

HACIA LA SUPRESIÓN DEL
EXEQUÁTUR EN EL ESPACIO
JUDICIAL EUROPEO:
EL TÍTULO EJECUTIVO EUROPEO

SALOMÉ ADROHER BIOSCA
MARIANO AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO
HILDA AGUILAR GRIEDER
MANUEL DE ALMEIDA RIBEIRO
BEATRIZ CAMPUZANO DÍAZ
ELENA CANO BAZAGA
JOSÉ FRANCISCO COBO SÁENZ
JAVIER FORCADA MIRANDA
ANA M. LÓPEZ RODRÍGUEZ
SIMONE MARINAI
FRANCISCO JOSÉ MARTÍN MAZUELOS
ANDRÉS RODRÍGUEZ BENOT
M^a ÁNGELES RODRÍGUEZ VÁZQUEZ
ALFONSO YBARRA BORES



Comisión Europea



SECRETARIADO DE PUBLICACIONES
UNIVERSIDAD DE SEVILLA

SEVILLA, 2006

Serie: Derecho
Núm: 110

El contenido de esta publicación es responsabilidad exclusiva de los autores, y no representa en modo alguno la opinión de la Comisión Europea o de sus servicios. La Comisión Europea no se responsabiliza de ningún uso que pudiera hacerse de la información contenida en la misma.

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación y sistema de recuperación, sin permiso escrito del Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla.

Esta publicación es fruto de una investigación realizada en el marco del proyecto europeo "HACIA LA SUPRESIÓN DEL EXEQUATUR EN EL ESPACIO JUDICIAL EUROPEO: EL TÍTULO EJECUTIVO EUROPEO" (Ref. JLS/2005/FP/C017) -del que son investigadores principales Beatriz Campuzano Díaz, Elena Cano Bazaga, Ana M. López Rodríguez, Andrés Rodríguez Benot y M^a Angeles Rodríguez Vázquez- que ha sido coordinada por el Centro de Documentación Europea de la Universidad de Sevilla, en Convento con la Consejería de la Presidencia de la Junta de Andalucía, y con el patrocinio de la DG de Libertad, Seguridad y Justicia de la Comisión Europea, dentro del Programa Marco para una Cooperación Judicial en el Ambiente Civil (2002-2006).

ESTE LIBRO HA SIDO ACEPTADO POR EL COMITÉ EDITORIAL.

© SECRETARIADO DE PUBLICACIONES
DE LA UNIVERSIDAD DE SEVILLA, 2006
Porvenir, 27 - 41013 Sevilla
Tfís.: 954 487 447 - 954 487 452; Fax: 954 487 443
Correo electrónico: secpub4@us.es
<http://www.publius.us.es>

© AUTORES, 2006
Impreso en España - Printed in Spain
I.S.B.N.: 978-84-472-0919-4
Depósito Legal: SE-1595-07
Imprime: Egondi Artes Gráficas, S.A.

PRESENTACIÓN.....

PARTE I
LA LIBRE CIRCULACIÓN
UNIÓN EUROPEA EN MA

CAPÍTULO I
EL RECONOCIMIENTO Y LA
NIAL Y DE RESPONSABILID/
QUE SE DEROGA EL REGLA
D^a. Elena Cano Bazaga.....

CAPÍTULO II
RECONOCIMIENTO Y EJEC
D. Andrés Rodríguez Benot

CAPÍTULO III
LOS ALIMENTOS Y EL TIT
D. Mariano Aguilar Ben

CAPÍTULO IV
LA APLICACIÓN JURISPR
AL DESARRO.
D^a. Salomé Adroher Bic

CAPÍTULO V
LA APLICACIÓN PRACTI
ITALIANO.
D. Simone Martinat.....

CAPÍTULO VI
PENSIONES A FAVOR DE
D. Francisco José Man

PARTE II
LA LIBRE CIRCULACIÓN
EN MATERIA DE DI
CAPÍTULO VII
LA POSICIÓN DEL TJ
POR EL REGLAMENTO
D^a. Beatriz Campuzano

CAPÍTULO IV

LA APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL BRUSELAS II EN ESPAÑA: DEL DESCONCIERTO AL DESAFÍO

Salomé Adroher Biosca

I. INTRODUCCIÓN

1. La internacionalización y comunitarización del Derecho de Familia

El Derecho de familia, por ser uno de los sectores jurídicos que encarna más profundamente los valores, costumbres y sistema de vida de una sociedad concreta, ha sido especialmente resistente a toda tentativa de unificación¹. Sin embargo, diversas organizaciones internacionales, ya desde comienzos del siglo XX, trabajaron en la elaboración de Convenios internacionales que unificaran el Derecho internacional privado de la familia², objetivo que ha sido escasamente conseguido ya que también estas normas cristalizan los particularismos nacionales³.

No obstante, este diagnóstico, ya entrado el siglo XXI, podría quizás revisarse a la luz de algunos instrumentos que, guiados por el criterio del utilitarismo (¿propio de nuestro tiempo postmoderno?), permiten concluir de una manera más optimista⁴. Asistimos a una nueva forma de elaboración convencional, en la que se combinan normas de coloración material con técnicas convencionales nuevas y originales que fundamentalmente basadas en la cooperación de autoridades, consiguen, con mayor o menor eficacia, el fin pretendido⁵. Lequette, crítico con esta filosofía utilitarista afirma que igno-

¹ Y. LEQUETTE. *Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales*. RCADI 246 (1994) pp. 11 a 233 (esp.228).

² *Directement réfractaire à l'unification des droits substantiels en ce qu'il doit y être tenu compte plus qu'ailleurs des mentalités et des mœurs, le droit de la famille se prête particulièrement au jeu des conflits de lois*. Id. pp. 23. Es especialmente el caso de la Conferencia de La Haya: M. AGULAR BENITEZ DE LUGO "La familia en los convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado". REDI 45 (1993) pp.7 y ss.

³ Razón por la cual LEQUETTE llegaba a afirmar en 1994 que *l'unification conventionnelle du droit international privé de la famille este globalment négatif*. Ciertamente, en algunos casos han sido diversos los Convenios que han entrado en vigor, pero lo han hecho con un número de ratificaciones poco numeroso o poco significativo (por no representar a países de ámbitos culturalmente diversos).

⁴ *Les grands principes de justice, de liberté, d'égalité se voient dénier toute valeur absolue pour être subsumés sous le principe d'utilité* Y. LEQUETTE. op.cit. pp. 35.

⁵ Dos buenos ejemplos de esta afirmación son el Convenio sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980 y el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional de 29 de mayo de 1993. Son ejemplos muy claros por varias razones; en primer lugar porque con ambos instrumentos no se toca el derecho sustantivo, ni siquiera apenas el internacional privado de los Estados miembros; con el primero se pretende el retorno inmediato del menor del lugar desde el que fue ilegítimamente trasladado, con el segundo, que la adopción internacional se lleve a cabo respetando el interés superior del niño. Apenas existen en estas

rar los problemas no es la mejor manera de resolverlos, y que poner el acento en lo accesorio (en lo práctico) puede suplantar a lo principal. No comparte la consigna de mejor lograr un mal convenio que nada, que para él guía los trabajos de diversas organizaciones. Sin embargo, los logros prácticos obtenidos con alguno de los Convenios citados, pueden estar alumbrando una nueva manera de afrontar la cooperación internacional en la que se respete lo más genuino de las tradiciones jurídico-culturales presentes, siempre que el marco de los derechos fundamentales quede preservado⁶.

Esta constatación de que algo se está moviendo hacia una creciente internacionalización del Derecho de familia es especialmente significativa en el ámbito comunitario⁷. Como señalara FALLON en 1998, está demostrado que el proceso de integración, inicialmente económica, no podía quedarse reducido a la gestión de las riquezas sino que implicaba, como una necesidad, una extensión a los valores de la sociedad, valores que se manifiestan especialmente en el Derecho de persona y familia. Este proceso es lento pero se va consolidando progresivamente, de manera que el Derecho comunitario actual cada vez está más comprometido con el Derecho de persona, de familia e incluso de sucesiones, por la necesidad de reconocer al ciudadano comunitario una serie de derechos en algunos casos desprovistos de connotaciones económicas pero que son imprescindibles como factores de integración en su nuevo medio: el derecho de libre circulación intracomunitaria arrastra necesariamente otros derechos de contenido familiar o personal. A ello ha contribuido de forma notable por una parte, la reforma del TCE tras el Tratado de Ámsterdam que permite la adopción de medidas relativas a la cooperación judicial en materia civil, en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior y por tanto abre la puerta a que estas normas se regulen a través de Reglamentos comunitarios y no a través de Convenios como hasta entonces. Por otra, es innegable el papel desempeñado por el TJCE a través de una jurisprudencia reciente en temas como el derecho al nombre y los apellidos con una carga simbólica tan importante en lo que tradicionalmente, y a pesar de sus crisis, se ha denominado estatuto personal⁸; reconociendo la competen-

⁶ Convenciones normas de ley aplicable ni de competencia judicial internacional. Sin embargo, los trece años que las separan son también importantes en la consecución del objetivo convencional perseguido: la competencia atribuida a las autoridades centrales en el Convenio de adopción es mucho más importante y decisoria que la del Convenio de sustracción respecto del cual las autoridades judiciales de los países miembros tienen un papel relevante. Este dato hace mucho más efectivo al Convenio del 93. Puede verse un estudio sobre estas Convenciones de G. PARRA ARANGUREN *The United Nations Convention on the Rights of the child and The Hague Conventions*. En S. DETRICK y P. VLAARDINGERBROEK *Globalization of child law. The role of the Hague Conventions*. La Haya 1999.

⁷ Un reciente curso de La Haya en el que se analizan estos nuevos mecanismos convencionales es el de P. SCHLOSSER *Jurisdiction and international judicial and administrative cooperation*. RCADI 284 (2000) pp. 283-329.

⁸ Il est peu probable que l'interaction du droit familial et du droit communautaire aurait mérité une quelconque attention en 1978. En 1998, on peut émettre l'hypothèse que cette interaction est certaine et conduira probablement à une mutation du droit des personnes et de la famille en Europe à l'horizon 2018. M. FALLON *Droit familial et droit de Communautés européennes*. RTDF 1998, pp. 361.

⁹ Caso C-168/91 Konstantinidis de 30 de marzo de 1993, caso C-336/94 Eftalia Dafeki de 2 de diciembre de 1997 y caso C-148/02 García Avelló de 2 de octubre de 2003 todos ellos comentados por A. RODRÍGUEZ BENOT "Los avances en la normativa comunitaria en el reconocimiento de las resoluciones judiciales en otros sectores del Derecho de familia: régimen económico matrimonial, parejas

cia de los Estados miembros, exigiendo que las mis-

El primer fruto de estas festivaciones, fue el Reglamento de competencia, el reconocimiento mutuo y de responsabilidad y de responsabilidad más de establecer normas de funcionamiento automático en estas materias por los Estados miembros. Borrás en el informe del Convenio pero que trata la integración europea más a la vida cotidiana y a las actividades culturales que encuentran su reflejo en el patrimonio⁹. Este fue el caso de Tampere de 1999.

¹⁰ de hecho, alimentos y gastos de manutención. *Actas de Sembrado Europeo*. Actas de Seminario de Bruselas que todavía no hay sido traducidos al alemán e hijo de alemán que vivió principalmente en Dinamarca con el nombre de los padres que desean inscribirlo en el Registro de Dinamarca. Conforme al artículo 10 del Reglamento de apellidos la ley nacional el apellido elegido debe ser de origen legal alemán, incluido el que el registro comunitario recogida en el artículo 10 en que basa la determinación de un apellido distintivo. Encuentra dificultad un nacional de la Unión Europea en distintos Estados miembros en junio de 2005 que a pesar de que este niño no tiene un nombre que no permita que las leyes de dicho Estado miembro, no es compatible con el artículo 10 del Reglamento.

¹¹ DOCE num. L 160, de 29 de junio de 2005. Informe explicativo. DC 2005. *Il est ressenti de plus en plus d'une plus grande sécurité au sein duquel les juges dont ils disposent devant les tribunaux en matière matrimoniale en matière matrimoniale 539 y ss. La mobilité intracomunitaire ont paru exiger l'adoption de mesures de diminution des risques de litiges. WATT La désunion européenne*.

¹² Proyecto de medidas judiciales en materia civil.

cia de los Estados miembros en las normas de DIPr. que regulan estas cuestiones, pero exigiendo que las mismas respeten el Derecho comunitario.

El primer fruto llamativo de esta comunitarización, al margen de otras manifestaciones, fue el Reglamento CE 1347/2001 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 (Bruselas II)⁹, que además de establecer normas comunes de competencia, articuló un sistema de reconocimiento automático en todo el espacio comunitario de las resoluciones dictadas en estas materias por los tribunales de uno de los Estados parte. Como señalara Alegría Borrás en el informe explicativo a lo que inicialmente iba a ser un Proyecto de Convenio pero que tras la reforma de Ámsterdam pudo ser un Reglamento, si bien la integración europea fue en principio esencialmente económica, afecta cada vez más a la vida cotidiana del ciudadano que puede difícilmente comprender las dificultades que encuentra en el ámbito familiar cuando tanto se ha avanzado en el ámbito patrimonial¹⁰. Este texto responde a las exigencias y conclusiones del Consejo europeo de Tampere de 1999¹¹ reforzadas posteriormente en el de La Haya de 2004 (o

⁹ de hecho, alimentos y sucesiones". En VVAA *La libre circulación de resoluciones judiciales en la Unión Europea*. Actas de Seminarios. Sevilla 2005, pp 165-168. Mas recientemente caso C-96/04 Niebüll del que todavía no hay sentencia pero si conclusiones del Abogado General. El niño Leonhard Matthias alemán e hijo de alemanes (Stefan Grunkin y Dorothee Paul) nació en Dinamarca en 1998, país en el que vivió principalmente y donde sus padres convivieron en un principio. Su nacimiento se inscribió en Dinamarca con el apellido Grunkin-Paul de acuerdo con la legislación danesa. Los progenitores desean inscribirlo ante las autoridades alemanas con el apellido Grunkin-Paul que se le dio en Dinamarca. Conforme a la legislación alemana (cuyo sistema de DIPr señala como aplicable a los apellidos la ley nacional) estas autoridades se negaron a reconocer ese apellido, insistiendo en que el apellido elegido debía ser Grunkin o Paul. Los progenitores recurrieron esta negativa ante los tribunales alemanes, incluso en amparo ante el TC recurso que no fue admitido. El órgano jurisdiccional al que el registro competente alemán remite la cuestión pregunta si la norma de conflicto de leyes recogida en el artículo 10 del EGBGB es válida a la luz de los artículos 12 CE y 18 CE, en la medida en que basa la determinación de los apellidos exclusivamente en la nacionalidad. Destaca que el niño utiliza un apellido distinto en su país de nacimiento y residencia del que impone la ley de su nacionalidad. Encuentra difícil compatibilizar con el principio de libertad de circulación: el hecho de que un nacional de la Unión se vea obligado, por razón de su nacionalidad, a utilizar nombres diferentes en distintos Estados miembros. El Abogado General Jacobs opina en sus conclusiones de 30 de junio de 2005 que a pesar de que no estamos ante una discriminación por razón de la nacionalidad, ya que este niño no tiene la doble nacionalidad danesa y alemana, "una norma de un Estado miembro que no permita que un ciudadano de la Unión Europea obtenga el reconocimiento con arreglo a las leyes de dicho Estado, del apellido con el que ha sido legalmente inscrito en otro Estado miembro, no es compatible con los artículos 17 CE y 18 CE, apartado 1".

¹⁰ DOCE num. L 160, de 30 de junio de 2000.

¹¹ Informe explicativo. DOCE 16-7-98. C.221/27. *La nécessité d'une convention en droit familial... a dès lors été ressentie de plus en plus fermement par les Etats membres, attentifs aux besoins des citoyens européens d'une plus grande sécurité juridique dans leur vie quotidienne et de la création d'un espace de liberté et de justice au sein duquel les justiciables peuvent faire valoir leurs droits en bénéficiant de garanties égales à celles dont ils disposent devant les tribunaux de leur pays*. N. WATTÉ H. BOULARBAH le Règlement communautaire en matière matrimoniale et de responsabilité parentale (Règlement dit Bruxelles II). RTDF 2000, pp. 539 y ss. *La mobilité intra-européenne des personnes et le développement corrélatif de la mixité des relations familiales ont paru exiger l'accroissement des facilités d'accès au prétoire pour les époux désunis autant que la diminution des risques de discontinuité des status personnels judiciairement fixés*. B. ANCEL H. MUIR WATT *La désunion européenne: le Règlement dit Bruxelles II*. RCDIPr 90 (2001) pp. 403 y ss.

¹² Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil DO C 12/1 de 15 de enero de 2001.

Tampere II¹²) en el que se propone caminar hacia la supresión definitiva del exequatur en la Unión Europea y avanzar en propuestas de unificación de las normas de conflicto de leyes en temas tales como el divorcio.

Así, esta progresiva construcción de una Europa de los ciudadanos más allá de la Europa de los mercaderes, es lenta pero imparable. Si el Bruselas I¹³ excluía la materia familiar de su ámbito de aplicación (salvo los alimentos) por las dificultades de unificar las normas de competencia y reconocimiento en estas cuestiones sensibles, el Bruselas II fue revolucionario al extender el modelo de texto doble a las crisis matrimoniales y determinados efectos derivados de las mismas. Sin embargo nació obsoleto, ya que, por ejemplo, solo afectaba a la responsabilidad parental de los hijos comunes, siendo así que la realidad social cada vez mas frecuente de las familias recompuestas no se tomaba en cuenta¹⁴, o no tenía en consideración los litigios sobre responsabilidad parental independientes o posteriores al litigio resolutorio de la crisis. Estas limitaciones del texto dieron lugar a nuevos proyectos de ampliación del mismo¹⁵ que han desembocado en el denominado Bruselas II-bis que ha entrado en vigor el 1 de marzo de 2005¹⁶. El efecto del Bruselas II al igual que ocurrió con el Bruselas I, puede acabar arrastrando hacia una unificación también de la ley aplicable a las materias

familiares¹⁷. Esta evolución familia europeo?¹⁸. El este proceso y analiza forma realista y rigurosa

Pues bien; en el ámbito de la práctica y en el Bruselas II tal y como: Lo subtítulo "Del desconocimiento y el Derecho internacional nacional o comunitario del nuevo texto no estos nuevos instrumentos una formación cada vez para la creación de órganos

¹² Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. PROGRAMA DE LA HAYA: DIEZ PRIORIDADES PARA LOS PRÓXIMOS CINCO AÑOS. UNA ASOCIACIÓN PARA LA RENOVACIÓN EUROPEA EN EL ÁMBITO DE LA LIBERTAD, LA SEGURIDAD Y LA JUSTICIA [COM (2005) 184 final - no publicada en el Diario Oficial]. (<http://europa.eu.int/scadplus/leg/es/lvb/l16002.htm>) Para garantizar un espacio europeo de justicia se proponen entre otras medidas: En materia de justicia civil, la Comisión hace hincapié en la terminación del programa de reconocimiento mutuo de decisiones en materia civil y mercantil. A tal efecto, ha realizado consultas sobre las decisiones referentes al patrimonio familiar, las sucesiones o los testamentos con el fin de preparar nuevas propuestas legislativas.

¹³ Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil hecho en Bruselas el 27 de septiembre de 1968; hoy Reglamento 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000.

¹⁴ Curieusement la recherche de la modernité des règles de compétence jurisdictionnel s'accompagne d'une très insuffisante prise en consideration du pluralisme contemporain des modèles familiaux, qui risque sinon de rendre le règlement désuet à court terme, du moins d'en diminuer l'utilité. L'ambition étroite du règlement n'apaisera donc pas les craintes suscitées par l'europeanisation de notre discipline. B. ANCEL H. MUIR WATT *La désunion européenne...* op. cit. pp. 408. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Cuestiones polémicas en el Reglamento 1347/2000 en A.L. CALVO CARAVACA J.L. IRIARTE ANGEL "Mundialización y familia" Colex, Madrid 2001, pp. 213 y ss) critica también estas ausencias.

¹⁵ Desde julio de 2000 se comenzó a discutir en el marco del Consejo de la Unión Europea la reforma del Bruselas II (Iniciativa de la República francesa con vistas a la adopción del Reglamento del Consejo relativo a la ejecución mutua de resoluciones judiciales en materia de derecho de visita de los hijos -DOCE C 234 de 15-8-2000-). Junto con esta propuesta, la Comisión en septiembre de 2001 presentó un proyecto de Reglamento que tenía como objetivo ampliar el campo de aplicación del Bruselas II a las resoluciones posteriores a la que determina la separación, divorcio o nulidad del matrimonio que modifican el régimen inicial y de las relativas a los hijos de parejas no casadas (DOCE C 332 de 27-11-2001), propuesta que fue retirada el 6 de junio de 2002 a favor de un futuro texto unificado. Finalmente el Consejo presentó la propuesta de Reglamento relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (DO C203 E/155 de 27 de agosto de 2002), que tras algunas reformas y modificaciones pasó a ser el nuevo Bruselas II bis.

¹⁶ Reglamento (CE) un. 2201 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) un. 1347/2000 (DOUE núm. L 338 de 23 de diciembre de 2003).

¹⁷ El Plan de acción del Consejo aplicable al divorcio así sucesiones. (DOCE 1999 VERDE sobre la legislación Comisión) [SEC(2005) 3 sobre sucesiones y testamentos final Bruselas, 1.3.2005. ESCUDERO, Armoniza espacio judicial europeo

¹⁸ Esta posibilidad y sus desarrollos Towards a european civil

¹⁹ Los avances en la normativa sectores del Derecho de sucesiones. En VVAA "...

²⁰ Como se ha señalado sobre competencia, el reconocimiento de responsabilidad parental y competencia judicial el nacional y de responsabilidad este trabajo sería verificado marzo de 2005) hace que aquellas disposiciones que cemos puede resultar de

²¹ No se trata una situación manifiesto, por ejemplo Convenio de Nueva York no se aplicó hasta 1981, internacional Privado. Cív

²² Así se puso de manifiesto cho de familia y relaciones p DIOS EUROPEOS DE Madrid días 28-30 de septiembre así: En relación con la sus jueces y autoridades encarg blemas abordados en los dict te: Es opinión unánime de como en segunda instancia, limitado de tribunales o sed porcionar una formación in

familiares¹⁷. Esta evolución ¿conducirá hacia una unificación final del Derecho de familia europeo?¹⁸. El profesor RODRÍGUEZ BENOT recoge los principales hitos de este proceso y analiza de forma exhaustiva y pormenorizada sus posibilidades de una forma realista y rigurosa¹⁹.

Pues bien; en el presente trabajo pretendo hacer una reflexión enraizada en la realidad práctica y en el sustrato sociológico subyacente, de la aplicación del Reglamento Bruselas II tal y como se está llevando a cabo por los órganos jurisdiccionales españoles²⁰. Lo subtítulo "Del desconcierto al desafío"; se ha puesto en relieve en diversas ocasiones el desconocimiento que los tribunales españoles en general en las materias relativas al Derecho internacional privado, y particularmente cuando la normativa aplicable es internacional o comunitaria. Esta constatación ha llevado a una sistemática inaplicación inicial del nuevo texto normativo como vamos a tener ocasión de comprobar²¹; ciertamente estos nuevos instrumentos de cooperación internacional en estas materias requieren de una formación cada vez mayor de letrados y tribunales que ha llevado incluso a reclamar la creación de órganos especializados en las mismas²².

¹⁷ El Plan de acción del Consejo y de la Comisión adoptado el 3 de diciembre de 1998 comprende la ley aplicable al divorcio así como el Derecho internacional privado de los regímenes matrimoniales y las sucesiones. (DOCE 1999, C 19, pp.1). Manifestaciones de ésta posible futura evolución son el LIBRO VERDE sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio (presentado por la Comisión) [SEC(2005) 331] COM(2005) 82 final Bruselas, 14.3.2005, con su anexo y el LIBRO VERDE sobre sucesiones y testamentos de 1 de marzo de 2005 (presentado por la Comisión) COM(2005) 65 final Bruselas, 1.3.2005. Sobre el proceso de armonización en materia de ley aplicable E. ZABALO ESCUDERO, Armonización del Derecho aplicable a las cuestiones de familia y su incidencia en el espacio judicial europeo En VVAA "La libre circulación de resoluciones..." op. cit. pp 185 y ss.

¹⁸ Esta posibilidad y sus dificultades, se plantea en diversas publicaciones entre las que destaco VVAA *Towards a european civil code*. Londres 1998.

¹⁹ Los avances en la normativa comunitaria en el reconocimiento de las resoluciones judiciales en otros sectores del Derecho de familia: régimen económico matrimonial, parejas de hecho, alimentos y sucesiones. En VVAA "La libre circulación..." op. cit., pp 159 y ss.

²⁰ Como se ha señalado se conoce como Bruselas II, el Reglamento (CE) 1347 del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre hijos comunes, modificado por el Reglamento 2201/2003 sobre competencia judicial el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (conocido como Bruselas II bis). Si bien el interés fundamental de este trabajo sería verificar la aplicación práctica de este último, su fecha de entrada en vigor (1 de marzo de 2005) hace que sea todavía escasísima la jurisprudencia que lo aplica; por otra parte, en aquellas disposiciones que han permanecido inalteradas el análisis de la práctica existente que ofrecemos puede resultar de utilidad.

²¹ No se trata una situación nueva y ya ha sido denunciada en diversas ocasiones. Así lo ponían de manifiesto, por ejemplo JC FERNÁNDEZ ROZAS Y S. SÁNCHEZ LORENZO en relación con el Convenio de Nueva York de 1958 sobre arbitraje que habiendo entrado en vigor para España en 1977 no se aplicó hasta 1981, año en que un magistrado del TS "descubrió" su existencia (*Curso de Derecho internacional Privado*. Cívitas Madrid 1991, pp.151).

²² Así se puso de manifiesto en las Conclusiones del Seminario sobre cooperación judicial en materia de derecho de familia y relaciones parentales en la unión europea organizado por el FORO PERMANENTE DE ESTUDIOS EUROPEOS DE MURCIA y el CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL DE ESPAÑA los días 28-30 de septiembre de 2005. (Documento en la web: www.cgpj.es) cuya 8ª cuestión se formulaba así: *En relación con la sustracción de menores, se plantea si es necesario dar una formación especializada a los jueces y autoridades encargados de resolver estas cuestiones, por la especial complejidad y naturaleza de los problemas abordados en los diversos instrumentos internacionales. La recomendación a esta cuestión fue la siguiente: Es opinión unánime de los asistentes que se requieren jueces y autoridades especializados, tanto en primera como en segunda instancia, así como la necesidad de concentrar el conocimiento de estas materias en un número limitado de tribunales o sedes. En aquellos Estados en los que no se opte por una especialización, se deberá de proporcionar una formación intensiva a todos los jueces y autoridades encargados de esta materia.*

itiva del exequá-
le las normas de

lanos más allá de
excluía la mate-
is dificultades de
ones sensibles, el
a las crisis matri-
rgo nació obsole-
le los hijos comu-
s familias recom-
gios sobre respon-
de la crisis. Estas
n del mismo¹⁵ que
o en vigor el 1 de
Bruselas I, puede
le a las materias

AMA DE LA HAYA:
CIACIÓN PARA LA
DAD Y LA JUSTICIA
pa.eu.int/scadplus/
proponen entre otros
l programa de reconoci-
sultas sobre las decisio-
eparar nuevas propues-

ciales en materia civil
/2001 del Consejo de

el s'accompagne d'une
familiaux, qui risque
lité. L'ambition étroite
de notre discipline. B.
SCOSA GONZÁLEZ
VACA J.L. IRIARTE
critica también estas

in Europea la reforma
1 del Reglamento del
e derecho de visita de
n septiembre de 2001
npo de aplicación del
divorcio o nulidad del
de parejas no casadas
2 a favor de un futuro
relativo a la competen-
trimonial y de respon-
s reformas y modifica-

a competencia, el reco-
y de responsabilidad
L 338 de 23 de diciem-

2. La conflictividad familiar. Una situación en aumento

Para valorar adecuadamente la importancia real y cotidiana que tiene el Bruselas II, parece oportuno comenzar estas reflexiones previas constatando un dato: la conflictividad familiar es una realidad en aumento. Además esta conflictividad que podría tener cauces privados de resolución como el asesoramiento, la terapia o la mediación familiar que afortunadamente se están potenciando en los últimos años, sin embargo, ha utilizado como único cauce el judicial que ciertamente no es el más adecuado, de forma que puede hablarse sin paliativos de una excesiva judicialización de la ruptura o la crisis familiar, trasladando a los tribunales decisiones que deberían ser personales o familiares y que resultan particularmente graves cuando afecta a los hijos menores de edad; algo está fallando cuando los juzgados de familia españoles se colapsan en abril decidiendo los lugares en los que los hijos de divorciados van a celebrar su primera comunión y en junio decidiendo a qué campamento de verano acuden²³.

Cierto es que el divorcio o la separación son consecuencias de la ruptura, y cuando esta se produce es conveniente que existan cauces jurídicos que le den respuesta²⁴, pero también lo es que la estabilidad familiar es un bien a proteger en la medida en la que la familia es el espacio fundamental de desarrollo de las personas, particularmente de los hijos²⁵, y que las crisis familiares son una de las causas de sufrimiento humano más importantes, de ahí la necesidad de reclamar políticas públicas de apoyo a la familia (como son las de conciliación de la vida laboral y familiar) que puedan tener un cierto efecto preventivo de la conflictividad familiar y paralelamente servicios y medidas de resolución extrajudicial de los conflictos que hagan su tránsito menos doloroso.

A pesar de todo ello, el divorcio en los países europeos, con algunas excepciones va en aumento, como puede observarse en las siguientes tablas.

²³ Aunque la forma de organizar las autoridades y organismos jurisdiccionales, quede fuera del ámbito del Reglamento 2.201/2003, la experiencia de aquellos Estados miembros que han concentrado la competencia para conocer de asuntos relativos al Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 en un número limitado de órganos jurisdiccionales o jueces, es positiva y se refleja en un aumento de la calidad y la eficacia, por todos reconocida. Una buena práctica en la aplicación de la norma, debe implicar en los Estados miembros el compromiso de mejorar los recursos humanos y materiales de las Autoridades Centrales. Se consideró recomendable que la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil cuente entre sus miembros con personas especializadas en derecho de familia, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores.

²⁴ Así lo pone de manifiesto P. GONZÁLEZ VICENTE. Problemática jurídico-actual en las relaciones paterno-filiales en D. BARMANTI (Coord.). *Conyugalità e genitorialità: il legami familiari nella società complexa*. Vita e Pensiero. Milán 1999, pp. 145 y ss. También de la misma autora Anotaciones a la situación del menor en los supuestos de crisis familiar en J. RODRÍGUEZ TORRENTE (Coord.). *El menor y la familia: conflictos e implicaciones*. Universidad P. Comillas. Madrid 1998, pp. 109 y ss.

²⁵ Reflexiona sobre el efecto terapéutico del divorcio I. ALBERDI *La nueva familia española*. Taurus. Madrid 1999 pp. 187 y ss.

²⁶ Puede verse al respecto M.J. RODRIGO y J. PALACIOS *Familia y desarrollo humano*. Alianza Editorial Madrid 1998.

TASA BRU PAÍSES DE L

| Países |
|-------------|
| Bélgica |
| Dinamarca |
| Alemania |
| Grecia |
| España |
| Francia |
| Irlanda |
| Italia |
| Luxemburgo |
| Holanda |
| Austria |
| Portugal |
| Finlandia |
| Suecia |
| Reino Unido |

Fuentes: INE. Indicador

DIV

Países:

| |
|-------------|
| Bélgica |
| Dinamarca |
| Alemania |
| Grecia |
| España |
| Francia |
| Irlanda |
| Italia |
| Luxemburgo |
| Holanda |
| Austria |
| Portugal |
| Finlandia |
| Suecia |
| Reino Unido |

Fuentes: INE. Indicador Judicial, Memoria (d. número de matrimonio España) Nota: 3 Datos

TASA BRUTA DE DIVORCIOS POR 1000 HABITANTES EN LOS PAÍSES DE LA UNIÓN EUROPEA 1995-2001 (POR 1000 HABITANTES)

| Países | 1995 | 2000 | 2001 |
|-------------|------|------|------|
| Bélgica | 3,5 | 2,6 | 2,9 |
| Dinamarca | 2,5 | 2,7 | 2,7 |
| Alemania | 2,1 | 2,4 | .. |
| Grecia | 1,1 | 0,9 | 0,9 |
| España | 0,9 | 1 | 1 |
| Francia | 2,1 | .. | .. |
| Irlanda | - | 0,7 | .. |
| Italia | 0,5 | 0,7 | .. |
| Luxemburgo | 1,8 | 2,3 | 2,3 |
| Holanda | 2,2 | 2,2 | 2,3 |
| Austria | 2,3 | 2,4 | 2,5 |
| Portugal | 1,2 | 1,9 | 1,8 |
| Finlandia | 2,7 | 2,7 | 2,6 |
| Suecia | 2,6 | 2,4 | 2,4 |
| Reino Unido | 2,9 | 2,6 | .. |

Fuentes: INE. Indicadores sociales 2004 EUROSTAT, Base de Datos Newcronos (www.accionfamiliar.com)

DIVORCIOS POR CADA 100 MATRIMONIOS EN LOS PAÍSES DE LA UNIÓN EUROPEA 1995-2001

| Países | 1995 | 2000 | 2001 |
|--------------------------|------|------|------|
| Bélgica | 68,1 | 59,8 | 69,7 |
| Dinamarca | 37,4 | 37,5 | 39,9 |
| Alemania | 39,4 | 46,4 | .. |
| Grecia | 17,2 | 21,1 | 16,7 |
| España ³ | 16,5 | 18 | 18,2 |
| Francia | 46,8 | .. | .. |
| Irlanda | - | 13,7 | .. |
| Italia ⁴ | 9,3 | 13,4 | .. |
| Luxemburgo | 35,1 | 48 | 51,8 |
| Holanda | 41,9 | 39,3 | 46,6 |
| Austria | 42,4 | 49,8 | 60,2 |
| Portugal | 18,7 | 30 | 32,3 |
| Finlandia | 59,1 | 53,2 | 54,6 |
| Suecia | 67 | 53,9 | 58,8 |
| Reino Unido ⁴ | 52,8 | 50,5 | .. |

Fuentes: INE. Indicadores sociales 2004 . EUROSTAT, Base de Datos Newcronos. Consejo General del Poder Judicial, Memoria (datos del número de divorcios de España) INE, Movimiento Natural de la Población (datos del número de matrimonios de España) INE, Área de Análisis y Previsiones Demográficas (datos de población de España) Nota: 3 Datos provisionales en 2001 4 Datos provisionales en 1998 (www.accionfamiliar.com)

**NÚMERO ANUAL DE DIVORCIOS EN LOS PAÍSES
DE LA UNIÓN EUROPEA 1995-2001**

| Países | 1995 | 2000 | 2001 |
|--------------------------|---------|---------|--------|
| Bélgica | 34.982 | 27.002 | 29.314 |
| Dinamarca | 12.976 | 14.381 | 14.597 |
| Alemania | 169.425 | 194.408 | .. |
| Grecia ¹ | 10.995 | 11.119 | 9.500 |
| España | 33.104 | 38.973 | 37.630 |
| Francia | 119.189 | .. | .. |
| Irlanda | - | 2.623 | .. |
| Italia | 27.038 | 37.573 | .. |
| Luxemburgo | 727 | 1.030 | 1.028 |
| Holanda | 34.170 | 34.650 | 37.104 |
| Austria | 18.204 | 19.552 | 20.582 |
| Portugal | 12.322 | 19.104 | 18.851 |
| Finlandia | 14.025 | 13.913 | 13.568 |
| Suecia | 22.528 | 21.502 | 21.022 |
| Reino Unido ² | 170.050 | 154.628 | .. |

Fuentes: INE. Indicadores sociales 2004 . EUROSTAT, Base de Datos Newcronos . Consejo General del Poder Judicial, Memoria (datos del número de divorcios de España) INE, Movimiento Natural de la Población (datos del número de matrimonios de España) INE, Área de Análisis y Previsiones Demográficas (datos de población de España) Nota: 1 Estimación en 1998. 2 Datos provisionales en 1997 (www.acción familiar.com)

Si el porcentaje de divorcios en nuestro país, en comparación con los otros países de la Unión Europea, y no en términos absolutos sino relativos en función de la población española y del número de matrimonios es relativamente bajo en las estadísticas citadas, la reciente reforma legal del CC en la materia ha supuesto un aumento muy importante de la divorciabilidad en nuestro país, tal y como se recoge en un reciente informe del Consejo General del Poder Judicial²⁶ que aporta datos estadísticos de dos trimestres desde la entrada en vigor de la Ley 15/2005, el tercero y cuarto de 2005, que permiten hacer una primera valoración de su impacto. Como se señala en el mismo: *se observa que los divorcios y separaciones, tanto consensuados como no consensuados, tras permanecer estables durante 2004 y los dos primeros trimestres de 2005, sufren el impacto de la modificación legal, con un importante incremento de los divorcios acompañado de una reducción de las separaciones.*

²⁶ Datos de Justicia. Separaciones y divorcios tras la ley 15/2005. <http://www.poderjudicial.es>

Divorcios consensuados
Divorcios no consensuados
Separaciones consensuadas
Separaciones no consensuadas

Total

3. Crisis familiares y

Si, como acabamos de ver, se ha producido un aumento, la experiencia en otros países (y en las relaciones que se producen entre los miembros migrante). Evidentemente, con todo el dinamismo que caracteriza a este complicado equilibrio de la familia, presenta, pero es indudable que

Afecta a las relaciones familiares generacional (en muchos casos, evolutivo infantil en la dimensión de la experiencia y en las culturales y sociales diversas)

Afecta también a la separación más o menos consensuada. La separación consensuada es un déficit en la cobertura de la familia con el surgimiento de nuevas crisis familiares son relaciones familiares particularmente complejas

Este impacto en el funcionamiento (y en la red de parentesco) de la red de parentesco

²⁷ Recojo y desarrollo estas cuestiones en el marco jurídico general y nuevo planteamiento de los menores extranjeros no acompañados (Madrid 2006 pp. 23-24)

²⁸ Me refiero a la ausencia física de la familia estrecha que estas familias encuentran en su país. Vid J. E. Ferrer, *Extranjeros en España. Razón y Fe*

| | Primer semestre 2004 | Primer semestre 2004 | Primer semestre 2004 | Primer semestre 2004 |
|------------------------------|----------------------|----------------------|----------------------|----------------------|
| Divorcios consensuados | 15.513 | 13.099 | 15.733 | 36.035 |
| Divorcios no consensuados | 11.284 | 9.604 | 11.704 | 23.873 |
| Separaciones consensuadas | 26.339 | 24.176 | 24.861 | 7.791 |
| Separaciones no consensuadas | 13.674 | 13.084 | 14.197 | 5.225 |
| Total | 66.810 | 59.963 | 66.495 | 72.924 |

3. Crisis familiares y los movimientos migratorios

Si, como acabamos de señalar, la conflictividad familiar es, por tanto, una realidad en aumento, la experiencia migratoria afecta de forma importante, como no podía ser menos, a las relaciones que se producen en el seno de la familia migrante (o con alguno de sus miembros migrante). Evidentemente, la familia inmigrante, es en primer lugar una familia, con todo el dinamismo, las crisis de crecimiento, la importancia de los vínculos, el complicado equilibrio de la conciliación de la vida laboral y familiar, etc... que toda familia presenta, pero es indudable que el estrés migratorio les afecta de manera notable²⁷.

Afecta a las relaciones intergeneracionales marcadas no solo por la distancia generacional (en muchos casos agravadas por un periodo importante del desarrollo evolutivo infantil en la distancia física de sus progenitores) sino también por la repercusión de la experiencia migratoria que sitúa a estos hijos a caballo entre dos mundos culturales y sociales diversos.

Afecta también a las relaciones de pareja especialmente cuando se produce una separación más o menos prolongada según la estrategia migratoria familiarmente adoptada. La separación entre los cónyuges es muy probable que origine en ambos un déficit en la cobertura de las necesidades afectivas y sexuales, que se puede compensar con el surgimiento de nuevas relaciones, y la eventual separación de la antigua pareja. Las crisis familiares son relativamente frecuentes en estos casos y sus efectos transnacionales particularmente complejos.

Este impacto en el sistema familiar de la experiencia migratoria está condicionado por diversas razones. Por una parte, son familias en las cuales hay ausencia (o lejanía) de la red de parentesco tan esencial en la solidaridad cotidiana intrafamiliar²⁸

²⁷ Recojo y desarrollo estas cuestiones en S. ADROHER BIOSCA. Menores extranjeros en España: marco jurídico general y nuevos desafíos. En I.E. LÁZARO GONZÁLEZ (Coord.). *Nuevos retos que plantean los menores extranjeros al Derecho*, VI Jornadas sobre Derecho de menores. Universidad P. Comillas (Madrid 2006 pp. 23-73)

²⁸ Me refiero a la ausencia física en el día a día porque diversos estudios ponen de manifiesto la relación estrecha que estas familias, a pesar de la distancia, mantienen con su familia extensa que se encuentra en su país. Vid J. EGUREN RODRÍGUEZ, El carácter transnacional de las familias inmigrantes en España. *Razón y Fé*. Sept.-oct 2005 pp. 117 y ss.

SES

4

7

)

0

8

14

32

51

58

22

onsejo General del Poder
ral de la Población (datos
íficas (datos de población
miliar.com)

n con los otros países
i función de la pobla-
n las estadísticas cita-
aumento muy impor-
n un reciente informe
icos de dos trimestres
le 2005, que permiten
mismo: *se observa que
tras permanecer estables
a modificación legal, con
de las separaciones.*

lo cual hace que el día a día de la conciliación de la vida laboral y familiar sea más complejo porque se vive desde un mayor aislamiento familiar y soledad.

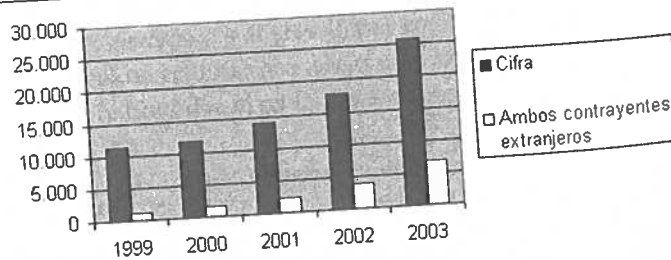
Por otra parte el impacto es diverso en función de la estrategia migratoria adoptada; en ocasiones se emigra desde el principio en familia, pero lo más frecuente es que emigre primero uno de los progenitores para reagrupar al resto de forma inmediata o pasados unos años. Cuando es así, la emigración produce una grave escisión en la vida familiar, al separar a las esposas de sus maridos (lo que ocurre al 33% de los casados) y a los progenitores de sus hijos (38% de los que tienen descendencia). De modo reciente aparece una nueva estrategia migratoria: la de los menores que emigran solos muchas veces empujados por sus familias como cabeza de puente para una posterior emigración familiar.

En otras ocasiones la pareja y la familia se crea en el país de destino bien como una realidad nueva (en algunas ocasiones monoparental) o bien como una familia reconstituída tras la ruptura con la pareja en el país de origen que motivó la migración o que se produjo a consecuencia de la misma. Así, es muy notable el aumento de matrimonios mixtos en nacionalidad que se ha producido en España en los últimos años y que nos están hablando de nuevas familias creadas en nuestro país, que, para algunos son parejas de alto riesgo²⁹ ya que sufren un mayor número de divorcios por la diversidad cultural de partida.

MATRIMONIOS CELEBRADOS EN ESPAÑA CON ALGUNO DE LOS CÓNYUGES EXTRANJERO

| Año | Cifra | Ambos contrayentes extranjeros |
|------|-----------------|--------------------------------|
| 1999 | 11.259 (5,05%) | 1.198 (10,64%) |
| 2000 | 11.794 (5,45%) | 1.493 (12,66%) |
| 2001 | 14.094 (6,77%) | 2.340 (16,6%) |
| 2002 | 17.841 (8,5%) | 3.934 (22,05%) |
| 2003 | 25.618 (12,19%) | 6.660 (26%) |

Fuente: Cifras INE, Boletín Informativo del Instituto Nacional de Estadística. Extranjeros en España, Marzo de 2004, www.ine.es; INE, Movimiento natural de población, Datos provisionales 2003, www.ine.es.



²⁹ Así lo afirman, citando a B. ANCEL, A.L. CALVO CARAVACA y J CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado, vol. II*, Comares, Granada, 2006, pág. 176.

Las migraciones, destacamos a las ellas, destacamos a las en ocasiones, tras un t a alguno/a de los mie

Pues bien, en es cada vez más cambiante al que voy a dedicar m el establecimiento de vínculos en distintos países elementos concurrentes, e tanto que el nuevo Reg cho a la libre circulació práctica en muchos caso do al impacto de la exp cuestiones relacionadas

Debo advertir qu impacto es especialmen vantes, la resolución jurí vez que pueden genera te pueden agravar el su existen menores afectad

II. LA APLICACIÓN EN

La presente apro España tiene tres fuer Conclusiones y recomen de Derecho de familia y CGPJ en Murcia los días de diversos países mieml tes al Ilustre Colegio de a procesal que me han si Estudios y Documentació Bavío, experta en Derech información. En tercer luq sis de la jurisprudencia r les, de Tribunales Supr Constitucional y de la DG incluyo al final).

³⁰ Op. cit. nota 10.

³¹ SEMINARIO SOBRE COOP

Las migraciones han contribuido a la aparición de nuevas formas de familias; entre ellas, destacamos a las familias transnacionales, que viven separadas en dos países y que en ocasiones, tras un tiempo más o menos prolongado van trayendo al país de acogida a alguno/a de los miembros de la familia a través de la reagrupación familiar.

Pues bien, en este contexto de movilidad de trabajadores (con biografía familiar cada vez más cambiante y conflictiva), es en el que debemos situar el Bruselas II, Reglamento al que voy a dedicar mis reflexiones: *La realización de la libre circulación de las personas y el establecimiento de vínculos familiares cada vez más frecuentes entre personas nacionales o residentes en distintos países, exigía una respuesta jurídica que, tomando en cuenta los distintos elementos concurrentes, afirmaba Alegría Borrás en su informe explicativo*³⁰. Parecería por tanto que el nuevo Reglamento está dedicado a aquellas personas que gozan del derecho a la libre circulación. Sin embargo, como tendré ocasión de analizar, su aplicación práctica en muchos casos se dirige a ciudadanos no comunitarios, inmigrantes, que debido al impacto de la experiencia migratoria al que aludía más atrás, plantean en España cuestiones relacionadas con su crisis familiar.

Debo advertir que si la conflictividad familiar es cada vez más frecuente, y su impacto es especialmente significativo en las familias con elementos de extranjería relevantes, la resolución jurídica de las crisis familiares es en estos casos más compleja toda vez que pueden generarse en conflictos de leyes y de jurisdicciones que potencialmente pueden agravar el sufrimiento asociado a estas situaciones, particularmente cuando existen menores afectados.

II. LA APLICACIÓN EN ESPAÑA DEL BRUSELAS II

La presente aproximación al estudio de la aplicación práctica del Bruselas II en España tiene tres fuentes fundamentales de información. En primer lugar las Conclusiones y recomendaciones del Seminario sobre cooperación judicial en materia de Derecho de familia y relaciones parentales en la Unión europea, organizado por el CGPJ en Murcia los días 28-30 de septiembre de 2005, en el que participaron 42 jueces de diversos países miembros. En segundo lugar las Consultas de letrados pertenecientes al Ilustre Colegio de abogados de Madrid, dirigidas al grupo de trabajo de Derecho procesal que me han sido amablemente facilitadas por la directora del Centro de Estudios y Documentación de dicha institución, la profesora Doctora Doña Flora Calvo Bavío, experta en Derecho internacional privado a la que agradezco mucho toda esta información. En tercer lugar, mi investigación se centra fundamentalmente en el análisis de la jurisprudencia más relevante de algún Juzgado, de las Audiencias provinciales, de Tribunales Superiores de Justicia, del Tribunal Supremo, del Tribunal Constitucional y de la DGRN. He analizado más de 60 Resoluciones (cuyas referencias incluyo al final).

³⁰ Op. cit. nota 10.

³¹ SEMINARIO SOBRE COOPERACIÓN... cit.

familiar sea más com-

dad.
tegia migratoria adop-
o más frecuente es que
de forma inmediata o
rave escisión en la vida
al 33% de los casados)
ncia). De modo recien-
es que emigran solos
nte para una posterior

s de destino bien como
bien como una familia
de motivó la migración
le el aumento de matri-
i en los últimos años y
país, que, para algunos
divorcios por la diver-

ALGUNO DE

es extranjeros

64%)
66%)
,6%)
05%)
6%)

injeros en España, Marzo de
, www.ine.es.

ios contrayentes
anjeros

RRASCOSA GONZÁLEZ,.

Conflictos de calificación

Como es bien sabido, la calificación es uno de los problemas clásicos del DIPr, y supone la compleja tarea de subsumir en una norma ya sea estatal, convencional o comunitaria, situaciones conectadas con ordenamientos jurídicos distintos que dotan de un contenido material también diverso a las instituciones jurídicas. Si bien en la teoría general del DIPr este problema se ha tratado tradicionalmente al abordar la determinación de la ley aplicable, es un problema común a los tres sectores que abarca esta disciplina, y por tanto también al sector de la competencia judicial o de autoridades y al del reconocimiento³⁴. Son bien conocidas las técnicas empleadas por el legislador convencional y comunitario para desdramatizar estos conflictos. Así, cuando es posible, se opta por una calificación autónoma de algunos términos. Es el caso claro del término responsabilidad parental cuyo contenido se desarrolla en el artículo 1 ya citado y en el art. 2.7 (cuyo título es, por cierto, *definiciones*) y sin embargo, a pesar de los esfuerzos, esta calificación autónoma no tiene carácter exhaustivo, sino meramente indicativo y por tanto no debe ser de interpretación restrictiva sino materialmente orientada en función del interés del menor³⁵. Esta calificación autónoma puede generar problemas de recalificación en el momento del reconocimiento de términos tales como "materia civil" al que alude el artículo 1.1. cuando señala que *el presente Reglamento se aplicará con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional, a las materias civiles relativas a...*³⁶.

No ha sucedido lo mismo con otros dos conceptos claves del Reglamento, el término menor³⁷ y el foro residencia habitual tan esencial en este Reglamento como es el

³⁴ Vid S. ADROHER BIOSCA "Conflicto de calificaciones". *Enciclopedia Jurídica mexicana*. Anuario 2005. Ed Porrúa y Universidad Nacional de México. México 2005. pp 165-71.

³⁵ Así se señala en la "Guía Práctica para la aplicación del nuevo Reglamento Bruselas II". Versión actualizada al 1 de junio de 2005, pp. 9. En este mismo sentido se pronuncian los jueces: *Acerca de las materias incluidas en el Art. 1.2 del Reglamento 2.201/2003, se debatió si esta lista de materias, debe considerarse exhaustiva y cerrada o meramente ejemplificativa. En cada supuesto concreto es la autoridad competente de cada país la que va a determinar si la materia que se plantea en el área de la responsabilidad parental entra dentro del ámbito de aplicación del Reglamento 2.201/2003, teniendo en cuenta que la relación de materias enunciadas en el art. 1.2 es meramente ejemplificativa u orientativa. El concepto de responsabilidad parental siempre ha de ser operativo en función del interés superior del menor. Como posible buena práctica se manifestó la conveniencia de que en las resoluciones que otorgan la custodia en un proceso de crisis matrimonial a una de las partes, se hiciera constar siempre expresamente si la concesión de la custodia implicaba la posibilidad de decidir o no unilateralmente acerca de cambios de residencia a otro país.* (SEMINARIO SOBRE COOPERACIÓN...cit).

³⁶ Sin embargo, como se señala en la "Guía Práctica para la aplicación del nuevo Reglamento Bruselas II". Versión actualizada al 1 de junio de 2005, pp. 9 *Se aplicará el Reglamento cuando una cuestión específica de responsabilidad parental sea una medida de Derecho público según la legislación nacional, por ejemplo, acogimiento de un menor en una familia o en un establecimiento.* Estos conflictos de calificación son destacados por E. RODRÍGUEZ PÍNEAU. (Reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de responsabilidad parental. En A. QUINONES ESCAMEZ, P. ORTUÑO MUÑOZ F. CALVO BABÍO *Crisis matrimoniales. Protección del menor en el ámbito europeo*. La Ley. Madrid 2005 pp. 140-1): Esta definición introduce un problema básico como es el de la delimitación de lo que constituye materia civil en este ámbito. A nadie se le escapa que estamos ante cuestiones donde deslindar lo administrativo de lo civil puede ser complicado (...). Y esto suscita un inmediato interrogante: ¿Quién califica la materia civil?. Más adelante señala que la calificación autónoma no garantiza la uniformidad de interpretación pues en este sistema el juez requerido no está vinculado por la calificación realizada en origen.

³⁷ A.L. CALVO CARAVACA y J CARRASCOSA GONZÁLEZ., *Derecho Internacional Privado*, vol. II, Comares, Granada, 2006, pág. 182, afirman que para definir este término habrá que acudir a las normas de DIPr. del país cuyos tribunales conocen del asunto. Esta indefinición preocupa también a los

foro del domicilio en el Reglamento Bruselas I³⁸. Estos conceptos no autónomos como señalan CALVO y CARRASCOSA aumentan la relatividad de soluciones³⁹ y previsiblemente recibirán una calificación autónoma del TJCE si se elevan a esta instancia cuestiones prejudiciales sobre su interpretación. Como es bien sabido, y la experiencia del Reglamento Bruselas I así lo demuestra, la principal aportación del Tribunal de Luxemburgo en relación a este instrumento ha sido ir dibujando los perfiles de una calificación jurisprudencial autónoma comunitaria fuertemente entroncada en los objetivos y sistema de estas normas y en los principios generales que se deducen de los sistemas jurídicos nacionales, es decir de un análisis exhaustivo de Derecho comparado.

Fragmentación normativa y complejidad de soluciones

El segundo problema derivado del ámbito de aplicación material del Reglamento, es el relativo a las cuestiones que podrían haber estado incluidas y no lo están tales como las consecuencias patrimoniales de la crisis matrimonial (en lo que al régimen económico del matrimonio se refiere⁴⁰), las pensiones de alimentos y compensatorias que en ocasiones se señalan (y que quedan bajo el ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I⁴¹) y las rupturas de parejas de hecho⁴². Esto provoca en la práctica una frag-

>> jueces que formulan la siguiente recomendación al respecto: *El Reglamento no define una edad máxima para los menores, relegando esta cuestión a lo que regulen las leyes nacionales respectivas. Aunque las decisiones sobre la responsabilidad parental se refieran en su mayor parte a menores de 18 años, estas personas pueden estar emancipadas conforme a la legislación nacional, en especial, si se casan. Las resoluciones dictadas no entran en el ámbito de aplicación del Reglamento. En España, puede plantearse la posibilidad incluso de la aplicación del Reglamento a los hijos mayores de edad en supuestos de incapacidad como el del Art. 171 del Código Civil español. Considerar también que en el caso de España, la mayor edad empieza a los 18 años cumplidos según el Art. 315 del Código Civil pero la emancipación también tiene lugar por el matrimonio del menor (que produce de derecho la emancipación), por concesión de los que ejerzan la patria potestad (para lo que el menor ha de tener 16 años cumplidos y consentirla) y por concesión judicial a hijos mayores de 16 años. Los órganos jurisdiccionales resolverán cada caso concreto en la aplicación del Reglamento 2.201/2003, en relación con la edad, conforme a su legislación nacional, y ello por las diferencias existentes en la legislación interna de cada país en temas como la incapacidad de los mayores y las posibilidades de actuación de los menores como mayores de edad en determinados casos, y ello en su caso, hasta que exista jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. (SEMINARIO SOBRE COOPERACIÓN...cit).*

³⁸ A.L. CALVO CARAVACA y J CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, cit. pág. 182 señalan al respecto que para interpretar esta noción puede utilizarse la noción de residencia habitual de los Convenios de la Haya de protección de menores que la entienden como el centro social de la vida del menor (o del cónyuge, en el caso del matrimonio, añadido yo). En la "Guía Práctica..." op. cit., pp. 14 se señala que el significado del término debe interpretarse con arreglo a los objetivos y fines del Reglamento. Debe hacerse hincapié en que no se está haciendo referencia aquí a ningún concepto de residencia habitual de acuerdo con el Derecho nacional, sino a una noción "autónoma" de Derecho comunitario.

³⁹ Ibid. pp 182.

⁴⁰ La competencia judicial en esta materia sigue determinada por la LOPJ. Ver al respecto Sentencia del TS de 10/11/2003 (RJ 2003 nº 828) comentada críticamente por R. ARENAS GARCÍA en REDI vol LVI (2004) I pp. 324 y ss.

⁴¹ En la sentencia Cavel II de 6 de marzo de 1980 (Recreil 1980, p.p. 731 y ss.) el TJCE calificó la pensión compensatoria como equiparable a la de alimentos.

⁴² Vid las críticas a estas limitaciones materiales en A. QUINONES ESCAMEZ *Competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental y sustracción de menores en el Reglamento 2201/2003*. En A. QUINONES ESCAMEZ, P. ORTUÑO MUÑOZ F. CALVO BABÍO *Crisis matrimoniales...* cit. pp. 103 y ss. Y en el mismo volumen E. RODRÍGUEZ PINEAU, pp. 142-3; También MOYA ESCUDERO "Competencia judicial y reconocimiento de decisiones en materia de responsabilidad parental: el Reglamento Bruselas II". La Ley nº 5647, 2002 (D-230) pp. 1716.

mentación normativa de las preterto de la competencia ámbito del reconocido embargo, son espec por la AP de Barcel

⁴³ J. CARRASCOSA GARCÍA, VACA, A-L. E. CASTRO, Colex Madrid 2004.

⁴⁴ E. RODRÍGUEZ PINO

⁴⁵ (JUR AC 2003/1676) en Murcia, provincia abuela. La Audiencia resolución del vínculo y c relativo a la pensión si se hubiera planteac car la LOPJ para v. RODRÍGUEZ RODRI num. 166/2003 en A. (y un extenso y docu matrimoniales interna 225 y ss.

⁴⁶ Si bien con una argun el Juzgado de primera da por el Tribunal de resolución aprobando mencia. El juzgado s del exequátur de la re conoce de la existenci to de aplicación, la no tos ejecutivos requiere noce la existencia del

Sin embargo, si lo que de la sentencia alema Bruselas II bis, de nue mativa aludida (o el "t provisiones): en cuant disolución del régimen en el Convenio hispan relativas a los alimentc tivo a los posibles efec

⁴⁷ Claro que se puede argu puede conducir a que un aplicación del Convenio c clas podría ser objeto de j la decisión relativa a la c mico matrimonial, pero s parte de la sentencia, con ámbito del Convenio. Per convenio, desde el momen len ser fijados en las sent gen del convenio. La mis matrimoniales a efectos d (...). El Reglamento es ap alimentos u otras semeja cho y, por lo visto, tambi amparo del repetido Regla tencia tenga un camino p para y otro camino (u otr

mentación normativa no deseable o la denominada "dispersión del pleito"⁴³ o "separabilidad de las pretensiones"⁴⁴. Dos ejemplos de la misma son los siguientes: en el ámbito de la competencia judicial internacional, la Sentencia AP Murcia 12/5/03⁴⁵ y en el ámbito del reconocimiento, el Auto de la Audiencia de Valencia de 14/1/2003⁴⁶. Sin embargo, son especialmente significativas a este respecto las consideraciones hechas por la AP de Barcelona en su sentencia de 1/3/2003⁴⁷.

⁴³ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. Crisis matrimoniales y dispersión del pleito. En A. CALVO CARAVACA, A.-L. E. CASTELLANOS RUIZ, *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*. Colex Madrid 2004.

⁴⁴ E. RODRÍGUEZ PINEAU. op. cit. pp. 143

⁴⁵ (JUR AC 2003/1676) Que plantea el caso de un divorcio de una pareja de marroquíes que residen en Murcia, provincia en la que vive uno de sus hijos, permaneciendo el otro en Marruecos con su abuela. La Audiencia verifica de oficio su competencia judicial internacional en lo relativo a la disolución del vínculo y de la responsabilidad parental con arreglo a lo establecido en el Bruselas I, y relativo a la pensión de alimentos y compensatoria con arreglo a lo establecido en el Bruselas I, y si se hubiera planteado la disolución del régimen económico del matrimonio hubiera debido aplicar la LOPJ para verificar su competencia. Ya son varios los comentarios a la misma: F. RODRÍGUEZ RODRIGO, Crisis matrimoniales y foro de necesidad en relación con la Sentencia num. 166/2003 en A. CALVO CARAVACA, E. CASTELLANOS RUIZ, "El Derecho de familia..." cit. y un extenso y documentadísimo comentario a la misma J. CARRASCOSA GONZÁLEZ Crisis matrimoniales internacionales: foro de necesidad y Derecho extranjero. REDI vol LVI (2004) I pp. 225 y ss.

⁴⁶ Si bien con una argumentación defectuosa puede ilustrar como ejemplo. Se solicita en España ante el Juzgado de primera instancia, la ejecución de una sentencia de divorcio de fecha 24-01-95, dictada por el Tribunal de familia del Juzgado de primera Instancia de Donaueschingen (Alemania), y resolución aprobando el acuerdo de la pensión conyugal así como título ejecutivo de la pensión alimenticia. El juzgado señala que los efectos pretendidos (ejecución pensión de alimentos) requieren del exequátur de la resolución alemana ante el TS, y en apelación la Audiencia de Valencia, que conoce de la existencia del Bruselas II, señala que puesto que los alimentos están fuera de su ámbito de aplicación, la normativa aplicable será el Convenio hispano alemán que en relación a los efectos ejecutivos requiere de un previo exequátur que debe solicitarse ante el TS. La Audiencia desconoce la existencia del Bruselas I, que sería el instrumento aplicable en este caso.

Sin embargo, si lo que se hubiera solicitado hubiera sido el reconocimiento de todo tipo de efectos de la sentencia alemana, y nos encontraríamos dentro del ámbito de aplicación temporal del Bruselas II bis, de nuevo se produce, esta vez en relación al reconocimiento, la fragmentación normativa aludida (o el "troceamiento" de la sentencia a efectos del reconocimiento de cada una de sus previsiones): en cuanto a las disposiciones que la sentencia alemana pudiera hacer relativas a la disolución del régimen económico del matrimonio, el régimen de reconocimiento sería en previsto en el Convenio hispano-alemán de 14 de noviembre de 1983 (BOE nº 40 de 16 de febrero); para las relativas a los alimentos, el régimen de reconocimiento sería el previsto en el Bruselas I, y en lo relativo a los posibles efectos registrales y de responsabilidad parental, el Bruselas II bis.

⁴⁷ Claro que se puede argumentar sobre lo paradójico que resulta que se sostenga la conclusión indicada, que puede conducir a que una sentencia, por ejemplo de divorcio, esté en parte incluida y en parte excluida de la aplicación del Convenio de Bruselas de 1968, con lo cual el reconocimiento y ejecución de esa clase de sentencias podría ser objeto de fraccionamiento: no cabría, al amparo del convenio, el reconocimiento y ejecución de la decisión relativa a la disolución del matrimonio en sí, ni a la disolución y liquidación del régimen económico matrimonial, pero sí, en cambio, podrían instarse tales reconocimiento y ejecución en lo referido a otra parte de la sentencia, concerniente a alimentos, pensión compensatoria y demás extremos no excluidos del ámbito del Convenio. Pero es que esa conclusión, por paradójica que pueda parecer, se desprende del propio convenio, desde el momento en que éste incluye en su ámbito de aplicación a los alimentos, que pueden y suelen ser fijados en las sentencias que, al tiempo, se pronuncian sobre el estado civil, cuestión que queda al margen del convenio. La misma conclusión relativa al "fraccionamiento" de las sentencias dictadas en procesos matrimoniales a efectos de reconocimiento y ejecución puede desprenderse del propio Reglamento 1347/2000 (...). El Reglamento es aplicable sólo a las cuestiones de estado civil, pero el reconocimiento de las medidas de alimentos u otras semejantes, vinculadas a los procesos matrimoniales (tan vinculadas que en nuestro derecho y, por lo visto, también en el francés, forman parte del proceso y de la sentencia), no puede realizarse al amparo del repetido Reglamento. Este contempla, por tanto, claramente, la posibilidad de que una misma sentencia tenga un camino para obtener el reconocimiento y ejecución de una parte de las decisiones que incorpora y otro camino (u otros), distinto, para otra parte de sus mandatos.

s no autónomos como
luciones³⁹ y previsible-
a esta instancia cues-
o, y la experiencia del
al de Luxemburgo en
una calificación jurís-
os objetivos y sistema
los sistemas jurídicos
grado.

icación material del
tado incluídas y no lo
trimonial (en lo que al
e alimentos y compen-
bitio de aplicación del
n la práctica una frag-

no define una edad máxi-ma
pectivas. Aunque las decisio-
18 años, estas personas puen-
n. Las resoluciones dictadas
ilidad parental y por lo tanto
e la posibilidad incluído de la
lad como el del Art. 171 del
l empieza a los 18 años cum-
ugar por el matrimonio del
n la patria potestad (para lo
l a hijos mayores de 16 años.
lamiento 2.201/2003, en rela-
entes en la legislación inter-
de actuación de los menores
jurisprudencia del Tribunal
l...cit).

rnacional Privado, vol. II,
ilizarse la noción de resi-
la entienden como el cen-
a, añado yo). En la "Guía
etarse con arreglo a los obje-
ferencia aquí a ningún con-
ón "autónoma" de Derecho

r al respecto Sentencia del
AS GARCÍA en REDI vol

el TJCE calificó la pensión

IEZ Competencia judicial
enores en el Reglamento
O BABÍO Crisis matrimo-
U. pp. 142-3; También M
en materia de responsabi-
1716.

B) ÁMBITO DE APLICACIÓN GEOGRÁFICO

Normas de competencia judicial internacional

Las normas de competencia judicial del Bruselas II se aplican en los Estados miembros con primacía respecto de las normas de competencia interna, las cuales son denominadas por el Reglamento como normas de "competencia residual"; así por ejemplo en España, los tribunales españoles solo podrán declararse competentes en las materias reguladas por el Bruselas II aplicando la LOPJ cuando de la aplicación del Reglamento no se derive la competencia de la Jurisdicción de ningún Estado miembro (según los art. 3, 4, y 5 en materia de crisis matrimoniales según los arts. 8-11 en materia de responsabilidad parental). A los efectos del Reglamento estudiado, los Estados miembros son todos los Estados de la Unión Europea a excepción de Dinamarca que ha manifestado su falta de adhesión al mismo. ¿Cómo afecta la "excepción danesa" en España en relación a estas normas competenciales?

Parece evidente que aquellas normas reguladoras de la competencia que regulan la cooperación de autoridades en esta materia, o la eventual competencia de las autoridades de otro Estado miembro, no serán aplicables respecto de las autoridades danesas no obligadas por el Reglamento. Es el caso, por ejemplo, de la norma que prevé la remisión a un órgano jurisdiccional mejor situado para conocer del asunto (art. 15) de la reguladora de la comprobación o verificación de la competencia (art. 17) o de la reguladora de la litispendencia internacional (art. 19).

Sin embargo, es evidente también, que los tribunales españoles pueden ser competentes para divorciar daneses, aplicando los foros competenciales del Reglamento, así como para divorciar ecuatorianos o marroquíes, como veremos. No lo han entendido siempre así nuestros tribunales que en alguna ocasión han malinterpretado este ámbito de aplicación geográfico⁴⁸.

Normas de reconocimiento

En relación a las normas de reconocimiento, la relevancia de la excepción danesa es mayor, toda vez que las resoluciones que se benefician del sistema de reconoci-

⁴⁸ Sentencia de la AP Valencia 16/3/04 que en relación con la separación de dos daneses en España incurre en importantes confusiones tanto respecto del ámbito de aplicación del Reglamento como en la confusión de las normas de competencia y las de ley aplicable: *En efecto, cierto es que el Reglamento 1347/2000 del Consejo de Europa de fecha 29 de mayo relativo a la competencia reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes, no es de aplicación a Dinamarca, porque expresamente se dice en su art. 1.3 que en el presente Reglamento por la expresión Estado miembro se entenderá cualquier Estado miembro excepto Dinamarca. Pero cierto, también es, que conforme al art. 22.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial los tribunales españoles son competentes para conocer de la presente litis cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España al tiempo de la demanda o el demandante sea español y tenga su residencia habitual en España, y por el art. 107.2 del CC que dice que la separación y el divorcio se regirán por la Ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda; a falta de nacionalidad común, por la Ley de la residencia habitual común del matrimonio en dicho momento y, en defecto de ésta, por la Ley de la última residencia habitual común del matrimonio si uno de los cónyuges aún reside habitualmente en dicho Estado. En todo caso, se aplicará la Ley española cuando uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España.*

miento comunitario, 21). Por tanto, las res las relativas a la resp das por tribunales es

C) ÁMBITO DI

Si el Reglamer 2201 tiene carácter ir agosto de 2004 en lug

La precisión de competencia es claro: de 2001 y el 2201 se Naturalmente la amp II bis supone en la p invocarse el Reglame beneficiarse del siste parental) lo pueden h

Las indudable este trabajo, llevaron la primera sentencia e te el 2201 a una acció damente que en la m. introducido cambios tencia es un muy buen ducidas en el nuevo t

⁴⁹ Sentencia de la AP Val genitores; la madre res madre solicita a través menor, guarda de la q podría estar en peligro la Audiencia estima el entre sus alegaciones r invocaciones del padre a Dinamarca". De nu Reglamento. En este ca a la entrada en vigor d ido en el 2201 pero no tal desconexa de una c acciones ejercitadas a p interposición de la acci marzo de 2005. Pero er la cuestión se está plan mera instancia se prete AP Tenerife 1/6/04. Irr F. Competencia intern. SAP de Santa Cruz de febrero 2005, pp 31-6; /

miento comunitario, son las dictadas en un Estado miembro, y Dinamarca no lo es (art. 21). Por tanto, las resoluciones danesas sobre nulidad separación y divorcio así como las relativas a la responsabilidad parental no gozan de la libre circulación, y las dictadas por tribunales españoles no tendrán eficacia directa en Dinamarca⁴⁹.

C) ÁMBITO DE APLICACIÓN TEMPORAL

Si el Reglamento 1347 se aplicaba a partir de 1 de marzo de 2001, el Reglamento 2201 tiene carácter irretroactivo, salvo los artículos 6-70 que se aplican a partir del 1 de agosto de 2004 en lugar de la fecha general de entrada en vigor (1 de marzo de 2005).

La precisión de este ámbito de aplicación temporal en relación con las normas de competencia es claro: el 1347 se aplicaba a las acciones ejercitadas a partir del 1 de marzo de 2001 y el 2201 se aplica a las acciones ejercitadas a partir del 1 de marzo de 2005. Naturalmente la ampliación del ámbito material de aplicación del Bruselas II al Bruselas II bis supone en la práctica que determinadas acciones respecto de las que no podía invocarse el Reglamento comunitario antes del 1 de marzo de 2005 y que no podían beneficiarse del sistema en él previsto (básicamente las relativas a la responsabilidad parental) lo pueden hacer a partir de esta fecha.

Las indudables mejoras introducidas en el segundo texto, que voy a analizar en este trabajo, llevaron a la AP de Tenerife en una sentencia muy comentada (por cierto, la primera sentencia española que invoca en Reglamento 2201) a aplicar indebidamente el 2201 a una acción ejercitada antes de su entrada en vigor, considerando equivocadamente que en la materia objeto del caso (modificación de medidas) el 2201 no había introducido cambios en relación al texto anterior. El supuesto planteado en dicha sentencia es un muy buen ejemplo práctico y gráfico de las bondades de las reformas introducidas en el nuevo texto reglamentario⁵⁰.

⁴⁹ Sentencia de la AP Valladolid de 14/11/05 Se trata de un caso de separación de hecho de unos progenitores; la madre reside con el menor en Valladolid y el padre, entiendo, que en Dinamarca. La madre solicita a través de un procedimiento de jurisdicción voluntaria la guarda y custodia del menor, guarda de la que disfrutaba de hecho por acuerdo con el padre, pero que según su criterio podría estar en peligro. En el procedimiento no se da audiencia al padre. Este recurre la decisión y la Audiencia estima el recurso de apelación dejando sin efecto la decisión de la Instancia. El padre entre sus alegaciones menciona el Bruselas II a lo que la Audiencia contesta: "Son irrelevantes las invocaciones del padre apelante al Reglamento 1347/2001 de la Unión Europea por no ser aplicables a Dinamarca". De nuevo aprecio un error en la comprensión del ámbito de aplicación del Reglamento. En este caso, la resolución del Juzgado es de 7 de marzo de 2005, y por tanto posterior a la entrada en vigor del Bruselas II-bis. Se trata de un caso que, por razón de la materia, está incluido en el 2201 pero no en el 1347, toda vez que se trata de una demanda de responsabilidad parental desconexa de una crisis. Ahora bien, el ámbito de aplicación temporal del 2201 se refiere a las acciones ejercitadas a partir de su entrada en vigor (1 de marzo de 2005). Desconocemos la fecha de interposición de la acción de esta madre, y solo conocemos que la resolución del Juzgado es de 7 de marzo de 2005. Pero en todo caso que el padre viva en Dinamarca es irrelevante en la instancia que la cuestión se está planteando. No lo sería si de haberse confirmado la resolución del juzgado de primera instancia se pretende posteriormente ejecutar o reconocer en Dinamarca.

⁵⁰ AP Tenerife 1/6/04. Importantes y clarificadores comentarios a la misma son los de CALVO BABÍO, F. Competencia internacional. Legislación comunitaria. Sustracción de menores. (Comentario a la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 1 de junio de 2004). Revista Jurídica SEPIN familiar núm. 41, febrero 2005, pp 31-6; A. QUINONES ESCAMEZ. Nota RED I vol LVII (2005) I, pp 365-8. Se trata de

Sin embargo, van a ser las normas de reconocimiento las que puedan plantear más problemas o casuística derivada, en parte, de la existencia de los dos textos, el 1347 y el 2201 y de la posibilidad de que se trate de resoluciones dictadas tras el 1 de marzo de 2005 (o entre el 1 de marzo de 2001 y el 1 de marzo de 2005) como consecuencia de acciones ejercitadas después (o antes) del 1 de marzo de 2001; a esta situación se añade la complejidad derivada de si uno de los dos Estados es de los 10 nuevos que entraron a formar parte de la Unión Europea el 1 de mayo de 2004⁵¹. Estas diversas hipótesis están reguladas extensamente en el art. 64 del Reglamento. Las normas transitorias del 1347 (art. 42) en relación al reconocimiento, también generaron algún problema práctico de aplicación en la medida en que permitían que se beneficiaran del reconocimiento automático resoluciones judiciales dictadas después del 1 de marzo de 2001 pero como consecuencia de acciones ejercitadas antes con ciertas condiciones (control de la competencia judicial internacional del tribunal de origen)⁵².

2. Las normas sobre competencia judicial internacional

Como recordaba al comienzo de este trabajo, el Reglamento Bruselas II, al igual que el Bruselas I, es un texto doble, que disciplina o reglamenta por un lado la competencia judicial internacional de los tribunales de los Estados miembros y por otro el

reconocimiento recíproco de aplicación.

En relación con competencia en materia parental, cuestión esta toda vez que cubre competencia parental, tal y como es cuestión a la resolución de este texto en relación con

Sus previsiones competencia internacional previsional que indudablemente exige la sumisión o la pro 22.2 de la LOPJ con carácter como han señalado al pero posibilitando indistinto matrimonial al estable

Sin embargo, un mecanismo denominado del asunto en el ar

⁵¹ un matrimonio de alemana y español con residencia habitual en España, que son padres de dos hijos. El 25 de septiembre de 2002 se dicta en España sentencia de separación que atribuye a la madre la guarda y custodia de los menores reconociéndosele al padre un derecho de visitas. Aproximadamente un mes después de dictada la sentencia, la madre traslada su residencia a Alemania llevándose consigo a los niños sin poner este traslado en conocimiento ni del padre ni del Juzgado que había tramitado la separación e impidiendo, partir de ese momento, que se pudiesen efectuar las visitas que le correspondían al padre. El 23 diciembre de 2002, el padre presenta demanda ante el Juzgado español que había tramitado la separación solicitando la modificación de medidas, obteniendo el día 27 de octubre de 2003 sentencia por la que se le otorga la guarda y custodia de los menores. La madre apela la sentencia del Juzgado de Primera Instancia español basándose en tres motivos: a) infracción del favor filii al pretender privarse a los niños de la custodia de la madre con la que siempre han estado; b) incompetencia de los tribunales españoles y c) error en la apreciación de la prueba. La Audiencia desestima los tres motivos y confirma la resolución apelada aplicando anticipadamente el Reglamento 2201 con los siguientes argumentos: *no cabe duda de que, según el Reglamento CE núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, la competencia corresponde a los tribunales españoles; en efecto, se trata de una acción que afecta a una materia de responsabilidad parental, en la definición que de este concepto se hace en su artículo 2.7), y que, además, es consecuencia del traslado y la sustracción ilícita de un menor en la definición que también hace de ello en el art. 2.11.b), al infringirse el derecho de custodia del padre por ejercerse conjuntamente por ambos progenitores; es decir, porque tanto por resolución judicial como por ministerio de la ley, uno de los titulares de la responsabilidad parental no puede decidir sin el consentimiento del otro titular sobre el lugar de residencia del menor. En esta situación en la que se ha producido, por tanto, la sustracción y traslado ilícito del menor, la competencia le corresponde a los tribunales españoles según el art. 10 del Reglamento citado. La cuestión se plantea, sin embargo, porque dicho Reglamento, que deroga expresamente el número 1.347/2000, aún no está en vigor, lo que se producirá el próximo 1 de agosto, siendo aplicable a partir del 1 de marzo de 2005 (art. 72). Sin embargo, esto no impide que se llegue a la misma conclusión sobre la base de la normativa anterior, ya que es perfectamente posible que el nuevo Reglamento no suponga un cambio de criterio en este punto, sino, simplemente venga a dar respaldo normativo a una solución que se podía obtener por vía interpretativa de la reglamentación anterior, a la que ha venido a dar firmeza y seguridad.*

⁵² Ver al respecto "Guía Práctica..." cit. pp. 6-7.

⁵³ Así puede verse el caso resuelto por la RDGRN 4/5/2002 comentado extensa y documentadamente por M. HERRANZ BALLESTEROS. Primeros pasos de la práctica registral española en la aplicación del Reglamento en materia matrimonial: reflexiones al hilo de la Resolución de la DGRN de 4 de mayo de 2002. La Ley Año XXIV núm. 5715, 10 de febrero de 2003. pp. 1-6.

⁵³ Recogiendo en el artículo 10, apartados 1 y 2, los casos de demanda recon

⁵⁴ Un extenso y claro análisis de "Competencia judicial int

⁵⁵ Así, se establece un foro alternativo con él: competencia de los tribunales de la crisis del menor (art.13)

⁵⁶ Puede verse en dos casos de competencia judicial internacional en Andorra si los niños no serían competentes de los supuestos previsional impugnada, que tan españoles residentes en el momento del otro. Sin embargo de competencia judicial internacional artículo 8.1 de dicho Reglamento citado se atribuye a los tribunales de España el Estado miembro competente para cono

⁵⁷ Por un lado se trata de evitar el divorcio. En este se CARRASCOSA GONZÁ. Sin embargo, los mismos plantean las posibilidades de demandante de divorcio. Efectúan en el divorcio "Et

reconocimiento recíproco de decisiones todo ello en las materias incluidas en su ámbito de aplicación.

En relación con las normas de competencia, el Reglamento distingue los foros de competencia en materia de crisis matrimoniales⁵³ de los relativos a la responsabilidad parental, cuestión esta última que constituye una de las principales novedades del 2201 toda vez que cubre competencialmente todas las acciones relativas a la responsabilidad parental, tal y como está definida en el Reglamento, con independencia de su vinculación a la resolución de una crisis matrimonial⁵⁴ mejorando notablemente la eficacia de este texto en relación con el precedente⁵⁵.

Sus previsiones, si las comparamos con el sistema español de competencia judicial internacional previsto en la LOPJ, suponen una ampliación considerable competencial que indudablemente afianza la tutela judicial efectiva en estos casos⁵⁶, si bien no recoge la sumisión o la prorrogatio fori como criterio competencial (previsto en el artículo 22.2 de la LOPJ con carácter general y con independencia de la materia) para evitar, como han señalado algunos autores, el forum shopping en esta materia tan delicada, pero posibilitando indirectamente un good forum shopping concretamente en materia matrimonial al establecer en el artículo 3 un número amplio de foros alternativos⁵⁷.

Sin embargo, una de las principales novedades del 2201 es la introducción de un mecanismo denominado remisión a un órgano jurisdiccional mejor situado para conocer del asunto en el artículo 15 del mismo. ¿Se trata de un forum non conveniens?

⁵³ Recogiendo en el artículo 3 los criterios de competencia general foros que se han calificado de objetivos, alternativos y exclusivos, y en los siguientes preceptos los foros de competencias especiales en los casos de demanda reconvenional (art. 4) y de conversión de una separación en divorcio (art. 5).

⁵⁴ Un extenso y claro análisis de las novedades en esta materia es el de A. QUIÑONES ESCAMEZ "Competencia judicial internacional..." op. cit. pp 103 y ss.

⁵⁵ Así, se establece un foro de competencia general (residencia habitual del menor- art. 8) y otros foros articulados con él: competencia de la ex residencia habitual en caso de cambio legal de residencia (art.9)- competencia de la ex residencia en caso de sustracción internacional (art. 10)- competencia de los tribunales de la crisis (art. 12 y 2)- "foro de necesidad" (art. 12.3)- competencia basada en la presencia del menor (art.13)

⁵⁶ Puede verse en dos casos resueltos por la AP Lérica de 20/5/2004 y 8/09/2004 que analizan la competencia judicial internacional de los tribunales españoles para divorciar en España a dos españoles con residencia en Andorra sin que sea un divorcio por mutuo acuerdo. Con La LOPJ los tribunales españoles no serían competentes y con el Reglamento sí: ciertamente, el presente caso no es subsumible en ninguno de los supuestos previstos en el art. 22.3º de la L.O.P.J., como argumentó la Sra. Juez a quo en la resolución impugnada, que tan solo prevé la competencia de los tribunales españoles en procesos matrimoniales entre españoles residentes en el extranjero cuando se promueva la petición de mutuo acuerdo o uno con el consentimiento del otro. Sin embargo tras la entrada en vigor del Reglamento C.E. n° 1347/2000 de 29 de Mayo los foros de competencia judicial internacional de la L.O.P.J. en materia matrimonial solo pueden aplicarse conforme al artículo 8.1 de dicho Reglamento cuando de los arts. 2 a 6 del mismo no se deduzca la competencia de ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro, supuesto que no concurre en este caso ya que en el art. 2. 1, b) del Reglamento citado se atribuye la competencia para resolver cuestiones relativas al divorcio de los cónyuges a los órganos judiciales del Estado miembro de la nacionalidad de ambos cónyuges. En consecuencia, en este caso siendo España el Estado miembro de nacionalidad de ambos cónyuges litigantes los órganos judiciales españoles tienen competencia para conocer de la demanda interpuesta.

⁵⁷ Por un lado se trata de evitar el turismo divorcista... El demandante puede especular con las reglas de Derecho aplicable al divorcio. En este sentido el Reglamento favorece el good forum shopping. A. CALVO CARAVACA. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. *Derecho internacional privado*. Vol II, Comares, 5ª Ed. Granada 2004 pp.153.4. Sin embargo, los mismos autores en la 7ª Edición del mismo manual señalan que la alternatividad incrementa las posibilidades de lograr la disolución del matrimonio ya que favorece el acceso a la justicia del demandante de divorcio. Ello ha sido criticado pues favorece el forum shopping (que estos autores ejemplifican en el divorcio "Euro Star" en alusión al tren que atraviesa el Canal de la Mancha (pp. 99-100).

El *forum non conveniens* es un mecanismo típicamente anglosajón que muy recientemente el TJCE ha definido de la siguiente manera: *En virtud de la excepción de forum non conveniens, tal como se aplica en Derecho inglés, un órgano jurisdiccional nacional puede inhibirse en favor de un órgano jurisdiccional situado en otro Estado, que es asimismo competente, si considera que objetivamente éste es un foro más adecuado para conocer del litigio, es decir, que el litigio puede resolverse ante éste de forma más adecuada, habida cuenta de los intereses de las partes y de los objetivos de la justicia (sentencia de 1986 de la House of Lords, Spiliada Maritime Corporation/Cansulex Ltd., 1987, AC 460, especialmente p. 476). Un órgano jurisdiccional inglés que decida inhibirse con arreglo a la excepción de forum non conveniens suspende provisionalmente el procedimiento de manera que éste pueda reanudarse, en particular, en el supuesto de que se compruebe que el foro extranjero no es competente para conocer del litigio o que el demandante no obtendrá la tutela efectiva de sus derechos ante dicho foro⁶⁵.*

Si este es el concepto del *forum non conveniens* cabría preguntarse si se va a admitir en el Bruselas II un tal mecanismo claramente no previsto en el Bruselas I.⁶⁶ Como bien explica la profesora QUIÑONES⁶⁷ no estamos propiamente ante dicha excepción anglosajona por dos razones fundamentales. La primera porque el otro Estado al que se remite la decisión está obligado por el Reglamento, no es un tercero: la previsión se enmarca en un procedimiento de codecisión típico de un sistema de cooperación de autoridades como es el previsto (podrá hablarse de una combinación del *forum non conveniens* y del *forum conveniens*). La segunda porque la razón de la remisión es material: no es evitar una competencia excesiva del foro protegiendo así al demandado, sino proteger más eficazmente al menor.

¿Cómo se están aplicando estas normas de competencia por los tribunales españoles?

La primera constatación es que, de los casos llegados a las Audiencias en los que la competencia se ha analizado o debería haberse analizado aplicando el Bruselas II (1347 o 2201), mayoritariamente se trata de parejas no comunitarias, fundamentalmente marroquíes⁶⁸, ecuatorianas⁶⁹, pero también de otras nacionalidades⁷⁰, y en otros muchos casos de matrimonios mixtos⁷¹. Por tanto un Reglamento comunitario está

⁶⁵ Caso OWUSU e 1 de marzo de 2005, asunto C-281/02.

⁶⁶ Así se señala en la sentencia citada en los siguientes números de la misma: 41: *La aplicación de la teoría del forum non conveniens, que deja un amplio margen de apreciación al juez que conoce del asunto para decidir si un foro extranjero es más adecuado para resolver el fondo del litigio, puede afectar a la previsibilidad de las reglas de competencia establecidas en el Convenio de Bruselas, en particular la de su artículo 2, y, por consiguiente, al principio de seguridad jurídica como fundamento de dicho Convenio. 43 Además, aceptar la excepción de forum non conveniens en el marco del Convenio de Bruselas pondría en peligro la aplicación uniforme de las reglas de competencia que éste contiene, en la medida en que solamente un número limitado de Estados contratantes reconoce dicha excepción, siendo así que el objetivo del Convenio es precisamente establecer reglas comunes y excluir las reglas nacionales exorbitantes.*

⁶⁷ A. QUIÑONES ESCAMEZ "Competencia judicial..." op. cit.

⁶⁸ AP Málaga 13/5/2005; AP Almería 28/6/2004; AP Málaga 10/2/2005; AP Barcelona 4/1/2006; AP Murcia 12/5/03; AP Málaga 10/2/05; AP La Rioja 7/10/04; AP Barcelona 25/11/02; AP Barcelona 30/9/03; AP Castellón 13/09/05.

⁶⁹ AP Cuenca 26/2/04; AP Guadalajara 14/1/04; AP Zaragoza 7/6/2005; AP Madrid 30/11/05; AP Barcelona 1/4/03.

⁷⁰ Moldavos en AP Barcelona 15/12/2005; Libaneses en TSJ Cataluña de 9/2/06; senegaleses AP Castellón de 7/4/05; colombianos en AP Vizcaya de 6/4/2004.

beneficiando en sus comunitarios. Sin existencia del Bruselas II y los letrados⁶⁵.

En las sentencias:

- En general, el Reglamento internacional se ve afectado por el Reglamento había mencionado para su aplicación⁶⁷. Una excepción en algún artículo 12/5/2003. Sin en

⁶⁴ Hispano-cubanos en AP Castellón 21/1/2003.

⁶⁵ Esta circunstancia se ha producido en el Colegio de Abogados de trabajo procesal misma del Reglamento debe basarse en el Reglamento y su aplicación se han producido en el artículo 29 de mayo de 2003. En materia de QUIÑONES, P. C. Si estos eran los casos de continuación para En el año 2005 se han clasificado en más de 48 consultas, sobre cuestiones de aplicación de documentos específicos sobre un marcado descenso de las normas de

En las demandas nacionales del juez en algunas ocasiones, la demanda directa de reconocimiento y existentes, igualmente siguen pensando siendo del Tribunal.

⁶⁶ AP Valencia 21/1/2006; AP Barcelona 25/11/02; AP Valencia 9/2/06 (en relación con la cuestión (CJII), I y países comunitarios 10/2/05; AP N

⁶⁷ Es el caso de la forma habitual en España, así como

beneficiando en sus previsiones sobre competencia mayoritariamente a súbditos extracomunitarios. Sin embargo, el desconocimiento de nuestros tribunales de la propia existencia del Bruselas II y de su aplicación es llamativo, como también lo es el de nuestros letrados⁶⁵.

En las sentencias que he analizado se advierten, entre otras las siguientes circunstancias:

- En general, en los casos de súbditos extracomunitarios, la competencia judicial internacional se verifica sistemáticamente según la LOPJ, en supuestos en los que el Reglamento había ya entrado en vigor sin mencionarlo siquiera⁶⁶, o lo que es peor, mencionándolo para demostrar el absoluto desconocimiento respecto de su ámbito de aplicación⁶⁷. Una excepción llamativa de buena técnica jurídica, posiblemente inspirada en algún académico cercano al tribunal, es la tan citada ya sentencia de la AP Murcia 12/5/2003. Sin embargo, es general la aplicación del Reglamento en casos de súbditos

⁶⁴ Hispano-cubanos en AP Madrid 9/6/2005 y AP Barcelona 13/12/2004; hispano-iraní en AP Castellón 21/1/2004.

⁶⁵ Esta circunstancia ha sido analizada por F. CALVO BABÍO a través de un trabajo de campo realizado en el Colegio de abogados de Madrid gracias a las consultas de los letrados que llegan al grupo de trabajo procesal. En general la situación es lamentable: en muchos casos se desconoce la existencia misma del Reglamento, y cuando se conoce, se considera que la justificación de la competencia debe basarse en el Reglamento y en la LOPJ para reforzar los argumentos, o directamente se excluye su aplicación si los interesados son súbditos no comunitarios. F. CALVO BABÍO. "Problemas que se han producido en la aplicación judicial del derogado Reglamento (CE) 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 hijos comunes". En A. QUINONES, P. ORTUÑO F. CALVO BABÍO *Crisis matrimoniales...* op. cit. pp.267.

Si estos eran los datos del 2004, en 2005 la cuestión no ha mejorado sustancialmente. Transcribo a continuación parte del informe interno que la citada autora me ha hecho llegar:

En el año 2005 se registraron como consultas de internacional unas 163 consultas, aunque ha habido muchas más clasificadas como consultas de derecho procesal civil. La mayor parte de las consultas (151) han versado sobre cuestiones relativas a crisis de familia internacional, tanto en lo referente a la competencia y ley aplicable (48 consultas); reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial (66 consultas) y notificación de documentos emplazamientos y legalizaciones (21 consultas). Se han planteado también 16 consultas específicas sobre protección de menores. Por el momento las consultas son bastante elementales y evidencian un marcado desconocimiento por parte de los abogados de la existencia del Reglamento 2201/03 y, en general de las normas de Derecho internacional privado tanto internas como internacionales.

En las demandas que hemos podido revisar, los abogados no razonan el por qué de la competencia judicial internacional del juez al que se dirigen, limitándose a fundamentar la competencia territorial del mismo. En numerosas ocasiones, tampoco utilizan el artículo 107 para determinar la ley aplicable a la crisis, fundamentando la demanda directamente en la ley interna española. En materia de reconocimiento se desconoce la posibilidad del reconocimiento registral directo del R. 2201/03 y, en la mayoría de los casos los instrumentos internacionales existentes, igualmente se desconoce la reciente modificación del artículo 955 LEC 1881 y muchos abogados siguen pensando que la competencia para el exequátur en defecto de Convenio internacional aplicable sigue siendo del Tribunal Supremo.

⁶⁶ AP Valencia 20/3/03; AP Castellón 13/9/05; AP Málaga 14/10/02; AP Barcelona 30/9/03; AP Barcelona 25/11/02; AP Vizcaya 6/4/04; AP La Rioja 7/10/04; AP Málaga 10/2/05; TSJ Cataluña 9/2/06 (en relación con la separación en España de dos libaneses afirma: en relación con la primera cuestión (CJI), las normas que resultan de aplicación al caso al no interferir nacionales o residentes de otros países comunitarios, son las contenidas en los art. 21 y 22 de la LOPJ); AP Málaga 13/5/05; AP Málaga 10/2/05; AP Málaga 10/3/04.

⁶⁷ Es el caso de la AP de Barcelona de 15/12/05 que respecto del divorcio de dos moldavos señala: conforme el artículo 22.3 LOPJ se determina la competencia de aquellos cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España al tiempo de la demanda o el demandante sea español y tenga su residencia habitual en España, así como cuando ambos cónyuges tengan la nacionalidad española, cualquiera que sea su lugar de resi-

nglosajón que muy
tud de la excepción de
jurisdiccional nacional
estado, que es asimismo
para conocer del litigio,
a, habida cuenta de los
de la House of Lords,
ente p. 476). Un órga-
forum non conveniens
canudarse, en particu-
etente para conocer del
s ante dicho foro⁶⁸.

preguntarse si se va a
sto en el Bruselas I⁵⁹.
diamente ante dicha
nera porque el otro
to, no es un tercero:
de un sistema de coo-
una combinación del
razón de la remisión
giendo así al deman-

r los tribunales espa-
Audencias en los que
icando el Bruselas II
as, fundamentalmen-
tidades⁶³, y en otros
to comunitario está

na: 41: La aplicación de la
juez que conoce del asunto
gio, puede afectar a la pre-
en particular la de su artí-
to de dicho Convenio. 43
nio de Bruselas pondría en
la medida en que solamen-
do así que el objetivo del
les exorbitantes.

AP Barcelona 4/1/2006;
Barcelona 25/11/02; AP

AP Madrid 30/11/05; AP

9/2/06; senegaleses AP

comunitarios, en los que se analiza adecuadamente el ámbito de aplicación temporal/material de dicho texto⁶⁸.

- La verificación o comprobación de la CJI en el sistema del Bruselas II es de oficio siempre (ex art. 17), mientras que en el sistema autónomo solo lo es en determinados casos (art. 36-8 LEC) de los que en relación con la materia tratada solo es relevante el caso de que el único título competencial es el de la sumisión tácita y el demandado no comparece. Pues bien; estas reglas no se aplican adecuadamente, porque, como he señalado, tampoco se tiene claro el régimen jurídico (Reglamento /LOPJ) aplicable al caso. Así en supuestos en los que el tribunal aplica el régimen autónomo verifica de oficio la CJI⁶⁹ y sin embargo, en otros en los que debe aplicar el sistema comunitario y por tanto verificar de oficio, ni se plantea⁷⁰, aunque en otros sí lo hace⁷¹.

- La confusión entre competencia judicial internacional y derecho aplicable persiste todavía en la argumentación de muchos tribunales⁷².

>> *dencia, siempre que promuevan su petición de mutuo acuerdo o uno con el consentimiento del otro; ninguno de dichos supuestos se da en el caso que nos ocupa. Se alega la aplicación directa 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; más entendemos que dicho Reglamento se refiere a foros competenciales entre países miembros, es decir, no vinculante cuando se refiere a países no miembros (caso de Moldavia), en que podrá estarse, en su caso, a los acuerdos o tratados con dicho estado, y en todo caso, a las normas nacionales internas, y, en este caso, el art. 22.3 LOPJ delimita los supuestos en que no tiene cabida el que aquí nos ocupa. Y, cabe plantear el problema que puede ocurrir que de dictarse aquí el divorcio, éste no fuere reconocido en la República Moldava, debe tenerse en cuenta que el artículo 21 del Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo establece que Las resoluciones dictadas en un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados miembros sin necesidad de recurrir a procedimiento alguno.*

⁶⁸ Sentencia de la AP Valencia 27/03/2002 en un divorcio de española/italiano en la que el Reglamento no se aplica por razones de Derecho transitorio. Son también los casos de divorcios de españoles residentes en Andorra resueltos por la AP de Lérida ya citados.

⁶⁹ Así procede el tribunal de primera instancia cuya resolución es apelada ante la AP Salamanca que dicta sentencia el 30/11/2005 en un juicio verbal de guarda y custodia respecto de un menor residente en Costa Rica.

⁷⁰ AP Cuenca de 26/2/04 en relación al divorcio de dos ecuatorianos, AP Zaragoza de 7/6/2005 en relación a la separación de dos marroquíes, AP Almería de 28/6/2004 en relación a la separación de dos marroquíes AP Castellón de 21/1/04 en relación al divorcio de una española y un italiano; AP Castellón 7/4/05 en relación a la separación y a la responsabilidad parental de un matrimonio senegalés; Ap Tenerife 28/06/2004.

⁷¹ AP Valencia/3/2004: sin perjuicio de que las partes puedan plantear la declinatoria, a tenor de los artículos 63 y 39 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el órgano judicial está facultado para apreciar su incompetencia de oficio, tan pronto como sea advertida la falta de competencia internacional, como preceptúa el artículo 38 de la citada ley procesal, y como prescribe también el artículo 9 del Reglamento del Consejo de la Unión Europea 1.347/2000 de 29 de mayo.

⁷² Véase como ejemplo paradigmático el siguiente razonamiento de la Audiencia de Málaga en sentencia de 10/2/95 en relación al divorcio de dos marroquíes: *Ha de comenzar la Sala señalando que por tratarse en esta litis de una demanda de separación entre esposos de nacionalidad marroquí, es lo cierto que prima facie el art. 107 CC reenvía a la legislación del Reino de Marruecos como derecho aplicable, y asimismo que el art. 12 CC requiere a la parte que ejercita la acción la correspondiente acreditación del contenido y vigencia de ese derecho extranjero, por los medios de prueba admitidos por la Ley española. Ello no obstante, resulta conveniente, como así ha hecho el juzgador de instancia, atender también a la circunstancia del domicilio conyugal, quienes poseen común residencia habitual en la localidad de Fuengirola, pues el art. 769.1 LEC en relación con el art. 22.3 LOPJ entiende que la residencia común de los litigantes en España al tiempo de la interposición de la demanda de separación conyugal determina la competencia de los Tribunales españoles. Con todo, no se allanaría por completo la interpretación favorable a la lex civilis fori del domicilio frente a la Ley nacional común, sin proceder a atender igualmente a la razonable oportunidad de introducir la excepción del art. 12.3 CC.*

A) COM

Una de tencias de las tadas en una sea por varias do las crisis n plimientos y s vida de una d testable, debe crisis familiar men de visita viven en país den verse alt países. Como en primera pl material la m mos recordar ria es la de lo

Sentad deben contes

¿Pueden los están invadi

Ante 1 que se de sus de fet tribur los tri conoc

⁷³ Así lo afirm También R. LVI (2004) I

⁷⁴ Auto inédito sentencia ha lante en la c cación de m habíamos de la parte obter cia de reconc conduce a la el Juzgado de una sent

A) COMPETENCIA EN MATERIA DE MODIFICACIÓN DE MEDIDAS

Una de las cuestiones que comienzan a aparecer con más frecuencia en las sentencias de las Audiencias analizadas es la relativa a la modificación de medidas adoptadas en una sentencia extranjera de nulidad, separación y divorcio, y es lógico que así sea por varias razones. Por una parte, por la escalada judicializadora que están sufriendo las crisis matrimoniales en España, y el elevado número de denuncias por incumplimientos y solicitudes de modificación de medidas que se producen a lo largo de la vida de una determinada crisis matrimonial. Por otra parte, si esto es un hecho incontestable, debe advertirse que se acentúan de manera notable en los casos en los que la crisis familiar tiene un elemento transfronterizo; el sistema de guarda y custodia y régimen de visitas se ve alterado profundamente si los progenitores a partir de la crisis viven en países diferentes, y la pensión compensatoria y la de alimentos también pueden verse alteradas debido a los diferentes niveles de vida existentes en los distintos países. Como tercera razón, la entrada en vigor del Reglamento 2201 sitúa esta cuestión en primera plana; este texto, a diferencia del 1347, incluye en su ámbito de aplicación material la modificación de medidas en materia de responsabilidad parental⁷³ y debemos recordar que el Reglamento 44/2001 incluía este tipo de medidas cuando la materia es la de los alimentos (que el TJCE extendió a la pensión compensatoria).

Sentada la importancia de la materia, tres son, a mi juicio las cuestiones que deben contestarse:

¿Pueden los tribunales españoles modificar una sentencia extranjera o, si lo hacen están invadiendo una soberanía extranjera?

Ante un juzgado de primera instancia de Madrid una madre ecuatoriana pide que se modifiquen las medidas previstas en una sentencia ecuatoriana respecto de sus hijos. El Juzgado de primera instancia de Madrid afirma en un Auto de 1 de febrero de 2005: modificar las medidas establecidas en una sentencia de un tribunal extranjero supondría una injerencia en el ejercicio de la jurisdicción de los tribunales de otro Estado y por tanto en su soberanía. Por ello corresponde conocer del asunto a los tribunales de la República del Ecuador⁷⁴.

⁷³ Así lo afirma y recuerda F. CALVO BABÍO "Problemas que se han producido...". op. cit. pp. 200. También R. ESPINOSA CALABUIG, Nota a la sentencia de la AP Barcelona de 30/9/2003 (REDI vol LVI (2004) I, pp. 384.

⁷⁴ Auto inédito citado por F. CALVO BABÍO. Problemas que se han producido.... op. cit. pp. 197. Esta sentencia ha sido objeto ya de apelación de la AP de Madrid de 30/11/2005 que voy a citar más adelante en la que niega el argumento de la incompetencia de los tribunales españoles para la modificación de medidas pero exige el exequátur de la sentencia de origen para su modificación en España: *habíamos de pronunciarnos a favor de la competencia de los órganos judiciales españoles, más, no acreditando la parte obtenido el exequatur, será preceptivo tal argumento, al carecer de eficacia civil en España, por ausencia de reconocimiento, la resolución cuya modificación constituye el objeto de los presentes autos, lo que nos conduce a la desestimación del recurso.* En idéntico sentido se pronuncia el auto 16-01-2004, dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Vinaroz ante una demanda de modificación de medidas de una sentencia marroquí: ACUERDO *la abstención del conocimiento de*

Esta concepción de la competencia exclusiva de los tribunales que dictaron la sentencia para modificar la medida en ella prevista y la correspondiente intromisión en la soberanía extranjera del tribunal de otro país que se atreva a modificar la medida señalada es una postura ampliamente rechazada y esencialmente incorrecta⁷⁵.

Resuelta la anterior cuestión en sentido positivo, ¿es requisito previo para dicha modificación que la sentencia extranjera sea reconocida en España?

La cuestión que debe despejarse con carácter previo, y que tiene que ver con la teoría general del reconocimiento en Derecho internacional privado es la siguiente: ¿Debe reconocerse previamente la sentencia extranjera en España para que un tribunal español la pueda modificar? O, dicho de otra manera ¿Qué efecto se persigue de la sentencia extranjera cuya modificación ahora se pretende? ¿es el constitutivo del *status* creado en ella, o el de cosa juzgada, y por tanto para que pueda desplegarse en España se requiere del reconocimiento/exequátur según el régimen jurídico aplicable? ¿No será mas bien el probatorio de la situación creada en la sentencia y que ahora pretende modificarse en España?

La doctrina y la jurisprudencia españolas no son unánimes en su juicio al respecto manifestándose dos posibles soluciones

- a) Necesidad de un reconocimiento/exequatur según el régimen de reconocimiento previsto con el país del que proviene la sentencia extranjera para que despliegue el efecto de cosa juzgada (para algunos) o el constitutivo (para otros) como presupuesto de dicha modificación⁷⁶; esta exigencia entorpece la agilidad tan necesaria que la resolución de las cuestiones familiares requieren, por lo que los autores que se decantan por esta solución, plantean la necesidad en estos

⁷⁵ los presentes autos, iniciados a raíz de la demanda de Modificación de Medidas por falta de competencia internacional, dejando expedito el derecho de la parte de acudir ante los órganos jurisdiccionales del Reino de Marruecos en reclamación de sus legítimos intereses (Citada por la Sentencia de la AP de Castellón de 13/09/2005).

⁷⁵ M VIRGÓS SORIANO y F.J. GARCIAMARTÍN ALFÉREZ. "Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional. Cívitas, Madrid 2000 pp 414" señalan al respecto: la tesis de que la decisión extranjera no puede ser modificada por los tribunales del Estado de reconocimiento porque ello implicará una intromisión en la soberanía extranjera la del estado cuyos tribunales la pronunciaron carece de todo fundamento dogmático y en el caso de que las partes haya n modificado su domicilio inicial les supone una injustificada barrera de acceso a la tutela judicial. M.A. MICHINEL ÁLVAREZ La sentencia extranjera ante el cambio de circunstancias (con especial referencia a la condena periódica de alimentos) REDI Vol. LIV (2002) 2, pp 650, afirma: se admite unánimemente que ningún atentado a la soberanía se produce cuando se atiende a la solicitud de modificación de una sentencia extranjera. En el mismo sentido L. CARBALLO PIÑEIRO Competencia judicial internacional y modificación de prestaciones de ejecución continuada: más allá de la STC 61/2000. AEDIPr T I, 2001, pp 463-73, y OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P. en Nota a la sentencia de la AP de Barcelona de 31 de marzo de 2003; REDI vol. LV (2003) 2, pp. 961 y ss.

⁷⁶ M.A. MICHINEL ÁLVAREZ La sentencia extranjera. op. cit, S. ALVAREZ GONZÁLEZ. Crisis matrimoniales internacionales y prestaciones alimenticias entre cónyuges. Cívitas. Madrid 1996, pp. 224. R. ESPINOSA CALABUIG, Nota op. cit. pp. 380-4. P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS Nota. op. cit. pp. 961 y ss.

casos de pr
sideran qu
que se pla
dos senten
origen era
de origen e
de reconoc
cimiento a
ma un recu
del juzgad
ficación de
cia de divo
mente que
b) No necesi
necesidad
del valor p
parental, p
presupues

⁷⁷ M.A. MICHINEL ÁLVAREZ

⁷⁸ Para que sea posible la modificación de la sentencia extranjera que se de obtenga el exequátur cuando de la posible que la sentencia extranjera sea reconocida en España. A. CALVO CALVO, cit. pp. 96. Estos autores que resuelve una medida en Francia y modifica el comentario a dicha sentencia en Familia vol 26, oct. 2 se espera del órgano que exige, como presupuesto de su ejecución. En

⁷⁹ AP Madrid de 30/11/2000, la sentencia de origen que en un supuesto n.º 61/2000, de 13 de marzo

⁸⁰ AP Barcelona 31/3/2000, que nos ocupa, ha de ser de interés. Conforme a la sentencia de origen a la pensión compensatoria como incidental, pudiendo ser de interés. Incluso aun cuando la conclusión ha de ser la misma en el ámbito del convenio. MOZOS en Nota op. cit. temporal del C. uno ni otro instrumento

⁸¹ Si bien, la sentencia de origen debe tener en cuenta las consideraciones que

casos de prever legalmente un reconocimiento automático⁷⁷ aunque otros consideran que ya es posible un reconocimiento incidental ante el tribunal ante el que se plantea la solicitud de modificación⁷⁸. Esta es la solución adoptada en dos sentencias de Audiencias provinciales; en una puesto que la sentencia de origen era ecuatoriana, se exige el exequatur⁷⁹. En otra, puesto que la sentencia de origen era francesa y se modificaba la prestación de alimentos, el régimen de reconocimiento del Bruselas I facilitaba la modificación a través del reconocimiento automático⁸⁰. En contraste la sentencia del TS de 19/11/2002 desestima un recurso de queja contra un Auto de 28/01/2002, que confirma un auto del juzgado de primera instancia de Benidorm en el cual se denegaba la modificación de medidas, en lo relativo a la prestación de alimentos de una sentencia de divorcio francesa dictada el 8 de octubre de 1992 por entender erróneamente que no entraba dentro del ámbito de aplicación material del Bruselas I.

b) No necesidad de reconocimiento de ningún tipo, o quizás más propiamente necesidad únicamente de un reconocimiento directo o toma en consideración del valor probatorio de la situación creada en la sentencia (responsabilidad parental, prestación de alimentos o pensión compensatoria) de la que ésta es presupuesto⁸¹, al igual que de un matrimonio de dos extranjeros celebrado en

⁷⁷ M.A. MICHINEL ÁLVAREZ La sentencia extranjera. op. cit.

⁷⁸ Para que sea posible modificar una sentencia extranjera de divorcio(...) es necesario que la sentencia extranjera que se desea modificar haya obtenido el reconocimiento en España. No es preciso que obtenga el exequátur. Dicho reconocimiento lo puede obtener ante el mismo tribunal que está conociendo de la posible modificación de la sentencia es incidental. El reconocimiento es necesario porque la sentencia extranjera que va a ser modificada en España debe desplegar sus efectos constitutivos. A. CALVO CARAVACA, y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. Derecho internacional... 7ª Ed. op. cit. pp. 96. Estos autores ponen como ejemplo de esta afirmación la sentencia de la AP de Barcelona que resuelve una modificación de medidas de una pensión de alimentos prevista en una sentencia francesa. En este caso el reconocimiento automático es factible toda vez que el caso cae bajo el ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas, pero ¿Puede plantearse un reconocimiento incidental de una sentencia ecuatoriana? ¿Cuál es en ese caso el cauce jurídico para dicho reconocimiento? Un comentario a dicha sentencia es S. ADROHER BIOSCA. Eficacia de la sentencia de divorcio dictada en Francia y modificación por los Tribunales de la pensión compensatoria establecida Revista Sepin Familia vol 26, oct. 2003, pp.43-51. En él yo señalaba: *Es evidente que en el caso presente, la actividad que se espera del órgano jurisdiccional español de modificar las medidas de una sentencia de divorcio francesa exige, como presupuesto, que esa sentencia sea reconocida como tal en España, si bien no se busca ni se pretende su ejecución.* En el presente trabajo matizo estas anteriores afirmaciones.

⁷⁹ AP Madrid de 30/11/2005. De forma llamativa, esta sentencia cita la del TC de 13/3/2000 en la que la sentencia de origen era norteamericana no exequaturizada, señalando en su fundamento sexto que *en un supuesto muy similar, si bien obtenido el exequatur, el Tribunal Constitucional, en su sentencia 61/2000, de 13 de marzo, anuló la resolución de la Sala, declarando la competencia de los Juzgados españoles.*

⁸⁰ AP Barcelona 31/3/03: *llegados a la conclusión de que el Convenio de Bruselas de 1968 es aplicable al caso que nos ocupa, ha de afirmarse que no es preciso exequátur del Tribunal Supremo a los efectos que aquí nos interesan. Conforme al artículo 26 del Convenio de Bruselas, el reconocimiento de la sentencia, en lo relativo a la pensión compensatoria, es automático y puede ser hecho por el tribunal ante el que dicha cuestión surja como incidental, pudiéndose pedir la ejecución de ese pronunciamiento conforme a lo dispuesto en el repetido convenio. Incluso aunque se piense que de lo que aquí se trata es de algo más que de mero reconocimiento la conclusión ha de ser la misma: los juzgados de primera instancia tienen competencia para la ejecución en el ámbito del convenio y ahora la tiene también esta sala. Sin embargo P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS en Nota op. cit. pp. 961 y ss. hace unas precisas consideraciones sobre el ámbito de aplicación temporal del Convenio de Bruselas y del Reglamento 44 en virtud de las cuales en este caso ni uno ni otro instrumento serían aplicables.*

⁸¹ Si bien, la sentencia de la AP Barcelona 31/3/03 no sigue esta teoría, como he señalado, hace unas consideraciones que pueden ser esclarecedoras al respecto: *Trazar la frontera entre reconocimiento y eje*

el extranjero se derivan obligaciones exigibles en el tiempo, y no se exige un reconocimiento en España del mismo para que surta efectos jurídicos plenos en nuestro país o los mismos puedan modificarse aquí judicialmente⁸². Algunos autores entienden que en estos casos no se precisa el previo reconocimiento de la sentencia extranjera⁸³.

En este sentido no se exige el reconocimiento en las sentencias de la AP Barcelona de 30/9/03⁸⁴, AP Logroño de 7/10/04⁸⁵, y AP Barcelona 4/1/06⁸⁶ todas ellas

>> *cución de una sentencia no siempre ha de ser fácil y, desde luego, en este caso es discutible que si se trata de una cosa o de la otra. El Juzgado parece entender que no nos encontramos ante un supuesto de reconocimiento, sino ante otra cosa, aunque no llegue a decir que sea ejecución (...). A nuestro juicio, se está en este caso más cerca del reconocimiento que de la ejecución. En este proceso no se pretende el cumplimiento forzoso de la sentencia de divorcio, sino la modificación de uno de sus efectos. Se trata de un litigio para el que son competentes los tribunales españoles sin duda, en el que se ventila, conforme a la legislación francesa (que viene a decir lo mismo que la española), si ha de subsistir o no una prestación que se estableció en una sentencia francesa. En el proceso que nos ocupa ahora, la sentencia de divorcio de 1980 se toma como un presupuesto o punto de partida: sólo considerando que existe y que contiene obligaciones exigibles puede entrarse a considerar si esas obligaciones pueden dejarse sin efecto. Este litigio se refiere a la subsistencia de una prestación, pero lo que, conceptualmente, es exigible respecto a la sentencia francesa, para que este proceso tenga virtualidad jurídica, es reconocer que la obligación de pagar pensión compensatoria existe. Estamos, por tanto, más cerca del simple reconocimiento que de la ejecución. Para entrar en el fondo del asunto en este litigio basta con que se reconozca la existencia y la eficacia jurídica de la sentencia dictada en Francia, del mismo modo que, para que D. Alfonso pudiese casarse en segundas nupcias en España bastaba que se reconociese como existente y eficaz la repetida sentencia de divorcio e igual que ocurre a efectos de que el demandante pueda desgravar, en la declaración del impuesto sobre la renta, lo abonado por el concepto de pensión compensatoria. Puede discutirse, ciertamente, qué ocurriría de estimarse la demanda formulada, en todo o en parte. En ese caso esta sentencia podría adquirir directamente efectos ejecutivos, si se entiende que lo ejecutable es la sentencia del proceso de modificación de medidas, o no adquirirlos si se considera que lo ejecutable, de todos modos, es la sentencia modificada, en cuyo supuesto la resolución final del litigio produciría efectos modificativos de la primera, pero sería ésta, o sea la sentencia de divorcio de 1980, la que habría de ejecutarse, ya modificada. Pese a las dudas que se plantean, la sala considera que resulta más indicado aquí considerar que no se trata de ejecutar sino de reconocer la existencia y eficacia de la sentencia francesa. Es decir, de que produzca un efecto jurídico de menor intensidad que la ejecución.*

⁸² Esta cuestión se ha puesto de relieve en una asombrosa sentencia del TS de 11 de junio de 2003 en la que considera unión de hecho a un matrimonio de extranjeros celebrado en el extranjero y que no se ha reconocido en España. R ARENAS la comenta en la REDI (vol LV (2003) I, pp. 953 y ss, y si bien considera dicha calificación de desconcertante dado que lo tradicional ha sido tratar el matrimonio como cuestión de ley aplicable y no de reconocimiento, entiendo que en ciertos casos cabe aplicar a la celebración y validez del mismo la teoría del reconocimiento.

⁸³ M VIRGÓS SORIANO y F.J. GARCIAMARTÍN ALFÉREZ. "Derecho procesal civil internacional". op. cit. pág. 166: Los tribunales españoles poseerán CJI para la modificación de sentencias sobre los efectos de la nulidad, separación y divorcio, bien cuando se trate de modificar una sentencia española, bien si la sentencia cuya modificación se solicita es extranjera cuando tuviesen CJI según las reglas señaladas... en este segundo supuesto no es necesario que la sentencia extranjera haya sido reconocida en España.

⁸⁴ En este caso, el Juzgado sentenció: Estimo la demanda de juicio declarativo de Menor Cuantía en reclamación de guarda, custodia y alimentos, y en consecuencia, aportar las siguientes medidas paternofiliales: 1. Mantener la atribución de la guarda y custodia del menor Osama a favor de la madre establecida en sentencia de divorcio del Reino de Marruecos, siendo la patria potestad compartida. 2. Fijar un régimen de visitas a favor del padre para con el menor Osama consistente en (...) 3. Fijar una pensión de alimentos con cargo al padre, Juan Ramón, a pagar dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que al efecto designe la madre, por importe de 90 euros que se actualizará anualmente de conformidad con el IPC o equivalente. La Audiencia de Barcelona hace las siguientes consideraciones al respecto: Lo que se plantea no es la modificación de las medidas acordadas en la sentencia de divorcio en la medida en que no se está ejecutando dicha sentencia en nuestro país, sino que a partir del reconocimiento por ambos contendientes de la disolución del matrimonio por divorcio de acuerdo a la legislación nacional y del hecho de que la madre ostenta la guarda del hijo, se pretende la adopción de determinadas medidas tendentes a asegurar el beneficio del menor, tanto en el aspecto personal, por lo que se insta un nuevo régimen de visitas, como en el aspecto material, en lo concerniente al importe de la pensión de alimentos lo que nos lleva asimismo a estimar que no existe norma de conflicto. La senten-

en relación a
modificación
todia y alime
Sin embargo
cita directar
Audiencia n
supuesto se t

>> *cia que se imp
intereses de m
lo 158 del Cód
la adopción de
extranjera, cu
tutela judicial
Constitucional
Barcelona de*

⁸⁵ *Expuesto así el
sentencia de di
nantes del divo
bunal español s
realidad socio-e
de que haya ni
laridad alguna
das por un tribu
cia con un plan
te, pretensión q
la Ley aplicable
circunstancias c
ALVAREZ en*

⁸⁶ *En este caso, e
un previo reco
cando el régim
cia de un pacte
solicitud de me
extranjero, razón
existente entre l
tuar modificación
la parte contraria
to es que consta e
no existe obstácu
interpartes, opon
aprobación judici
dicho pacto. (...)E
en su día el mism
en la vista de las
la sentencia de di
menor a favor de*

⁸⁷ *M.A. MICHINE
nuevo proceso que
ficado puede prese
te o sortear el cum
estas ventajas no
fuese la regla y la*

⁸⁸ *Con carácter previ
ños- se hace nec
acordadas en una s
hija habida del ma
favor de la esposa.
en la sentencia de
dicha resolución
sitos legalmente es,*

en relación a sentencias marroquíes. En estos procesos no se solicita formalmente la modificación de medidas sino que presentan demanda de reclamación de guarda, custodia y alimentos y la sentencia extranjera es el presupuesto fáctico de esta decisión⁸⁷. Sin embargo en la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 13/9/05 se solicita directamente la modificación de medidas de una sentencia marroquí y la Audiencia ni exige el exequátur ni siquiera el reconocimiento señalando que en el supuesto se trata únicamente de actualizar la pensión de alimentos⁸⁸.

⁸⁷ *... que se impugna, tomando como punto de partida esta realidad, y considerando que se trata de proteger los intereses de un menor de edad residente en España, accede a lo peticionado en base a lo dispuesto en el artículo 158 del Código Civil y la decisión que se adopta debe ser confirmada, no sólo como ya se ha indicado porque la adopción de tales medidas no constituye modificación de las adoptadas en previa sentencia de divorcio extranjera, cuyo exequátur no se ha obtenido, sino porque no puede negarse a la demandante el derecho a la tutela judicial efectiva en este caso concreto, cuando como tiene expresamente declarado el Tribunal Constitucional. Sentencia comentada por R. ESPINOSA CALABUIG, Nota a la sentencia de la AP Barcelona de 30/9/2003 (REDI vol LVI (2004) I, pp. 380-4).*

⁸⁸ *Expuesto así el problema, y como reconoce la sentencia de primera instancia, aun cuando se haya dictado una sentencia de divorcio por el tribunal del Reino de Marruecos, con una orden de fijación de obligaciones dimanantes del divorcio, entre las que se cuenta la fijación de una pensión alimenticia, ello no impide que por el tribunal español se dicte una segunda sentencia modificando este pronunciamiento, por otro más ajustado a la realidad socio-económica del lugar de residencia de los litigantes y de sus hijos. En este sentido no se comprende que haya ninguna infracción del convenio bilateral citado por el recurrente, como tampoco existiría irregularidad alguna si la concurrencia de nuevas circunstancias relevantes, obligara a alterar las medidas decretadas por un tribunal español. Así se enfoca la resolución de la controversia en la sentencia de primera instancia con un planteamiento correcto, máxime cuando quien insta este procedimiento es el propio actor-recurrente, pretensión que nos lleva a la solución del problema, en la forma expuesta en este apartado, al considerar que la Ley aplicable al caso es la española, conforme a la cual debe fijarse una pensión alimenticia ajustada a las circunstancias concurrentes en los litigantes y en sus hijos. Sentencia comentada por M.A. MICHINEL ALVAREZ en Nota REDI vol LVII (2005) I, pp. 368-72.*

⁸⁹ *En este caso, el juzgado de primera instancia desestimó la demanda considerando que se precisaba un previo reconocimiento de la sentencia marroquí, pero la Audiencia admite la demanda modificando el régimen de custodia y visita alegando como razón fundamental de tal proceder, la existencia de un pacto entre las partes, razón un tanto extraña y que no fundamenta jurídicamente: Con la solicitud de medidas se presenta en realidad la modificación de una sentencia de divorcio dictada en país extranjero, razón por la cual la sentencia apelada no accede a lo solicitado en la demanda, aún a pesar del pacto existente entre los litigantes puesto que si se accede a la adopción de las medidas provisionales pero sin efectuar modificación de la sentencia de divorcio dictada por el tribunal marroquí, podría en cualquier momento la parte contraria instar la ejecución de aquel título cuya modificación no ha sido instada en forma pero lo cierto es que consta en autos la existencia de un pacto alcanzado por las partes en el acto del juicio y que a éste pacto no existe obstáculo legal para otorgarle validez pudiendo ser considerado a todos los efectos como un convenio interpartes, oponible en la ejecución de la referida sentencia de divorcio en la medida en que puede recibir la aprobación judicial y puesto que inicialmente el Ministerio Fiscal nada opuso en su informe a la aprobación de dicho pacto. (...) Es por lo anteriormente expuesto, que procede aprobar el pacto suscrito por las partes, como en su día el mismo juzgador de instancia aprobó como medidas provisionales las acordadas por los litigantes en la vista de las medidas puesto que la aprobación de este convenio en nada desvirtúa la anterior eficacia de la sentencia de divorcio dicta por el tribunal marroquí. Se acuerda pues mantener la guarda y custodia de la menor a favor de la madre, fijándose un régimen de visitas.*

⁹⁰ *M.A. MICHINEL ALVAREZ en Nota op. cit. pp. 370, ve serios inconvenientes a esta posibilidad: un nuevo proceso que prescindiera completamente de la resolución extranjera cuyo pronunciamiento resultará modificado puede presentar aparentes ventajas, como evitar el trámite del reconocimiento de la sentencia precedente o sortear el cumplimiento de condiciones de modificabilidad que pueden ser especialmente restrictivas. Pero estas ventajas no parecen superar los inconvenientes que acarrearía un sistema en el que un nuevo proceso fuese la regla y la modificación la excepción por lo que no es defendible tal actitud.*

⁹¹ *Con carácter previo a la resolución de la cuestión objeto de recurso -competencia o no de los Tribunales españoles- se hace necesario dejar sentado que nos hallamos ante un procedimiento de modificación de las medidas acordadas en una sentencia de relaciones paterno-filiales donde se establece la pensión alimenticia a favor de la hija habida del matrimonio contraído en su día entre los litigantes y la pensión compensatoria establecida en favor de la esposa. (...) Pero el caso que nos ocupa se trata simplemente de adecuar las pensiones establecidas en la sentencia de relaciones paterno filiales en favor de la esposa y de la hija del matrimonio, y en este sentido dicha resolución que es perfectamente reconocida y ejecutable en España al concurrir en la misma los requisitos legalmente establecidos en el art. 23 del convenio citado, acontece que habida cuenta de que ambos liti-*

no se exige un
urídicos plenos
judicialmente⁸².
previo recono-

cias de la AP
'06⁸⁶ todas ellas

de que si se trata de
o de reconocimien-
se está en este caso
niento forzoso de la
i el que son compe-
necesaria (que viene a
na sentencia fran-
resupuesto o punto
rse a considerar si
prestación, pero lo
eso tenga virtuali-
os, por tanto, más
de litigio basta con
mismo modo que,
iese como existen-
e pueda desgravar,
satoria. Puede dis-
ese caso esta sen-
sentencia del pro-
modos, es la sen-
tivos de la prime-
tificada. Pese a las
e trata de ejecutar
un efecto jurídico

junio de 2003 en
ranjero y que no
p. 953 y ss, y si
o tratar el matri-
ertos casos cabe

ternacional". op.
e los efectos de la
en si la sentencia
en este segundo

antía en reclama-
paternofiliales: 1.
cida en sentencia
de visitas a favor
en cargo al padre
designe la madre,
e. La Audiencia
i modificación de
icha sentencia en
l matrimonio por
el hijo, se preten-
el aspecto perso-
niente al impor-
flicto. La senten-

mucho que a juicio de algunos esta duplicidad de situaciones no sea técnicamente adecuada; lo mejor es en muchas ocasiones enemigo de lo bueno. Sin embargo, también cabría revisar la teoría general sobre el reconocimiento en tanto en cuanto puede considerarse que en estos casos no solo no se está solicitando la ejecución de la sentencia extranjera sino que ni siquiera se pide su reconocimiento; la misma se aporta como prueba de la medida nueva que se solicita en España. Autores de reconocido prestigio (VIRGÓS Y GARCIMARTÍN) abogan por esta solución, si bien gran parte de la doctrina se decantan por la contraria.

¿Tienen CJI los tribunales españoles para modificar medidas previstas en una sentencia extranjera?

Doctrinalmente se entiende que dado que la modificación de medidas no es competencia exclusiva de los tribunales extranjeros, los tribunales españoles son competentes siempre que el supuesto tenga encaje en uno de los foros de CJI previstos en Derecho español de manera que la competencia judicial internacional de los tribunales ante los que se solicita la modificación de una prestación contenida en una resolución extranjera ha de determinarse con carácter general con arreglo a los mismos criterios que regirían la competencia judicial internacional si se solicitase la prestación *ex novo*⁹⁰, siendo evidente que en estos casos la confusión entre las normas de competencia judicial internacional y de competencia interna (fundamentalmente funcional) supone en la práctica una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva⁹¹.

Sin embargo, el análisis o verificación de la competencia internacional en la materia exige la determinación previa del régimen jurídico aplicable (Convenio de Bruselas de 1968, Reglamento 44/2001; Reglamento 1347/2000, Reglamento 2201/2003 y LOPJ) y en este punto los tribunales españoles no siempre han verificado adecuadamente su CJI aplicando la normativa adecuada siendo apreciable el olvido del Bruselas I y II en sus argumentaciones⁹².

B) COMPETENCIA EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PARENTAL

Las cuestiones relativas a la guarda y custodia, a la patria potestad o más en general a la responsabilidad parental de hijos menores de extranjeros o más en concreto de inmigrantes residentes en España se va a plantear cada vez con mayor frecuencia

⁹⁰ P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS op. cit. pp 965.

⁹¹ STC 13/3/00.

⁹² Así en la sentencia de la AP La Rioja de 7/10/2004 (puesto de relieve por M.A. MICHINEL ALVARO en Nota op. cit. pp. 370-1); AP de Barcelona de 31/3/03 (puesto de relieve por P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS op. cit. pp 965); AP de Barcelona de 30/9/03 (sin embargo en este caso como pone de relieve R. ESPINOSA CALABUIG- op cit. pp. 382- el Bruselas II bis no era todavía aplicable siendo adecuada la argumentación que fundamenta la CJI en la LOPJ); AP Madrid 30/11/05 (la recurrente basa la CJI de los tribunales españoles en el Bruselas I pero la Audiencia no entra a valorar la normativa aplicable a la CJI al exigir el previo exequátur); AP Castellón 13/9/05; AP Barcelona 4/1/06.

ante los tribunales españoles como manifestación de la fragmentación familiar derivada de los diversas estrategias de reagrupación familiar, de los diversos modelos de familias reconstituídas y finalmente de los supuestos de migraciones de menores no acompañados.

En este sentido, la amplitud "competencial" de los tribunales españoles prevista en el Reglamento 2201 (residencia habitual como criterio general, supuestos especiales en caso de sustracción internacional de menores de los artículos 9-11, foros encuadrados en el epígrafe prorroga de competencia -art. 12- que recoge el foro de la crisis pero también foros que permiten una flexibilidad importante en estas materias -art. 12.3 y 12.4, y el *forum praesentiae* del art. 13) favorece de manera indudable la protección jurisdiccional del menor como expresión del principio del interés superior del niño si bien es de nuevo en relación a esta materia, apreciable el desconocimiento de los tribunales españoles del Bruselas II bis⁹³.

La novedad que supone esta regulación, puede advertirse bien analizando casos resueltos antes de su entrada en vigor, y la solución que tendrían de haberse producido a partir del 1 de marzo de 2005. Así por ejemplo en el caso resuelto por la sentencia de la AP Murcia de 12/5/2003, en la que se planteaba ante los tribunales españoles el divorcio de dos marroquíes residentes en España con dos hijos, uno de los cuales estaba temporalmente en Marruecos con la abuela, el tribunal tuvo que acudir al expediente del foro de necesidad para justificar su competencia para resolver sobre la responsabilidad parental respecto de dicho menor; hoy dicha competencia estaría basada en el art. 12.1 y 2 del 2201. En el caso de la sentencia de la AP Tenerife de 1 de junio de 2004 en el que la madre alemana se traslada a Alemania con sus hijos un mes después de dictada la sentencia de divorcio española, los tribunales españoles serían competentes en virtud del art. 10.

Es loable sin duda esta regulación de la responsabilidad parental despegada de la regulación de las crisis porque además cubre de manera importante una realidad cada vez más urgente en nuestro país: la de los menores extranjeros sujetos de medidas de protección en España⁹⁴. Su aumento numérico se debe a dos circunstancias: por una parte a casos en los que viven en España con su familia o parte de ella, pero en desarraigo social y familiar que puede derivar en supuestos extremos en situaciones de riesgo y de desamparo.

⁹³ Así se aprecia en la sentencia de la AP Salamanca 30/11/2005 en la que el menor se encuentra en Costa Rica con su padre, y la madre interpone un juicio verbal de guarda y custodia en España. La Audiencia considera que el menor tiene residencia habitual en Costa Rica y confirma el auto de primera instancia declarando la incompetencia judicial internacional de los tribunales españoles. La Audiencia de Salamanca no invoca el Reglamento 2201 sino la LOPJ para examinar su competencia.

⁹⁴ Téngase en cuenta que el Reglamento abarca estas cuestiones. Sin embargo, en la "Guía Práctica..." op. cit. pp. 9 se señala: *Se aplicará el Reglamento cuando una cuestión específica de responsabilidad parental sea una medida de Derecho público según la legislación nacional, por ejemplo, acogimiento de un menor en una familia o en un establecimiento. Más adelante y en relación al reconocimiento se afirma: El Reglamento de aplica a las resoluciones de los órganos jurisdiccionales, independientemente de cómo se denomine la resolución (...). Pero no se limita a las resoluciones de los órganos jurisdiccionales, sino que se aplica a toda resolución pronunciada por una autoridad con competencias en las materias que entran en el ámbito de aplicación del Reglamento (por ejemplo las autoridades sociales) (pp. 11).*

Por otra parte, el porcentaje elevado de menores en las comunidades autónomas⁹⁵. La crisis económica y como tierra de proterias de los emigrantes en la realidad familiar.

En ocasiones, cuando se trata de menores que son consumidores en ese medio, pues son chicos con frecuencia presentan problemas.

Pues bien, si en el año 2000 el Estado en su Instrucción.

No existen Comunidades autónomas que presenten una estructura social básica de desagregación.

Tomo por supuesto que pueden ser significativos.

| Año | Mi |
|------|----|
| 1994 | |
| 2000 | |
| 2003 | |

Fuente: Memorias an...

⁹⁵ Ver al respecto S. GONZÁLEZ (coord.).

⁹⁶ M. JIMÉNEZ ALVAREZ, *Indocumentados y refugiados en España* (pp. 11).

⁹⁷ Proyecto de Instrucción de la Audiencia Nacional.

⁹⁸ De ellos 47 marroquíes.

⁹⁹ La memoria de la Audiencia Nacional de 2003. La memoria se encuentra en que el I.

¹⁰⁰ De ellos 101 marroquíes.

Por otra parte, a partir de mediados de los 90, aparece en España un nuevo fenómeno migratorio: el de los menores extranjeros no acompañados que explica en un porcentaje elevado el aumento de menores extranjeros protegidos por las administraciones autonómicas⁹⁵. En otros países europeos, el fenómeno era ya relevante en la década de los setenta/ochenta y en España es la década de los 90 cuando se generaliza. La crisis económica y la pirámide poblacional tan joven, unida al espejismo de Europa como tierra de promisión alimentado sobre todo por la televisión y las historias migratorias de los emigrados, explican en gran medida este fenómeno. Pero también la propia realidad familiar de la que provienen, que por otra parte, no es siempre la misma.

En ocasiones se trata de menores que llegan solos a España pero que tienen referentes familiares en su país de origen, y emigran con el consentimiento de su familia buscando trabajo como otros inmigrantes más. En otras ocasiones se trata de los denominados niños de la calle que proceden normalmente de familias rotas, que en muchos casos son consumidores de droga, y que sus expectativas en España son las de seguir viviendo en ese medio, pues apenas tienen formación ni habilidades sociales. En este segundo caso, son chicos con frecuentes problemas sanitarios que apenas se han escolarizado y que en ocasiones presentan conductas agresivas y/o comportamientos delictivos reincidentes⁹⁶.

Pues bien, la importancia numérica de esta población es cada vez más grande. Si en el año 2000 Carlos Jiménez los cifraba en 1500⁹⁷, en 2003 el Fiscal General del Estado en su Instrucción 3/2003 los cifraba en 6.239.

No existen datos nacionales sobre el número de menores protegidos por las Comunidades autónomas desagregados según la nacionalidad de los mismos. La estadística básica de protección de la infancia que publica el Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales desagrega los datos por sexo y por edad pero no por nacionalidad.

Tomo por ello los datos de guardas y tutelas de la Comunidad de Madrid que pueden ser significativos al respecto:

| MENORES EN SITUACIÓN DE GUARDA EN LA CAM | | | | | | |
|---|-------------------|-------------|--------|--------------------|------|---------|
| Año | Total | Extranjeros | Europa | Africa | Asia | América |
| 1994 | 589 | 58 | 12 | 3 | | |
| 2000 | 341 | 144 | 13 | 98 ⁹⁸ | 1 | 12 |
| 2003 | 336 ⁹⁹ | 277 | 14 | 139 ¹⁰⁰ | 2 | 31 |
| Fuente: Memorias anuales del IMMF y memorias anuales de la CAM. | | | | | - | 124 |

⁹⁵ Ver al respecto S. ADROHER BIOSCA. "Menores extranjeros no acompañados". En I E LÁZARO GONZÁLEZ (coord). *Los menores en el Derecho español*. Tecnos. Madrid 2002, pp. 456-75.

⁹⁶ M. JIMENEZ ALVAREZ "Los niños de la calle en la Medina de Tánger y los menores inmigrantes indocumentados solos en Andalucía". OFRIM suplementos, Junio 1999, págs. 165 y ss., se pone de manifiesto esta diversa tipología, reconocida también por los responsables de infancia de las diversas CCAA.

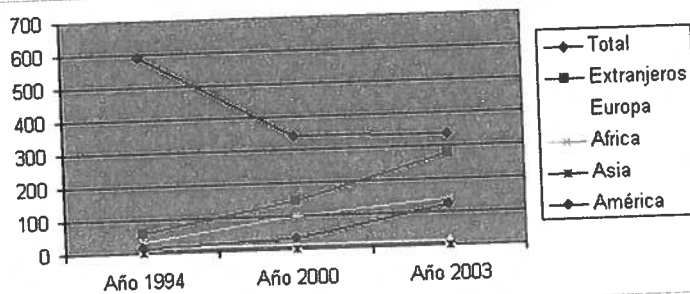
⁹⁷ Proyecto de Investigación Menores no acompañados que han entrado en territorio español sin representación legal. MTAS y UAM (en prensa).

⁹⁸ De ellos 47 marroquíes.

⁹⁹ La memoria de la CAM cifra en 401 el número de menores en situación de guarda a 31 de diciembre de 2003. La memoria del IMMF cifra en 336 el número de expedientes de guarda. La diferencia estriba en que el IMMF se refiere a expedientes abiertos.

¹⁰⁰ De ellos 101 marroquíes.

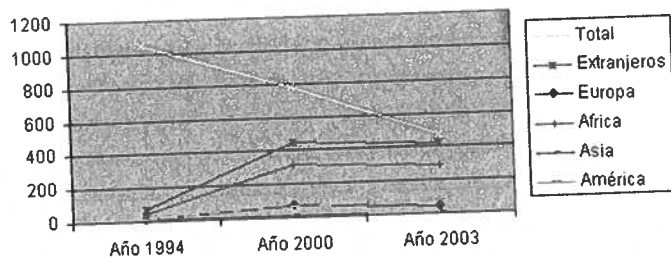
MENORES EN SITUACIÓN DE GUARDA EN LA CAM



MENORES EN SITUACIÓN DE TUTELA EN LA CAM

| Año | Total | Extranjeros | Europa | África | Asia | América |
|------|--------------------|-------------|--------|--------------------|------|---------|
| 1994 | 1055 | 78 | 12 | 47 | 5 | 10 |
| 2000 | 782 | 448 | 69 | 314 ¹⁰¹ | 7 | 58 |
| 2003 | 472 ¹⁰² | 422 | 48 | 291 ¹⁰³ | - | 83 |

Fuente: Memorias anuales del IMMF y memorias anuales de la CAM.



Los datos aportados muestran una realidad innegable: el porcentaje de menores extranjeros respecto del total de menores sometidos a medidas de protección crece de forma importante cada año, y una de las principales causas de este crecimiento es sin duda el aumento de los menores que llegan a España no acompañados. La competencia de nuestras autoridades respecto de las medidas de protección adoptadas en relación a ellos, está hoy consagrada en el Bruselas II bis.

Al margen de estos casos de menores protegidos en España que se encuentran por tanto en nuestro país, la amplitud competencial prevista en materia de responsabilidad parental en el Reglamento 2201 tiene un talón de Aquiles indudable pero inevitable

¹⁰¹ De ellos 208 marroquíes.

¹⁰² La memoria de la CAM cifra en 873 el número de menores tutelados a 31 de diciembre de 2003. La memoria del IMMF cifra en 472 el número de expedientes de tutela. La diferencia se cifra en que el IMMF se refiere a expedientes abiertos.

¹⁰³ De ellos 239 marroquíes.

(como sucedía en intracomunitario de la efectividad dependerá en última instancia en estos casos la solución de la cuestión (en lo que respecta a las autoridades del país en

C) LITISPENDENCIA

Si bien el artículo 10 no nos proporciona un conocimiento claro de la aplicación de este principio en el Derecho internacional privado.

Si existe un conflicto de su admisibilidad en la otra jurisdicción, la competencia general hispano-alemana (artículo 10 AP Tenerife de 2

¹⁰⁴ Cuando se presenta una demanda ante órganos judiciales de un país y se presenta la segunda demanda en otro país, la competencia de la primera a la responsabilidad jurisdiccional de segunda demanda es de competencia jurisdiccional ante el tribunal de la jurisdicción del país de origen.

¹⁰⁵ Convenio sobre el reconocimiento de sentencias judiciales en materia civil y mercantil con fuerza de ley en Alemania de 14 de

¹⁰⁶ En segundo término, el artículo 10 del Reglamento 2201 establece que, en caso de litispendencia, el juez de la jurisdicción de origen debe abstenerse de pronunciarse sobre el fondo del asunto si no hubiera existido litispendencia. En consecuencia, si no hubiera existido litispendencia, el juez de la jurisdicción de origen podría haberse pronunciado sobre el fondo del asunto.

¹⁰⁷ Por lo tanto debe procederse al presente procedimiento por interposición de recurso de nulidad de lo actuado de la misma y las resoluciones no deben tener efecto.

(como sucedía en el tema de modificación de medidas ya analizado). En los supuestos no intracomunitarios, como era el caso de la Sentencia de Murcia mencionada, la garantía de la efectividad de la sentencia dictada en el Estado en el que se encuentra el menor dependerá en última instancia de su sistema autónomo de reconocimiento. Además en estos casos la solución puede complicarse por la diversidad de regulación sustantiva de la cuestión (en lo que al Derecho civil se refiere) y por las normas de extranjería y de fronteras del país en el que el menor se encuentra.

C) LITISPENDENCIA INTERNACIONAL

Si bien el Bruselas II bis regula la litispendencia internacional en su artículo 19¹⁰⁴, no conocemos todavía supuestos en los que dicho precepto se haya aplicado. En defecto de aplicación reglamentaria ¿cuál es la virtualidad de la litispendencia internacional en el Derecho internacional privado español?

Si existe un convenio internacional con el Estado de origen que la regule, cabe su admisibilidad. Así, se ha concedido eficacia de la litispendencia en casos en los que la otra jurisdicción era la alemana y por aplicación del artículo 21 del Convenio bilateral hispano-alemán de 1983¹⁰⁵ en las sentencias de la AP Baleares de 9/03/2004¹⁰⁶; AP Tenerife de 29/01/2001 y AP Tenerife 5/02/2001¹⁰⁷. Sin embargo la AP Lérida en

¹⁰⁴ Cuando se presentaren demandas de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial entre las mismas partes ante órganos jurisdiccionales de distintos Estados miembros, el órgano jurisdiccional ante el que se hubiere presentado la segunda demanda suspenderá de oficio el procedimiento en tanto no se establezca la competencia del órgano jurisdiccional ante el que se interpuso la primera. 2. Cuando se presentaren demandas relativas a la responsabilidad parental sobre un menor que tengan el mismo objeto y la misma causa ante órganos jurisdiccionales de distintos Estados miembros, el órgano jurisdiccional ante el que se hubiere presentado la segunda demanda suspenderá de oficio el procedimiento en tanto no se establezca la competencia del órgano jurisdiccional ante el que se interpuso la primera. 3. Cuando se establezca que es competente el primer órgano jurisdiccional, el segundo se inhibirá en favor de aquél. En este caso, la parte actora ante el segundo órgano jurisdiccional podrá presentar la acción ante el primero..

¹⁰⁵ Convenio sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones y transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil entre España y la República Federal de Alemania de 14 de noviembre de 1983.

¹⁰⁶ En segundo término, hay que reconocer que el tribunal alemán es competente para conocer de la demanda de divorcio planteada por la Sra. María Inmaculada habida cuenta que la demandante tiene nacionalidad alemana, reside allí en el momento de la demanda y tiene con ella a su hijo, que tienen la residencia habitual en aquel país. Estando así las cosas, admitida a trámite aquella demanda en Alemania resulta que se plantea un problema de litispendencia internacional puesto que si se admitiera la demanda ante el tribunal español podrían existir resoluciones contradictorias en dos litigios entre las mismas partes y con el mismo objeto. Evidentemente, si no hubiera existido la demanda planteada en Alemania y notificada por cierto al Sr. Cornelio el 28 de abril de 2003, un mes antes de que presentara la demanda en Inca, el juzgado español hubiera sido competente por cuanto quien insta el divorcio es español y reside en España. Por tanto, no debe confundirse el apelante: no es que el juzgado español no sea en sí mismo competente, de ahí que pudiera inicialmente admitir la demanda y declararse competente, sino que existe un elemento inicialmente ignorado que hace que su competencia ceda ante la del tribunal alemán ante el que con anterioridad se presentó una demanda con idéntico objeto. Por ello, cuando se tuvo conocimiento de esa circunstancia es cuando pudo estimar la falta de competencia internacional y abstenerse de conocer de la demanda.

¹⁰⁷ Por lo tanto debe prosperar la pretensión de la recurrente, en cuanto debe mantenerse la suspensión del presente procedimiento, lo que debió acordarse en la providencia de fecha 20 de abril de 1.999 en la que se tuvo por interpuesto el recurso de apelación contra la sentencia incidental, procediendo por ende decretar la nulidad de lo actuado desde la fecha en que la repetida resolución fue dictada, salvo las diligencias de notificación de la misma y las relativas a la presentación admisión, etc. Del recurso formalizado contra ella. Esta suspensión no debe tener carácter indefinido, por cuanto se parte de su finalidad cautelar de evitar la coexistencia de

América

10
58
83

aje de menores
cción crece de
cimiento es sin
a competencia
s en relación a

encuentran por
responsabilidad
pero inevitable

mbre de 2003. La
se cifra en que el

su sentencia de 10/02/2003 niega la litispendencia en relación a Alemania desconociendo dicho precepto¹⁰⁸.

En defecto de convenio y ante el silencio de nuestra legislación autónoma, la tendencia general y tradicional ha sido la de negar valor alguno a la litispendencia internacional por varias razones: a) Las normas sobre CJI son imperativas y afectan a la soberanía estatal y por tanto no cabe delegar en una jurisdicción extranjera, además cada jurisdicción aplica su propio sistema de normas de competencia judicial internacional; b) Falta la premisa de la unidad jurisdiccional imprescindible para el buen funcionamiento de este mecanismo ya no existe una autoridad superior que dirima los conflictos de competencia); c) El efecto de cosa juzgada no se produce en el ámbito internacional automáticamente toda vez que respecto de las sentencias extranjeras requiere su previo exequátur o reconocimiento¹⁰⁹. Esta tendencia de negación de eficacia alguna de la litispendencia internacional ha sido seguida por varias sentencias: AP Barcelona de 13/12/04 en relación a Cuba¹¹⁰; AP Barcelona de 18/09/2000 en relación a Marruecos; y AP Barcelona de 1/02/2000 en relación a Suiza. Si bien la negación de efectos absoluta a la litispendencia es contestada, doctrinal y jurisprudencialmente, no cabe duda de que la entrada en vigor del Bruselas II bis tiene un efecto positivo en esta materia toda vez que reglamenta en sentido positivo esta cuestión, eso sí, siempre que se planteen en relación con otro Estado miembro y nunca con relación a un tercer Estado. Por tanto, de nuevo los casos de doble litigación relativos a iberoamericanos o magrebíes

>> dos resoluciones igualmente ejecutables en España y relativas al mismo asunto, por lo que deberá la parte aquí recurrente, promotora del pleito en territorio alemán acreditar en su día la conclusión del mismo, para, si hubiere recaído alguna resolución de carácter firme y con las características previstas en el citado Acuerdo, Tratado de Reconocimiento y ejecución de resoluciones y transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia mercantil y civil, suscrito entre los estados español y alemán con fecha 14-11-83 y publicado en el B.O.E. con fecha 16-2-88.

¹⁰⁸ Aun cuando la excepción de litispendencia internacional se encuentra regulada en los artículos 21 y 23 del Convenio de Bruselas de 1968 y el artículo 21 del Convenio sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil entre España y la República Federal de Alemania de 1983, en el derecho interno español, y en concreto en la LOPJ y en la LECiv/1881 no existía ninguna regulación al respecto, aun cuando en la nueva LECiv/2000 -no aplicable al presente caso- dedica los artículos 63 a 65 y los artículos 416 y 421 a la regulación de aquella excepción procesal. Con todo, y previamente al examen acerca de la procedencia de aquella excepción, se hace preciso examinar si los Juzgados y Tribunales españoles cuentan con competencia para conocer del presente procedimiento. Y así debe recordarse que las cuestiones sobre competencia judicial en conflictos de derecho internacional han de ser analizadas desde la perspectiva de que la jurisdicción es una manifestación de la soberanía de cada Estado y el orden público procesal, por el cual han de velar los Tribunales, incluso de oficio, exige el previo examen de la jurisdicción y competencia, en el bien entendido de que tan sólo podrá afirmarse o negarse la competencia de los Tribunales españoles pero sin que ello implique determinar la competencia o incompetencia de los Tribunales extranjeros.

¹⁰⁹ Ver por todos en relación con la litispendencia en el sistema autónomo y las alternativas a esta tesis de la negación absoluta de efectos a la litispendencia internacional A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. "Derecho internacional privado". Vol. I, Comares. Granada 2006 pp. 161-55.

¹¹⁰ La correcta solución para resolver la presente controversia, pasa por el análisis de cuestiones de derecho internacional público, realmente importantes y trascendentes. Por un lado, la inexistencia de convenio de reciprocidad alguno con Cuba en materia civil, conlleva la imposibilidad de requerir de inhibición a un tribunal extranjero; y por otro lado, la sentencia que pudiera recaer, en su caso, en el procedimiento de divorcio seguido ante la jurisdicción cubana, carecería de ejecutoriedad ante los Tribunales españoles. En consecuencia, nos encontramos que no existen ni reglas comunes de competencia que resuelvan el conflicto de leyes internacionales aquí planteado, ni tribunal competente para solventar el conflicto de jurisdicciones, por lo que procede la desestimación del recurso de apelación interpuesto, aunque no por falta sobrevenida de objeto, como esgrime el Juzgador en su resolución, al amparo del artículo 22 de la L.E.C., sino por carencia de instrumentos jurídicos válidos para vehicular la concreta solicitud de la parte demandante y aquí apelante.

en cuyos países el sistema comunitario

3. Las normas

Voy a real reconocimiento y nes han sido abo

En primer tencia se aplican : todas las salvedad son normas aplic judicial a reconoc afectado a ciudad un sistema que r sustracción inter Bruselas II bis ho cia del TC 20/05/ Alemania; el Au Unido; o la senten

Por otra pa Bruselas I es un s ejemplo o modelo nicas de nulidad

En tercer lu combinada con la ma de reconocimi

- Por una pa por el Brus
- Por otra, el cional o au
- Finalmente el Bruselas reconocimi

¹¹¹ Y por tanto casos Audiencia provin tencia 10/11/2004

¹¹² Así en la sentenci

¹¹³ En relación a efect el acceso al RC o 27/06/2003; 30/06

¹¹⁴ Así lo aclara la AP en segundo lugar la del Consejo de Eurc divorcio, la separaci

en cuyos países existe otro proceso, por ejemplo, no van a poder beneficiarse de este sistema comunitario de articulación de competencias.

3. Las normas sobre reconocimiento

Voy a realizar finalmente unas muy breves consideraciones sobre el sistema de reconocimiento y ejecución previsto en el Reglamento, consciente de que estas cuestiones han sido abordadas ampliamente en otras intervenciones.

En primer lugar, si, como he tenido ocasión de advertir, las normas de competencia se aplican sociológicamente tanto a comunitarios como a extracomunitarios (con todas las salvedades que ya he realizado) en contraste, las normas de reconocimiento son normas aplicables a casos intra-europeos, es decir aquellos en los que la resolución judicial a reconocer en España se ha dictado en otro Estado parte (aunque podría haber afectado a ciudadanos de terceros países, por descontado). Singularmente se articula un sistema que responde de una manera ciertamente satisfactoria al problema de la sustracción internacional de menores¹¹¹. Así casos de intra-europeos anteriores al Bruselas II bis hoy hubieran tenido una solución bien distinta; es el caso de la sentencia del TC 20/05/2002 en relación con Polonia; de la AP Lérida 10/2/03 en relación con Alemania; el Auto del Tribunal Supremo de 20/03/2002 en relación con el Reino Unido; o la sentencia de la AP Santa Cruz de Tenerife de 1 de junio de 2004.

Por otra parte, el sistema de reconocimiento previsto, al igual que sucede en el Bruselas I es un sistema de no revisión del fondo que por cierto, se está poniendo de ejemplo o modelo a seguir en el reconocimiento de efectos civiles de sentencias canónicas de nulidad o decisiones pontificas de rato no consumado¹¹².

En tercer lugar, tal y como ya hemos visto, la limitación material del Bruselas II-bis combinada con la limitación material del Bruselas I, produce una fragmentación del sistema de reconocimiento de las sentencias de nulidad/separación y divorcio por materias:

- Por una parte, los efectos registrales y de responsabilidad parental se regularán por el Bruselas II¹¹³.
- Por otra, el régimen económico matrimonial se regulará por el régimen convencional o autónomo.
- Finalmente lo relativo a la pensión de alimentos y compensatoria se regulará por el Bruselas I¹¹⁴, si bien algunas sentencias se olvidan de su existencia a efectos de reconocimiento de pensiones de alimentos de sentencias de divorcio¹¹⁵.

¹¹¹ Y por tanto casos de sustracción internacional de menores recientes resueltos, por ejemplo por la Audiencia provincial de Barcelona en relación a Ecuador- sentencia de 1/4/03- o a Argentina-sentencia 10/11/2004 - no quedan afectados por la nueva regulación comunitaria.

¹¹² Así en la sentencia de la AP de Madrid 11/06/04. y AP Castellón de 21/04/2005.

¹¹³ En relación a efectos registrales, numerosas Resoluciones DGRN recuerdan requisitos formales para el acceso al RC o se plantean problemas de Derecho transitorio (4/5/02; 2/11/2002; 28/11/2002; 27/06/2003; 30/09/2003; 2/01/2004; 12/11/04; 6/5/05).

¹¹⁴ Así lo aclara la AP Baleares 22/6/04 frente a la pretensión de que se aplique el Bruselas II: *Manifiesta en segundo lugar la parte apelante que si bien es verdad que (...) el considerando 10 del Reglamento 1347/2000 del Consejo de Europa (!!) señala que su normativa se limita a la regulación de procedimientos relativos al divorcio, la separación judicial y la nulidad del matrimonio por lo que no afecta a cuestiones relacionadas con*

Por último, el modelo de reconocimiento previsto en el Bruselas II es muy similar al del Bruselas I, y se basa en la doble figura: reconocimiento y ejecución¹¹⁶.

Sin embargo, en su versión 2201 (Bruselas II bis), presenta una importante novedad: la fuerza ejecutiva de determinadas resoluciones relativas al derecho de visita y de restitución del menor (sección 4ª)¹¹⁷. A estos efectos, transcribo para finalizar el Auto de ejecución forzosa en procesos de familia de 27 de Julio de 2005 del Juzgado de 1ª Instancia de Colmenar Viejo (Madrid) seguramente uno de los primeros que aplica este nuevo título ejecutivo europeo amablemente facilitado por la Dra. CALVO BABÍO. Se trata de una resolución que presenta algunos errores técnicos (así el documento que se presenta no hace referencia al certificado regulado en el artículo 39 y sus anexos, la determinación de la competencia territorial del tribunal de Colmenar para el reconocimiento no puede basarse en los arts. mencionados sino en el art. 29, etc...) pero que puede servir de buen ejemplo y broche final para visualizar una de las más importantes novedades de este nuevo Reglamento comunitario:

En Colmenar Viejo a 27 de julio de 2006.

Razonamientos jurídicos

El título presentado, sentencia dictada por un tribunal francés de fecha 15 de mayo de 2001, constando la firmeza de la sentencia cuya ejecución se pide y con testimonio auténtico según la legislación de dicho Estado y con la apostilla de La Haya.

De acuerdo con el artículo 523 de la LEC 2000 en relación con el 951 LEC (1881), así como en virtud de la primacía del derecho comunitario, es de aplicación a este supuesto el Reglamento 2201/2003 del Consejo (...) aplicable a todos los Estados miembros de la UE salvo Dinamarca y en aplicación en España desde el 1 de marzo de 2005, y ello cumpliéndose el ámbito material, temporal (arts 1, 72.4 y 64.4) y el espacial (arts

¹¹⁶ las obligaciones de alimentos, también lo es que el mismo Reglamento en su considerando 11 dice que su normativa abarca la responsabilidad parental sobre los hijos de ambos cónyuges en cuestiones vinculadas con un procedimiento de divorcio, separación judicial o nulidad. Por ello, tratándose en el presente caso de una cuestión relativa a alimentos de los hijos, sería aplicable el Reglamento de referencia con la consecuencia de ser procedente en base a ello la admisión a trámite de la demanda. Entiende la Sala que aun cuando aparezcan ambos considerandos como contradictorios, resulta aplicable al caso el 10º por ser más específico para la cuestión, en el mismo planteada. En efecto, ante lo genérico que resulta el considerando 11º al referirse a responsabilidad parental y a cuestiones estrechamente vinculadas, el considerando 10º dada su concreción resulta más clasificador pues dice El presente Reglamento debe limitarse a los procedimientos relativos al divorcio, la separación judicial y la nulidad del matrimonio, y, por lo tanto, el reconocimiento de las resoluciones no afecta a cuestiones tales como la culpa de los cónyuges, el régimen económico matrimonial y las disposiciones de alimentos o a otras posibles medidas accesorias, a pesar de que son cuestiones que aparecen vinculadas a dichos procedimientos. Por ello, no procede sobre este punto modificar lo razonado por el Juzgador de instancia, máxime teniendo en cuenta que lo que pretende la Sra. Julia no es sólo que se produzcan efectos derivados de una relación parental -padre hijos- sino obtener para ello un beneficio económico superior.

¹¹⁵ Así la Audiencia Provincial de Valencia en su sentencia de 14/1/03 en la que se plantea el reconocimiento de una sentencia de divorcio alemana en lo relativo a la pensión de alimentos, se remite al Convenio hispano-alemán, ninguneando el Bruselas I.

¹¹⁶ Ya existen autos del TS en las que se deniega la solicitud de exequátur de sentencias que caen bajo el ámbito de aplicación del Bruselas II (1347), al no ser el tribunal competente para solicitar el reconocimiento (Así por todos 15/06/2004).

¹¹⁷ Vid. Al respecto E. RODRÍGUEZ PINEAU.op. cit.

28, 41.1 y 2.b)
Es competente e
cia de la persona

Se acuerda requ
menor a Dº...per
de la sentencia d
Librese oficio a la
po acompañen a

28, 41.1 y 2.b)

Es competente el juzgado de primera instancia de Colmenar por ser el de la residencia de la persona contra la que se solicita la ejecución y de la menor (arts. 8-14).

Parte Dispositiva

Se acuerda requerir a D^o...para que el próximo 1 de agosto a las 12h entregue a la menor a D^o...persona de confianza y autorizada por el padre para el cumplimiento de la sentencia de 15 de mayo de 2001.

Líbrese oficio a la Guardia civil de Becerril a fin de que por miembros de dicho cuerpo acompañen a D^o... a recoger a la menor.

iselas II es muy simi-
y ejecución¹⁶.
una importante nove-
l derecho de visita y
para finalizar el Auto
05 del Juzgado de 1^a
neros que aplica este
. CALVO BABÍO. Se
el documento que se
39 y sus anexos, la
nar para el reconoci-
. 29, etc...) pero que
le las más importan-

echa 15 de mayo
e y con testimo-
de La Haya.
51 LEC (1881),
ón a este supues-
tados miembros
arzo de 2005, y
el espacial (arts

ando 11 dice que su nor-
tiones vinculadas con un
esente caso de una cues-
consecuencia de ser cues-
cuando aparezcan ambos
ífico para la cuestión, en
erirse a responsabilidad
ción resulta mas clasifi-
al divorcio, la separación
iones no afecta a cuestio-
posiciones de alimentos o
uladas a dichos procedi-
or de instancia, máxime
s derivados de una rela-

se plantea el recono-
alimentos, se remite al

tencias que caen bajo
para solicitar el reco-