responsabilidad parental, en particular, la figura del acogimiento transfronterizo como medida de cuidado alternativo. Porque *la humanidad le debe a la infancia lo mejor que tiene para dar*, no debemos cesar en la búsqueda de soluciones para garantizar un cumplimiento real de los derechos de la infancia y la adolescencia promoviendo su bienestar y pleno desarrollo.

- Avanzar hacia un procedimiento de determinación del interés superior del niño estandarizado para el proceso de toma de decisiones que tienen que llevar a cabo las autoridades de los distintos países, que después adapten a sus ordenamientos jurídicos internos. Esto resulta fundamental en los distintos procesos de toma de decisiones: la separación del niño de la familia, la elección de la medida de cuidado alternativo, incluyendo la selección de la familia o centro, el seguimiento de esta y su eventual revisión, la valoración de si un traslado efectuado al margen del procedimiento de cooperación entre autoridades debe revertirse o subsanarse. Debe basarse en la OG nº 14 del CDN, que ya ofrece una

concreción de las fases de este proceso, los elementos a considerar y las garantías procedimentales que han de respetarse.

- Promover la utilización del acogimiento transfronterizo como medida de protección que responda al interés superior del menor no acompañado o separado cuando así se determine, mediante la difusión de la figura y la formación de los actores implicados.
- Dar a conocer la medida del acogimiento transfronterizo conforme al CH96 y el RBIIter tanto desde las instituciones internacionales y regionales como desde las estatales. Es necesario incluir formación sobre su funcionamiento a las autoridades competentes internamente, tanto sobre la medida en sí como sobre el procedimiento y cómo acceder a la información de los sistemas de protección extranjeros a estos efectos.
- Modificación del certificado previsto para acreditar que se ha dado la posibilidad de audiencia al niño en la adopción de una resolución para alinearlo con el derecho del niño a ser escuchado y que su opinión sea tomada en cuenta. El actual certificado es muy vago y, si bien somos conscientes que el aterrizaje procesal es competencia estatal, consideramos que es necesario un esfuerzo por encontrar y establecer puntos comunes que realmente lo garanticen y permitan hacer un seguimiento de su cumplimiento.
- Hacer un estudio sobre la pertinencia de aprobar una Directiva europea sobre el derecho del niño a ser escuchado en los procedimientos que le afectan y que su opinión sea tomada en cuenta⁴⁸⁴.
- Revisar la previsión de que los Estados miembros puedan excluir de la exigencia del procedimiento de consulta y aprobación establecido para los acogimientos transfronterizos que sean con familia extensa incluida en el artículo 82 del RBIIter, ya que no queda claro el motivo detrás de esta. Se desconoce cómo se llevaría a cabo la valoración de la adecuación de los familiares para acoger al niño, cómo se aseguraría que se respeta el

⁴⁸⁴ En este sentido, KRUGER, T. señalaba, en su artículo "What to expect from a RBIIa recast..", que la refundición del RBIIbis no era el instrumento en el que establecer una serie de estándares mínimos, sino una directiva, que obligase a los Estados miembros a trasponerlos a sus ordenamientos y que previese sanciones en caso de incumplimiento.

procedimiento interno previsto para ello o cómo se haría el seguimiento de la medida en el interés superior del niño.

- Explorar la posibilidad de utilizar las comunicaciones directas entre las autoridades para los supuestos de acogimiento transfronterizo⁴⁸⁵.
- Realizar un seguimiento y evaluación de las modificaciones legislativas realizadas tanto en el ámbito europeo como en el español para valorar si realmente ha dado respuesta a las necesidades identificadas. Debería incluso valorarse, como señala el CDN en su OG nº 14, el impacto de esta normativa en el interés superior del niño.

⁴⁸⁵ CANO BAZAGA, E., Capítulo 16. El acogimiento transfronterizo de menores en CAMPUZANO DÍAZ, B. (dir.), ADAM MUÑOZ, M. D., CALZADO LLAMAS, A. J., CANO BAZAGA, E. et al., *Estudio del Reglamento (UE) 2019 / 1111 sobre crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*, Thompson Reuters-Aranzadi, 2022, pp. 323: “El considerando 77 se refiere a que estos acuerdos puedan permitir las comunicaciones directas, conminando a las autoridades a que los suscriban a informar, en caso, a sus autoridades centrales” Sugiere usar las comunicaciones directas para simplificar los procedimientos nacionales y así contribuir a una mayor eficacia y eficiencia en la cooperación de autoridades que debe revertir, a su vez, en una mejor atención al interés superior del menor. Así lo recomienda FORCADA MIRANDA, F. J. (2017) op. cit., ya que considera que la comunicación entre jueces de distintas jurisdicciones se ha probado eficiente para resolver asuntos de manera rápida.

DOCUMENTACIÓN

BIBLIOGRAFÍA

ADAM MUÑOZ, M. D., Capítulo 15. La cooperación internacional de autoridades como mecanismo para la consecución del interés superior del menor en CAMPUZANO DÍAZ, B. (dir.), ADAM MUÑOZ, M. D., CALZADO LLAMAS, A. J., CANO BAZAGA, E. et al., *Estudio del Reglamento (UE) 2019 / 1111 sobre crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*, Thompson Reuters-Aranzadi, 2022, pp. 283-310.

ADROHER BIOSCA, S., Los nuevos derechos de nuestra infancia: protección, prestación y participación en Adroher Biosca, S., Vidal Fernández, F. (dirs.), *Infancia en España. Nuevos desafíos sociales, nuevas respuestas jurídicas*, Comillas, Madrid, 2009, pp. 39-42.

ADROHER BIOSCA, S., La reforma del sistema de protección a la infancia y adolescencia por leyes 8/2015 y 26/2015: razones, proceso de elaboración y principales novedades en Mayor del Hoyo, M. V. (dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Thomson Reuters, 2016, pp. 33-65.

ADROHER BIOSCA, S., Las reformas legales de 2015 ante los nuevos desafíos en la protección internacional de menores en Guzmán Zapater, M., Esplugues Mota, C. (dirs) y Herranz Ballesteros, M., Vargas Gómez-Urrutia, M. (coords.), *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho internacional privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 333-350. Se puede solicitar una copia en: <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/handle/11531/24428/restricted-resource?bitstreamId=139135>

ADROHER BIOSCA, S., Estancias temporales de menores extranjeros en España: régimen jurídico vigente y desafíos de futuro, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2019, vol.11. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/4613>

ADROHER BIOSCA, S., La kafala islámica: ¿medida de protección de menores o estrategia migratoria? *Revista de Derecho migratorio y extranjería*. 45, mayo-agosto de 2017, pags. 203-220. Se puede solicitar una copia en: <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/handle/11531/20530>

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. “Responsabilidad parental, transferencia de la competencia a órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro e interés superior del menor STJUE 27 de octubre de 2016, C-428/15: D”, en *La Ley Unión Europea*, nº 43, 30 de diciembre de 2016, separata electrónica.

ARCHARD, D., y SKIVENES, M., Balancing a Child’s Best Interests and a Child’s Views, *International Journal of Children’s Rights* 17 (2009) 1–2

BARTOLOMÉ TUTOR, A., El reconocimiento a los menores de capacidad de obrar progresiva en los actos relativos a los derechos de la personalidad. Con especial referencia al papel de los responsables parentales, Madrid, 2014. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=72242> (última consulta 8 de diciembre de 2022).

BEAUMONT, P. R., European Court Of Human Rights Cases Concerning The Hague Convention On International Child Abduction, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 335, 2008, pp. 24-80. HeinOnline.

BHUTTA, A. & CABEZA, R., Placement of children outside England and Wales: international adoption, special guardianship and the Hague Convention 1996 – known unknowns?, *International Family Law*, 2013, July 2013, p. 213-216

BOSISIO, R., Children’s Right to Be Heard. What Children Think, *International Journal of Children’s Rights*, 2012, p. 141 et seq. Disponible en: https://www.researchgate.net/profile/Roberta-Bosisio/publication/269837271_Children's_Right_to_Be_Heard_What_Children

[Think/links/5cc460df92851c8d220984d4/Childrens-Right-to-Be-Heard-What-Children-Think.pdf](https://www.unicef.org/Think/links/5cc460df92851c8d220984d4/Childrens-Right-to-Be-Heard-What-Children-Think.pdf)

COUSO, J., "El Niño como Sujeto de Derechos y la Nueva Justicia de Familia. Interés Superior del Niño, Autonomía Progresiva y Derecho a Ser Oído", en Revista de Derechos del Niño Nº 3 y 4, UNICEF, 2006, pp. 145 a 166.

DE BOER, T., What we should not expect from a recast of the Brussels IIa Regulation, *Nederlands Privaatecht*, 2015.

BORRÁS, A., La protección internacional del niño y del adulto como expresión de la materialización del derecho internacional privado: similitudes y contrastes, UAM/Eurolex, Pacis Artes, Obra homenaje al Profesor Julio D. Gonzales Campos, Madrid 2005, Tomo II, Derecho internacional privado, derecho constitucional y varios, p. 1287

BORRÁS, A., The Frontiers and the Institutional Constitutional Question, Bruylant, International Civil Litigation in Europe and Relations with Third States (A. Nuyts & N. Watté, eds.), Bruxelles 2005, p. 27.

BORRÁS, A., La protección internacional de los derechos del niño. Una visión "privada", Institut de Drets humans de Catalunya, L'information, 1997, p. 30.

BOULANGER, F., De la Convention de La Haye de 1961 à celle de 1996 sur la loi applicable à la responsabilité parentale et la protection des enfants - Requiem pour la loi nationale?, Editions Juridiques de l'Université de Liège, Mélanges Fritz Sturm, 1999, pag 1939.

BUCHER, A, L'enfant en droit international privé, L.G.D.J., Paris, 2003, pp. 82-225.

HESS, B., The Private-Public Divide in International Dispute Resolution, 2016
388 Recueil des cours / Collected Courses 49

CAAMIÑA, C., La “supresión” del exequátur en el R2201/2003, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Marzo 2011, Vol. 3, No 1, pp. 63-83 Disponible en: www.uc3m.es/cdt el

CAAMIÑA, C., El Interés Superior del Menor: la integración en el nuevo medio. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, VOL. 8 N° 2 PP71-91

CALVENTO SOLARI, U., Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado: Convenio sobre protección de niños. Nota explicativa, *Infancia* (Boletín del Instituto Interamericano del Niño), Octubre de 1997, p. 61

CAMPUZANO DÍAZ, B., La política legislativa de la UE en Derecho Internacional Privado de Familia, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2013, Vol. 5, nº2 pp 234-264.

CAMPUZANO DÍAZ, B., El nuevo Reglamento (UE) 2019/1111: análisis de las mejoras en las relaciones con el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 sobre responsabilidad parental, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2020, vol. 12, nº1, pp. 97-117. HeinOnline.

CAMPUZANO DÍAZ, B. (dir.), ADAM MUÑOZ, M. D., CALZADO LLAMAS, A. J., CANO BAZAGA, E. et al., Estudio del Reglamento (UE) 2019 / 1111 sobre crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores, Thompson Reuters-Aranzadi, 2022.

CAMPUZANO DÍAZ, B., Capítulo 6. La competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental: las reglas especiales (artículos 15 y 16) en CAMPUZANO DÍAZ, B. (dir.), ADAM MUÑOZ, M. D., CALZADO LLAMAS, A. J., CANO BAZAGA, E. et al., *Estudio del Reglamento (UE) 2019 / 1111 sobre crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*, Thompson Reuters-Aranzadi, 2022, pp. 117-132.

CANO BAZAGA, E., Capítulo 16. El acogimiento transfronterizo de menores en CAMPUZANO DÍAZ, B. (dir.), ADAM MUÑOZ, M. D., CALZADO LLAMAS, A. J., CANO BAZAGA, E. et al., *Estudio del Reglamento (UE) 2019 / 1111 sobre crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*, Thompson Reuters-Aranzadi, 2022, pp. 311-328.

CANTWELL, N.; DAVIDSON, J.; ELSLEY, S.; MILLIGAN, I.; y QUINN, N. (2012). "Avanzando en la implementación de las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños" Reino Unido: Centre for Excellence for Looked After Children in Scotland. Páginas 24-26. Disponible en: <https://www.relaf.org/materiales/Avanzando-en-la-implementacion-de-las-Directrices-sobre-las-alternativas-V2.pdf> (última consulta 7 de diciembre de 2022).

CARDONA LLORENS, J., La Convención sobre los Derechos del Niño: significado, alcance y nuevos retos, *Educatio Siglo XXI*, Vol. 30 no 2 · 2012, pp. 47-68. Disponible en https://observatorio.campus-virtual.org/uploads/31788_Cardona_E2012_Convencion.pdf (última consulta 8 de diciembre de 2022).

CARDONA LLORENS, J., El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial en toda medida que le concierna a los XXV años de la Convención, 2014. Disponible en https://www.ararteko.eus/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/0_3553_3.pdf última consulta 8 de diciembre de 2022).

CARPANETO, L., Cross-border placement of children in the European Union», 2016 disponible en [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556945/IPOL_STU\(2016\)556945_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556945/IPOL_STU(2016)556945_EN.pdf),

CARRILLO CARRILLO, B. L., Carácter, objetivos y ámbito de la aplicación del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, *Anales de Derecho*, 20, 249–296

CARRILLO POZO, L.F., El Reglamento Bruselas II ter y el interés del menor: elementos para un debate, *Bitacora Millennium DIPR.*, 14, 2021, pp. 17-49, HeinOnline.

CILLERO BRUÑOL, M. Infancia, Autonomía y Derechos: una Cuestión de Principios, *Revista Infancia, Boletín del Instituto Interamericano del Niño*, núm. 234, 1997, pp. 1-15. Disponible en: http://www.iin.oea.org/cursos_a_distancia/explotacion_sexual/lectura4.infancia.d.d.pdf (última consulta 8 de diciembre 2022).

CILLERO BRUÑOL, M., Capítulo II: La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño: Introducción a su origen, estructura y contenido normativo. Apartado 2: La Convención sobre Derechos del Niño: estructura y contenido, en Varios Autores, Martínez García, C. (coord.), *Tratado del Menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia*. Thompson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 92-122.

CLARO QUINTÁNS, I. y LÁZARO GONZÁLEZ, I., Capítulo X: Algunos retos pendientes en la protección de los derechos de los niños. Apartado 5: Cuestiones de derecho de extranjería y de la protección internacional en la vida de los niños, en Varios Autores, Martínez García, C. (coord.), *Tratado del Menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia*. Thompson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 765-797.

CLIVE, E., The role of the new Protection of Children Convention, *Kluwer Law International, Globalization of Child Law - the role of the Hague Conventions* (S. Detrick & P. Vlaardingerbroek, eds.)1999, pag 53

CLIVE, E., The New Hague Convention on Children, *Juridical Review*, 1998.

COMISIÓN EUROPEA, Commission Staff Working Document Impact Assessment Accompanying the document, Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction (recast)” Brussels, 30.06.2016, SWD (2016) pp. 1-182.

COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO, Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de España, 2018. Disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2FC%2FESP%2FCO%2F5-6&Lang=en (última consulta 8 de diciembre de 2022).

CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición)- Debate de orientación, mayo 2017, 9317/17, JUSTCIV 113, 2016/0190 (CNS).

CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición)- Orientación general, noviembre 2018, 14784/18, JUSTCIV 292, 2016/0190(CNS).

CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición)- Debate de orientación, noviembre 2017, 14810/17, JUSTCIV 278, 2016/0190 (CNS).

CORNELOUP, S. et al., Children on the move: a Private International Law Perspective, junio, 2017, disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/studies>.

COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction (recast) - fundamental elements of the Recast, July 2018, 11400/18, JUSTCIV 195, 2016/0190 (CNS). Para. 21-27.

CUARTERO RUBIO, M. V. y VELASCO RETAMOS, J.M. (dirs.), La vida familiar internacional en una Europa compleja: cuestiones abiertas y problemas de la práctica, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.

DE BARTOLOMÉ GENZANO, José Carlos, *“El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades”*, 2a edición, Ed. Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2002.

DEFENSOR DEL PUEBLO, Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor. Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia, 2014. Disponible en: <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2014-05-Estudio-sobre-la-escucha-y-el-interes-superior-del-menor.pdf> (última consulta 8 de diciembre de 2022).

DEHART, G.F., The Relationship Between the 1980 Child Abduction Convention and the 1996 Protection Convention, *New York University Journal of International Law and Politics*, 2000, Vol. 33, Issue 1, 2000, p. 83.

DE LA IGLESIA MONJE, M. I., Reflexiones en torno a los nuevos derechos y el principio del interés superior del menor. Su evolución en los Tribunales de Justicia, *Diario La Ley*, nº 8395, sección doctrina, 9 de octubre de 2014, año XXXv, pp. 1-2.

DEL MORAL BLASCO, C., y MARTÍNEZ GARCÍA, C., Guía para la evaluación y determinación del interés superior del niño, Madrid, 2017. Disponible en: <https://www.comillas.edu/es/catedra-santander-de-los-derechos-del-nino-publicaciones/guia-para-la-evaluacion-y-determinacion-del-interes-superior-del-nino> (última consulta 8 de diciembre de 2022).

DE STEIGER, W., Rapport explicative, Offprint from the *Acts and Documents of the Ninth Session (1960)*, tome IV, *Protection of minors*. Disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/c3036f8d-4a73-4d6f-b97b-3bed85e1a643.pdf> (última consulta 6 de diciembre de 2022).

DETHLOFF, N., Parental Rights and Responsibilities in Germany, *Family Law Quarterly*, vol. 39, no. 2, Summer 2005, pp. 315-338. HeinOnline.

DE TORRES PEREA, J. M., *El interés del menor y derecho de familia. Una perspectiva multidisciplinar*, Lustel, Madrid, 2008, p. 27.

DIAGO DIAGO, P., *La kafala islámica*, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, 2010, pp. 140-164.

DIRECTORATE-GENERAL FOR JUSTICE AND CONSUMERS, COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT – Executive summary of the impact assessment - Accompanying the document Draft Council Regulation amending Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000 (Brussels IIa), 20/06/2016, SWD(2016)208. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/HIS/?uri=CELEX:32019R1111&qid=1670360882580> (última consulta 7 de diciembre de 2022).

DIRECTORATE-GENERAL FOR JUSTICE AND CONSUMERS, Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction (recast), Opinion on impact assessment, 23/06/2016, SEC(2016)294. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/HIS/?uri=CELEX:32019R1111&qid=1670360882580> (última consulta 7 de diciembre de 2022).

DIRECTORATE-GENERAL FOR JUSTICE AND CONSUMERS, Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction (recast), 29/09/2016, COM(2016)411. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/HIS/?uri=CELEX:32019R1111&qid=1670360882580> (última consulta 7 de diciembre de 2022).

GENERAL SECRETARIAT OF THE COUNCIL, Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction (recast), Opinion of the Consultative Working Party of Legal Services, 25/11/2016, 2016/0190 (CNS). Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/HIS/?uri=CELEX:32019R1111&qid=1670360882580> (última consulta 7 de diciembre de 2022).

DIRECTORATE-GENERAL FOR JUSTICE AND CONSUMERS, COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT, Impact assessment, Accompanying the document Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction (recast), 11/02/2021, SWD(2016)207. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/HIS/?uri=CELEX:32019R1111&qid=1670360882580> (última consulta 7 de diciembre de 2022).

DURÁN AYAGO, A., Responsabilidad parental, relaciones paterno-filiales y protección de menores: ¿tres denominaciones para tres realidades diferentes? en Guzmán Zapater, M., Esplugues Mota, C. (dirs) y Herranz Ballesteros, M., Vargas Gómez-Urrutia, M. (coords.), *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho internacional privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 353-363.

DURÁN AYAGO, A., Capítulo 3. La competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental. La regla general (artículo 7) en CAMPUZANO DÍAZ, B. (dir.), ADAM MUÑOZ, M. D., CALZADO LLAMAS, A. J., CANO BAZAGA, E. et al., Estudio del Reglamento (UE) 2019 / 1111 sobre crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores, Thompson Reuters-Aranzadi, 2022, pp. 71-78.

DURÁN AYAGO, A., Capítulo 5. La competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental: las reglas especiales (artículos 11, 12, 13 y 14) en CAMPUZANO DÍAZ, B. (dir.), ADAM MUÑOZ, M. D., CALZADO LLAMAS, A. J., CANO BAZAGA, E. et al., Estudio del Reglamento (UE) 2019 / 1111 sobre crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores, Thompson Reuters-Aranzadi, 2022, pp. 99-116.

DURÁN AYAGO, A., Capítulo 8. El derecho del menor a expresar sus opiniones en CAMPUZANO DÍAZ, B. (dir.), ADAM MUÑOZ, M. D., CALZADO LLAMAS, A. J., CANO BAZAGA, E. et al., Estudio del Reglamento (UE) 2019 / 1111 sobre crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores, Thompson Reuters-Aranzadi, 2022, pp. 153-168.

DUTTA, A. y SCHULZ, A., First Cornerstones of the EU Rules on Cross-Border Child Cases: The Jurisprudence of the Court of Justice of the European Union on the Brussels Ila Regulation from C to Health Service Executive, *Journal of Private International Law*, Vol. 10 Issue 1, 2014, pp. 1-40. Disponible en: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.5235/17441048.10.1.1> (última consulta 7 de diciembre de 2022).

DYER, A., Report on the revision of the 1961 Hague Convention on protection of minors (Part. One: Measures of protection for the person of a minor – The need for revision of the 1961 Convention in respect of protection of the person of the minor), Preliminary document nº 1 of April 1994, pp.11-57 en HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, Proceedings of the Eighteenth Session 30 September to 19 October 1996, Tome II, Protection of children, Edited by the

Permanent Bureau of the Conference, SDU Publishers, The Hague, Netherlands, 1998.

EEKELAAR, J., The Role of the Best Interests Principle in Decisions Affecting Children and Decisions about Children, *The International Journal of Children's Rights*, vol. 23, nº 1, 2015, p. 3 – 26. HeinOnline.

ELÍAS MÉNDEZ, C., La protección de los menores de edad en Alemania desde una perspectiva constitucional, *Revista Estudios Políticos* núm. 131, 2001.

ESTEBAN DE LA ROSA, G., El Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 sobre protección del niño: ¿Exclusión del acogimiento preadoptivo de su ámbito de aplicación material? Reflexiones en torno al art. 4 letra b, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1997, No 4, p. 849

ESTIN, A. L., Transjurisdictional Child Welfare: Local Governments and International Law, *Transnational Law and Contemporary Problems*, vol. 22, no. 3, Fall 2013, pp. 595-622. HeinOnline.

ESTIN, A. L., Global Child Welfare: The Challenges for Family Law, *Oklahoma Law Review*, vol. 63, no. 4, Summer 2011, pp. 691-722. HeinOnline.

EUROPEAN JUDICIAL TRAINING NETWORK, Cross-border adoptions without consent, Judicial cooperation in cross-border adoptions without parental consent, THEMIS competition 2016, Semi-final B Vilnius, 17 - 20 May 2016

FAMILY LAW, La puesta en práctica y el funcionamiento del Convenio de LA Haya de 1993 sobre adopción internacional, Guía de Buenas Prácticas, Guía nº 1 en virtud del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, Jordan Publishing Limited, 2008.

FORCADA MIRANDA, F. J., Comunicaciones judiciales directas y cooperación jurídica internacional. Una propuesta de guía práctica española para casos específicos a la luz de los trabajos de la Conferencia de La Haya de derecho internacional privado, 2017. Disponible en: <http://e-spacio.uned.es/fez/>

FORCADA MIRANDA, F.J., Revision with respect to the cross-border placement of children, *Dutch Journal of Private International Law*, 2015, p. 37.

FORCADA MIRANDA, F.J., *Comentarios prácticos al Reglamento (UE) 2019/1111. Competencia, Reconocimiento y Ejecución de Resoluciones en materia Matrimonial, Responsabilidad Parental y Sustracción Internacional de Menores*, Ed. SEPIN, 2020.

FREEMAN, M., Article 3. The Best Interests of the Child, in: A. Alen, J. Vande Lanotte, E. Verhellen, F. Ang, E. Berghmans and M. Verheyde (Eds.) *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2007.

FRIDRICH, L., The experience of a national central authority, Directorate General for internal policies policy department C: Citizens' rights and constitutional affairs, Legal affairs, 'Recasting the Brussels IIa regulation, Workshop 8 November 2016, Compilation of briefings', p. 48-49.

FULCHIRON, H., *Conflit familial, déplacements d'enfants et coopération judiciaire internationale en Europe*, Centre de droit de la famille, Lyon, 2002.

GALLUS, N., The point of a specialized lawyer, Directorate General for internal policies policy department C: Citizens' rights and constitutional affairs, Legal affairs, 'Recasting the Brussels IIa regulation, Workshop 8 November 2016, Compilation of briefings' (workshop)

GANDÍA SELLENS, M. A., La responsabilidad parental y la sustracción de menores en la propuesta de la Comisión para modificar el RBIIbis: algunos avances, retrocesos y ausencias, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 17, 2017, pp. 799-820. HeinOnline.

GARAU SOBRINO, F.F., Notas sobre la colisión de fuentes de derecho internacional privado español sobre responsabilidad parental y protección del niño, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, No 1, Marzo 2011, pp. 282-294

GARCÍA CANO, S., Evolución de las técnicas de cooperación internacional entre autoridades en el derecho internacional privado, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. XXXVIII, núm. 112, enero - abril, 2005, pp. 75 -109 Universidad Nacional Autónoma de México, Distrito Federal, México. Disponible en: https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332005000100002 (última consulta 7 de diciembre de 2022)

GASCÓN INCHAUSTI, F., Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en la ley de cooperación jurídica internacional en materia civil, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Octubre 2015, Vol. 7, Nº 2, pp. 158-187.

GATZSCHE, K., Child protection in flight situations: The Hague Child protection Convention and unaccompanied minors, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, No 1, Enero 2019, pp. 340-349.

GÓMEZ BENGOCHEA, B., BERÁSTERGUI PEDRO-VIEJO, A., ADROHER BIOSCA, S., CAPÍTULO IV. Un estudio de caso sobre adoptabilidad: La Kafala islámica. Se Busca Familia para Un Niño. Perspectivas psico-jurídicas sobre la adoptabilidad, Dykynson, Comillas. Madrid, 2015. pp. 121-175

GONZALEZ BEILFUSS, C., EC Legislation in Matters of Parental Responsibility and Third States, Bruylant, *International Civil Litigation in Europe and Relations with Third States* (A. Nuyts & N. Watté, eds.), Bruxelles, 2005, pag 493.

GONZÁLEZ CAMPOS, J. y FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. "Artículo 12, apartado 3 del Código Civil", *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, eds.), t. I, vol. 2, Jaén, Edersa, 1995. pp. 894–826. ISBN: 84– 7130–826–6.

GRAMMATICAKI-ALEXIOU, A., Best interests of the child in Private International Law, *Recueil des cours/ Collected courses*, 412, 2020, pp. 253-434. HeinOnline

HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, Proceedings of the Eighteenth Session 30 September to 19 October 1996, Tome I, Miscellaneous matters, Edited by the Permanent Bureau of the Conference, SDU Publishers, The Hague, Netherlands, 1998 (consultado en formato papel).

HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, Proceedings of the Eighteenth Session 30 September to 19 October 1996, Tome II, Protection of children, Edited by the Permanent Bureau of the Conference, SDU Publishers, The Hague, Netherlands, 1998 (consultado en formato papel).

- Comments of the Governments and International Organizations on Preliminary Document n° 7, Preliminary Document n° 8 of September 1996, p. 190.
- Working Documents n° 55 to 63, distributed on Thursday 3 October 1996, pp.248.
- N° 59- Proposal of the delegation of the Netherlands pp.249-250
- N° 89- Proposal of the delegations of the Netherlands, Spain, Ireland, Switzerland, Belgium, Luxembourg and Sweden, p. 258. (art. 22A).
- Working document n° 102, distributed on Friday 11 October 1996. Proposal of the Drafting Committee, Draft Convention on the Protection of Children pp.262-266. (solo llega hasta el art. 10, ya ha invertido el orden del art. 3 y el 4).
- Working document n° 124, distributed on Tuesday 15 October 1996, Proposal of the Drafting Committee, Draft Convention on the Protection of Children pp. 275-282.
- Working document n° 140, Proposal of the Drafting Committee, Draft Convention on the Protection of Children (continúa el 124), pp. 286 y ss. Art. 22 ter en p. 287
- Working document n° 152, Proposal of the delegations of Ireland and the United States, p. 295.

- Working document nº 6 distributed on Friday 18 October, Proposal of the Drafting Committee, continuation of working document nº 4, chapter V, co-operation- art. 33 p. 501

HALL, A., Special Guardianship and Permanency Planning: Unforeseen Consequences and Missed Opportunities, *Child and Family Law Quarterly*, vol. 20, no. 3, 2008, pp. 359-377. HeinOnline.

HERRANZ BALLESTEROS, M., Cross-border placement of children: the current situation in Spain. *Yearbook of Private International Law*, Volume 17 (2015/2016), pp. 449-461.

HERRANZ BALLESTEROS, M., El acogimiento transfronterizo en la propuesta de refundición del Reglamento Bruselas II bis. *Revista La Ley Unión Europea*, núm. 44, enero de 2017, pp. 1-16.

HERRANZ BALLESTEROS, M., El Reglamento (CE) núm. 2201/2003. Alcance de la reforma en materia de sustracción internacional de menores en el espacio judicial europeo. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* num.13/2004 parte Doctrina Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2004.

HERRANZ BALLESTEROS, M., El interés del menor en los Convenios de La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, *Lex Nova*, Valladolid, 2004, pp. 46-51.

HERRANZ BALLESTEROS, M., El reglamento (UE) 2019/1111 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida): principales novedades, *Revista Española de Derecho Internacional (REDI)*, vol. 73/2, julio-diciembre 2021, Madrid, pp. 229-260.

HODGKIN, R. y NEWELL, P., *Manual de Aplicación de la Convención sobre Derechos del Niño*, Ginebra, UNICEF, 2004.

HORNO GOICOECHEA, P., ROMEO BIEDMA, F.J., y FERRERES ESTEBAN, A., *El acogimiento como oportunidad de vida, Referentes de buena práctica y recomendaciones para una atención idónea a niños, niñas y adolescentes en acogimiento familiar y residencial*, UNICEF Comité Español, 2018.

HUETE NOGUERAS, J.J., *Interés superior del menor y derecho a ser escuchado. Pronunciamientos jurisprudenciales en materia de protección de menores.*

KINKELLY, U., *Protecting Children's Rights under the ECHR: The Role of Positive Obligations*, Northern Ireland Legal Quarterly , vol. 61, no. 3, Autumn 2010, pp.245-262. HeinOnline.

KRUGER, T., *Civil Jurisdiction Rules of the EU and Their Impact on Third States*, Oxford University Press, 2008.

KRUGER, T., *Brussels II bis successes and suggested improvements*, Journal of Private International Law, 2016. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1080/17441048.2016.1151150>

KRUGER, T., *Enhancing Cross-Border Cooperation in Recasting the Brussels IIa Regulation*, Workshop of 8 November 2016, Compilation of briefings for the JURI Committee of the European Parliament, PE 571.383. Disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571383/IPOL_STU\(2016\)571383_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571383/IPOL_STU(2016)571383_EN.pdf) (última consulta 7 de diciembre de 2022).

LAGARDE, P., *Informe explicativo del Convenio de La Haya de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños*, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, 1996. Disponible en <https://assets.hcch.net/docs/aa132b31-385d-4a66-b8d9-2d362053ed75.pdf> (última consulta: 6 de diciembre de 2022).

LAGARDE, P., La nouvelle Convention de La Haye sur la protection des mineurs, *Revue critique de droit international privé*, 1997, No 2, p. 217.

LÁZARO GONZÁLEZ, I. E., Capítulo VI: Los menores en situaciones de crisis familiares. Apartado 4: Competencia judicial internacional de los tribunales españoles y eficacia territorial de las decisiones judiciales de los tribunales extranjeros en las crisis familiares. Especial referencia a la sustracción internacional de los menores, en Varios Autores, Martínez García, C. (coord.), *Tratado del Menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia*. Thompson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 345-378.

LÁZARO GONZÁLEZ, I. E., Intervención pública en la protección de los menores y respecto a la vida en familia: aportaciones del Tribunal de Estrasburgo, *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, nº 83-34. Especial 50 Aniversario ICADE, 2011, pp. 255-290.

LÁZARO GONZÁLEZ, I. E., El interés superior del niño en la reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia, *Familia y sucesiones, Cuaderno jurídico*, nº 114, 2016, pp.18-26

LÁZARO GONZÁLEZ, I. E., Notas para una redefinición de la infancia en términos de justicia, lección inaugural pronunciada en la Universidad Pontificia Comillas en el curso académico 2021-2011.

LÁZARO GONZÁLEZ, I.E. y LEGAZ CERVANTES, F. (Dir.) y SALINAS ÍÑIGO, A.M. y MAYORAL NARROS, I.V. (Coords.), *Los centros de protección específicos de menores con problemas de conducta*, Ed. Thomson Reuters- Aranzadi, Pamplona, 2021,

LEHMANN, M., El reconocimiento ¿una alternativa al Derecho Internacional Privado?, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre, 2016, Vol. 8, Nº 2, pp. 240-257.

LEIVA RODRÍGUEZ, B., y GARCÍA GARNICA, M. C., Análisis de las instituciones del sistema de protección de menores y su reforma por la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015, *El Genio Maligno: revista de humanidades y ciencias sociales*, Nº. 19, septiembre, 2016

LENAERTS, K., The Best Interests of the Child Always Come First: the Brussels II bis Regulation and the European Court of Justice, in *Jurisprudence/Jurisprudence (online)*, 2013, p. 1302 et seq., Disponible en: www.mruni.eu; <https://ojs.mruni.eu/ojs/jurisprudence/article/download/1846/1688> (última consulta: 14 de diciembre de 2022).

LEONARD, S., The application of the CH96 to unaccompanied and separated children, *The judges' Newsletter XXI*, winter-spring 2018, pp. 31-33.

LIAKOPOULOS, D., Integration and Cooperation of International and European Private Law according Charter of the Fundamental Rights of the European Union, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, no. 2, October 2019, pp. 150-193. HeinOnline.

LIAKOPOULOS, D., Interactions between European Court of Human Rights and Private International Law of European Union, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, no. 1, March 2018, pp. 248-305. HeinOnline.

LIÑÁN NOGUERAS, D.J., Derechos humanos y libertades fundamentales en la Unión Europea en MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, Ed. Tecnos (Madrid), 2020, pp. 126-157.

LEONARD, S., Protecting children beyond borders. In support of multidisciplinary and international child protection. The application of the CH96 to unaccompanied and separated children, *The judges' Newsletter XXI*, winter-spring 2018

LORTIE, P., La comunitarización del Derecho de familia: Los convenios de La Haya y el nuevo Reglamento, *The Judges' Newsletter*, 2015.

MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J., "Instituciones y derecho de la Unión Europea", 2020, Ed. Tecnos.

MANSILLA Y MEJÍA, M. E., Naturaleza jurídica del Orden Público en el Derecho Internacional Privado. Estudios Jurídicos, pág. 333

MARCHAL ESCALONA, N., La eficacia extraterritorial de la adopción transnacional en España, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, num.50/2019, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2019.

MARCHAL ESCALONA, N.: «Reconnaissance et efficacité de la kafala marocaine dans l'ordre juridique espagnol», *Rev. crit. dr.int.pr.*, 104, enero-marzo, 2015, pp. 89-113.

MARCHAL ESCALONA, N.: «La *kafala* marroquí: problemas de ayer, hoy y mañana», *Revista internacional de doctrina y jurisprudencia*, 2013, vol. 3, julio 2013, pp. 1-27.

MARTÍNEZ CALVO, J., La determinación del interés superior del menor tras la reforma introducida por la Ley orgánica 8/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 3 ter, diciembre 2015, p. 205 (6-VII-2016).

MARTÍNEZ GARCÍA, C. (coord.), *Tratado del Menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia*, Thompson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016.

MARTÍNEZ GARCÍA, C., Capítulo VII: El sistema de protección de menores en España. Apartado 1: Consideraciones generales acerca del sistema de protección de menores en España, en Varios Autores, Martínez García, C. (coord.), *Tratado del Menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia*. Thompson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 380-388.

MARTÍNEZ GARCÍA, C., Capítulo VII: El sistema de protección de menores en España. Apartado 4: El acogimiento como medida de ejercicio de la guarda de menores, en Varios Autores, Martínez García, C. (coord.), *Tratado del Menor. La*

protección jurídica a la infancia y la adolescencia. Thompson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 410-433.

McELEVAY, P.E., Luxembourg, Brussels and now The Hague: Congestion in the Promotion of Free Movement in Parental Responsibility Matters, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 59, 2010, pp. 505-519. HeinOnline.

MERCHÁN MURILLO, A., El interés superior del menor como cuestión de fondo, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2020, vol. 12, nº1, pp. 635-644. HeinOnline.

MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J., Modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Guía para profesionales y agentes sociales, Málaga, 2015, p. 17 (6-vII-2016). Disponible en: www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/modificacion_del_sistema_de_proteccion_a_la_infancia_y_a_la_adolescencia.pdf>

NISHITANI, Y., Identite Culturelle en Droit International Prive de la Famille, *Recueil des cours / Collected Courses*, 401, 2019, p. 127-450. HeinOnline.

NÚÑEZ ZORRILLA, C., El interés superior del menor en las últimas reformas llevadas a cabo por el legislador estatal en el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, *Persona y Derecho*, Vol. 73, 2015, pp. 117-160. Disponible en: <https://revistas.unav.edu/index.php/persona-y-derecho/article/view/5286> (última consulta 8 de diciembre de 2022).

PERAZZO ARAGONESES, C., Capítulo X.2 La violencia contra la infancia, en Varios Autores, MARTÍNEZ GARCÍA, C. (coord.), *Tratado del Menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia*. Thompson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 709-725.

PERAZZO ARAGONESES, C., Internamiento en un centro de protección específico para menores con trastornos de conducta: cuestiones de Derecho Internacional Privado, en LÁZARO GONZÁLEZ, I.E. y LEGAZ CERVANTES, F.

(Dir.) y SALINAS ÍÑIGO, A.M. y MAYORAL NARROS, I.V. (Coords.), *Los centros de protección específicos de menores con problemas de conducta*, Ed. Thomson Reuters- Aranzadi, Pamplona, 2021, pp. 299-326.

PERAZZO ARAGONESES, C., El interés superior del niño, en *Infancia, pandemia y derechos. Treinta años de la Convención sobre los derechos del niño en España*. MARTÍNEZ GARCÍA, C. (Coord.) y otros. Ed. Aranzadi. 2020. Págs. 165-198.

OFICINA PERMANENTE DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA, Documento preliminar no. 7 de febrero de 2020 para el Consejo sobre Asuntos Generales y Política de marzo de 2020, La aplicación del Convenio sobre Protección de Niños de 1996 a niños no acompañados o separados.

OFICINA PERMANENTE DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA, Manual práctico sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 1996, 2014.

OLLAND, A.C., A judge's perspective on the cooperation mechanisms, Practice and Importance of judicial cooperation and Communications in matters of cross-border family law under the BIIa Regulation: "oil in the machine", Directorate General for internal policies policy department C: Citizens' rights and constitutional affairs, Legal affairs, 'Recasting the Brussels IIa regulation, Workshop 8 November 2016, Compilation of briefings', pp. 55-62.

OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., Diez años de la aplicación e interpretación del Reglamento Bruselas II Bis sobre crisis matrimoniales y responsabilidad parental. Análisis de los aspectos de competencia judicial internacional, *Revista La Ley Unión Europea*, 2014, pp. 5-22

OTAEGUI AIZPURUA, I., La errónea determinación de la competencia judicial internacional cuando los hijos residen en Estados miembros diferentes: Sentencia de la AP de Lugo No 44/2018, de 11 de abril de 2018, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2019, Vol. 11, No 1, pp. 863-869. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6861156> (última consulta 8 de diciembre de 2022).

PARRA ARANGUREN, G., "Rapport explicatif", Actes et documents de la Dix-septième session, t. II, Conference de La Haye de droit international privé, 1994, no. 411. Disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/9962f11b-1df5-4c7a-96fa-e03054d7abf9.pdf> (última consulta 6 de diciembre de 2022).

PERMANENT BUREAU OF THE HAGUE CONFERENCE, The Hague Family Law Conventions, International Family Law, 2003, pag. ref. June 2003, p. 57; June 2005, p. 105.

PERMANENT BUREAU OF THE HAGUE CONFERENCE, Preliminary Document No 11 of June 2006 for the attention of the Council of April 2007 on General Affairs and Policy of the Conference, Conclusions of the Special Commission of 3-5 April 2006 on General Affairs and Policy of the Conference.

PERMANENT BUREAU OF THE HAGUE CONFERENCE, Preliminary Document No 8 of March 2006 for the attention of the Special Commission of April 2006 on General Affairs and Policy of the Conference, Some reflections on the utility of applying certain techniques for international co-operation developed by the Hague Conference on Private International Law to issues of international migration.

PERMANENT BUREAU OF THE HAGUE CONFERENCE, Preliminary Document No 23 of March 2007 for the attention of the Council of April 2007 on General Affairs and Policy of the Conference, Some reflections on the utility of applying certain techniques for international co-operation developed by the Hague Conference on Private International Law to issues of international migration (follow up note).

PERMANENT BUREAU OF THE HAGUE CONFERENCE, Preliminary Document No 19 of March 2007 for the attention of the Council of April 2007 on General Affairs and Policy of the Conference, Report on the fifth meeting of the Special Commission to review the operation of the Hague Convention of 25 October 1980 on the civil aspects of international child abduction and the practical implementation of the Hague Convention of 19 October 1996 on jurisdiction, applicable law, recognition, enforcement and co-operation in respect of parental

responsibility and measures for the protection of children (30 October- 9 November 2006).

PERMANENT BUREAU OF THE HAGUE CONFERENCE, Preliminary Document No 6 of March 2008 for the attention of the Council of April 2008 on General Affairs and Policy of the Conference, Some reflections on the utility of applying certain techniques for international co-operation developed by the Hague Conference on Private International Law to issues of international migration (second follow up note).

PERMANENT BUREAU OF THE HAGUE CONFERENCE, Preliminary Document No 8 of March 2009 for the attention of the Council of March / April 2009 on General Affairs and Policy of the Conference, Some reflections on the utility of applying certain techniques for international co-operation developed by the Hague Conference on Private International Law to issues of international migration (third follow up note).

PIRRUNG, J., Improvements to international child protection as a result of the 1996 Hague Child Protection Convention, *International Family Law*, 2012, pag. ref. March 2012 (special issue). HeinOnline.

PERMANENT BUREAU OF THE HAGUE CONFERENCE, Preliminary Document No 7 of February 2010 for the attention of the Council of April 2010 on General Affairs and Policy of the Conference, Some reflections on the utility of applying certain techniques for international co-operation developed by the Hague Conference on Private International Law to issues of international migration (fourth follow up note).

PERMANENT BUREAU OF THE HAGUE CONFERENCE, Preliminary Document No 18 of December 2018 for the attention of the Council of March 2019 on General Affairs and Policy of the Conference, Report on the cross-border recognition of domestic adoptions.

PERMANENT BUREAU OF THE HAGUE CONFERENCE, Preliminary Document No 9 of January 2018 for the attention of the Council of March 2018 on General Affairs and Policy of the Conference, Conclusions & Recommendations (C&R) of the meeting of the Special Commission on the 1980 Child Abduction and 1996 Child Protection Conventions – *October 2017*.

PERMANENT BUREAU, Conclusions of the first Special Commission meeting on the protection of minors and incapacitated adults, Preliminary Document n° 4 of October 1994, pp.85-95 en HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, Tome II, op. cit.

PERMANENT BUREAU, Conclusions of the second Special Commission meeting on the protection of minors and incapacitated adults, Preliminary Document n° 6 of May 1995, pp.107-133 en HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, Tome II, op. cit.

PERMANENT BUREAU, Preliminary draft Convention on the protection of children, adopted by the Special Commission on 22 September 1995 and Report by Paul LAGARDE, Preliminary document n° 7 of March 1996, p. 141 and p. 190, en HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, Tome II, op. cit.

PERMANENT BUREAU, Conclusions of the second Special Commission meeting on the protection of minors and incapacitated adults, Preliminary Document n° 6, Annex A- Working Document n° 7- Sketch of a draft revised Convention on protection of minors of May 1995, pp.135-137 en HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, Tome II, op. cit.

PÉREZ BEVIÁ, J. A. & GARCÍA CANO, S., Contribución de la Conferencia de La Haya a la globalización de los derechos del niño, CALVO CARAVACA, A. L. & BLANCO-MORALES LIMONES, P.: Globalización y Derecho, Madrid, 2003, p. 463.

Proposal for a Council Regulation on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Matters of Parental Responsibility, *International Family Law*, 2002, March 2002, pp. 23-35. Disponible en: <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=975>.

QUIÑONES ESCAMEZ, A., La protección del menor mediante la kafala y la adopción”, en TEROL, J.M. (dir.), *Protección del menor en España y Marruecos / Protection du mineur en Espagne et au Maroc*, pp. 1- 27, 2009, Fundación Tres Culturas, Sevilla. Disponible en: <https://www.ucm.es/data/cont/media/www/pag-115484/0%20Concurso%20N%C2%BA18100-P%20Derecho%20Internacional%20Privado.pdf>

QUIÑONEZ ESCÁMEZ, A., Protección del menor venido a España en *kafala*: acogimiento con tutela dativa y, en su caso, adopción, en *Kafala y adopciones en las relaciones hispano-marroquíes*, Unidad de ejecución Proyecto ADL (Coord.), Madrid, FIIAPP, 2009, p. 189.

RABANAL DE LABRA, C., Acogimiento internacional de menores y responsabilidad parental (trabajo de fin de grado), Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2018. Disponible en: <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/handle/11531/19671> (última consulta el 6 de diciembre de 2022).

RAFFAI, K., The principle of mutual trust versus the child’s right to be heard. Some observations on the Aguirre Zarraga Case, *Hungarian journal of legal studies* 57, nº 1, 2016, pp. 76-86. HeinOnline.

RAVETLLAT, I., Naturaleza jurídica de las normas e instituciones de atención y protección de las niñas, niños y adolescentes: La persona como respuesta, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, Nº. 12, 2018, pp. 126-140.

RAVETLLAT, I., El interés superior del niño: concepto y delimitación del término, *Educatio Siglo XXI*, Vol. 30 no 2 · 2012, pp. 89-108

REIG FABADO, I., La construcción del concepto autónomo de residencia habitual del menor en lo supuestos de sustracción internacional de menores, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Marzo 2019, Vol. 11, No 1, pp. 877-888. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/4663> (última consulta 8 de diciembre de 2022).

RODRÍGUEZ PINEAU, E., La refundición del Reglamento de Bruselas II Bis: De nuevo sobre la función del Derecho internacional privado europeo, *Revista Española de Derecho Internacional (REDI)* vol.69/1, enero- junio 2017, Madrid, p. 139- 165.

RODRIGUEZ VAZQUEZ, M. A., Una nueva fórmula para la supresión del exequátur en la reforma del RBI, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2014, vol. 6, nº1

RODRIGUEZ VAZQUEZ, M.A., Los avances de la normativa comunitaria en materia de protección de menores, en DI FILIPPO, M., CAMPUZANO DÍAZ, B., RODRÍGUEZ BENOT, A., y RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M. A. (coords.), *Hacia un derecho conflictual europeo: realizaciones y perspectivas*, 2008, pp. 151-172.

RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M. A., Capítulo 11. El régimen general de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en CAMPUZANO DÍAZ, B. (dir.), ADAM MUÑOZ, M. D., CALZADO LLAMAS, A. J., CANO BAZAGA, E. et al., *Estudio del Reglamento (UE) 2019 / 1111 sobre crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*, Thompson Reuters-Aranzadi, 2022, pp. 215-236.

RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M. A., Capítulo 12. El régimen general de las resoluciones privilegiadas en CAMPUZANO DÍAZ, B. (dir.), ADAM MUÑOZ, M. D., CALZADO LLAMAS, A. J., CANO BAZAGA, E. et al., *Estudio del Reglamento (UE)*

2019 / 1111 sobre crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores, Thompson Reuters-Aranzadi, 2022, pp. 237-250.

ROITH, C. y BAHR, D., La integración social de jóvenes alemanes con problemas mediante actividades deportivas en el concepto pedagógico de la Asociación Neue Horizonte. En CANGAS, A. J., GALLEGO ANTONIO, J., y NAVARRO GÓMEZ, N. (coords.), *II Congreso Nacional de Sensibilización al Estigma Social en Salud Mental y III Congreso Internacional de Actividad Física y Deporte Adaptado: libro de actas*, Vol. 2, 2014.

SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M. A., Capítulo 1. Origen, objetivos y ámbito de aplicación en CAMPUZANO DÍAZ, B. (dir.), ADAM MUÑOZ, M. D., CALZADO LLAMAS, A. J., CANO BAZAGA, E. et al., *Estudio del Reglamento (UE) 2019 / 1111 sobre crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*, Thompson Reuters-Aranzadi, 2022, pp. 27-50.

SAROLTA, S., European values, fundamental rights and the Private International Law of the European Union, *Hungarian Yearbook of International Law and European Law*, 2014, pp. 307-326. HeinOnline.

SAVE THE CHILDREN, Stop the war on children: the forgotten ones, 2022, disponible en: <https://www.savethechildren.es/actualidad/informe-no-la-guerra-contra-la-infancia-2022> (última consulta realizada el 6 de diciembre de 2022).

SAVE THE CHILDREN, Separated Children in Europe Programme, Statement of Good Practice, 1999, December 1999.

SEIDENSTUCKER, B. y MUTKE, B., Servicios sociales para menores en Alemania, *Alternativas: Cuadernos de trabajo social*, nº 8, 2000, págs. 19-41.

SILBERMAN, L., The context of decision-making in respect of children: the United States experience, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, 323, 2006, p. 279-298. HeinOnline.

TUDELA SÁNCHEZ, M., Experiencia de convivencia de larga duración con menores tutelados alemanes en España, *Revista de Educación Social (RES)* Número 27, Julio-Diciembre de 2018

UBERTAZZI, B., The Child's Right to Be Heard in the Brussels System, *European Papers*, Vol. 2, 2017, No 1, pp. 43-74. Disponible en: www.europeanpapers.eu

VAN LOON, J.H.A., The Hague Conference on Private International Law: current problems and perspectives, en *Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz = Vitoria-Gasteizko nazioarteko zuzenbide eta nazioarteko herremanen ikastaroak*, nº 1, 2002, pp. 17-42.

VARGAS CÓMEZ-URRUTIA, M., Una lectura crítica de los vínculos familiares a la luz de la Directiva 2003/86/CE y de las normas españolas de extranjería, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2018, Vol. 10, No 2, pp. 732-751

VARADAN, S., The Principle of Evolving Capacities under the UN Convention on the Rights of the Child, *The International Journal of Children's Rights*, 2019.

VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, M. M., La protección de menores en la Unión Europea: el RBIIbis, 2014.

VERDERA IZQUIERDO, B., La actual configuración jurídica del interés del menor: de la discrecionalidad a la concreción, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2019.

ZEKRÍ, H., La *kafala* en el Derecho marroquí, en *Kafala y adopciones en las relaciones hispano-marroquíes*, Unidad de ejecución Proyecto ADL (Coord.), Madrid, FIIAPP, 2009, pp. 12-14.

NORMATIVA

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 26 octubre 2012, DOUE núm. 326, de 26 de octubre de 2012, páginas 391 a 412 (DOUE-Z-2012-70012).

Decisión 2003/93/CE de 19 de diciembre de 2002, por la que se autoriza a los Estados miembros a firmar, en interés de la Comunidad, el Convenio de La Haya de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños. (DOUE 21 de febrero de 2003).

Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño, Mayo 2008, disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org/es/docid/4d9410042.html> (última consulta realizada el 19 Noviembre de 2022).

Instrumento de ratificación del Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993. BOE núm. 182, de 1 de agosto de 1995, páginas 23447 a 23454.

Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Boe Núm. 313, de 31 de diciembre de 1990, páginas 38897 a 38904.

Instrumento de ratificación del Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993. BOE núm. 182, de 1 de agosto de 1995, páginas 23447 a 23454.

Instrumento de Ratificación del Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996 (BOE núm. 295, de 2 de diciembre de 2010)

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. BOE número 15 de 17 de enero de 1996. BOE-A-1996-1069.

Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. BOE 134 de 5 de junio de 2021. páginas 68657 a 68730. BOE-A-2021-9347.

Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. BOE número 158 de 3 de julio de 2015. BOE-A-2015-7391.

Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil. BOE número 182 de 31 de julio de 2015. BOE-A-2015-8564.

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. BOE número 157 de 2 de julio de 1985. BOE-A-1985-12666.

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 parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000. DOUE núm. 338, de 23 de diciembre de 2003, páginas 1 a 29 (DOUE-L-2003-82188).

Reglamento (UE) 2019/1111 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores, DOUE núm.178, de 2 de julio de 2019, pp. 1 a 115 (DOUE-L-2019-81122).

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 parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000. DOUE núm. 338, de 23 de diciembre de 2003, páginas 1 a 29 (DOUE-L-2003-82188).

Resolución 64/142 de la Asamblea General de Naciones Unidas [sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/64/434)] “Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños” (A/RES/64/142).

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 3 de julio de 2012 (TEDH, 5 2178/10) Caso Samsonnikov contra Estonia;
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de abril de 2012, (TEDH nº 59819/08), caso K. A. B. contra España;
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de mayo de 2011 (TEDH 66167/09) caso Bardi contra España;
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de julio de 2010 (TEDH 41615/07), caso Neulinger y Shuruk contra Suiza; Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de junio de 2008 (TEDH 1638/03), caso Maslov contra Austria;
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22 de enero de 2008 (TEDH 43546/02) Caso E.B. contra Francia;
- Sentencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos del 21 de noviembre de 2006, (TEDH 10427/02) caso Roda y Bonfatti contra Italia;
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de octubre de 2006. Caso Wallova y Walla contra República Checa (TEDH);
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 12 de octubre de 2006 (TEDH 13178/03), caso Mubilanzila Mayeka y Kariki Mitunga contra Bélgica;
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 1 Diciembre 2005, (TEDH 60665/00), Tuquabo-Tekle y Otros contra los Países Bajos;
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2003, (TEDH 30943/96) caso Sahin contra Alemania;
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 12 de diciembre de 2002 (TEDH 2002, 75), caso Venema contra los Países Bajos;
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 Diciembre 2001, (TEDH 31465/96), Şen contra los Países Bajos;
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 7 de agosto de 1996 (TEDH, 1999/59) caso Johansen c. Noruega;

- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de septiembre de 1994 (TEDH 1994, 35), caso Hokkanen contra Finlandia;
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 27 de septiembre de 1990 (TEDH 1990, 22), caso Cossey contra Reino Unido.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- STJUE (Gran Sala) de 27 de noviembre de 2007, “Caso C”, C-435/06, EU:C:2007:714.
- STJUE (Sala Tercera) de 2 de abril de 2009, “Caso A”, C-523/07, ECLI:EU:C:2009:225.
- STJUE (Sala Tercera) de 23 de diciembre de 2009, “Caso Detiček”, C-403/09, ECLI:EU:C:2009:810.
- STJUE (Sala Segunda) de 15 de julio de 2010, “Caso Purrucker I”, C-256/09, ECLI:EU:C:2010:437.
- STJUE (Sala Segunda) de 9 de noviembre de 2010, “Caso Purrucker II”, C-296/10, ECLI:EU:C:2010:665.
- STJUE (Sala Primera) de 22 de diciembre de 2010, “Caso Mercredi”, C-497/10, ECLI:EU:C:2010:829.
- STJUE (Sala Primera) de 22 de diciembre de 2010, “Caso Aguirre Zarraga”, C-491/2010, ECLI:EU:C:2010:828.
- STJUE (Sala Segunda) de 26 de abril de 2012, “Caso HSE”, C-92/12, ECLI:EU:C:2012:255.
- STJUE (Sala Cuarta) de 21 de octubre de 2015, “Caso Gogova”, C-215/15, ECLI:EU:C:2015:710.
- STJUE (Sala Tercera) de 27 de octubre de 2016, “Caso D”, C-428/15, ECLI:EU:C:2016:819.
- STJUE (Sala Primera) de 15 de febrero de 2017, “Caso W y V”, C-499/15, ECLI:EU:C:2017:118.
- STJUE (Sala Cuarta) de 5 de octubre de 2010, “Caso McB”, C-400/10 PPU, ECLI:EU:C:2010:582
- STJUE de 24 de marzo, “Caso SS y MCP”, C-603/20 PPU, ECLI:EU:C:2021:231

- STJUE de 10 de febrero de 2022, “Caso OE”, C-522/20, ECLI:EU:C:2022:87 (residencia habitual).
- STJUE de 1 de agosto de 2022, “Caso MPA”, C-501/20, ECLI:EU:C:2022:619 (residencia habitual).
- STJUE de 17 de marzo de 2022, “Caso Daimier”, C-232/20, ECLI:EU:C:2022:196
- STJUE de 9 de septiembre de 2021, “Caso Bundesrepublik Deutschland (Membre de la famille)”, C-768/19, ECLI:EU:C:2021:709.
- STJUE de 17 de septiembre de 2020, “Caso Landkreis Harburg (Subrogación de un organismo público en la posición del acreedor de alimentos)”, C-540/19, ECLI:EU:C:2020:732.
- STJUE de 18 de noviembre de 2020, « Caso Syndicat CFTC », C-463/19, ECLI:EU:C:2020:932.
- STJUE de 19 de noviembre de 2020, “Caso Staatsanwaltschaft Heilbronn”, C-454/19, ECLI:EU:C:2020:947.
- STJUE de 14 de julio de 2022, « Caso CC (Transfert de la résidence habituelle de l’enfant vers un État tiers) », C-572/21, ECLI:EU:C:2022:562.
- STJUE de 2 de agosto de 2021, “Caso A”, C-262/21 PPU, ECLI:EU:C:2021:640.
- STJUE de 15 de noviembre de 2022, “Caso Senatsverwaltung für Inneres und Sport”, C-646/20, ECLI:EU:C:2022:879
- STJUE de 8 de enero de 2021, « Caso W. J. (Changement de résidence habituelle du créancier d’aliments) », C-644/20, ECLI:EU:C:2022:371.

CONCLUSIONES DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- Conclusiones del asunto C-435/06, de la Abogado General Sra. Juliane Kokott, de 20 de septiembre de 2007, ECLI:EU:C:2007:543.
- Conclusiones del asunto C-92/12, de la Abogado General Sra. Juliane Kokott, de 28 de marzo de 2012, ECLI:EU:C:2012:177.

OBSERVACIONES GENERALES DEL COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO

- Observación General 5: Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44) (2003).
- Observación General 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen (2005).
- Observación General 10: Los derechos del niño en la justicia de menores (2007).
- Observación General 12: El derecho del niño a ser escuchado (2009).
- Observación General 13: Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia (2011).
- Observación General 14: El principio del interés superior (2013).
- Observación General 20: La aplicación de los derechos del niño y niña durante la adolescencia (2016)
- Observación General 22: Principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional.
- Observación General 23: Obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno.

ANEXO I

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: STJUE (Sala Segunda) de 26 de abril de 2012, “Caso HSE”, C-92/12, ECLI:EU:C:2012:255.



Recopilación de la Jurisprudencia

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Segunda)

de 26 de abril de 2012 *

«Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental — Reglamento (CE) n° 2201/2003 — Menor que reside habitualmente en Irlanda, donde ha sido objeto de acogimiento en varias ocasiones — Conductas agresivas y peligrosas para la propia menor — Resolución por la que se dispone el acogimiento de la menor, en régimen cerrado, en un establecimiento en Inglaterra — Ámbito de aplicación material del Reglamento — Artículo 56 — Procedimientos de consulta y de aprobación — Obligación de reconocer o de declarar ejecutiva la resolución por la que se dispone el acogimiento de la menor en un establecimiento en régimen cerrado — Medidas provisionales — Procedimiento prejudicial de urgencia»

En el asunto C-92/12 PPU,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por la High Court (Irlanda), mediante resolución de 16 de febrero de 2012, recibida en el Tribunal de Justicia el 17 de febrero de 2012, en el procedimiento entre

Health Service Executive

y

S. C.,

A. C.,

en el que participa:

Attorney General,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Segunda),

integrado por el Sr. J.N. Cunha Rodrigues, Presidente de Sala, y los Sres. U. Lõhmus, A. Rosas (Ponente), A. Ó Caoimh y A. Arabadjiev, Jueces;

Abogado General: Sra. J. Kokott;

Secretaria: Sra. L. Hewlett, administradora principal;

vista la solicitud del órgano jurisdiccional remitente de 16 de febrero de 2012, recibida en el Tribunal de Justicia el 17 de febrero de 2012, de que la petición de decisión prejudicial se tramite por el procedimiento de urgencia conforme al artículo 104 *ter* del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia;

* Lengua de procedimiento: inglés.

vista la decisión de 29 de febrero de 2012 de la Sala Segunda de acceder a dicha solicitud;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 26 de marzo de 2012;

consideradas las observaciones presentadas:

- en nombre del Health Service Executive, por los Sres. A. Cox, advocate, y F. McEnroy, SC, y la Sra. S. McKechnie, BL;
- en nombre de S. C., por los Sres. G. Durcan, SC, y B. Barrington, BL, y la Sra. C. Ghent, advocate;
- en nombre de A. C., por la Sra. C. Stewart, SC, y los Sres. F. McGath, BL, N. McGrath, Solicitor, y C. Dignam, advocate;
- en nombre de Irlanda, por la Sra. E. Creedon, en calidad de agente, asistida por los Sres. C. Corrigan, SC, y C. Power, BL, y la Sra. K. Duggan;
- en nombre del Gobierno alemán, por la Sra. J. Kemper, en calidad de agente;
- en nombre del Gobierno del Reino Unido, por la Sra. H. Walker, en calidad de agente, asistida por la Sra. M. Gray, Barrister;
- en nombre de la Comisión Europea, por el Sr. M. Wilderspin y la Sra. D. Calciu, en calidad de agentes;

oída la Abogado General;

dicta la siguiente

Sentencia

- 1 La petición de decisión prejudicial versa sobre la interpretación del Reglamento (CE) n° 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 parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000 (DO L 338, p. 1; en lo sucesivo, «Reglamento»), en particular de sus artículos 1, 28 y 56.
- 2 Esta petición se ha planteado en el marco de un litigio entre el Health Service Executive (Servicio de Salud; en lo sucesivo, «HSE»), por una parte, y una menor y su madre, por otra, con motivo del acogimiento de dicha menor, en régimen cerrado, en un centro asistencial situado en Inglaterra.

Marco jurídico

Derecho de la Unión

- 3 Los considerandos segundo, quinto, decimosexto y vigesimoprimeros del Reglamento establecen:
«(2) El Consejo Europeo de Tampere corroboró el principio del reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales como piedra angular de la creación de un verdadero espacio judicial, y destacó el derecho de visita como prioritario.

[...]

(5) Con ánimo de garantizar la igualdad de todos los hijos, el presente Reglamento se aplica a todas las resoluciones en materia de responsabilidad parental, incluidas las medidas de protección del menor, con independencia de que estén vinculadas o no a un procedimiento en materia matrimonial.

[...]

(16) En caso de urgencia, las disposiciones del presente Reglamento no impedirán que los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro adopten medidas provisionales, incluidas las protectoras, por lo que se refiere a las personas o a los bienes que se encuentren en ese Estado.

[...]

(21) El reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales dictadas en un Estado miembro deben basarse en el principio de confianza mutua, y los motivos del no reconocimiento deben limitarse al mínimo necesario.»

4 El ámbito de aplicación del Reglamento se define en su artículo 1. En el apartado 1, letra b), de dicho artículo se afirma que el Reglamento se aplica, con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional, a las materias civiles relativas a la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental. El artículo 1, apartado 2, del Reglamento enumera las materias a las que se refiere el citado apartado 1, letra b), entre las cuales figura, en particular, letra d), «[el] acogimiento del menor en una familia o en un establecimiento». El artículo 1, apartado 3, letra g), del Reglamento establece que el Reglamento no se aplica a las medidas adoptadas a consecuencia de infracciones penales cometidas por los menores.

5 A tenor del artículo 2 del Reglamento:

«A los efectos del presente Reglamento, se entenderá por:

1) “órgano jurisdiccional”, todas las autoridades de los Estados miembros con competencia en las materias que entran en el ámbito de aplicación del presente Reglamento de conformidad con el artículo 1;

[...]

4) “resolución judicial”, las resoluciones [...] relativas a la responsabilidad parental dictadas por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, independientemente de cómo se denomine dicha resolución, incluidos los términos de sentencia o auto;

[...]

7) “responsabilidad parental”, los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor. El término incluye, en particular, los derechos de custodia y visita;

[...]

9) “derechos de custodia”, entre otros, los derechos y obligaciones relativos al cuidado de la persona de un menor y, en especial, el derecho a decidir sobre su lugar de residencia;

[...]»

6 El artículo 8, apartado 1, del Reglamento dispone:

«Los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro serán competentes en materia de responsabilidad parental respecto de un menor que resida habitualmente en dicho Estado miembro en el momento en que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional.»

7 El artículo 15 del Reglamento permite, con carácter excepcional y bajo determinadas condiciones, que el órgano jurisdiccional de un Estado miembro competente para conocer del fondo del asunto lo remita a un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro con el que el menor tenga una vinculación especial si considera que este órgano jurisdiccional está mejor situado para conocer del asunto o siempre que ello responda al interés superior del menor.

8 El artículo 20 del Reglamento permite, en caso de urgencia, a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro adoptar medidas provisionales o cautelares previstas en su propia legislación en relación con personas o bienes presentes en dicho Estado, aun cuando, en virtud del referido Reglamento, un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro fuere competente para conocer sobre el fondo.

9 En el capítulo III, sección 1, del Reglamento, su artículo 21, titulado «Reconocimiento de una resolución», dispone:

«1. Las resoluciones dictadas en un Estado contratante serán reconocidas en los demás Estados contratantes, sin que fuere necesario recurrir a procedimiento alguno.

[...]

3. Sin perjuicio de la sección 4, cualquiera de las partes interesadas podrá, de conformidad con los procedimientos previstos en la sección 2, solicitar que se resuelva sobre el reconocimiento o no reconocimiento de una resolución.

La competencia territorial del órgano jurisdiccional indicado en la lista que cada Estado miembro ha de comunicar a la Comisión de conformidad con el artículo 68 se determinará en virtud del Derecho interno del Estado miembro en el que se inicie el procedimiento de reconocimiento o de no reconocimiento.

4. Cuando el reconocimiento de una resolución se plantee de forma incidental ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, dicho órgano jurisdiccional podrá pronunciarse al respecto.»

10 El artículo 23 del Reglamento, titulado «Motivos de denegación del reconocimiento de resoluciones en materia de responsabilidad parental», enumera las circunstancias en las que no se reconocerá una resolución sobre responsabilidad parental, entre las que figura, en la letra g) de dicho artículo, el supuesto de que «no se [haya] respetado el procedimiento previsto en el artículo 56».

11 En el capítulo III, sección 2, del Reglamento, su artículo 28, titulado «Resoluciones ejecutivas», dispone:

«1. Las resoluciones dictadas en un Estado miembro sobre el ejercicio de la responsabilidad parental con respecto a un menor que fueren ejecutivas en dicho Estado miembro y hubieren sido notificadas o trasladadas se ejecutarán en otro Estado miembro cuando, a instancia de cualquier parte interesada, se hayan declarado ejecutivas en este último Estado.

2. No obstante, en el caso del Reino Unido estas resoluciones sólo se ejecutarán en Inglaterra y el País de Gales, en Escocia o en Irlanda del Norte cuando, a instancia de cualquier parte interesada, hayan sido registradas con vistas a su ejecución en una de estas partes del Reino Unido, según corresponda.»

12 A tenor del artículo 31 del Reglamento:

«1. El órgano jurisdiccional ante el que se presente la solicitud [de declaración de ejecutoriedad] se pronunciará en breve plazo. En esta fase del procedimiento, no podrán presentar alegaciones ni el menor ni la persona contra la cual se solicite la ejecución.

2. La solicitud sólo podrá ser denegada por alguno de los motivos previstos en los artículos 22, 23 y 24.

3. La resolución no podrá en ningún caso ser objeto de una revisión en cuanto al fondo.»

13 El artículo 33 del Reglamento, en particular, atribuye a cada una de las partes el derecho a interponer un recurso contra la resolución acerca de la solicitud de declaración de ejecutoriedad. En el apartado 5 señala que el «recurso contra la declaración de ejecutoriedad deberá interponerse en el plazo de un mes a partir de la fecha de su notificación. Si la parte contra la que se solicitare la ejecución tuviera su residencia habitual en un Estado miembro distinto de aquel en el que se hubiere expedido la declaración de ejecutoriedad, el plazo será de dos meses y correrá a partir de la fecha de la notificación, tanto si ésta se hizo en persona como en su residencia».

14 El artículo 34 del Reglamento, titulado «Apelación y recurso ulterior», establece que sólo cabrá oponerse a la resolución dictada sobre el recurso mediante los procedimientos enumerados en la lista que cada Estado miembro ha de comunicar a la Comisión de conformidad con el artículo 68 del Reglamento.

15 En el capítulo III, sección 4, del Reglamento, conforme a los artículos 41 y 42 de éste, respectivamente, el derecho de visita concedido en virtud de una resolución judicial ejecutiva dictada en un Estado miembro y la restitución del menor concedida en virtud de una resolución judicial ejecutiva dictada en un Estado miembro, serán reconocidas y tendrán fuerza ejecutiva en otro Estado miembro sin que se requiera ninguna declaración que le reconozca fuerza ejecutiva y sin que quepa impugnar su reconocimiento si la resolución va acompañada de un certificado expedido por el juez en el Estado miembro de origen.

16 El capítulo IV del Reglamento, titulado «Cooperación entre autoridades centrales en materia de responsabilidad parental», comprende los artículos 53 a 58. En virtud del artículo 53 del Reglamento, cada Estado miembro designará a una o más autoridades centrales encargadas de asistirle en la aplicación del presente Reglamento y precisará sus atribuciones territoriales o materiales.

17 El artículo 55 del Reglamento, que lleva por título «Cooperación en casos específicamente relacionados con la responsabilidad parental», dispone, en su letra d):

«A petición de una autoridad central de otro Estado miembro o de un titular de la responsabilidad parental, las autoridades centrales cooperarán en asuntos concretos con el fin de cumplir los objetivos del presente Reglamento. A tal efecto, adoptarán, ya sea directamente o por conducto de las autoridades públicas u otros organismos, todas las medidas adecuadas, con arreglo a la legislación de dicho Estado miembro en materia de protección de datos personales, para:

[...]

d) proporcionar toda la información y la asistencia que puedan ser de utilidad para la aplicación por los órganos jurisdiccionales del artículo 56».

18 Con arreglo al artículo 56 del Reglamento, titulado «Acogimiento del menor en otro Estado miembro»:

«1. Cuando el órgano jurisdiccional competente en virtud de los artículos 8 a 15 considere el acogimiento del menor en un establecimiento o una familia, y este acogimiento haya de tener lugar en otro Estado miembro, consultará previamente a la autoridad central o a otra autoridad competente de este último Estado miembro si estuviera prevista la intervención de una autoridad pública en dicho Estado miembro para los casos internos de acogimiento de menores.

2. La resolución sobre el acogimiento contemplado en el apartado 1 sólo podrá adoptarse en el Estado miembro requirente cuando la autoridad competente del Estado requerido haya aprobado dicho acogimiento.

3. Los procedimientos de consulta o de aprobación contemplados en los apartados 1 y 2 se regirán por el Derecho nacional del Estado miembro requerido.

4. Si el órgano jurisdiccional competente en virtud de los artículos 8 a 15 decide el acogimiento del menor en una familia y este acogimiento va a tener lugar en otro Estado miembro en el que no está prevista la intervención de una autoridad pública para los casos internos de acogimiento de menores, el órgano jurisdiccional informará de su decisión a la autoridad central u otra autoridad competente de ese Estado miembro.»

Marco jurídico irlandés

19 De la respuesta a una solicitud de aclaraciones dirigida al órgano jurisdiccional remitente con arreglo al artículo 104, apartado 5, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia y de las observaciones formuladas por A. C. se desprende que en Derecho irlandés no existe marco jurídico alguno que pueda fundamentar una competencia para autorizar o regular el acogimiento de un menor con fines terapéuticos o educativos en régimen cerrado en un establecimiento, dentro o fuera de ese Estado. No obstante, la High Court se declaró competente para pronunciarse sobre tales solicitudes de acogimiento en establecimientos en régimen cerrado.

20 Los principios jurisprudenciales señalados por el órgano jurisdiccional remitente están llamados a ser sustituidos por un marco legislativo. Dicho régimen ha sido introducido mediante la modificación de la Ley sobre protección de la infancia [Child Care (Amendment) Act 2011], pero aún no ha entrado en vigor.

21 De la resolución de remisión se desprende que, en Derecho irlandés, se puede plantear ante la High Court una solicitud que tenga por objeto el acogimiento de un menor en un establecimiento en régimen cerrado para su protección. En el ejercicio de sus competencias propias y constitucionales dirigidas a defender y a hacer valer los derechos de los menores, dicho órgano jurisdiccional puede, con carácter excepcional y para períodos cortos de tiempo, ordenar que un menor sea acogido en un establecimiento en régimen cerrado para su protección, en nombre del interés superior del menor y con la condición de que existan motivos terapéuticos que justifiquen tal acogimiento. A estos efectos, puede autorizar el acogimiento de un menor, en régimen cerrado, en un establecimiento situado en el extranjero. Tales resoluciones se adoptan únicamente con carácter provisional y están sujetas a un control jurisdiccional regular y profundo que se lleva a cabo, por regla general, cada mes.

Litigio principal y cuestiones prejudiciales

Hechos que originaron el litigio principal

- 22 S. C. es una menor de nacionalidad irlandesa que reside habitualmente en Irlanda. Su madre, A. C., vive en Londres. La resolución de remisión no ofrece ningún dato acerca de la residencia del padre.
- 23 Durante el año 2000, la menor fue acogida en régimen de custodia voluntaria por el HSE, que es la autoridad oficial responsable en Irlanda de los menores a cargo del Estado. El 20 de julio de 2000, la District Court dictó un auto en favor del HSE para que se hiciese cargo de S. C. hasta que cumplierse dieciocho años, conforme al artículo 18 de la Ley de protección de la infancia (Child Care Act, 1991).
- 24 S. C. ha sido objeto de acogimiento en varias ocasiones desde sus primeros años de vida, en familias de acogida y en establecimientos, en régimen abierto y cerrado, situados en Irlanda.
- 25 S. C. es particularmente vulnerable y tiene una notable necesidad de protección. Se ha fugado en numerosas ocasiones de los lugares en los que estaba acogida y su conducta se caracteriza por la asunción reiterada de riesgos y por actos violentos, agresivos y de autodestrucción.
- 26 El último acogimiento en régimen cerrado en un establecimiento en Irlanda fue un fracaso. La menor se aisló, se negó a implicarse en su programa de atención terapéutica y su situación se degradó rápidamente. Se fugó e intentó suicidarse en varias ocasiones.
- 27 Todo el personal sanitario coincidió en que, para su propia protección, la menor debía permanecer en un establecimiento en régimen cerrado con el fin de poder someterla a una evaluación clínica y al tratamiento terapéutico adecuado. Sin embargo, el personal sanitario estimó que no existía ninguna institución en Irlanda que pudiese responder a las necesidades específicas de S. C.
- 28 Debido a estas particulares circunstancias, el HSE consideró que las necesidades de la menor en términos de asistencia, de protección y de bienestar obligaban a recurrir con urgencia a su acogimiento, en régimen cerrado, en un establecimiento situado en Inglaterra. La elección del centro parece venir determinada por el hecho de que S. C. expresó repetidamente su deseo de acercarse a su madre y de que no había ninguna otra alternativa de acogimiento que pudiese responder mejor a las necesidades específicas de S. C.
- 29 Con carácter de urgencia, el HSE solicitó a la High Court, mediante un procedimiento sumario, que ordenase el acogimiento de S. C., en régimen cerrado, en el establecimiento elegido, situado en Inglaterra.

Procedimiento para la aprobación del acogimiento por la autoridad competente del Estado miembro requerido, en el sentido del artículo 56, apartado 2, del Reglamento

- 30 El 29 de septiembre de 2011, el HSE informó a la autoridad central irlandesa del procedimiento pendiente ante la High Court para acoger a la menor en otro Estado miembro en aplicación del artículo 56 del Reglamento. Insistió en obtener de la autoridad central para Inglaterra y Gales la aprobación del acogimiento de S. C. prevista en el artículo 56 del Reglamento. La autoridad central irlandesa respondió al HSE que la solicitud de aprobación en virtud de dicho artículo había sido presentada a la autoridad central para Inglaterra y Gales.
- 31 El 25 de octubre de 2011, la International Child Abduction and Contact Unit (ICACU), actuando por cuenta del Lord Chancellor, que es la autoridad central para Inglaterra y Gales, y el Official Solicitor (responsable administrativo de la autoridad central para Inglaterra y Gales) remitieron a la autoridad central irlandesa un escrito con el membrete del establecimiento de régimen cerrado y de la junta de

gobierno local del municipio en el que está situado dicho centro, escrito que presentaron como procedente de dicha autoridad local. El referido escrito indicaba que el establecimiento de régimen cerrado había aceptado acoger a S. C.

- 32 El 10 de noviembre de 2011, el ICACU y el Official Solicitor transmitieron a la autoridad central irlandesa un escrito del establecimiento de régimen cerrado en el que éste confirmaba que podía acoger a S. C. en los términos previstos en el artículo 56 del Reglamento. Señalaron que cerraban el expediente, al haberse confirmado de este modo el acogimiento.

Resolución de acogimiento de la High Court

- 33 El 2 de diciembre de 2011, la High Court, actuando en el marco de sus competencias en materia de responsabilidad parental, declaró que el bienestar de S. C. la obligaba a trasladar a la menor, de manera urgente, a un establecimiento de asistencia terapéutica y educativa en Inglaterra y a ingresarla en régimen cerrado. Por tanto, ordenó el acogimiento de S. C. en un centro especializado de ese tipo en Inglaterra, por un breve período de tiempo y con carácter provisional, con la previsión de controlar regularmente las condiciones de su acogimiento y su bienestar. Dicho acogimiento, caracterizado por un internamiento forzoso, se denomina «secure care» en Derecho irlandés (en lo sucesivo, «internamiento con fines de protección»).
- 34 En su resolución de medidas provisionales, el órgano jurisdiccional remitente declaró, en particular, que la autoridad central para Inglaterra y Gales había dado la aprobación exigida por el artículo 56, apartado 2, del Reglamento y que no era incompatible con lo dispuesto en el Reglamento y en la ley. Destacó que, habida cuenta de la urgencia del asunto, no se había zanjado la cuestión de un posible procedimiento, en Inglaterra y Gales, de reconocimiento y declaración de la ejecutoriedad de la resolución de acogimiento con arreglo al Reglamento.
- 35 Sobre la base de dicha resolución, el HSE trasladó a S. C. a Inglaterra, donde la menor reside desde entonces, en régimen de internamiento con fines de protección. En el momento del traslado, el HSE no había solicitado la expedición de la declaración de ejecutoriedad de la resolución de acogimiento en el Reino Unido.

Procedimiento pendiente ante el órgano jurisdiccional remitente

- 36 El órgano jurisdiccional remitente ha declarado que todas las partes del procedimiento, excepto la propia menor, están de acuerdo en que el acogimiento en un establecimiento de régimen cerrado responde a las necesidades específicas de la menor. No obstante, habida cuenta de las observaciones de las partes y de las pruebas que se le han presentado, el órgano jurisdiccional remitente ha manifestado sus dudas acerca de varias cuestiones.
- 37 En primer término, el órgano jurisdiccional remitente considera que debe resolverse la cuestión de si la resolución de 2 de diciembre de 2011 está comprendida en el ámbito de aplicación del Reglamento, en la medida en que tiene por objeto una medida de privación de libertad.
- 38 En segundo término, las pruebas presentadas ante el órgano jurisdiccional remitente no indican claramente qué organismo específico designa expresamente el Derecho inglés como «autoridad competente» en el sentido del artículo 56 del Reglamento.
- 39 En una declaración jurada presentada al órgano jurisdiccional remitente, la autoridad central para Inglaterra y Gales declaró, en efecto, que ella no era la «autoridad competente» en el sentido del artículo 56 del Reglamento y que no había una autoridad competente determinada a los efectos de dicho artículo, en el sentido de que diversos organismos podían desempeñar tal función.

- 40 El órgano jurisdiccional remitente señala que, en la práctica, parece que la aprobación exigida en virtud del referido artículo procede del establecimiento en el que la menor ha de ser acogida. Podría surgir un conflicto de intereses si un órgano jurisdiccional de un Estado miembro pudiese ordenar que un menor fuese acogido en un establecimiento situado en el territorio de otro Estado miembro y el propio establecimiento fuese la «autoridad competente», porque podría obtener un beneficio del acogimiento. El órgano jurisdiccional remitente señala que, según el perito al que recurrió, la aprobación exigida por el artículo 56 del Reglamento debe proceder de un organismo público.
- 41 En tercer término, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta sobre el reconocimiento y la declaración de la ejecutoriedad de la resolución que dispone el acogimiento de S. C.
- 42 Señala que, si bien el procedimiento dirigido a obtener el reconocimiento y la declaración de ejecutoriedad de una resolución de acogimiento de un menor debe incoarse y concluir antes de que dicho menor sea acogido por un Estado miembro en otro Estado miembro, esto podría, en la práctica, en situaciones de urgencia, privar de efecto al Reglamento. A la inversa, si un menor fuese acogido en un establecimiento del Estado requerido antes de la conclusión de dicho procedimiento y si la resolución de acogimiento no pudiese producir efectos antes de esa fecha, también esto podría poner en peligro los intereses del menor, en particular en materia de protección.
- 43 Habida cuenta de las pruebas presentadas ante el órgano jurisdiccional remitente, éste se pregunta si las autoridades pertinentes del Reino Unido pueden adoptar legítimamente medidas en virtud del auto de 2 de diciembre de 2011, en particular antes de que dicho auto sea declarado ejecutivo. Si estas medidas sólo pueden tomarse en el marco de la adopción, por los órganos jurisdiccionales ingleses, de medidas provisionales y cautelares con arreglo al artículo 20 del Reglamento, ello supondría que un órgano jurisdiccional que no es aquel en cuya demarcación se encuentra la residencia habitual de S. C. podría adoptar importantes decisiones en relación con la protección de la menor, por un largo período de tiempo y en un momento crítico por lo que respecta a su acogimiento y a su internamiento. Tal situación sería contraria a uno de los objetivos fundamentales del Reglamento.
- 44 El órgano jurisdiccional remitente se pregunta qué hacer en el supuesto de que parezca que el internamiento no es conforme con el Reglamento y si, en ese caso, S. C. está facultada para abandonar simplemente el establecimiento en el que está internada actualmente cuando en realidad todas las partes, salvo la propia menor, coinciden en que el interés superior de ésta aboga por que permanezca temporalmente en él.
- 45 En cuarto término, de las pruebas aportadas se desprende que podrían exigirse nuevas aprobaciones en virtud del artículo 56 del Reglamento y nuevas solicitudes de reconocimiento y de declaración de ejecutoriedad de una resolución de acogimiento cada vez que se renovase la resolución que mantiene internada a la menor para su protección.
- 46 Según el órgano jurisdiccional remitente, si se impusiesen tales exigencias al renovar las resoluciones, esto tendría graves repercusiones sobre la ejecución práctica y efectiva de las resoluciones adoptadas por el órgano jurisdiccional remitente o sobre la continuidad del acogimiento de menores como S. C. Imponer la obtención de una nueva aprobación y de una nueva declaración de reconocimiento y de ejecutoriedad para cada una de tales renovaciones pondría en peligro la finalidad de este sistema de acogimiento.
- 47 Con el fin de evaluar el mejor modo de proteger los intereses de la menor en el asunto principal y de decidir si debe mantenerse su acogimiento, en régimen cerrado, en un centro asistencial situado en Inglaterra, la High Court decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:
- «1) ¿Está comprendida en el ámbito material de aplicación del Reglamento [...] una resolución que dispone el internamiento de un menor durante un período de tiempo determinado en un establecimiento de otro Estado miembro que ofrece atención terapéutica y educativa?

- 2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión, ¿qué obligaciones se derivan, en su caso, del artículo 56 del Reglamento [...] en cuanto a la naturaleza del mecanismo de consulta y aprobación para asegurar la protección efectiva de un menor que ha de ser internado en esas condiciones?
- 3) Cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro ha dispuesto el acogimiento residencial de un menor durante un período determinado en un establecimiento de otro Estado miembro y ha obtenido la aprobación de dicho Estado con arreglo al artículo 56 del Reglamento [...], ¿debe la resolución del órgano jurisdiccional por la que se ordena el acogimiento residencial de un menor durante un período determinado en un establecimiento de otro Estado miembro ser reconocida y/o declarada ejecutiva en ese otro Estado miembro para que se pueda producir el acogimiento?
- 4) Una resolución del órgano jurisdiccional por la que se ordena el acogimiento residencial de un menor durante un período determinado en un establecimiento de otro Estado miembro y que ha obtenido la aprobación de dicho Estado con arreglo al artículo 56 del Reglamento [...], ¿produce efectos jurídicos en ese otro Estado miembro antes de que se expida una declaración de reconocimiento y/o ejecutoriedad una vez concluido el procedimiento previsto a tales efectos?
- 5) Cuando una resolución del órgano jurisdiccional por la que se ordena el acogimiento residencial de un menor durante un período determinado en un establecimiento de otro Estado miembro con arreglo al artículo 56 del Reglamento [...] se renueva por un período concreto, ¿debe obtenerse de nuevo, con cada renovación, la aprobación del otro Estado miembro prevista en [dicho] artículo 56?
- 6) Cuando una resolución del órgano jurisdiccional por la que se ordena el acogimiento residencial de un menor durante un período determinado en un establecimiento de otro Estado miembro con arreglo al artículo 56 del Reglamento [...] se renueva por un período concreto, ¿debe ser reconocida y/o declarada ejecutiva de nuevo en ese otro Estado miembro con cada renovación?»

Sobre el procedimiento de urgencia

- 48 La High Court ha solicitado que la presente petición de decisión prejudicial se tramite por el procedimiento de urgencia previsto en el artículo 104 *ter* del Reglamento de Procedimiento.
- 49 El órgano jurisdiccional remitente ha motivado dicha solicitud señalando, por una parte, que este asunto afecta a una menor, internada contra su voluntad para su protección en un centro asistencial de régimen cerrado. Indica, por otra parte, que se trata asimismo de un procedimiento que atañe a la guarda de una menor que reside habitualmente en Irlanda y que ha sido acogida, en régimen cerrado, en un establecimiento situado en el territorio de otro Estado miembro, en el que su propia competencia depende de que pueda aplicarse el Reglamento a dicho procedimiento de acogimiento y, por consiguiente, de la respuesta a las cuestiones planteadas. En su respuesta a una solicitud de aclaraciones ha destacado que la situación de la menor reclama medidas urgentes. La menor se acerca a la mayoría de edad, momento en el que ya no estará sujeta a la competencia del órgano jurisdiccional remitente en materia de protección de la infancia, y su condición exige que sea acogida en un establecimiento en régimen cerrado, por un corto período de tiempo, y que se aplique un programa de libertad restringida y creciente para permitir que sea acogida cerca de su familia en Inglaterra.
- 50 En estas circunstancias, la Sala Segunda del Tribunal de Justicia decidió el 29 de febrero de 2012, a propuesta del Juez Ponente, oír al Abogado General, acceder a la solicitud del órgano jurisdiccional remitente de que la petición de decisión prejudicial se tramite mediante el procedimiento de urgencia.

Consideraciones previas

- 51 Paralelamente a la petición de decisión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente ordenó al HSE que solicitase el auxilio de la High Court of Justice (England & Wales), Family Division (Reino Unido), con arreglo al artículo 20 del Reglamento, para garantizar que la menor recibiese asistencia y que se la mantuviese efectivamente en régimen cerrado en un establecimiento en Inglaterra, a la espera de la decisión del Tribunal de Justicia en el presente asunto.
- 52 El 24 de febrero de 2012, el HSE presentó ante la High Court of Justice (England & Wales), Family Division, una demanda de medidas provisionales y cautelares, en virtud del artículo 20 del Reglamento, en relación con el acogimiento de S. C. en Inglaterra. El mismo día, dicho órgano jurisdiccional estimó la referida demanda. Se ordenó en particular, con carácter provisional, que mientras la High Court of Justice no dicte otra resolución, S. C. deberá residir en régimen cerrado en el establecimiento situado en Inglaterra para recibir en él la asistencia y los tratamientos necesarios, y que el director y el personal de dicho establecimiento tendrán la potestad de adoptar determinadas disposiciones —incluido, si es necesario, el uso de la fuerza en una medida razonable— para retener a S. C. en dicho establecimiento o devolverla a él.
- 53 Asimismo, el HSE solicitó que la resolución del órgano jurisdiccional remitente por la que se ordenó, el 2 de diciembre de 2011, el acogimiento de S. C. en régimen cerrado en un establecimiento situado en Inglaterra se declare ejecutiva en el Reino Unido frente a S. C., representada por su tutora *ad litem*, a A. C. y a la autoridad local de la que depende dicho establecimiento. Esta solicitud se presentó el 24 de febrero de 2012.
- 54 Mediante auto de 8 de marzo de 2012, la High Court of Justice (England & Wales), Family Division, declaró que la resolución del órgano jurisdiccional remitente de 2 de diciembre de 2011 está registrada y es ejecutiva en Inglaterra y Gales, conforme al artículo 28, apartado 2, del Reglamento. La nota de registro se envió al HSE para que fuese notificada a las partes demandadas en el asunto principal.
- 55 El órgano jurisdiccional remitente señaló, en su respuesta a la solicitud de aclaraciones del Tribunal de Justicia, que renovó la resolución de acogimiento de 2 de diciembre de 2011 en numerosas ocasiones, a saber, los días 6, 9, 16 y 21 de diciembre de 2011, 11, 23 y 27 de enero de 2012, 3, 7, 9, 16 y 24 de febrero de 2012 y 9 de marzo de este mismo año.

Sobre las cuestiones prejudiciales

Sobre la primera cuestión

- 56 Mediante su primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, fundamentalmente, si una resolución de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que dispone el acogimiento de un menor en régimen cerrado en un centro asistencial terapéutico y educativo situado en otro Estado miembro y que implica, para su protección, una privación de libertad durante un período de tiempo determinado, está comprendida en el ámbito material de aplicación del Reglamento.
- 57 Del quinto considerando del Reglamento se desprende que, con ánimo de garantizar la igualdad de todos los menores, dicho Reglamento se aplica a todas las resoluciones en materia de responsabilidad parental, incluidas las medidas de protección del menor (sentencia de 27 de noviembre de 2007, C, C-435/06, Rec. p. I-10141, apartados 47 y 48).
- 58 El artículo 1, apartado 1, letra b), del Reglamento dispone que éste se aplica, en materia civil, «a la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental».

- 59 El artículo 2, apartado 7, del Reglamento define la «responsabilidad parental» como «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 un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor». Este concepto, objeto de una definición amplia (sentencia C, antes citada, apartado 49), comprende, en particular, «los derechos de custodia y el derecho de visita». Conforme al artículo 2, apartado 9, del Reglamento, los derechos de custodia designan 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. Según el artículo 2, apartado 8, del Reglamento, es titular de la responsabilidad parental «cualquier persona que tenga la responsabilidad parental sobre un menor», sin importar que los derechos de custodia, como en el asunto principal, hayan sido transferidos a una administración.
- 60 El concepto de «materias civiles» a los efectos del artículo 1, apartado 1, letra b), del Reglamento debe interpretarse en el sentido de que puede incluso englobar medidas que, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico de un Estado miembro, están sometidas al Derecho público (sentencia C, antes citada, apartado 51). Así, el Tribunal de Justicia ha declarado que la resolución de un Estado miembro que dispone la asunción de la guarda de un menor y su acogimiento en una familia de acogida residente en el territorio de otro Estado miembro está comprendida en el concepto de materias civiles cuando dicha resolución haya sido adoptada en el marco de las normas de Derecho público de un Estado miembro relativas a la protección de menores (sentencia de 2 de abril de 2009, A, C-523/07, Rec. p. I-2805, apartado 29).
- 61 El referido artículo 1 establece, en su apartado 2, letra d), que estas materias pueden referirse «al acogimiento del menor en una familia o en un establecimiento».
- 62 Así, el artículo 56 del Reglamento se refiere explícitamente el acogimiento de un menor en un establecimiento de otro Estado miembro.
- 63 Es cierto que los artículos 1, apartado 2, letra d), y 56 del Reglamento no hacen referencia expresamente a las resoluciones de los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro que disponen el acogimiento de un menor en un establecimiento de otro Estado miembro cuando dicho acogimiento incluye un período de privación de libertad con fines terapéuticos y educativos. No obstante, tal circunstancia no puede excluir dichas resoluciones del ámbito de aplicación del Reglamento. Efectivamente, del apartado 30 de la sentencia C, antes citada, se desprende que la enumeración recogida en el artículo 1, apartado 2, del Reglamento no es exhaustiva y reviste carácter indicativo, como señala el empleo del término «en particular».
- 64 Como han alegado todas las partes y todos los Gobiernos que han presentado observaciones al Tribunal de Justicia, el concepto de acogimiento en un establecimiento debe interpretarse en el sentido de que incluye el acogimiento en régimen cerrado en un establecimiento. Efectivamente, cualquier otra interpretación impediría beneficiarse del Reglamento a los menores particularmente vulnerables que necesitan tal acogimiento y sería contraria a la finalidad del Reglamento, expuesta en el quinto considerando, que es la de garantizar la igualdad de todos los menores.
- 65 El artículo 1, apartado 3, del Reglamento enumera una serie de materias excluidas del ámbito de aplicación de éste. La letra g) de esta disposición sólo excluye del ámbito de aplicación del Reglamento «las medidas adoptadas a consecuencia de infracciones penales cometidas por los menores» y, por consiguiente, las medidas de internamiento de un menor que sancionen la comisión de una infracción penal. En consecuencia, el acogimiento que implica medidas privativas de libertad está comprendido en el ámbito de aplicación del Reglamento cuando dicho acogimiento se ordene para proteger al menor y no para sancionarlo.
- 66 Por tanto, debe responderse a la primera cuestión planteada que una resolución de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que dispone el acogimiento de un menor, en régimen cerrado, en un centro asistencial terapéutico y educativo situado en otro Estado miembro que implique, para su protección, una privación de libertad durante un período determinado, está comprendida en el ámbito material de aplicación del Reglamento.

Sobre la segunda cuestión

- 67 Mediante su segunda cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pretende que se dilucide cuál es el alcance de las obligaciones que derivan del artículo 56 del Reglamento en cuanto a la naturaleza de la consulta y al mecanismo de aprobación del acogimiento de un menor cuando, como en el asunto principal, éste conlleva una privación de libertad.
- 68 El órgano jurisdiccional remitente considera que, en principio, no corresponde al órgano jurisdiccional de un Estado miembro valorar qué subyace a la aprobación de un acogimiento emitida en otro Estado miembro. Al referirse el presente asunto a la protección del interés superior de una menor acogida, en régimen cerrado, en un establecimiento situado en un Estado miembro distinto de aquél al que pertenece el órgano jurisdiccional que dispuso el acogimiento, menor que se encuentra en una situación de particular vulnerabilidad, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta, a la luz del artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta»), si el artículo 56 debe interpretarse en el sentido de que obliga a cualquier órgano jurisdiccional de un Estado miembro que prevea el acogimiento de un menor en un establecimiento de otro Estado miembro a verificar que ésta ha recibido una aprobación válida por parte de la autoridad competente de dicho Estado miembro.
- 69 En este contexto, pretende que se dilucide si la autoridad competente en materia de aprobación debe ser un organismo expresamente designado en virtud de una medida adoptada por el Estado miembro del que depende, que esté en condiciones de asegurarse de que se aprecie de forma independiente si el acogimiento que se pretende aportará al menor la asistencia y la protección adecuadas y si se realizará atendiendo al interés superior de dicho menor. En cualquier caso, el órgano jurisdiccional remitente considera que la autoridad competente no puede ser el establecimiento en el que se proyecta acoger al menor.
- 70 A este respecto, ha de señalarse que el artículo 56, apartado 1, del Reglamento dispone que es obligatorio consultar a la autoridad central del Estado requerido o a otra autoridad competente de dicho Estado miembro si estuviera prevista la intervención de una autoridad pública para los casos internos de acogimiento de menores. Si tal intervención no está prevista, sólo será obligatorio, en virtud del artículo 56, apartado 4, del Reglamento, informar a la autoridad central del Estado requerido o a otra autoridad competente de ese Estado miembro.
- 71 En el presente asunto, el Gobierno del Reino Unido señaló que la intervención de un organismo público es necesaria en un caso interno de acogimiento de un menor que sea, por lo demás, comparable al que es objeto del asunto principal.
- 72 Con arreglo al artículo 56, apartado 2, del Reglamento, la resolución sobre el acogimiento de un menor en otro Estado miembro sólo podrá adoptarse cuando la «autoridad competente» del Estado requerido haya aprobado el acogimiento.
- 73 De la fórmula «la autoridad central [...] [u] otra autoridad competente» que figura en el artículo 56, apartado 1, del Reglamento resulta que la autoridad central puede ser autoridad competente. Así pues, el concepto de «autoridad competente» al que hace referencia el artículo 56, apartado 2, del referido Reglamento designa, bien a la «autoridad central», bien a cualquier «otra autoridad competente» en el sentido del apartado 1 de dicho artículo. Por consiguiente, el artículo 56 del Reglamento permite establecer en este ámbito un sistema descentralizado que incluya a varias autoridades competentes.
- 74 El artículo 56 del Reglamento debe interpretarse conjuntamente con los artículos 53 a 55 de éste.

- 75 Así, el artículo 53 del Reglamento dispone que cada Estado miembro designará a una autoridad central encargada de «asistirlo en la aplicación del [...] Reglamento» y precisará sus competencias territoriales o materiales. El artículo 54 del referido Reglamento establece las funciones generales de las autoridades centrales y señala que adoptarán medidas destinadas a mejorar la aplicación del Reglamento.
- 76 El artículo 55 del Reglamento dispone que, a petición de otra autoridad central de otro Estado miembro o de un titular de la responsabilidad parental, las autoridades centrales cooperan en asuntos concretos con el fin de cumplir los objetivos del Reglamento. En virtud de la letra d) de esta disposición, las autoridades centrales adoptarán, ya sea directamente o por conducto de las autoridades públicas u otros organismos, todas las medidas adecuadas para proporcionar toda la información y la asistencia que puedan ser de utilidad para la aplicación por los órganos jurisdiccionales del artículo 56 del Reglamento.
- 77 Al margen de las obligaciones establecidas en los artículos 53 a 56 del Reglamento, los Estados miembros disponen de un margen de apreciación respecto al mecanismo de aprobación.
- 78 En efecto, el artículo 56, apartado 3, del Reglamento dispone expresamente que los procedimientos relativos a la obtención de la aprobación se rigen por el Derecho nacional del Estado miembro requerido.
- 79 No obstante, como han destacado especialmente A. C. y la Comisión, el Estado requerido debe velar por que su legislación nacional no ponga en entredicho los objetivos del Reglamento y no prive a éste de su efecto útil.
- 80 El artículo 56, apartado 2, del Reglamento tiene por objeto permitir, por una parte, a las autoridades competentes del Estado requerido dar o no su aprobación al posible acogimiento del menor de que se trate y, por otra, a los órganos jurisdiccionales del Estado requirente asegurarse, antes de adoptar la resolución que disponga el acogimiento de un menor en un establecimiento, que en el Estado requerido se adoptarán medidas con el fin de acogerlo en dicho Estado.
- 81 Como se desprende del propio tenor del artículo 56, apartado 2, del Reglamento, el acogimiento debe haber sido aprobado por la autoridad competente del Estado miembro requerido antes de que el órgano jurisdiccional del Estado miembro requirente adopte la resolución sobre el acogimiento. Destaca el carácter obligatorio de la aprobación el hecho de que el artículo 23, letra g), del Reglamento establezca que no se reconocerá una resolución sobre responsabilidad parental si no se ha respetado el procedimiento previsto en el artículo 56.
- 82 Por tanto, los Estados miembros están llamados a establecer normas y procedimientos claros a los efectos de la aprobación a la que se refiere el artículo 56 del Reglamento, de modo que se garanticen la seguridad jurídica y la celeridad. En particular, los procedimientos deben permitir al órgano jurisdiccional que proyecta el acogimiento identificar fácilmente la autoridad competente y a la autoridad competente conceder o denegar su aprobación en un plazo breve.
- 83 A este respecto, es importante subrayar el papel fundamental que desempeñan las autoridades centrales en virtud del artículo 55 del Reglamento. Es esencial, para dar cumplimiento a los objetivos que persigue el Reglamento, que las autoridades centrales, a petición de una autoridad central de otro Estado miembro o del titular de la responsabilidad parental, cooperen con el fin, en particular, de asegurarse de que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro requirente disponen de información precisa y clara para aplicar el artículo 56 del Reglamento.
- 84 Por lo que respecta al concepto de autoridad competente de un Estado miembro a los efectos de la aprobación de una resolución de acogimiento adoptada por un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, debe señalarse que el término «autoridad» designa, en principio, a una autoridad de Derecho público.

- 85 Todas las partes y todos los Gobiernos que han presentado observaciones coinciden en esta interpretación.
- 86 Por otra parte, dicha interpretación deriva del propio tenor literal del artículo 56 del Reglamento. Algunas versiones lingüísticas del Reglamento señalan que se requiere la aprobación de una autoridad estatal. Otras versiones lingüísticas de éste recurren a conceptos que evocan el carácter estatal de la entidad encargada de la aprobación. Además, el artículo 56 del Reglamento hace referencia, en su apartado 1, a las «autoridades públicas» cuya intervención se precisa para los casos internos de acogimiento de menores en un Estado miembro.
- 87 No obstante, es importante tener en cuenta las concepciones divergentes de los Estados miembros en relación con la cuestión de qué es o no de Derecho público, al remitir el artículo 56, apartado 3, del Reglamento, para los mecanismos de aprobación, al Derecho nacional del Estado miembro requerido.
- 88 En cualquier caso, debe señalarse que una aprobación que dimanase del establecimiento que, a cambio de una remuneración, acoge a los menores no puede, por sí sola, constituir la aprobación de una autoridad competente a los efectos del artículo 56, apartado 2, del Reglamento. Efectivamente, la apreciación independiente del carácter adecuado del acogimiento propuesto representa una medida fundamental de protección del menor, en particular si dicho acogimiento implica una privación de libertad. Un establecimiento que obtiene un beneficio del acogimiento no está en condiciones de pronunciarse de manera independiente a este respecto.
- 89 Debido a las particulares circunstancias del asunto principal, tal como han quedado expuestas en los apartados 38 a 40 de la presente sentencia, el órgano jurisdiccional remitente se preguntó si era posible una regularización cuando el juez que hubiese proyectado el acogimiento se hubiese basado en una aprobación aparente, sin llegar a determinar si procedía realmente de la autoridad competente, aun cuando, para proteger el interés del menor, el acogimiento ya se hubiese llevado a cabo.
- 90 En la vista se ha destacado que sería deseable, en aras del interés superior del menor, autorizar tal regularización *a posteriori* cuando se demuestre que se realizaron gestiones para obtener la aprobación pero que el juez que dispuso el acogimiento no está seguro de si la autoridad competente del Estado miembro requerido otorgó válidamente la aprobación exigida por el artículo 56 del Reglamento. Así pues, se trataría únicamente de corregir este o aquel aspecto del procedimiento.
- 91 La Comisión se ha referido así a la situación en la que el juez que haya dispuesto el acogimiento creyese disponer de la aprobación en virtud del artículo 56 del Reglamento pero, debido a un malentendido, haya adoptado una decisión que exceda de la aprobación concedida por la autoridad competente del Estado requerido. En tal supuesto, la Comisión no ve inconveniente en que el Reglamento se interprete en el sentido de que, durante el procedimiento de ejecución, el juez que conozca del asunto suspenda el procedimiento y de que sea posible entonces obtener la aprobación con arreglo al artículo 56 del Reglamento.
- 92 A este respecto, es importante que, cuando el juez del Estado miembro requirente se haya pronunciado sobre el acogimiento basándose en una aprobación aparente de la autoridad competente pero la información relativa al procedimiento de aprobación en virtud del artículo 56 del Reglamento suscite dudas acerca de si se han cumplido íntegramente los requisitos de dicho artículo, le resulte posible corregir la situación *a posteriori* con el fin de asegurarse de que la aprobación se otorgó válidamente.
- 93 En cambio, si la consulta entre las autoridades centrales afectadas o la aprobación de una autoridad competente del Estado miembro requerido faltase por completo, el procedimiento para obtener la aprobación debería comenzar de nuevo y el juez del Estado miembro requirente debería adoptar una nueva resolución de acogimiento después de haber determinado que la aprobación se ha obtenido válidamente.

- 94 Queda todavía por puntualizar que, en el asunto principal, el Gobierno del Reino Unido ha indicado en la vista que, en contra de lo que señala la resolución de remisión, el establecimiento de régimen cerrado de que se trata en este asunto no es un establecimiento de Derecho privado y está dirigido por la autoridad local, de modo que la aprobación exigida por el artículo 56 del Reglamento se concedió válidamente.
- 95 Por tanto, debe responderse a la segunda cuestión planteada que la aprobación a la que se refiere el artículo 56, apartado 2, del Reglamento debe darla, antes de que se dicte la resolución sobre el acogimiento de un menor, una autoridad competente de Derecho Público. No basta con que dé su aprobación el establecimiento en el que el menor ha de ser acogido. En circunstancias como las del asunto principal, en las que el órgano jurisdiccional del Estado miembro que dispuso el acogimiento tiene dudas acerca de si la aprobación se concedió válidamente en el Estado miembro requerido, ya que no se ha podido determinar con certeza cuál era la autoridad competente en ese último Estado, es posible proceder a una regularización con el fin de asegurarse de que el requisito de la aprobación que establece el artículo 56 del Reglamento se ha cumplido íntegramente.

Sobre las cuestiones tercera y cuarta

- 96 Mediante sus cuestiones tercera y cuarta, que deben examinarse conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, fundamentalmente, si una resolución de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que ordena el acogimiento forzoso de un menor, en régimen cerrado, en un establecimiento situado en otro Estado miembro debe, antes de ejecutarse en el Estado miembro requerido, ser reconocida y declarada ejecutiva en ese Estado miembro. Desea que se dilucide asimismo si tal resolución de acogimiento produce efectos jurídicos en el Estado miembro antes de ser declarada ejecutiva.
- 97 En respuesta a las cuestiones planteadas por el Tribunal de Justicia en virtud del artículo 24, párrafo segundo, del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del artículo 54 *bis* del Reglamento de Procedimiento, el Gobierno del Reino Unido señaló que el auto de 2 de diciembre de 2011 se registró y se declaró ejecutivo en el Reino Unido mediante resolución de la High Court of Justice (England & Wales), Family Division, Principal Registry (Reino Unido), de 8 de marzo de 2012.
- 98 El HSE, S. C., A. C., Irlanda y el Gobierno alemán indican que el artículo 21 del Reglamento establece una presunción de reconocimiento, en el conjunto de los Estados miembros, de las resoluciones dictadas por los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro. Asimismo, cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro haya proyectado el acogimiento de un menor, durante un período determinado, en un establecimiento situado en otro Estado miembro y haya obtenido la aprobación de dicho Estado con arreglo al artículo 56 del Reglamento, la presentación de una solicitud para que se declare ejecutiva dicha resolución de acogimiento no será siempre necesaria para que ésta produzca efectos en el Estado miembro requerido, incluso en una situación como la del asunto principal.
- 99 En cambio, el Gobierno del Reino Unido y la Comisión consideran que tal resolución no produce efecto alguno hasta que no sea declarada ejecutiva por un órgano jurisdiccional del Estado miembro requerido.

Sobre el reconocimiento

- 100 Conforme al artículo 21 del Reglamento, las resoluciones dictadas en un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados miembros sin necesidad de recurrir a procedimiento alguno.
- 101 Como se desprende del segundo considerando del Reglamento, el principio del reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales es la piedra angular de la creación de un verdadero espacio judicial (sentencia de 15 de julio de 2010, Purrucker, C-256/09, Rec. p. I-7353, apartado 70).

- 102 Conforme al vigésimo primer considerando del citado Reglamento, ese reconocimiento debe basarse en el principio de confianza mutua.
- 103 Esta confianza mutua es la que ha permitido el establecimiento de un sistema obligatorio de competencias, que todos los órganos jurisdiccionales comprendidos en el ámbito de aplicación del Reglamento tienen el deber de respetar, y la renuncia correlativa por parte de los Estados miembros a sus reglas internas de reconocimiento y de exequátur en favor de un mecanismo simplificado de reconocimiento y de ejecución de resoluciones judiciales dictadas en el marco de procedimientos en materia de responsabilidad parental (sentencia Purrucker, antes citada, apartado 72). Como puntualiza el artículo 24 del referido Reglamento, los órganos jurisdiccionales de los otros Estados miembros no pueden controlar la apreciación que el primer órgano jurisdiccional haya hecho de su competencia. Además, el artículo 26 del Reglamento establece que la resolución no podrá en ningún caso ser objeto de una revisión en cuanto al fondo.
- 104 Los motivos de denegación del reconocimiento de resoluciones en materia de responsabilidad parental se enumeran taxativamente en el artículo 23 del Reglamento. A tenor de dicho artículo 23, letra g), no se reconocerá una resolución sobre responsabilidad parental cuando no se haya respetado el procedimiento previsto en el artículo 56 del Reglamento.
- 105 La resolución de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro por la que se dispone el acogimiento de un menor en un establecimiento de otro Estado miembro goza del reconocimiento en ese último Estado, en tanto en cuanto en ese otro Estado miembro no se haya adoptado una resolución denegando el reconocimiento.
- 106 De los autos no se desprende que ninguna de las partes interesadas haya solicitado la adopción de una resolución de denegación del reconocimiento de la resolución de acogimiento con arreglo al artículo 21, apartado 3, del Reglamento.

Sobre la necesidad de una declaración de ejecutoriedad

- 107 A tenor del artículo 28, apartado 1, del Reglamento, las «resoluciones dictadas en un Estado miembro sobre el ejercicio de la responsabilidad parental con respecto a un menor que fueren ejecutivas en dicho Estado miembro y hubieren sido notificadas o trasladadas se ejecutarán en otro Estado miembro cuando, a instancia de cualquier parte interesada, se hayan declarado ejecutivas en este último Estado».
- 108 En el caso del Reino Unido, el registro con vistas a la ejecución en Inglaterra y el País de Gales, en Escocia o en Irlanda del Norte, según el lugar donde la resolución deba ser ejecutada, sustituye a la declaración de ejecutoriedad, conforme al artículo 28, apartado 2, del Reglamento.
- 109 S. C. ha alegado que el Reglamento no exige, con carácter general, que una medida coactiva contra un menor deba ser declarada ejecutiva. Sólo se exige tal declaración de ejecutoriedad con vistas a la ejecución forzosa de una resolución en relación con los adultos. Pues bien, en el litigio principal, tanto la tutora *ad litem* como la madre de S. C., que es parte en el procedimiento, manifestaron su acuerdo con el acogimiento. El Gobierno alemán mantuvo un enfoque similar en la vista, alegando que las medidas dirigidas a asegurar la aplicación de una resolución adoptada contra la voluntad de un menor no están comprendidas en el concepto de ejecución.
- 110 A este respecto, debe recordarse que una resolución que ordena el acogimiento de un menor en un establecimiento de régimen cerrado está comprendida en la categoría de las resoluciones en materia de ejercicio de la responsabilidad parental. En el asunto principal, la menor se opone a la resolución judicial que ha ordenado su acogimiento en un establecimiento de ese tipo porque se encuentra privada de libertad contra su voluntad. El órgano jurisdiccional remitente destaca, además, que si S. C.

llegase a fugarse del establecimiento de régimen cerrado en el que se halla acogida, sería necesaria la asistencia de las autoridades del Reino Unido para devolverla por la fuerza a dicho establecimiento para su propia protección.

- 111 Una resolución que ordena el acogimiento en un establecimiento en régimen cerrado afecta al derecho fundamental a la libertad reconocido en el artículo 6 de la Carta a «toda persona», y, en consecuencia, también a un «menor».
- 112 Es preciso añadir que, en situaciones en las que las personas que ejercen la responsabilidad parental han dado su consentimiento al acogimiento de un menor en un establecimiento de régimen cerrado, la postura de esas personas puede modificarse en función de cambios de circunstancias.
- 113 De ello se deriva que, con el fin de asegurar el buen funcionamiento del sistema establecido por el Reglamento, la aplicación por la fuerza, respecto de un menor, de una resolución de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que ordena su acogimiento, en régimen cerrado, en un establecimiento de otro Estado miembro presupone que la resolución haya sido declarada ejecutiva en este último Estado.
- 114 No obstante, tanto el órgano jurisdiccional remitente como el HSE, S. C., Irlanda y el Gobierno alemán han manifestado su inquietud, en vista de la particular urgencia del asunto principal, respecto a la pérdida de tiempo inherente al desarrollo de un procedimiento de ejecución. El acogimiento en Inglaterra sólo se contempló debido a la falta de una posibilidad adecuada de acogimiento en Irlanda, y no podía retrasarse más debido al riesgo agudo de lesión de la integridad física de la menor afectada.
- 115 Su argumentación se basa, fundamentalmente, en la idea de que la aplicación, en un Estado miembro, de un acogimiento decidido en otro Estado miembro no puede supeditarse, en razón de la urgencia y del interés superior del menor, a una declaración por parte del Estado requerido del carácter ejecutivo de la resolución de acogimiento adoptada en el Estado requirente. La exigencia de una declaración de ejecutoriedad pondría en peligro la eficacia de los acogimientos transfronterizos.
- 116 Pues bien, debe señalarse que el legislador de la Unión, en el capítulo III, sección 4, del Reglamento, renunció expresamente, por razones de rapidez, a imponer una declaración de ejecutoriedad en el caso de dos categorías de resoluciones, a saber, determinadas resoluciones relativas al derecho de visita y de determinadas resoluciones que ordenan la restitución del menor. Esta declaración se sustituye, en cierta medida, por un certificado del juez de origen que debe acompañar, en estos casos, a la resolución judicial comprendida en una u otra categoría de resoluciones.
- 117 Por consiguiente, la expedición en el Estado miembro de origen del certificado previsto en el artículo 42, apartado 1, del Reglamento será reconocida y tendrá automáticamente fuerza ejecutiva en otro Estado miembro, sin que pueda impugnarse su reconocimiento (sentencia de 22 de diciembre de 2010, Aguirre Zarraga, C-491/10 PPU, Rec. p. I-14247, apartado 48).
- 118 Del Reglamento se desprende que sólo las dos categorías de resoluciones a las que se hace expresamente referencia pueden ser ejecutadas, en determinadas condiciones, en un Estado miembro aun cuando no hayan sido declaradas ejecutivas en dicho Estado miembro. Por consiguiente, el procedimiento de exequátur debe seguirse por lo que respecta a las demás resoluciones en materia de responsabilidad parental que requieren ser ejecutadas en otro Estado miembro.
- 119 Por tanto, las circunstancias indicativas de una particular urgencia no pueden, por sí solas, tener como consecuencia que las medidas de ejecución puedan basarse, en otro Estado miembro, en una resolución que ordene el acogimiento, en régimen cerrado, en un establecimiento cuya fuerza ejecutiva aún no ha sido reconocida.

- 120 El procedimiento de aprobación previsto en el artículo 56, apartado 2, del Reglamento no puede sustituir a una declaración de ejecutoriedad. Efectivamente, estos dos procedimientos tienen una finalidad diferente. Mientras que la aprobación en el sentido de la referida disposición pretende eliminar los obstáculos que puedan oponerse a un acogimiento transfronterizo, la declaración de ejecutoriedad tiene por objeto permitir la ejecución de una resolución de acogimiento en un establecimiento en régimen cerrado. Además, el artículo 56 del Reglamento no exige la intervención de un juez, pudiendo ser la autoridad competente un organismo administrativo.
- 121 Por último, sin perjuicio de las modificaciones que el legislador pueda, en su caso, decidir incorporar al Reglamento para dar respuesta a las inquietudes manifestadas por varios intervinientes que formularon observaciones en la vista en relación con la pérdida de tiempo inherente al desarrollo de un procedimiento de ejecución, debe examinarse, para garantizar el efecto útil y el buen funcionamiento del Reglamento, qué posibilidades abre éste para alcanzar una solución eficaz en el supuesto de un acogimiento transfronterizo que exija una especial celeridad.
- 122 A este respecto, del artículo 31, apartado 1, del Reglamento resulta que el órgano jurisdiccional ante el que se presente la solicitud de declaración de ejecutoriedad se pronunciará en breve plazo, sin que ni la persona contra la cual se solicita la ejecución ni el menor puedan presentar alegaciones en esta fase del procedimiento. La solicitud sólo puede ser denegada por alguno de los motivos de denegación del reconocimiento que establecen los artículos 22 a 24 del Reglamento. La resolución no podrá en ningún caso ser objeto de una revisión en cuanto al fondo.
- 123 El artículo 33 del Reglamento dispone que la resolución sobre la solicitud de declaración de ejecutoriedad podrá ser recurrida por cualquiera de las partes en el plazo de un mes a partir de la fecha de su notificación. Si la parte contra la que se solicitare la ejecución tuviera su residencia habitual en un Estado miembro distinto de aquel en el que se hubiere expedido la declaración de ejecutoriedad, el plazo será de dos meses y correrá a partir de la fecha de la notificación. El artículo 34 del Reglamento establece que sólo cabrá oponerse a la resolución dictada sobre el recurso mediante los procedimientos enumerados en la lista que cada Estado miembro ha de comunicar a la Comisión de conformidad con el artículo 68 del Reglamento.
- 124 Durante la vista oral se destacó que la duración de los procedimientos previstos en los artículos 33 y 34 del Reglamento puede ser considerable y menoscabar así la eficacia y el efecto útil del citado Reglamento.
- 125 A este respecto, con el fin de evitar que el efecto suspensivo de un recurso interpuesto contra una resolución en materia de declaración de la ejecutoriedad pueda afectar al breve plazo al que se refiere el artículo 31 del Reglamento, debe interpretarse el Reglamento —como ha señalado la Abogado General en su opinión y como propuso la Comisión durante la vista oral— en el sentido de que la resolución que dispone el acogimiento se convierte en ejecutiva desde el momento en que el órgano jurisdiccional del Estado miembro requerido declare, conforme al artículo 31, la fuerza ejecutiva de dicha resolución.
- 126 El tenor literal del Reglamento no se opone a tal interpretación. En efecto, su artículo 28, apartado 1, establece que las resoluciones sobre el ejercicio de la responsabilidad parental dictadas en un Estado miembro se ejecutarán en otro Estado miembro cuando, a instancia de cualquier parte interesada, se hayan declarado ejecutivas en este último Estado.
- 127 A efectos de interpretar y aplicar el Reglamento, es preciso decidir en función del criterio del interés superior del menor, teniendo en cuenta el artículo 24 de la Carta. Pues bien, el interés superior del menor puede exigir, en los supuestos de acogimientos transfronterizos que presentan una urgencia excepcional, que se permita una solución flexible mientras dure el procedimiento de exequátur si, a falta de tal solución, la finalidad que subyace a la resolución que ordena el acogimiento transfronterizo peligrase por el transcurso del tiempo.

- 128 Por otra parte, el Tribunal de Justicia ha declarado que, contrariamente al procedimiento previsto en los artículos 33 a 35 del Reglamento para la solicitud de declaración de ejecutoriedad, las resoluciones dictadas conforme al capítulo III, sección 4, de éste (derecho de visita y restitución del menor) pueden ser declaradas ejecutivas por el órgano jurisdiccional de origen con independencia de cualquier posibilidad de recurso, ya sea en el Estado miembro de origen o en el de ejecución (sentencia de 11 de julio de 2008, Rinau, C-195/08 PPU, Rec. p. I-5271, apartado 84).
- 129 De las consideraciones anteriores resulta que, con el fin de no privar al Reglamento de su efecto útil, la resolución del órgano jurisdiccional del Estado miembro requerido acerca de la solicitud de declaración de ejecutoriedad debe dictarse con una particular celeridad, sin que los recursos interpuestos contra tal resolución del órgano jurisdiccional del Estado miembro requerido puedan tener efecto suspensivo.
- 130 Por lo demás, el artículo 20, apartado 1, del Reglamento establece que, en determinadas circunstancias, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro en el que se encuentre el menor están autorizados a adoptar las medidas provisionales o cautelares previstas en la legislación de dicho Estado, aun cuando, en virtud del Reglamento, un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro sea competente para conocer sobre el fondo. En la medida en que constituye una excepción al sistema de competencia previsto por dicho Reglamento, esta disposición debe interpretarse de modo estricto (sentencia de 23 de diciembre de 2009, Detiček, C-403/09 PPU, Rec. p. I-12193, apartado 38).
- 131 Dichas medidas son aplicables a los menores que, si bien tienen su residencia habitual en un Estado miembro, residen con carácter temporal u ocasional en otro Estado miembro y se encuentran en una situación que puede perjudicar gravemente su bienestar, incluidos su salud o su desarrollo, por lo que está justificada la adopción inmediata de medidas de protección. El carácter provisional de tales medidas deriva del hecho de que, con arreglo al artículo 20, apartado 2, del Reglamento, dichas medidas dejarán de aplicarse cuando el órgano jurisdiccional del Estado miembro competente para conocer del fondo del asunto haya adoptado las medidas que considere apropiadas (sentencia A, antes citada, apartado 48).
- 132 En el asunto principal, a petición del HSE, la High Court of Justice (England & Wales), Family Division, dictó una resolución en virtud del artículo 20 del Reglamento que establecía las medidas provisionales y cautelares necesarias para el acogimiento de S. C. para su protección hasta la conclusión del procedimiento de declaración de la ejecutoriedad de la resolución de 2 de diciembre de 2011.
- 133 Procede responder a las cuestiones tercera y cuarta planteadas que el Reglamento debe interpretarse en el sentido de que una resolución de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que ordena el acogimiento forzoso de un menor, en régimen cerrado, en un establecimiento situado en otro Estado miembro debe, antes de ejecutarse en el Estado miembro requerido, ser declarada ejecutiva en ese Estado miembro. Con el fin de no privar al Reglamento de su efecto útil, la resolución del órgano jurisdiccional del Estado miembro requerido acerca de la solicitud de declaración de ejecutoriedad debe dictarse con una particular celeridad, sin que los recursos interpuestos contra tal resolución del órgano jurisdiccional del Estado miembro requerido puedan tener efecto suspensivo.

Sobre las cuestiones quinta y sexta

- 134 Mediante sus cuestiones quinta y sexta, que procede examinar conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si, cuando el órgano jurisdiccional de un Estado miembro que ha ordenado el acogimiento de un menor en un establecimiento de otro Estado miembro durante un período determinado con arreglo al artículo 56 del Reglamento adopta una nueva resolución para prorrogar la duración del acogimiento, se requiere cada vez la aprobación de la autoridad competente del Estado miembro requerido a la que se refiere el artículo 56, apartado 2, del Reglamento y una declaración de ejecutoriedad conforme al artículo 28 del Reglamento.

- 135 Al querer ordenar el órgano jurisdiccional remitente el acogimiento con carácter provisional por un período lo más corto posible y renovar, en caso de necesidad, las resoluciones de acogimiento por períodos igualmente breves, no le parece posible exigir, con motivo de cada renovación, el desarrollo de los procedimientos de aprobación y de ejecución de dichas resoluciones.
- 136 El HSE, S. C. e Irlanda consideran que, aun suponiendo que la aplicación del artículo 28 del Reglamento sea necesaria en una situación como la del asunto principal, no es necesario obtener una nueva declaración de ejecutoriedad de la resolución de acogimiento para cada resolución que prorrogue el período de acogimiento puesto que la declaración de ejecutoriedad de la resolución de acogimiento inicial se aplica a la resolución de prórroga o de renovación de ésta.
- 137 En cambio, el Gobierno alemán, el Gobierno del Reino Unido y la Comisión alegan que cualquier resolución que prorrogue la resolución de acogimiento inicial debe al mismo tiempo recibir la aprobación de la autoridad competente del Estado miembro requerido, a menos que la aprobación inicial dada por este organismo se haya formulado de modo que englobe las posibles prórrogas, y, en todo caso, debe ser declarada ejecutiva en el Estado miembro requerido como si se tratase de una nueva resolución.
- 138 A este respecto, debe recordarse que del apartado 81 de la presente sentencia resulta que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro sólo puede dictar una resolución de acogimiento de un menor en un establecimiento situado en otro Estado miembro si la autoridad competente del Estado requerido ha aprobado con carácter previo dicho acogimiento. De ello se desprende que, cuando la autoridad competente del Estado miembro requerido haya dado su aprobación a un acogimiento limitado en el tiempo por el órgano jurisdiccional competente, dicho acogimiento no podrá ser prorrogado sin que la referida autoridad dé de nuevo su aprobación.
- 139 Así, cuando, como en el asunto principal, el acogimiento se contempla para un período muy corto, la aprobación dada a dicho acogimiento no puede producir efectos después del período fijado para el mismo, salvo que las posibles prórrogas de dicho período hayan sido autorizadas.
- 140 Por consiguiente, el órgano jurisdiccional de un Estado miembro que se plantee ordenar el acogimiento de un menor en régimen cerrado en un establecimiento situado en otro Estado miembro podría solicitar —respetando la finalidad de tales acogimientos, que es prever un internamiento por un período limitado y comprobar, a intervalos breves, si debe o no mantenerse el internamiento— la aprobación por un período suficiente, con el fin de evitar el inconveniente asociado a las medidas de aprobación repetidas y de corta duración, sin que esto prejuzgue el derecho de dicho órgano jurisdiccional, durante el período cubierto por la aprobación, a reducir, en función del interés superior del menor, la duración de su acogimiento.
- 141 Por lo que respecta al procedimiento de ejecución, es preciso señalar que cuando una resolución de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que dispone el acogimiento de un menor en un establecimiento situado en otro Estado miembro se declare ejecutiva, las medidas de ejecución sólo podrán basarse en la resolución declarada ejecutiva dentro de los límites que resulten de la propia resolución.
- 142 A este respecto, en el contexto del Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO 2001, L 12, p. 1), el Tribunal de Justicia declaró que no hay razones para dar a una resolución, en el momento de su ejecución, derechos que no tiene en el Estado miembro de origen o efectos que no produciría una resolución del mismo tipo dictada directamente en el Estado miembro requerido (sentencias de 28 de abril de 2009, Apostolides, C-420/07, Rec. p. I-3571, apartado 66, y de 13 de octubre de 2011, Prism Investments, C-139/10, Rec. p. I-9511, apartado 38).

- 143 Si de la resolución de acogimiento se desprende que éste sólo se ordenó por un período determinado, dicha resolución, aunque se declare ejecutiva, no podrá servir de fundamento a la ejecución forzosa de un acogimiento por un período superior al indicado en ella.
- 144 De ello se desprende que cada nueva resolución de acogimiento implica una nueva declaración de ejecutoriedad.
- 145 En su caso, el órgano jurisdiccional que ordene el acogimiento podrá, no obstante, a semejanza de la posibilidad mencionada en el apartado 140 de la presente sentencia, plantearse ordenar el acogimiento por un período adecuado, con el fin de evitar el inconveniente asociado a las medidas de aprobación repetidas y de corta duración, y comprobar, cada poco tiempo, si debe revisarse, durante el período cubierto por la declaración de ejecutoriedad, la resolución de acogimiento.
- 146 Por consiguiente, procede responder a las cuestiones quinta y sexta que, cuando haya sido dada por un período determinado, la aprobación de un acogimiento en virtud del artículo 56, apartado 2, del Reglamento no se aplicará a las resoluciones que tengan por objeto prorrogar la duración del acogimiento. En tales circunstancias, deberá solicitarse una nueva aprobación. Una resolución que ordene el acogimiento, adoptada en un Estado miembro y declarada ejecutiva en otro Estado miembro, sólo podrá ejecutarse en este último Estado miembro por el período indicado en la resolución de acogimiento.

Costas

- 147 Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Segunda) declara:

- 1) **Una resolución de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que dispone el acogimiento de un menor en régimen cerrado en un centro asistencial terapéutico y educativo situado en otro Estado miembro que implique, para su protección, una privación de libertad durante un período de tiempo determinado, está comprendida en el ámbito material de aplicación del Reglamento (CE) n° 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 parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000.**
- 2) **La aprobación a la que se refiere el artículo 56, apartado 2, del Reglamento n° 2201/2003 debe darla, antes de que se dicte la resolución sobre el acogimiento de un menor, una autoridad competente de Derecho Público. No basta con que dé su aprobación el establecimiento en el que el menor ha de ser acogido. En circunstancias como las del asunto principal, en las que el órgano jurisdiccional del Estado miembro que dispuso el acogimiento tiene dudas acerca de si la aprobación se concedió válidamente en el Estado miembro requerido, ya que no se ha podido determinar con certeza cuál era la autoridad competente en ese último Estado, es posible proceder a una regularización con el fin de asegurarse de que el requisito de la aprobación que establece el artículo 56 del Reglamento n° 2201/2003 se ha cumplido íntegramente.**
- 3) **El Reglamento n° 2201/2003 debe interpretarse en el sentido de que una resolución de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que ordena el acogimiento forzoso de un menor en régimen cerrado en un establecimiento situado en otro Estado miembro debe,**

antes de ejecutarse en el Estado miembro requerido, ser declarada ejecutiva en ese Estado miembro. Con el fin de no privar al Reglamento de su efecto útil, la resolución del órgano jurisdiccional del Estado miembro requerido acerca de la solicitud de declaración de ejecutoriedad debe dictarse con una particular celeridad, sin que los recursos interpuestos contra tal resolución del órgano jurisdiccional del Estado miembro requerido puedan tener efecto suspensivo.

- 4) Cuando haya sido dada por un período determinado, la aprobación de un acogimiento en virtud del artículo 56, apartado 2, del Reglamento n° 2201/2003 no se aplicará a las resoluciones que tengan por objeto prorrogar la duración del acogimiento. En tales circunstancias, deberá solicitarse una nueva aprobación. Una resolución que ordene el acogimiento, adoptada en un Estado miembro y declarada ejecutiva en otro Estado miembro, sólo podrá ejecutarse en este último Estado miembro por el período indicado en la resolución de acogimiento.

Firmas

ANEXO II

Opinión de la Abogado General Sra. Juliana Kokott, presentada el 28 de marzo de 2012, en el asunto C-92/12 PPU, Health Service Executive contra S. C. y A. C.



Recopilación de la Jurisprudencia

OPINIÓN DE LA ABOGADO GENERAL
SRA. JULIANE KOKOTT
presentada el 28 de marzo de 2012¹

Asunto C-92/12 PPU

**Health Service Executive
contra
S. C.
y
A. C.**

[Petición de decisión prejudicial planteada por la High Court of Ireland (Irlanda)]

«Procedimiento prejudicial de urgencia — Cooperación judicial en materia civil — Reglamento (CE) n° 2201/2003 — Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de responsabilidad parental — Acogimiento con privación de libertad de una menor en un establecimiento situado en otro Estado miembro — Aprobación del Estado miembro de acogida — Declaración de ejecutoriedad»

I. Introducción

1. En el marco de un procedimiento prejudicial de urgencia, el presente asunto tiene por objeto la interpretación del Reglamento (CE) n° 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 parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000.²
2. El artículo 56 del Reglamento regula el acogimiento transfronterizo de menores en establecimientos y familias de acogida. La High Court irlandesa ordenó el acogimiento de una menor, S. C., de diecisiete años de edad,³ en régimen cerrado, en un establecimiento situado en Inglaterra, toda vez que Irlanda no disponía de ningún centro adecuado. Los intereses y el bienestar de la menor no permitían ninguna dilación, por lo que S. C. fue trasladada inmediatamente al centro de acogida.
3. En estas circunstancias, la High Court desea saber, en primer lugar, si el acogimiento en régimen cerrado, ordenado con el fin de proteger a la menor, está comprendido en el ámbito material de aplicación del Reglamento. Mediante las demás cuestiones planteadas, la High Court solicita, fundamentalmente, que se dilucide si, a la vista de la urgencia con la que debe llevarse a cabo el acogimiento de la menor, la resolución mediante la cual se ordena el acogimiento está supeditada a

1 — Lengua original: alemán.

2 — DO L 338, p. 1, en su versión modificada por el Reglamento (CE) n° 2116/2004 del Consejo, de 2 de diciembre de 2004 (DO L 367, p. 1), también denominado Reglamento Bruselas II *bis* (en lo sucesivo, «Reglamento n° 2201/2003» o únicamente «Reglamento»).

3 — Habida cuenta de la edad de la menor, resultaría más exacto emplear el término «joven». No obstante, emplearé a continuación la terminología del Reglamento, que únicamente se refiere al menor. A diferencia del Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños (citado en la nota 10 *infra*), el Reglamento no contiene ninguna definición del concepto de «menor». Sin embargo, en el presente asunto no es necesario examinar este extremo, ya que la aplicabilidad *ratione personae* no es objeto del procedimiento y tampoco ha sido alegada por ninguna de las partes.

una declaración de ejecutoriedad con arreglo al artículo 28 del Reglamento y qué efectos jurídicos despliega dicha resolución en otro Estado miembro antes de que se emita tal declaración de ejecutoriedad. El órgano jurisdiccional remitente solicita asimismo que se determinen los requisitos de la aprobación prevista en el artículo 56, apartado 2, del Reglamento.

II. Marco jurídico

4. En el presente asunto, son particularmente pertinentes las siguientes disposiciones del Reglamento n° 2201/2003:

«Artículo 1

Ámbito de aplicación

1. El presente Reglamento se aplicará, con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional, a las materias civiles relativas:

[...]

b) a la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental.

2. Las materias consideradas en la letra b) del apartado 1 se refieren en particular:

[...]

d) al acogimiento del menor en una familia o en un establecimiento;

[...]»

«Artículo 28

Resoluciones ejecutivas

1. Las resoluciones dictadas en un Estado miembro sobre el ejercicio de la responsabilidad parental con respecto a un menor que fueren ejecutivas en dicho Estado miembro y hubieren sido notificadas o trasladadas se ejecutarán en otro Estado miembro cuando, a instancia de cualquier parte interesada, se hayan declarado ejecutivas en este último Estado.

2. No obstante, en el caso del Reino Unido estas resoluciones sólo se ejecutarán en Inglaterra y el País de Gales, en Escocia o en Irlanda del Norte cuando, a instancia de cualquier parte interesada, hayan sido registradas con vistas a su ejecución en una de estas partes del Reino Unido, según corresponda.»

«Artículo 56

Acogimiento del menor en otro Estado miembro

1. Cuando el órgano jurisdiccional competente en virtud de los artículos 8 a 15 considere el acogimiento del menor en un establecimiento o una familia, y este acogimiento haya de tener lugar en otro Estado miembro, consultará previamente a la autoridad central o a otra autoridad competente de este último Estado miembro si estuviera prevista la intervención de una autoridad pública en dicho Estado miembro para los casos internos de acogimiento de menores.

2. La resolución sobre el acogimiento contemplado en el apartado 1 sólo podrá adoptarse en el Estado miembro requirente cuando la autoridad competente del Estado requerido haya aprobado dicho acogimiento.

3. Los procedimientos de consulta o de aprobación contemplados en los apartados 1 y 2 se regirán por el Derecho nacional del Estado miembro requerido.

[...]»

III. Hechos, cuestiones prejudiciales y procedimiento ante el Tribunal de Justicia

5. S. C. es ciudadana irlandesa y residía en Irlanda. La High Court ejerce el derecho de custodia. En el año 2000, S. C. fue acogida en régimen de «custodia voluntaria» por el Health Service Executive (Servicio de Salud, que es el organismo oficial responsable de los servicios públicos de atención a la infancia en Irlanda; en lo sucesivo, «HSE»). Desde entonces, S. C. ha estado alojada tanto en familias como en centros de acogida irlandeses. Mediante una demanda de medidas cautelares⁴ presentada ante el órgano jurisdiccional remitente, el HSE solicitó el acogimiento de la menor, en régimen de privación de libertad, en un centro terapéutico y educativo seguro en Inglaterra.⁵ Con anterioridad, S. C. había estado internada en un establecimiento, en régimen cerrado, situado en Irlanda. Recientemente, S. C. había intentado suicidarse en varias ocasiones. En Irlanda no había ningún centro adecuado. Las demandadas son S. C. y A. C., la madre de la menor.

6. El 2 de diciembre de 2011, el órgano jurisdiccional remitente estimó la solicitud presentada por el HSE y ordenó el acogimiento de S. C., para su protección, en régimen cerrado en un establecimiento privado de Inglaterra. Salvo S. C., todas las partes abogan por el acogimiento en Inglaterra porque consideran que es la medida que mejor responde al interés superior de la menor. El acogimiento, inicialmente ordenado para un período de un mes, deberá ser revisado mensualmente y podrá, en su caso, renovarse.

7. Dado que, a juicio del órgano jurisdiccional remitente, el interés superior de la menor exigía una actuación inmediata, S. C. fue trasladada directamente al establecimiento en Inglaterra tras la adopción de la resolución judicial. El litigio principal versa sobre cuestiones relativas a la legalidad del acogimiento y del mantenimiento del mismo. Mediante resolución de 16 de febrero de 2012, recibida en el Tribunal de Justicia el 22 de febrero de 2012, la High Court ha planteado las siguientes cuestiones prejudiciales:

- «1) ¿Está comprendida en el ámbito material de aplicación del Reglamento n° 2201/2003 una resolución que dispone el internamiento de un menor durante un período de tiempo determinado en un establecimiento de otro Estado miembro que ofrece atención terapéutica y educativa?
- 2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión, ¿qué obligaciones se derivan, en su caso, del artículo 56 del Reglamento n° 2201/2003 en cuanto a la naturaleza del mecanismo de consulta y aprobación para asegurar la protección efectiva de un menor que ha de ser internado en esas condiciones?
- 3) Cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro ha dispuesto el acogimiento residencial de un menor durante un período determinado en un establecimiento de otro Estado miembro y ha obtenido la aprobación de dicho Estado con arreglo al artículo 56 del Reglamento n° 2201/2003, ¿debe la resolución del órgano jurisdiccional por la que se ordena el acogimiento

4 — «Interlocutory application».

5 — En el Derecho irlandés esta medida se denomina «secure care» (custodia en lugar seguro).

residencial de un menor durante un período determinado en un establecimiento de otro Estado miembro ser reconocida y/o declarada ejecutiva en ese otro Estado miembro para que se pueda producir el acogimiento?

- 4) Una resolución del órgano jurisdiccional por la que se ordena el acogimiento residencial de un menor durante un período determinado en un establecimiento de otro Estado miembro y que ha obtenido la aprobación de dicho Estado con arreglo al artículo 56 del Reglamento n° 2201/2003, ¿produce efectos jurídicos en ese otro Estado miembro antes de que se expida una declaración de reconocimiento y/o ejecutoriedad una vez concluido el procedimiento previsto a tales efectos?
- 5) Cuando una resolución del órgano jurisdiccional por la que se ordena el acogimiento residencial de un menor durante un período determinado en un establecimiento de otro Estado miembro con arreglo al artículo 56 del Reglamento n° 2201/2003 se renueva por un período concreto, ¿debe obtenerse de nuevo, con cada renovación, la aprobación del otro Estado miembro prevista en el artículo 56?
- 6) Cuando una resolución del órgano jurisdiccional por la que se ordena el acogimiento residencial de un menor durante un período determinado en un establecimiento de otro Estado miembro con arreglo al artículo 56 del Reglamento n° 2201/2003 se renueva por un período concreto, ¿debe ser reconocida y/o declarada ejecutiva de nuevo en ese otro Estado miembro con cada renovación?»

8. Mediante otra resolución de idéntica fecha, el órgano jurisdiccional remitente solicitó al Tribunal de Justicia que el asunto se tramitase conforme al procedimiento de urgencia previsto en el artículo 104 *ter* del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia. El 29 de febrero de 2012, la Sala Segunda del Tribunal de Justicia acordó tramitar la presente petición de decisión prejudicial mediante el procedimiento de urgencia.

9. En la fase escrita del procedimiento ante el Tribunal de Justicia han presentado observaciones el HSE, S. C., representada por su tutora *ad litem*, A. C., el Gobierno irlandés y la Comisión. Todos ellos, así como los Gobiernos alemán y del Reino Unido, intervinieron en la vista oral, celebrada el 26 de marzo de 2012.

IV. Apreciación jurídica

A. Primera cuestión prejudicial: ámbito material de aplicación del Reglamento n° 2201/2003

10. La High Court of Ireland desea saber, en primer lugar, si también está comprendida en el ámbito de aplicación del Reglamento n° 2201/2003 una resolución judicial que, con el objetivo de proteger a un menor de posibles autolesiones, dispone su ingreso en un establecimiento que, en régimen de privación de libertad, dispensa cuidados terapéuticos y educativos.

11. El ámbito material de aplicación del Reglamento n° 2201/2003 está regulado en su artículo 1. Según el artículo 1, apartado 1, letra b), del Reglamento, éste se aplica, con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional, a las materias civiles relativas a la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental.

12. Con arreglo al artículo 2, número 7, del Reglamento, el término «responsabilidad parental» incluye, en particular, los derechos de custodia, entre los que, según el artículo 2, número 9, se cuenta el derecho a decidir sobre el lugar de residencia del menor. De conformidad con el artículo 2, número 8, se entenderá por titular de la responsabilidad parental «cualquier persona que tenga la responsabilidad parental sobre un menor». Por lo tanto, carece de relevancia el hecho de que, como en el presente asunto, los padres no tengan los derechos de custodia.

13. Según el artículo 1, apartado 2, letra d), del Reglamento, las materias civiles relativas a la responsabilidad parental se refieren en particular al acogimiento del menor en una familia o en un establecimiento.

14. El Tribunal de Justicia ya ha declarado, por un lado, que el concepto de materias civiles debe entenderse en el sentido de que también puede englobar aquellas medidas de protección del menor que, según el Derecho interno de un Estado miembro, están sometidas al Derecho público.⁶ Por otro lado, el Tribunal de Justicia ha declarado que, si bien el Reglamento no se pronuncia expresamente al respecto, la guarda de un menor, como medida tuitiva, entra dentro del ámbito de aplicación del Reglamento.⁷ Se hizo eco al respecto expresamente de la tesis defendida por un Estado miembro, a saber, que una resolución que impone la guarda de un menor puede incluso, en determinadas circunstancias, privar a este último de su libertad.⁸ El Tribunal de Justicia aún no ha tenido oportunidad de analizar la cuestión de si el acogimiento en régimen de privación de libertad está comprendido en el ámbito de aplicación del Reglamento.

15. El término «establecimiento» empleado en el artículo 1, apartado 2, letra d), del Reglamento designa un centro en el que el menor reside y es atendido pedagógicamente. El sentido natural del término permite incluir asimismo aquellos centros en los que, como medida de protección, se ingresa al menor en régimen de privación de libertad.

16. Las excepciones al ámbito de aplicación del Reglamento se regulan en el artículo 1, apartado 3. Según la letra g), este Reglamento no se aplicará a las medidas adoptadas a consecuencia de infracciones penales cometidas por los menores. De esta excepción se infiere, *a contrario sensu*, que el legislador de la Unión entiende que también el acogimiento en régimen cerrado está, en principio, comprendido en el ámbito de aplicación del Reglamento. Sólo así se explica que considere necesario precisar que el Reglamento no regula las sanciones impuestas en virtud del Derecho penal de menores, entre las que pueden figurar, en particular, las penas privativas de libertad.

17. En apoyo de esta tesis puede invocarse el Informe Explicativo del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996,⁹ relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños (Convenio para la protección de los niños),¹⁰ preparado por Paul Lagarde. En el marco de la génesis y la interpretación sistemática del Reglamento n° 2201/2003, dicho Informe puede servir de orientación para interpretar las correspondientes disposiciones del Reglamento. En efecto, las disposiciones relativas al derecho de custodia recogidas en el Reglamento están basadas en los trabajos preparatorios del Convenio para la protección de los niños y reflejan en gran medida tales trabajos,¹¹ también en relación con las disposiciones sobre el ámbito de aplicación, cuya interpretación interesa en el presente asunto.¹² Por tanto, en la medida de lo posible, procede interpretar las disposiciones del Reglamento y las correspondientes disposiciones del Convenio de forma idéntica, con el fin de evitar, entre otras cosas, que se llegue a conclusiones diferentes dependiendo de si se está ante un caso que guarda relación con otro Estado miembro o con un Estado tercero.¹³

6 — Sentencias del Tribunal de Justicia de 27 de noviembre de 2007, C (C-435/06, Rec. p. I-10141), apartado 53, y de 2 de abril de 2009, A (C-523/07, Rec. p. I-2805), apartado 27.

7 — Sentencia C., citada en la nota 6 *supra*, apartados 25 a 36.

8 — Sentencia C, citada en la nota 6 *supra*, apartado 43.

9 — En lo sucesivo, «Informe Lagarde», cuya versión española puede consultarse en <http://hcch.e-vision.nl/upload/exp134s.pdf>.

10 — Su traducción al español está disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya: <http://hcch.e-vision.nl/upload/text34s.pdf>.

11 — Véase al respecto Pirrung, J.: «Auslegung der Brüssel II a-Verordnung in Sorgerechtssachen», *Festschrift für Jan Kropholler*, 2008, pp. 399, 407.

12 — Según el artículo 3, letra e), del Convenio para la protección de los niños, las medidas pueden referirse a la colocación del menor en una familia de acogida o en un establecimiento, o su protección legal mediante *kafala* o mediante una institución análoga. Según el artículo 4, letra i), del Convenio para la protección de los niños, se excluyen de su ámbito de aplicación las medidas adoptadas como consecuencia de infracciones penales cometidas por los niños.

13 — O con Dinamarca, donde el Reglamento n° 2201/2003 no se aplica. Véanse al respecto también mis conclusiones de 20 de septiembre de 2007, presentadas en el asunto C. (sentencia citada en la nota 6 *supra*), punto 50.

18. Según el Informe Lagarde, las medidas de acogimiento de un niño en una familia o en un establecimiento constituyen medidas típicas de protección. Dichas medidas están evidentemente cubiertas por el Convenio, salvo exclusión *expresa*, como el internamiento como consecuencia de una infracción penal cometida por el niño.¹⁴ El Convenio versa sobre la protección de la infancia, por lo que únicamente deben excluirse las medidas adoptadas en virtud del Derecho penal de menores.¹⁵

19. También en lo que respecta al Reglamento n° 2201/2003 procede afirmar que toda decisión que afecte a la responsabilidad parental debe estar comprendida dentro del ámbito de aplicación del Reglamento, siempre que no resulte aplicable una de las excepciones previstas en el artículo 1, apartado 3.¹⁶ Por lo tanto, a la luz del tenor, de la génesis y del contexto del Reglamento, el acogimiento en régimen de internamiento que haya sido ordenado como medida de protección del menor en casos de comportamiento autolesivo o suicida y que prevea una asistencia pedagógica y terapéutica está comprendido en el ámbito de aplicación de dicho Reglamento.

20. Esta interpretación se corresponde asimismo con el objetivo del Reglamento, recogido en su quinto considerando,¹⁷ según el cual el Reglamento debe aplicarse a todas las resoluciones en materia de responsabilidad parental, a fin de garantizar la igualdad de trato de todos los menores.

21. Habida cuenta de que la protección del menor puede exigir su acogimiento en un establecimiento en régimen cerrado y de que el Reglamento pretende garantizar la igualdad de trato de todos los menores en relación con las resoluciones en materia de responsabilidad parental, resulta imposible explicar por qué precisamente las resoluciones que ordenen el acogimiento en un establecimiento en régimen cerrado deberían quedar excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento. En definitiva, este tipo de acogimiento es el que supone una mayor injerencia en los derechos fundamentales del menor afectado. Especialmente en esta delicada materia es determinante que el Reglamento regule de manera uniforme la competencia judicial, concebida en función del interés superior del menor,¹⁸ así como el reconocimiento y la ejecución de dichas resoluciones.

22. Por último, la inclusión también evita problemas de delimitación en los casos concretos, toda vez que, por regla general, las diferentes modalidades de acogimiento se suceden sin solución de continuidad. El acogimiento en un establecimiento en régimen cerrado siempre constituirá la *ultima ratio* y se ordenará por el tiempo estrictamente necesario. En su caso, una vez concluido dicho período de internamiento, el menor permanecerá alojado en el mismo establecimiento pero sin restricción de libertad. Así sucede también en el procedimiento principal: se prevé que el acogimiento de S. C. en régimen de privación de libertad se prolongue sólo durante el tiempo estrictamente necesario, y que, tras la pronta flexibilización de esta medida, permanezca en el mismo establecimiento. Únicamente una normativa que someta las resoluciones relativas a todo tipo de acogimiento a unas reglas uniformes en materia de competencia y reconocimiento puede garantizar en este contexto el interés superior del menor. La exclusión del ámbito de aplicación del Reglamento del acogimiento en un establecimiento en régimen cerrado podría tener como consecuencia competencias jurisdiccionales divergentes en función del tipo de acogimiento, algo que no sería razonable.

23. En consecuencia, procede responder a la primera cuestión prejudicial que en el ámbito material de aplicación del Reglamento n° 2201/2003 también está comprendida una resolución que, para proteger al menor, ordena su acogimiento en régimen de privación de libertad en un establecimiento de otro Estado miembro.

14 — Informe Lagarde, citado en la nota 9 *supra*, apartado 23.

15 — Informe Lagarde, citado en la nota 9 *supra*, apartado 35.

16 — Véanse también mis conclusiones presentadas en el asunto C, citadas en la nota 13 *supra*, punto 43.

17 — En este sentido, véase la sentencia C, citada en la nota 6 *supra*, apartados 48 y ss.

18 — Véase el duodécimo considerando del Reglamento.

B. *Segunda cuestión prejudicial: Requisito de la aprobación previa de la autoridad competente*

24. Mediante su segunda cuestión, el órgano jurisdiccional remitente desea saber qué obligaciones se derivan del artículo 56 del Reglamento n° 2201/2003 para un acogimiento de este tipo en relación con la naturaleza del procedimiento de consulta y de aprobación.

25. De la información recogida en la resolución de remisión se infiere el contexto en el que se enmarca esta cuestión.

26. El órgano jurisdiccional remitente señala que le fue imposible determinar claramente la autoridad competente en el Reino Unido a efectos de la aprobación prevista en el artículo 56, apartado 2, del Reglamento. Según indica, el Official Solicitor (Ministerio Fiscal) y la Central Authority for England and Wales (autoridad central para Inglaterra y Gales)¹⁹ remitieron en un primer momento la comunicación del «centro privado» en la que éste informaba de que podía acoger a S. C. Posteriormente, en una declaración jurada presentada ante la High Court, un funcionario de la autoridad central para Inglaterra y Gales señaló que ésta no era la autoridad competente a los efectos del artículo 56 y que no había ninguna autoridad competente a los efectos del Reglamento. A la luz de estos hechos, el órgano jurisdiccional remitente parte de que únicamente obraba en autos la aprobación del «centro privado» que debía acoger a S. C. y que dicho centro es, al parecer, la autoridad competente.

27. Por el contrario, preguntado al respecto en la vista oral, el Gobierno del Reino Unido declaró que el establecimiento en el que la menor fue acogida no es un centro privado, sino que pertenece a la ciudad de Peterborough, que lo gestiona, y que es, por tanto, un establecimiento público. En principio, una petición de decisión prejudicial debe responderse sobre la base de las apreciaciones de hecho de las que parte el órgano jurisdiccional remitente en su resolución de remisión. Con todo, una respuesta adecuada a la segunda cuestión planteada por el órgano jurisdiccional también habrá de dilucidar, a la luz de las indicaciones hechas por el Reino Unido, si la aprobación del establecimiento estatal satisface las exigencias del artículo 56, apartado 2, del Reglamento.

1. Establecimiento como autoridad competente

28. Según el artículo 56, apartado 2, del Reglamento, la resolución sobre el acogimiento de un menor sólo podrá adoptarse en el Estado miembro requirente cuando la *autoridad competente* del Estado requerido haya aprobado dicho acogimiento. El artículo 56, apartado 1, del Reglamento regula un procedimiento previo de consulta, con arreglo al cual, cuando el órgano jurisdiccional competente considere el acogimiento del menor en el extranjero, consultará previamente a la autoridad central o a otra autoridad competente del Estado miembro de acogida.

29. El concepto de «autoridad competente» empleado en el artículo 56, apartado 2, del Reglamento debe entenderse como un término genérico que agrupa los conceptos de «autoridad central» o «autoridad competente» empleados en el apartado 1 del mencionado artículo. En efecto, de la expresión «o a otra autoridad competente» se infiere que la autoridad central es asimismo una autoridad competente.

30. La génesis de esta disposición corrobora esta interpretación. En anteriores Proyectos del Reglamento, en el apartado 2, paralelamente a los términos empleados en el apartado 1, también se aludía a la

19 — Ésta es el Lord Chancellor, quien delegó esta función en la International Child Abduction and Contact Unit (ICACU). En la web de la Comisión Europea también figura la ICACU como autoridad central para Inglaterra y Gales; véase http://ec.europa.eu/justice_home/judicialatlascivil/html/rc_jmm_centralauthorities_uk_en.htm. Según se desprende de la información publicada en la web del Reino Unido, la ICACU está incardinada en el Official Solicitor.

autoridad central o a otra autoridad competente.²⁰ No fue sino en una fase más tardía del procedimiento legislativo cuando se eliminó en el apartado 2 la mención de la autoridad central.²¹ De la documentación relativa a las deliberaciones del Consejo no se infiere que con la supresión de la mención de la autoridad central en el apartado 2 se pretendiese llevar a cabo una modificación del contenido de la disposición.

31. Según el artículo 56 del Reglamento, la aprobación deberá darla la autoridad central u otra autoridad competente en la materia. Habida cuenta de que, con arreglo al artículo 53, cada Estado miembro debe designar una o varias autoridades centrales, el sistema del Reglamento permite descartar que no exista ninguna autoridad competente en el sentido del artículo 56, apartado 2.²² El artículo 53 impone a una autoridad central incompetente el deber de dar traslado del asunto a la autoridad (central) competente.

32. Queda por examinar si el establecimiento privado o estatal en el que está previsto que tenga lugar el acogimiento de la menor también puede ser una autoridad competente en el sentido del artículo 56, apartado 2, del Reglamento.

33. El artículo 56, apartado 3, del Reglamento dispone que los procedimientos de aprobación y consulta contemplados en los apartados 1 y 2 se registrarán por el Derecho nacional del Estado miembro requerido. Ahora bien, la cuestión de si un establecimiento privado que debe acoger al menor también puede ser la autoridad competente en el sentido del artículo 56 no es una cuestión relativa a la regulación de la aprobación, sino una decisión de principio que afecta a la aprobación en sí misma. Esta cuestión no puede dilucidarse con arreglo al Derecho nacional de los Estados miembros, sino que, en virtud de la aplicación uniforme del Derecho de la Unión y del principio de igualdad, debe ser dilucidada de manera autónoma con arreglo al Derecho de la Unión.²³

34. En la versión en lengua alemana, el empleo de la expresión «Behörde» evidencia la exigencia de la aprobación de un organismo *estatal*. En otras versiones lingüísticas del Reglamento también se emplean conceptos de los que se infiere el carácter estatal del organismo que debe dar la aprobación: «autorité compétente», en la versión en lengua francesa, y «competent authority», en la versión en lengua inglesa. En estas versiones lingüísticas también se pone de manifiesto la exigencia de la participación de un organismo estatal en relación con el último inciso del apartado 1 del artículo 56 del Reglamento, en el que se menciona la intervención de una autoridad pública («autorité publique», «public authority») para los casos internos similares.

35. Del tenor del artículo 56 ya se desprende que la aprobación dada por el establecimiento privado que debe acoger al menor no es suficiente. Dicho tenor no es tan evidente respecto a la cuestión de si la aprobación de un establecimiento estatal satisface las exigencias del artículo 56, apartado 2, del Reglamento. En un sentido amplio, el concepto de autoridad también incluiría un centro de acogida estatal.

36. El sentido y la finalidad de la exigencia de aprobación del acogimiento confirman que la aprobación dada por el establecimiento que debe acoger al menor —independientemente de que se trate de un centro privado o estatal— no constituye una aprobación válida en el sentido del artículo 56, apartado 2, del Reglamento. Dicha exigencia se clarifica acudiendo al Informe Lagarde, explicativo del Convenio para la protección de los niños, cuyo artículo 33, apartado 2, recoge una disposición en materia de acogimiento de los niños que se corresponde con el artículo 56 del Reglamento n° 2201/2003. Dicha disposición exige igualmente la aprobación previa del Estado

20 — Véase el Documento del Consejo n° 8281/03, de 30 de abril de 2003, p. 29.

21 — Documento del Consejo n° 12992/03, de 29 de septiembre de 2003, p. 37. En la versión italiana se hace incluso mención del organismo central: «l'autorità centrale o un'altra autorità competente dello Stato richiesto».

22 — Salvo la excepción regulada en el último inciso del apartado 1, cuyo examen abordaré en el punto 48 de la presente opinión.

23 — Véanse al respecto las sentencias del Tribunal de Justicia de 17 de julio de 2008, Kozłowski (C-66/08, Rec. p. I-6041), apartado 42, y de 14 de febrero de 2012, Flachglas Torgau (C-204/09), apartado 37.

receptor.²⁴ El Informe Lagarde expone al respecto que con esta consulta previa se pretende regular por adelantado las condiciones de estancia del niño en el país de recepción, particularmente en relación con las leyes sobre inmigración en vigor en dicho Estado²⁵ o incluso el reparto de los gastos ocasionados por la ejecución del acogimiento.²⁶

37. Por tanto, el requisito de la aprobación tiene por objeto aclarar previamente y en la medida de lo posible todas las cuestiones relacionadas con el acogimiento del menor en el Estado miembro de acogida, antes de que éste se produzca. Atendiendo a esta finalidad, también se pretende evitar, en aras del interés superior del menor, que una vez efectuado el acogimiento del menor se aprecie la existencia de algún obstáculo administrativo o de otra naturaleza que, en el peor de los casos, hagan necesario el regreso del menor.

38. No sería acorde con el régimen previsto en el Reglamento nº 2201/2003 que el Estado de recepción examinase nuevamente si el acogimiento se corresponde con el interés superior del menor. Al fin y al cabo, el órgano jurisdiccional que ordena el acogimiento ya efectuó dicho examen en virtud de la competencia que le otorga para ello el Reglamento. No obstante, las autoridades del Estado miembro de acogida podrán manifestar sus reticencias cuando, a su juicio, puedan existir dificultades desde el punto de vista de su *ordre public*, que, con arreglo al artículo 23 del Reglamento, siempre podrá oponerse al reconocimiento y ejecución de una resolución de acogimiento. Además, el procedimiento de consulta y aprobación permite que la autoridad del Estado en que debe efectuarse el acogimiento señale la posible existencia de problemas concretos relativos al establecimiento seleccionado. Es razonable suponer que, por regla general, la autoridad del Estado de recepción conoce los centros de acogida situados en su territorio mejor que el órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen que ordena la medida. Y, por último, pero no menos importante, el requisito de la aprobación pretende garantizar que las autoridades competentes tengan conocimiento temprano de que está previsto el acogimiento de un menor en su territorio, a fin de que ello no se lleve a cabo al margen de las posibilidades de control de los organismos oficiales.

39. El objetivo perseguido con el requisito de la aprobación no se cumple cuando la aprobación la da el mismo centro *privado* en el que está previsto acoger al menor. En efecto, el establecimiento privado no está facultado para emitir con carácter vinculante ninguna declaración relativa a aspectos administrativos del acogimiento a la que más tarde deba atenerse el Estado de recepción. Ciertamente, un establecimiento *estatal* podría satisfacer este extremo del requisito de la aprobación. Sin embargo, incluso cuando se trata de un establecimiento estatal, el aspecto relativo al control de los problemas relacionados con el centro de acogida concretamente seleccionado impide considerar suficiente la aprobación dada por el propio centro. El sentido y la finalidad del requisito de la aprobación exigen, por tanto, que la aprobación la dé una autoridad estatal que no puede ser el propio establecimiento de acogida. El hecho de que la autoridad competente gestione o dirija un establecimiento no supone ningún obstáculo, pero deberá garantizarse que la decisión sobre la aprobación sea una decisión independiente de la autoridad competente. Por supuesto, al tomar su decisión, esta autoridad estatal puede y debe tener en cuenta la valoración hecha por parte del establecimiento que debe acoger al menor, pero dicha valoración no puede reemplazar la aprobación de la autoridad.

40. En el procedimiento ante el Tribunal de Justicia, el Reino Unido ha declarado que, en Inglaterra, la autoridad competente en el sentido del artículo 56, apartado 2, del Reglamento es la autoridad local en cuya circunscripción administrativa está situado el establecimiento que debe acoger al menor.²⁷ En el presente asunto, esta autoridad es el Peterborough City Council.

24 — Artículo 33, apartado 2, del Convenio para la protección de los niños: «El Estado requirente sólo puede adoptar la decisión sobre la colocación o el acogimiento si la Autoridad Central u otra autoridad competente del Estado requerido ha aprobado esta colocación o este acogimiento, teniendo en cuenta el interés superior del niño.»

25 — En el contexto del Reglamento, esto sólo puede aplicarse sin perjuicio del derecho de residencia derivado de la ciudadanía de la Unión.

26 — Informe Lagarde, citado en la nota 9 *supra*, apartado 143.

27 — La «relevant local authority». En caso de acogimiento de menores de trece años en régimen cerrado, la aprobación debe ser autorizada por el Secretary of State for Education.

41. De los autos remitidos al Tribunal de Justicia se desprende que, en respuesta a la petición del órgano jurisdiccional remitente de una aprobación en el sentido del artículo 56, apartado 2, del Reglamento, la autoridad central envió en un primer momento un escrito de la persona responsable del equipo de dirección del establecimiento en el que debía acogerse a la menor. En el membrete de dicho escrito figuraban tanto el City Council como el nombre del establecimiento.²⁸ El Reino Unido declaró que el doble membrete se debía al hecho de que la gestión del establecimiento incumbía al Peterborough City Council. Sin embargo, de los autos también se desprende que, más tarde, la autoridad central envió a las autoridades irlandesas otro escrito más preciso remitido por el establecimiento, en cuyo membrete sólo figuraba el nombre del establecimiento.²⁹

42. El órgano jurisdiccional remitente deberá dilucidar con carácter definitivo si en el presente asunto existía una decisión del Peterborough City Council o únicamente una decisión del establecimiento que debía acoger a la menor.

2. Consecuencias de la falta de aprobación de la autoridad competente

43. Por tanto, a continuación habrá de examinarse qué consecuencias se derivan del hecho de que la autoridad competente no haya dado su aprobación, en caso de confirmarse este extremo en el litigio principal.

44. Según el artículo 56, apartado 2, del Reglamento n° 2201/2003, la resolución sobre el acogimiento sólo podrá adoptarse cuando la autoridad competente del Estado miembro de acogida haya aprobado dicho acogimiento. Por tanto, la aprobación debe obrar en los autos *antes* de que el órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen adopte su resolución sobre el acogimiento. El carácter obligatorio de la aprobación se ve reforzado por el hecho de que el artículo 23, letra g), dispone que las resoluciones sobre responsabilidad parental no se reconocerán ni se declararán ejecutivas si no se ha respetado el procedimiento previsto en el artículo 56.

45. En principio, estoy de acuerdo con la Comisión en que la aprobación es condición previa de la resolución judicial sobre el acogimiento, como se deduce también necesariamente del sentido y la finalidad del requisito de la aprobación anteriormente expuesto. La previa determinación de los motivos que se oponen al acogimiento persigue evitar precisamente una situación en la que más tarde pudiera imponerse la necesidad del regreso del menor.

46. No obstante, en un caso excepcional como el del presente asunto, caracterizado por la existencia de declaraciones contradictorias de la autoridad central, cabe considerar la posibilidad de que, excepcionalmente, la aprobación se recabe *a posteriori*. Al fin y al cabo, el juez remitente realizó un gran esfuerzo para recabar la aprobación, y, además, en el presente asunto no es que no hubiese ninguna aprobación, sino que, en un primer momento, la autoridad central del Reino Unido remitió una aprobación, pero, más tarde precisó que ella no era la autoridad competente. Este hecho no significa que la autoridad central se haya opuesto al acogimiento. En este caso sería contrario al interés superior de la menor incoar un nuevo procedimiento de ordenación del acogimiento para, una vez recabada válidamente la aprobación y transcurrido un tiempo considerable, volver a ordenar el acogimiento.

47. Por este motivo, en tal supuesto excepcional en el que el juez que ordena el acogimiento, a pesar de sus esfuerzos, sólo obtiene una autorización que más tarde resulta no ser suficiente en el sentido del artículo 56, apartado 2, del Reglamento, parece justificado permitir que la aprobación se recabe *a posteriori*.³⁰ El reconocimiento de esta restringida admisión de una aprobación posterior no entraña ningún riesgo de elusión del requisito de la aprobación.

28 — Escrito de 21 de octubre de 2011.

29 — Escrito de 7 de noviembre de 2011.

30 — Véase en este sentido la sentencia de 9 de noviembre de 2010, Purrucker (C-296/10, Rec. p. I-11163), apartados 82 y 86.

48. Por su parte, al examinar la aprobación ulteriormente recabada, la autoridad competente en el Reino Unido deberá tener en cuenta que el hecho de que se ordenase el acogimiento de la menor en el Reino Unido sin haber recabado una aprobación suficiente también se debe a las equívocas declaraciones efectuadas por la autoridad central del Reino Unido, a la que, en realidad, según el artículo 53 del Reglamento, incumbía el deber de transmitir la solicitud a la autoridad competente. Ello implica que, en el presente asunto, en aras de salvaguardar el interés superior de la menor, sólo cabrá denegar la aprobación exigida por el artículo 56 del Reglamento n° 2201/2003 si existen importantes razones de peso que se opongan a la misma.

3. Otras exigencias impuestas al procedimiento de aprobación

49. En un pasaje de su resolución de remisión, el órgano jurisdiccional remitente alude asimismo a la cuestión de la información que el órgano jurisdiccional requirente debe facilitar a la autoridad competente del Estado miembro de acogida a efectos del examen de la aprobación. En sus observaciones, varias partes en el procedimiento también se han pronunciado sobre otras exigencias que deben imponerse al procedimiento de aprobación.

50. A este respecto, cabe afirmar que, según el artículo 56, apartado 3, del Reglamento, el procedimiento de aprobación se regirá por el Derecho nacional del respectivo Estado miembro. Ahora bien, el principio de eficacia impone a los Estados miembros el deber de fijar normas y procedimientos claros para la aprobación prevista en el artículo 56, con el fin de garantizar la seguridad jurídica y la celeridad. Según el artículo 53, la autoridad central no competente deberá transmitir la comunicación a la autoridad competente. En consecuencia, la autoridad central que se limite a comunicar al órgano jurisdiccional requirente que es incompetente, sin mencionar la autoridad realmente competente, incumple los deberes que le incumben según el Reglamento puesto que toda dilación e imprecisión en la búsqueda de la autoridad competente suponen un retraso innecesario de la ordenación del acogimiento y, por ende, son contrarios al interés superior del menor garantizado por el Reglamento.

51. Considero que en el presente asunto no procede extenderse en más razonamientos sobre la cuestión de si el Derecho de la Unión impone requisitos adicionales al procedimiento de aprobación, relativos, por ejemplo, a la documentación que debe presentarse. Nada indica que esta cuestión haya sido planteada en el marco del procedimiento principal. De las indicaciones hechas en la resolución de remisión se infiere que la única cuestión que suscitaba dudas era si un establecimiento privado podía considerarse autoridad competente en el sentido del artículo 56, apartado 2, del Reglamento. Cabe recordar, en este contexto, que, precisamente en el marco de un procedimiento prejudicial de urgencia, en el que la posibilidad de intervención de los Estados miembros se limita a la vista oral,³¹ el Tribunal de Justicia debería ser cauteloso al apreciar la pertinencia de las cuestiones prejudiciales.

52. En el marco del presente asunto tampoco procede dilucidar cuándo puede prescindirse de la aprobación prevista en el artículo 56, apartado 2, del Reglamento, con arreglo al artículo 56, apartado 1, último inciso. Según el artículo 56, apartado 1, el deber de *consulta* no rige cuando el Derecho interno del Estado de acogida no prevé la intervención de una autoridad pública para aquellos casos internos de acogimiento de menores que sean similares. En el artículo 56, apartado 2, no está prevista ninguna excepción semejante al requisito de la *aprobación*. Del texto del Reglamento no se desprende claramente si —en particular en los casos de acogimiento residencial—, igual que ocurre con la excepción al deber de *consulta* recogida en el apartado 1, tampoco es aplicable la exigencia de *aprobación* cuando no esté prevista la intervención de una autoridad para los casos internos de acogimiento de menores. En cualquier caso, considero que, en relación con el acogimiento residencial de un menor, suponiendo —algo poco probable— que el Derecho de un Estado miembro permita ordenar esta medida sin la intervención de una autoridad pública, no pienso que pueda aceptarse la

31 — Salvo el Estado miembro del órgano jurisdiccional que remite la petición de decisión prejudicial.

supresión del deber de aprobación. A mi juicio, el Reglamento tampoco pretendió permitir dicha supresión porque, de ser así, hubiera establecido, como mínimo, un deber de información a la autoridad competente como el previsto en el apartado 4 para los casos de acogimiento del menor en una familia.

53. Sin embargo, en el asunto de autos, tal como ha declarado el Reino Unido, preguntado al respecto, y como cabía esperar para la medida de acogimiento en un establecimiento en régimen cerrado, el Derecho del Reino Unido sí prevé la intervención de una autoridad pública o de un órgano jurisdiccional en los casos internos de acogimiento similares al controvertido en el presente procedimiento.

4. Conclusión parcial

54. Por lo tanto, procede responder a la segunda cuestión prejudicial que la aprobación de una autoridad pública estatal exigida por el artículo 56, apartado 2, del Reglamento n° 2201/2003 debe recabarse antes de adoptar la resolución de acogimiento. No basta la mera aprobación del establecimiento que debe acoger al menor. En los casos en los que posteriormente se ponga de manifiesto que, a pesar de los esfuerzos realizados, el juez que resuelve sobre el acogimiento no ha obtenido la aprobación de la autoridad competente y que esta deficiencia se debe a declaraciones equívocas o insuficientes de la autoridad central, deberá admitirse la aprobación recabada ulteriormente, sin necesidad de que se adopte una nueva orden de acogimiento.

C. Cuestiones prejudiciales tercera y cuarta

55. Mediante su tercera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente desea saber si una resolución que ordena el acogimiento de un menor en contra de su voluntad en un establecimiento, en régimen cerrado, situado en otro Estado miembro debe declararse ejecutiva en el Estado miembro de acogida antes de que tenga lugar el acogimiento efectivo del menor. El objeto de la cuarta cuestión prejudicial es determinar los efectos jurídicos que dicha orden de acogimiento despliega en el Estado de recepción antes de la declaración de ejecutoriedad.

1. Admisibilidad de las cuestiones prejudiciales

56. De la resolución de remisión se desprende que S. C. ya ha sido acogida en un establecimiento en Inglaterra en régimen cerrado, a pesar de que la resolución sobre el acogimiento aún no había sido declarada ejecutiva en este Estado miembro. Habida cuenta de que el acogimiento ya ha tenido lugar, el sentido de la tercera cuestión prejudicial ya no puede ser, en realidad, dilucidar si la declaración de ejecutoriedad debe preceder al acogimiento efectivo. Debe indicarse que, según información facilitada por el Reino Unido en el marco del procedimiento ante el Tribunal de Justicia, la orden de acogimiento adoptada en Irlanda ha sido entretanto registrada en Inglaterra, el 8 de marzo de 2012, a petición del HSE, y por ende, declarada ejecutiva. Por tanto, pueden suscitarse dudas acerca de la pertinencia de ambas cuestiones y, por tanto, de su admisibilidad.

57. No obstante, el plazo para la interposición de un recurso contra la declaración de ejecutoriedad no ha expirado aún. En cualquier caso, mientras dure este plazo, la cuarta cuestión prejudicial aún es pertinente. Dado que el órgano jurisdiccional remitente también ha señalado que adoptó la orden de acogimiento con carácter provisional y para cuatro semanas, prorrogables por períodos idénticos, para las resoluciones venideras se mantiene la pertinencia de la cuestión relativa a los efectos jurídicos de tal resolución a lo largo de todo el acogimiento de S. C. y hasta la conclusión de un procedimiento de exequátur. En este sentido, el órgano jurisdiccional remitente desea ante todo saber si —en el supuesto de que S. C. se fugase del centro— su resolución, en ausencia de declaración de ejecutoriedad, ofrece una base jurídica para la adopción de medidas coercitivas para ingresar a la

menor de nuevo en el centro. Por consiguiente, la cuestión de si una orden de acogimiento como la adoptada en el procedimiento principal precisa de la declaración de ejecutoriedad sigue siendo relevante para el órgano jurisdiccional remitente y, por tanto, es admisible. Y eso es lo que examinaré a continuación.

2. Requisito de la declaración de ejecutoriedad

58. El artículo 21 del Reglamento nº 2201/2003 establece el principio de que las resoluciones dictadas en un Estado miembro se reconocerán automáticamente en los demás Estados miembros.

59. El artículo 28 del Reglamento regula la declaración de ejecutoriedad. Según esta disposición, las resoluciones dictadas en un Estado miembro sobre el ejercicio de la responsabilidad parental con respecto a un menor que fueren ejecutivas en dicho Estado miembro y hubieren sido notificadas o trasladadas se ejecutarán en otro Estado miembro cuando, a instancia de cualquier parte interesada, se hayan declarado ejecutivas en este último Estado. Con arreglo al artículo 28, apartado 2, del Reglamento, en el Reino Unido, en lugar de dicha declaración de ejecutoriedad será necesario el registro de las resoluciones en Inglaterra y el País de Gales, en Escocia o en Irlanda del Norte, en función del lugar en el que deban ser ejecutadas. Esto no supone ninguna diferencia material respecto a la declaración de ejecutoriedad.

60. Una resolución mediante la cual se ordena el acogimiento en un establecimiento en régimen de privación de libertad constituye, como ya se ha expuesto anteriormente, una resolución sobre la responsabilidad parental. El carácter provisional de la orden de acogimiento controvertida no altera esta calificación.³² Dicha orden es ejecutiva, en el sentido de que tiene un contenido susceptible de ejecución.³³ En efecto, mediante su resolución, el juez remitente ha ordenado el acogimiento de S. C. en un establecimiento en régimen cerrado.³⁴

61. El procedimiento de declaración de ejecutoriedad («procedimiento de exequátur») es el procedimiento para permitir la ejecución forzosa de los títulos ejecutivos extranjeros.³⁵ Por consiguiente, frente al mero reconocimiento automático en virtud del artículo 21 del Reglamento, la declaración de ejecutoriedad —o, en su caso, el registro de una resolución— se exige cuando la resolución *debe ser ejecutada*. Por ejecución se entiende la *imposición mediante el poder coercitivo del Estado* del contenido de una resolución.

62. En el procedimiento principal, la menor se opone a la resolución judicial que ordenó su acogimiento en un establecimiento en régimen cerrado. Por tanto, para llevar a cabo el acogimiento, es necesario adoptar medidas de ejecución. Las circunstancias fácticas en las que se efectuó el traslado de S. C. desde Irlanda hasta el centro de acogida inglés confirman este extremo: tanto personal de la autoridad pública como funcionarios de la policía irlandesa acompañaron a S. C. en su vuelo a Londres, donde fue recogida por funcionarios de la policía británica que garantizó su transporte hasta el establecimiento en un vehículo de una empresa privada. Desde su llegada al centro, la menor se encuentra recluida en el mismo en contra de su voluntad.

32 — Véanse al respecto las conclusiones de la Abogada General Sharpston de 20 de mayo de 2010, presentadas en el asunto Purrucker (sentencia de 15 de julio de 2010, C-256/09, Rec. p. I-7353), puntos 132 y ss.

33 — En la doctrina se defiende la tesis de que incluso aquellas resoluciones en materia de derecho de custodia que carezcan de contenido susceptible de ejecución deberán, en su caso, ser declaradas ejecutivas, a fin de evitar medidas de autoejecución de una transmisión del derecho de custodia mediante el traslado del menor a otro Estado miembro sin haberse declarado la ejecutoriedad de dicha medida. Véase Th. Rauscher, en Th. Rauscher (ed.), *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, Kommentar Brüssel IIa-VO*, Múnich, 2010, artículo 28, marginal 8.

34 — Textualmente: «Orders that S. C., a Minor, be detained in the custody of the Director of [...]».

35 — Sobre el Convenio de Bruselas, véase la sentencia de 29 de abril de 1999, Coursier (C-267/97, Rec. p. I-2543), apartado 28.

63. El órgano jurisdiccional remitente también hace hincapié en el hecho de que, si S. C. se fugase del centro de acogida en el que se encuentra internada, se requeriría la asistencia de las autoridades del Reino Unido para, a fin de proteger a la menor, poder imponer coercitivamente el reingreso de S. C. en el establecimiento en contra de su voluntad. El órgano jurisdiccional remitente añade al respecto que, siempre que se recomiende desde un punto de vista pedagógico, S. C. deberá participar en excursiones organizadas por el establecimiento. Según indica, la participación de la menor en dichas actividades es decisiva para el éxito del programa, si bien va unida a un alto riesgo de fuga.

64. Todas estas medidas privativas y restrictivas de libertad implican una coerción directa con el objetivo de ejecutar la resolución sobre el acogimiento.

65. Es posible que estas medidas no sean en todos los ordenamientos jurídicos nacionales las clásicas medidas ejecutivas del Derecho Procesal Civil. No obstante, del mismo modo que el Tribunal de Justicia parte de una interpretación amplia del ámbito de aplicación del Reglamento e incluye las medidas de Derecho público,³⁶ de forma paralela también debe tomarse como base una amplia definición de los actos de ejecución como presupuesto de la necesidad de una declaración de ejecutoriedad. El artículo 47, apartado 1, del Reglamento, según el cual el procedimiento de ejecución se regirá por la ley del Estado miembro de ejecución, tampoco se opone a una determinación autónoma del concepto de ejecución en el marco del Derecho de la Unión. En efecto, aquí no se trata de cuestiones relativas al procedimiento de ejecución, sino de la determinación de los hechos que hacen necesario un procedimiento de declaración de ejecutoriedad. Este extremo debe regir con carácter uniforme en todo el territorio de la Unión.

66. El concepto de ejecución en este sentido incluye toda actuación realizada o legitimada por los poderes públicos con el objeto de cumplir una resolución en materia de responsabilidad parental.

67. A la luz de estas consideraciones, para imponer coercitivamente frente al menor el cumplimiento de una resolución por la que se ordena su acogimiento en régimen cerrado también es necesaria, en principio, una declaración de ejecutoriedad.

68. Con todo, el órgano jurisdiccional remitente y todas las partes del procedimiento principal expresan su preocupación por la dilación que conlleva la tramitación de un procedimiento de exequátur. Todos ellos resaltan la particular urgencia que impera en el asunto principal. Alegan que, ante la falta de posibilidades alternativas de acogimiento en Irlanda, sólo se planteó acoger a la menor en Inglaterra y que, dado el peligro acuciante de autolesión, no fue posible demorar más dicho acogimiento. Con esta argumentación se defiende, pues, que, dada la urgencia, y en aras del interés superior del menor, no puede supeditarse el efectivo acogimiento de la menor en el extranjero a la declaración de ejecutoriedad. A su juicio, la exigencia de una declaración de ejecutoriedad pone en peligro la efectividad de un acogimiento transfronterizo.

69. Los problemas prácticos inherentes al acogimiento transfronterizo de un menor con tal urgencia aducidos por el órgano jurisdiccional remitente existen realmente. Puedo entender, por tanto, las dudas expresadas por las partes del procedimiento. Además, también es evidente que, con frecuencia, los casos de acogimiento transfronterizo de menores se caracterizarán por su particular urgencia.

70. Es cierto que el artículo 31, apartado 1, del Reglamento n° 2201/2003 dispone que el órgano jurisdiccional deberá resolver en breve plazo sobre la declaración de ejecutoriedad. Preguntado al respecto, el Gobierno del Reino Unido ha declarado que esta resolución podría adoptarse en menos de una semana. Ahora bien, por otro lado, el artículo 33, apartado 5, del Reglamento prevé un plazo de un mes, o, en su caso, de dos meses, para la interposición de un recurso contra la declaración de ejecutoriedad.

36 — Sentencias C y A, citadas en la nota 6 *supra*.

71. Por sí mismas, las razones de especial urgencia no pueden justificar que se puedan llevar a cabo actos de ejecución en otro Estado miembro sobre la base de una orden de acogimiento en régimen cerrado que no ha sido declarada ejecutiva.

72. En efecto, precisamente por razones de urgencia el Reglamento n° 2201/2003 ha declarado explícitamente que dos tipos de resoluciones no requerirán ninguna declaración que les reconozca fuerza ejecutiva, a saber, las resoluciones relativas al derecho de visita,³⁷ por un lado, y las resoluciones que ordenen la restitución de un menor secuestrado,³⁸ por otro. La declaración de ejecutoriedad se sustituye, en cierta medida, por un certificado que en estos casos deberá acompañar a la sentencia para poder prescindir del procedimiento de exequátur. Mediante este certificado, el órgano jurisdiccional que dictó la sentencia acredita la observancia de las exigencias impuestas por el Reglamento, entre las cuales se encuentra, en particular, la audiencia del menor.

73. De la supresión del procedimiento de exequátur y la previsión del consiguiente certificado para los dos tipos concretos de resoluciones mencionadas se deduce, *a contrario sensu*, que respecto a las demás resoluciones sobre responsabilidad parental —incluidos los casos urgentes— el procedimiento de exequátur deberá tramitarse sin excepción. Si se pretendiese eliminar el procedimiento de exequátur también en relación con resoluciones de acogimiento por razones de urgencia, ni siquiera se dispondría, en sustitución del mismo, de un certificado del órgano jurisdiccional que ha tomado la decisión.

74. Una ejecución fuera del Estado miembro en el que se dictó la resolución sin que se haya declarado la fuerza ejecutiva de esta última entrañaría asimismo considerables problemas prácticos. Los órganos ejecutivos nacionales apenas podrían evaluar la resolución extranjera que les ha sido presentada y, en particular, tampoco podrían examinar las condiciones de la ejecutoriedad de la resolución ni determinar la naturaleza y el alcance de la ejecución que deben llevar a cabo. Precisamente la eliminación de estas incertidumbres fue uno de los motivos por los que el Reglamento introdujo el procedimiento de declaración de ejecutoriedad. En el procedimiento principal, es posible que, habida cuenta de la similitud de los ordenamientos jurídicos afectados y de la coincidencia del idioma, estas dificultades prácticas de la ejecución sin declaración previa de ejecutoriedad no resulten evidentes, pero esta misma cuestión de la necesidad de una declaración de ejecutoriedad también puede plantearse, por supuesto, en otras situaciones en las que los órganos de ejecución se ven confrontados con la aplicación de un título que les es totalmente ajeno.

75. Por consiguiente, las razones de urgencia no pueden fundamentar una excepción al requisito de la declaración de ejecutoriedad.

76. La tutora *ad litem* de S. C. ha aducido otro argumento en contra de una declaración de ejecutoriedad de la resolución controvertida. A su juicio, el Reglamento no prevé con carácter general la necesidad de que una medida coercitiva ejercida frente a un menor deba ser declarada ejecutiva, sino que dicha declaración de ejecutoriedad únicamente es necesaria cuando se trata de la imposición coercitiva de medidas frente a adultos. La tutora *ad litem* señala que, en el litigio principal, tanto el HSE como la madre de la menor, también parte en el procedimiento, están de acuerdo con la orden de acogimiento de la menor. En la vista, el Gobierno alemán se ha pronunciado en términos similares, alegando que, a su juicio, las medidas ejercidas en contra de la voluntad de un menor en cumplimiento de una resolución no equivalen a una ejecución.

77. No cabe duda de que el supuesto clásico evocado cuando se trata de la ejecución de resoluciones relativas a la responsabilidad parental es aquél en el que uno de los progenitores solicita la ejecución de una resolución contra el otro progenitor. Sin embargo, el Reglamento también comprende en su ámbito de aplicación las resoluciones dictadas en materia de acogimiento de menores. El Reglamento

37 — Artículos 40, apartado 1, letra a), y 41 del Reglamento.

38 — Artículos 40, apartado 1, letra b), y 42 del Reglamento.

no contiene ningún indicio que permita presumir que estas últimas resoluciones no quedan supeditadas al requisito de la declaración de ejecutoriedad cuando deban imponerse en contra de la voluntad del propio menor.

78. En el certificado que debe expedirse con arreglo al artículo 39 del Reglamento, el órgano jurisdiccional remitente señala como parte demandada a la autoridad central y al Peterborough City Council. En el mismo sentido, la tutora *ad litem* de S. C. considera que la resolución no contempla ninguna actuación u omisión contra la menor, sino que está dirigida al establecimiento que debe llevar a cabo el acogimiento. No obstante, la resolución que ordena el acogimiento impone a S. C. el deber de aceptar el traslado al centro de acogida y su permanencia en él.

79. Ahora bien, el cumplimiento coercitivo de una orden de acogimiento en régimen cerrado afecta al derecho fundamental a la libertad de la persona que debe someterse al acogimiento, derecho que el artículo 6 de la Carta de los Derechos Fundamentales reconoce a «toda persona» y, por ende, también a un menor de edad.³⁹ La tesis de que un cumplimiento coercitivo de una orden de acogimiento contra la voluntad de un menor no requiere una declaración de ejecutoriedad supondría admitir, en definitiva, que los actos de ejecución realizados contra la voluntad de un menor no requieren la base jurídica de la declaración de ejecutoriedad prevista, en principio, para la ejecución y cuya finalidad es justificar la injerencia en el derecho a la libertad e incorporar una resolución extranjera al ordenamiento jurídico del Estado donde debe ejecutarse. Ello implicaría considerar al menor un mero objeto del poder coercitivo estatal.

80. Esta interpretación no sería compatible con los derechos fundamentales del menor. Del trigésimo tercer considerando del Reglamento se desprende, sin embargo, que éste reconoce los derechos fundamentales y observa los principios consagrados en la Carta, así como que pretende garantizar, en particular, el respeto de los derechos fundamentales del menor enunciados en el artículo 24 de ésta.⁴⁰

81. Un acogimiento con privación de libertad, como el ordenado en la resolución en materia de responsabilidad parental controvertida en el presente asunto, y su cumplimiento coercitivo suponen una injerencia particularmente grave en los derechos de un menor. Si se considerase que en el presente asunto puede prescindirse de la declaración de ejecutoriedad, las medidas coercitivas adoptadas con la finalidad de cumplir la orden de acogimiento se apoyarían únicamente en el reconocimiento de la resolución previsto en el artículo 21 del Reglamento. Ello supondría además, como ha alegado acertadamente la Comisión, imponer al menor o, en su caso, a su tutor *ad litem*, el deber de solicitar, con arreglo al artículo 21, apartado 3, que se resuelva sobre el reconocimiento o no reconocimiento de una resolución, a fin de despojar de base jurídica a las medidas de ejecución. Este planteamiento no tendría suficientemente en cuenta los intereses del menor en tal situación.

82. Finalmente, el artículo 20 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño resalta que los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.

83. En el marco del examen realizado en el procedimiento de declaración de ejecutoriedad para la concesión del exequátur, el órgano jurisdiccional analiza de oficio la concurrencia de los motivos de denegación recogidos en el artículo 23 del Reglamento. Además de la inobservancia del procedimiento previsto en el artículo 56, entre estos motivos se encuentra, en particular, el *ordre public* mencionado en el artículo 23, letra a), donde se hace alusión explícita al interés superior del menor. En este contexto también debe destacarse especialmente el motivo de denegación basado en la ausencia de audiencia del menor, previsto en el artículo 23, letra b), del Reglamento.

39 — Sobre los derechos fundamentales del menor en relación con el derecho a la libertad consagrado en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (CEDH), véase la resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de 28 de noviembre de 1988, Serie A n° 144, apartado 58.

40 — Sentencia de 23 de diciembre de 2009, Detiček (C-403/09 PPU, Rec. p. I-12193), apartados 53 a 55.

84. Mediante la adopción del Reglamento n° 2201/2003 se han acordado determinados estándares procesales uniformes, como, por ejemplo, el mantenimiento, en principio, de la necesidad de la declaración de ejecutoriedad. Uno de los objetivos de este acuerdo es la protección de las partes del procedimiento. Denegar, debido a su minoría de edad, estos estándares procesales a los menores que se oponen a una orden de acogimiento en régimen cerrado contradiría el sentido del Reglamento.

85. La aprobación prevista en el artículo 56, apartado 2, del Reglamento no puede sustituir a la declaración de ejecutoriedad. Esta conclusión se infiere, en primer lugar, de la ubicación sistemática del artículo 56 en el Reglamento, en el capítulo dedicado a la cooperación entre autoridades centrales y no en el capítulo que regula el reconocimiento y la ejecución. Además, la finalidad de ambos procedimientos es distinta. Como expuse anteriormente, el objetivo de la aprobación es aclarar, antes de que se adopte la orden de acogimiento, las dificultades administrativas que podrían oponerse a un acogimiento transfronterizo. Por el contrario, el objetivo de la declaración de ejecutoriedad es permitir la ejecución forzosa de la resolución sobre el acogimiento. El Reglamento no contiene ninguna disposición sobre la configuración concreta del procedimiento de aprobación, sino que, según el artículo 56, apartado 3, éste se regirá por el Derecho nacional. Éste es otro motivo por el que la aprobación no puede reemplazar satisfactoriamente el procedimiento de exequátur, regulado con precisión en el Reglamento.

86. Por consiguiente, una resolución que ordene el acogimiento de un menor en régimen cerrado también requiere una declaración de ejecutoriedad cuando su ejecución deba llevarse a cabo en contra de la voluntad del menor.

3. Conclusión parcial

87. Procede responder a las cuestiones prejudiciales tercera y cuarta que una resolución que ordene el acogimiento de un menor en régimen cerrado también requiere una declaración de ejecutoriedad con arreglo al artículo 28 del Reglamento n° 2201/2003 cuando las medidas coercitivas dirigidas a su cumplimiento en otro Estado miembro deban sustentarse en dicha resolución.

4. Consideraciones sobre la urgencia extraordinaria

88. El asunto de autos se caracteriza por una urgencia extraordinaria motivada por la existencia de un riesgo de autolesión y la ausencia de alternativas adecuadas para el acogimiento en territorio irlandés. Habida cuenta de estas circunstancias, a continuación quisiera hacer unas breves observaciones sobre la cuestión debatida en la vista oral de cómo podría llegarse a una solución pragmática en un caso de acogimiento transfronterizo especialmente urgente.

89. Una posibilidad sería, en el presente asunto, que, hasta la conclusión del procedimiento de exequátur, el órgano jurisdiccional inglés adoptase, sobre la base del artículo 20, apartado 1, del Reglamento, medidas provisionales encaminadas al cumplimiento de la orden de acogimiento. Éste es el modo de proceder por el que se ha decantado la High Court inglesa.

90. La aplicación del artículo 20 del Reglamento n° 2201/2003 está sujeta al cumplimiento de tres requisitos cumulativos: primero, según el apartado 1, las medidas de las que se trata deben ser urgentes; segundo, las medidas deben adoptarse frente a personas que se encuentren en el Estado miembro en el que tienen su sede los órganos jurisdiccionales que pretenden basarse en el artículo 20, y tercero, las medidas deben adoptarse con carácter provisional en el sentido del apartado 2 de esta disposición, es decir, dejarán de aplicarse cuando el órgano jurisdiccional competente para conocer

del fondo de asunto «haya adoptado [...] medidas».⁴¹

91. En el asunto de autos, el requisito de la urgencia se cumpliría sin lugar a dudas. También concurriría el segundo requisito, a saber, que la persona se encuentre en el Estado sede del órgano jurisdiccional. A mi juicio, en caso de extraordinaria urgencia, el menor debería poder ser trasladado en un primer momento a otro Estado miembro en virtud de medidas nacionales adoptadas en cumplimiento de una orden de acogimiento y, de este modo, cumplir los requisitos exigidos para un acogimiento provisional con arreglo al artículo 20 del Reglamento hasta que concluya el procedimiento de exequátur. A fin de garantizar la complementariedad de las medidas adoptadas para la protección del menor, los órganos jurisdiccionales tienen tanto la posibilidad como el deber de facilitar previamente las comunicaciones entre ellos, con arreglo al artículo 55, letra c), del Reglamento.

92. La mayoría de las partes en el procedimiento se han pronunciado en contra de la aplicación del artículo 20 del Reglamento alegando que, en ese caso, la resolución no emana del órgano jurisdiccional competente según el Reglamento. El propio artículo 20, apartado 2, dispone que las medidas provisionales dejarán de aplicarse cuando el órgano jurisdiccional que conoce del asunto haya adoptado una medida. No obstante, en el presente asunto, el órgano jurisdiccional que conoce del caso ya ha adoptado una resolución y únicamente se trata de dilucidar si la misma ya despliega sus efectos.

93. Por eso en la vista también se debatió, como alternativa al artículo 20 del Reglamento, la posibilidad de basar la ejecución directamente en la declaración de ejecutoriedad mientras no hubiese expirado todavía el plazo de interposición de recursos contra el exequátur o, en su caso, no hubiese concluido el procedimiento de recurso. Ello implicaría que, una vez que el órgano jurisdiccional competente haya declarado la fuerza ejecutiva de la resolución con arreglo al artículo 31, apartado 1, del Reglamento, los actos de ejecución podrían sustentarse en ella. En este caso, la presentación de un recurso no conllevaría la suspensión de la resolución recurrida. Según el artículo 31, apartado 1, del Reglamento, la declaración de ejecutoriedad deberá dictarse sin demora; en Inglaterra, esta resolución debería poder dictarse en pocos días.

94. Sin embargo, de la normativa presentada por el Gobierno del Reino Unido y del escrito en respuesta a una pregunta del Tribunal de Justicia se infiere que, según el Derecho inglés, los actos de ejecución no podrán basarse en una sentencia extranjera antes de la expiración del plazo establecido en el Reglamento para recurrir la declaración de ejecutoriedad.⁴²

95. Por lo tanto, se plantea la cuestión de si el Reglamento dispone que, en un asunto como el de autos, deben admitirse bajo determinadas circunstancias los actos de ejecución, aun cuando la declaración de ejecutoriedad no haya adquirido firmeza con arreglo al Derecho interno.

96. Es cierto que el Reglamento n° 2201/2003 no contiene ninguna disposición equiparable al artículo 47 del Reglamento (CE) n° 44/2001 («Reglamento de Bruselas I»).⁴³ Esta disposición admite expresamente la adopción de medidas cautelares antes de que finalice el procedimiento de exequátur.

97. No obstante, el tenor del Reglamento no se opone a una interpretación en el sentido de que son posibles actos de ejecución inmediatamente posteriores al exequátur. En efecto, el artículo 28, apartado 1, del Reglamento dispone que las resoluciones sobre responsabilidad parental se ejecutarán cuando se hayan declarado ejecutivas. La resolución del órgano jurisdiccional con arreglo al artículo 31 supone el otorgamiento de la ejecución. Del tenor del Reglamento no se infiere ningún indicio que altere esta conclusión cuando, conforme al artículo 33, se interponga un recurso contra la declaración de ejecutoriedad.

41 — Sentencias A, citada en la nota 6 *supra*, apartado 47; Detiček, citada en la nota 40 *supra*, apartado 39, y Purrucker, citada en la nota 30 *supra*, apartado 77.

42 — Véase el artículo 31.17 de las Family Procedure Rules 2010.

43 — Reglamento del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO 2001, L 12, p. 1).

98. Sobre la base del artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales, la interpretación y aplicación del Reglamento ha de hacerse prioritariamente en función del interés superior del menor. Dicho interés puede imponer la necesidad de admitir una solución flexible mientras dure el procedimiento de exequátur en los casos de acogimiento transfronterizo de extraordinaria urgencia, cuando, de lo contrario, el transcurso del tiempo impediría que la orden de acogimiento transfronterizo pudiera cumplir su finalidad.

99. Habida cuenta de que el objetivo perseguido es tener en cuenta y realizar en la mayor medida posible el interés superior del menor, la postura que defiende una ejecución en presencia del exequátur se vería avalada por el hecho de que ésta contribuye al cumplimiento de la resolución dictada por el órgano jurisdiccional competente según el régimen establecido por el Reglamento, en lugar de recurrir durante el período intermedio a medidas urgentes dictadas por un órgano jurisdiccional competente sólo con carácter secundario. Según el Reglamento, prevalece la competencia del órgano jurisdiccional de la residencia habitual del menor, ya que se supone que, por su proximidad al entorno del menor, podrá adoptar la resolución más adecuada.⁴⁴ Además, con la declaración de ejecutoriedad ya existe una resolución judicial que admite la fuerza ejecutiva del título en el Estado miembro de acogida.

100. Es cierto que un cumplimiento inmediato de la resolución mientras se tramita el procedimiento de recurso previsto en el artículo 33 del Reglamento daría lugar a hechos consumados, ya que, como mínimo durante ese período de tiempo, la orden del órgano jurisdiccional competente se cumpliría irremediablemente. No obstante, en el asunto de autos prevalece el interés superior del menor. Si no tuviera lugar el acogimiento durante la tramitación del procedimiento de recurso también existiría un peligro de que se consumasen hechos con consecuencias aún más graves, a saber, un riesgo para la salud o incluso para la vida de la menor. Consciente de ello, el órgano jurisdiccional competente ya adoptó la orden de acogimiento, identificándola como medida imprescindible, tras ponderar todas las circunstancias. Resultaría contrario al régimen de competencias establecido por el Reglamento y al principio de confianza mutua que un órgano jurisdiccional del Estado miembro de acogida examinase de nuevo esta valoración indirectamente con motivo de la adopción de sus propias medidas urgentes durante la tramitación del procedimiento de recurso.

101. Por eso, pienso que sería preferible una solución según la cual, en los casos de acogimiento transfronterizo especialmente urgentes en los que la urgencia se desprende de la misma resolución, pueda darse cumplimiento a la resolución del órgano jurisdiccional competente incluso antes de que ésta tenga fuerza ejecutiva.

102. Si, por el contrario, se optase por admitir únicamente un proceder según lo dispuesto en el artículo 20 del Reglamento, las observaciones expuestas anteriormente apuntalan, a mi juicio, la necesidad de que, en todo caso, *el contenido* de las medidas cautelares adoptadas hasta que concluya el procedimiento de exequátur se atenga en lo medida de lo posible a la resolución adoptada por el órgano jurisdiccional competente.

103. Es cierto que se trata de medidas provisionales y cautelares previstas en la legislación del Estado en que se adoptan. Por consiguiente, en principio corresponde al legislador nacional establecer las medidas que las autoridades nacionales han de adoptar para preservar el interés superior del menor y fijar las modalidades procesales para su ejecución.⁴⁵

104. Con todo, en un asunto como el de autos, en el que sólo se trata de cubrir el lapso de tiempo hasta la firmeza de la declaración de ejecutoriedad, los órganos jurisdiccionales del Estado donde debe ejecutarse la resolución de acogimiento deberían aplicar al máximo las posibilidades que les ofrece su

44 — No procede un traspaso de la competencia a los órganos jurisdiccionales ingleses con arreglo al artículo 15 del Reglamento, basado en el hecho de que la madre de S. C. viva en Londres puesto que no cabe suponer que dichos órganos puedan valorar mejor el asunto.

45 — Sentencia A, citada en la nota 6 *supra*, apartado 51.

legislación, de tal manera que con sus medidas urgentes cumplan el contenido de la resolución adoptada por el órgano jurisdiccional competente. Esta conclusión se desprende de las consecuencias del reconocimiento de la resolución de acogimiento conforme al artículo 21 del Reglamento.

D. Cuestiones prejudiciales quinta y sexta

105. Las cuestiones prejudiciales quinta y sexta tienen por objeto dilucidar si las posteriores resoluciones judiciales mediante las que se renueve la orden de acogimiento deben contar con una aprobación en el sentido del artículo 56, apartado 2, y requieren la declaración de ejecutoriedad prevista en el artículo 28 del Reglamento. El órgano jurisdiccional remitente plantea estas cuestiones porque su intención es ordenar el acogimiento con una medida provisional válida durante el período más breve posible de cuatro semanas y, después, en caso de que siga siendo necesario, renovar la orden de acogimiento por breves períodos de tiempo. El órgano jurisdiccional remitente considera que la repetición de los procedimientos de aprobación y exequátur no resultaría viable.

106. Para cumplir con la finalidad descrita anteriormente, la duración prevista del acogimiento debe estar cubierta por la aprobación regulada en el artículo 56, apartado 2, del Reglamento. Por consiguiente, la aprobación concedida para un acogimiento de sólo un mes de duración no puede tener una eficacia ilimitada en el tiempo, salvo que se hayan consentido expresamente posibles renovaciones de la orden de acogimiento o que la aprobación se haya dado para un período de tiempo indeterminado.

107. Los actos de ejecución sólo pueden fundamentarse en una resolución declarada ejecutiva en la medida en que respetan los límites marcados por la resolución. Si el acogimiento fue ordenado sólo para un período de tiempo determinado, una resolución declarada ejecutiva no puede constituir el fundamento jurídico de actos que, de manera coercitiva, impongan un acogimiento de duración más larga que la señalada en dicha resolución. Falta la fuerza ejecutiva para un período de tiempo más largo. Más allá del período de tiempo por el que la resolución ordena el acogimiento, el procedimiento de exequátur no cumpliría el requisito de la ejecutoriedad de la resolución en el Estado en el que se dictó la misma.⁴⁶ Por consiguiente, las órdenes de acogimiento posteriores requerirán una nueva declaración de ejecutoriedad. Habida cuenta de que un acogimiento en régimen cerrado siempre será la *ultima ratio*, es obvio que éste sólo deberá ordenarse por el tiempo estrictamente necesario. Ahora bien, el órgano jurisdiccional que ordena el acogimiento puede considerar, en su caso, la posibilidad de ordenar dicho acogimiento, en un primer momento, por un largo período de tiempo (lo que se declarará ejecutable), y, después, examinar periódicamente si procede anular dicha orden.

108. Por tanto, como conclusión a las cuestiones prejudiciales quinta y sexta, procede afirmar que la aprobación prevista en el artículo 56, apartado 2, del Reglamento n° 2201/2003, dada para un período concreto, no se extiende a otras resoluciones mediante las cuales se renueve el acogimiento, sino que habrá de recabarse una nueva aprobación. Los actos de ejecución sólo pueden fundamentarse en una resolución declarada ejecutiva durante el período para el que la resolución ordena el acogimiento.

V. Conclusión

109. En atención a estas consideraciones, propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones prejudiciales de la High Court of Ireland del siguiente modo:

«1) En el ámbito material de aplicación del Reglamento (CE) n° 2201/2003 también está comprendida una resolución que, para proteger al menor, ordena su acogimiento en régimen de privación de libertad en un establecimiento de otro Estado miembro.

46 — Véanse al respecto las conclusiones de la Abogada General presentadas en el asunto Purrucker, citadas en la nota 32 *supra*, puntos 148 y ss.

- 2) La aprobación de una autoridad pública estatal exigida por el artículo 56, apartado 2, del Reglamento n° 2201/2003 debe recabarse antes de adoptar la resolución de acogimiento. No basta la mera aprobación del establecimiento que debe acoger al menor. En los casos en los que posteriormente se ponga de manifiesto que, a pesar de los esfuerzos realizados, el juez que resuelve sobre el acogimiento no ha obtenido la aprobación de la autoridad competente y que esta deficiencia se debe a declaraciones equívocas o insuficientes de la autoridad central, deberá admitirse la aprobación recabada ulteriormente, sin necesidad de que se adopte una nueva orden de acogimiento.
- 3) Una resolución que ordene el acogimiento de un menor en régimen cerrado también requiere una declaración de ejecutoriedad con arreglo al artículo 28 del Reglamento n° 2201/2003 cuando las medidas coercitivas dirigidas a su cumplimiento en otro Estado miembro deban sustentarse en dicha resolución.
- 4) La aprobación prevista en el artículo 56, apartado 2, del Reglamento n° 2201/2003, dada para un período concreto, no se extiende a otras resoluciones mediante las cuales se renueve el acogimiento, sino que habrá de recabarse una nueva aprobación. Los actos de ejecución sólo pueden fundamentarse en una resolución declarada ejecutiva durante el período para el que la resolución ordena el acogimiento.»