



UNIVERSIDAD DE JAÉN

*Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas*

Trabajo Fin de Grado

**LA PROTECCIÓN DE MENORES  
EN LA UNIÓN EUROPEA:  
RÉGIMEN EN DERECHO  
INTERNACIONAL PRIVADO (EN  
PARTICULAR DE ORIGEN  
COMUNITARIO)**

**Alumna: Rocío España Hermoso**

**Mayo, 2017**



## **RESUMEN**

El presente trabajo versa sobre la protección de menores en el ámbito de la Unión Europea. Concretamente se centra en la responsabilidad parental, en especial, los derechos de custodia, visita y sustracción de menores; y por otro lado, en la adopción internacional. Dentro de estas grandes materias se analizan, a su vez, los distintos sectores del Derecho Internacional Privado tales como la competencia judicial internacional, la ley aplicable, el reconocimiento de decisiones y la cooperación internacional. En este sentido, se ha realizado un estudio de las fuentes de esta disciplina tanto de origen comunitario, convencional y autónomo relativas a estas materias.

## **PALABRAS CLAVE**

Responsabilidad parental – Custodia – Visita – Sustracción de menores – R. 2201/2003 – CLH 1996 – CLH 1980 – Adopción internacional – CLH 1993 – LAI.

## **ABSTRACT**

This work deals with the protection of minors in the European Union. Specifically, it focuses on parental responsibility: the rights of custody, visitation and child abduction; furthermore, in international adoption. Within these broad areas, the different sectors of Private International Law such as international judicial jurisdiction, applicable law, decision recognition and international cooperation are analyzed. In this sense, a study of the sources of this discipline has been made, both community, conventional and autonomous origin in relation to these subjects.

## **KEYWORDS**

Parental responsibility – Custody – Visitation – Child abduction – R. 2201/2003 – HC 1996 – HC 1980 – International adoption – HC 1993 – IAL.



# ÍNDICE

|  |           |
|--|-----------|
| <b>ABREVIATURAS Y SIGLAS.....</b>  | <b>7</b>  |
| <b>1. INTRODUCCIÓN.....</b>  | <b>9</b>  |
| <b>2. RESPONSABILIDAD PARENTAL.....</b>  | <b>11</b> |
| <b>2.1. Marco normativo.....</b>   | <b>11</b> |
| <b>2.2. Competencia judicial internacional.....</b>  | <b>12</b> |
| 2.2.1. Regla general. Concepto de “residencia habitual”.....   | 12        |
| 2.2.2. Excepciones al foro general de competencia.....   | 14        |
| 2.2.3. Foro de competencia en sustracciones de menores.....  | 16        |
| <b>2.3. Ley aplicable.....</b>   | <b>17</b> |
| 2.3.1. Ley aplicable a las medidas de protección: regla general y excepciones....                                  | 17        |
| 2.3.2. Ley aplicable a la responsabilidad parental existente de pleno derecho.....                                 | 18        |
| 2.3.3. Ley aplicable a la protección de los terceros.....  | 19        |
| <b>2.4. Reconocimiento de decisiones extranjeras.....</b>  | <b>20</b> |
| 2.4.1. Sistemas de reconocimiento.....   | 20        |
| 2.4.2. Condiciones.....  | 22        |
| 2.4.3. Derecho de visita.....  | 24        |
| 2.4.4. Custodia, sustracción internacional de menores y su restitución.....  | 26        |
| <b>2.5. Cooperación internacional.....</b>   | <b>28</b> |
| 2.5.1. Autoridades Centrales en el Reglamento 2201/2003: Funciones.....  | 31        |
| 2.5.2. Autoridades Centrales en la restitución de menores: la mediación como<br>alternativa a la vía judicial..... | 33        |
| <b>3. ADOPCIÓN INTERNACIONAL.....</b>  | <b>35</b> |
| <b>3.1. Marco normativo.....</b>   | <b>35</b> |
| <b>3.2. Competencia Judicial Internacional.....</b>  | <b>35</b> |
| 3.2.1. Competencia para la constitución de una adopción. Crítica doctrinal.....                                    | 35        |
| 3.2.2. Competencia para la declaración de nulidad.....   | 37        |
| 3.2.3. Competencia para la conversión en adopción plena de una adopción no<br>plena.....                           | 38        |
| 3.2.4. Competencia objetiva y territorial del órgano jurisdiccional.....   | 39        |
| 3.2.5. Competencia de los cónsules en la constitución de adopciones<br>internacionales.....                        | 39        |

|   |           |
|---|-----------|
| <b>3.3. Ley aplicable.....</b>  | <b>40</b> |
| 3.3.1. Adopción regida por la ley española.....   | 40        |
| 3.3.2. Supresión de la ley extranjera. ¿Error o acierto del legislador?.....  | 41        |
| <b>3.4. Reconocimiento de decisiones.....</b>   | <b>42</b> |
| 3.4.1. Reconocimiento conforme al Convenio de la Haya de 1993.....  | 43        |
| 3.4.2. Efectos no contemplados en el Convenio de la Haya de 1993.....   | 45        |
| <b>3.5. Cooperación internacional.....</b>  | <b>47</b> |
| 3.5.1. Autoridades Centrales en el Convenio de la Haya de 1993: Funciones.....  | 48        |
| 3.5.2. Autoridades públicas, organismos acreditados y personas autorizadas (no acreditadas): Convenio de la Haya de 1993..... | 49        |
| <b>4. CONCLUSIONES.....</b>   | <b>51</b> |
| <b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>  | <b>54</b> |

## ABREVIATURAS Y SIGLAS

|                     |   |
|---------------------|---|
| AC / AACC           | Autoridad Central / Autoridades Centrales.                              |
| AEDIPr              | Anuario Español de Derecho Internacional Privado.                       |
| AFDUAM              | Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. |
| Apdo.               | Apartado.   |
| Art. / Arts.        | Artículo / Artículos.   |
| BOE                 | Boletín Oficial del Estado.   |
| CC                  | Código Civil (español).   |
| CE                  | Comunidad Europea.  |
| CDT                 | Cuadernos de Derecho Transnacional.                                     |
| CL 1980             | Convenio de Luxemburgo de 1980.   |
| CLH 1980            | Convenio de la Haya de 1980.  |
| CLH 1993            | Convenio de la Haya de 1993.  |
| CLH 1996            | Convenio de la Haya de 1996.  |
| Coord. <sup>a</sup> | Coordinadora.   |
| DGRN                | Dirección General del Registro y Notariado.                             |
| DIPr                | Derecho Internacional Privado.  |
| Dirs.               | Directores.   |
| DOCE                | Diario Oficial de las Comunidades Europeas.                             |
| DOUE                | Diario Oficial de la Unión Europea.                                     |
| EC / EECC           | Estado contratante / Estados contratantes.                              |
| ECAI/s              | Entidad/es Colaboradora/s de Adopción Internacional.                    |
| Eds.                | Editores.   |
| EM / EEMM           | Estado miembro / Estados miembros.                                      |
| LAI                 | Ley de Adopción Internacional.  |
| Núm.                | Número.   |
| P. / pp.            | Página / páginas.   |
| Párr.               | Párrafo / párrafos.   |
| R. 2201/2003        | Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de Noviembre de 2003.   |
| RC                  | Registro Civil.   |
| REEI                | Revista Electrónica de Estudios Internacionales.                        |

|       |   |
|-------|---|
| Ss    | Siguientes.   |
| STC   | Sentencia del Tribunal Constitucional.                  |
| STJUE | Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. |
| TCE   | Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.           |
| TFUE  | Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.          |
| TJUE  | Tribunal de Justicia de la Unión Europea.               |
| TUE   | Tratado de la Unión Europea.                            |
| UE    | Unión Europea.  |
| UNED  | Universidad Nacional de Educación a Distancia.          |

## 1. INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo versa sobre la protección de menores en la UE, concretamente, se centra en la responsabilidad parental y en la adopción internacional.

La *responsabilidad parental* es una institución jurídica que ha sido modificada a lo largo del tiempo debido a las continuas transformaciones sociales. Uno de los acontecimientos más importantes que dieron lugar a un cambio en la perspectiva de la responsabilidad parental fue la implantación del divorcio, ya que esto ha conllevado una nueva forma de regular y compartir las obligaciones y derechos propios de padres e hijos<sup>1</sup>. En el contexto internacional se ve agrabada precisamente por el elemento extranjero al ser los progenitores de distintos Estados. De esta forma, partiendo de la existencia de un divorcio o separación y la presencia de menores la idea principal es la protección del menor, y por tanto, la atribución de la custodia y la regulación del derecho de visita.

No es fácil regular estos aspectos ya que normalmente estas crisis de pareja suelen llevar consigo el retorno al país de origen de alguno de los progenitores. Esto puede provocar que, ante las limitaciones para poder disfrutar del día a día con los hijos, el progenitor que se vea afectado por las medidas acordadas en cuanto a custodia y visita decida sustraer al menor.

Por otra parte, la *adopción internacional*, es una institución que tiene su origen, especialmente, en las guerras libradas a lo largo de la historia creándose como respuesta humanitaria ante la situación de los niños que habían quedado huérfanos<sup>2</sup>. Actualmente, no se suele dar esta situación para que una adopción tenga lugar, basta con que el menor no pueda ser cuidado en su país de origen. La adopción es un acto jurídico que, con carácter general, crea un vínculo de parentesco entre adoptante y adoptado. Esto se debe a que la adopción tiene como fin incorporar al adoptado en la situación de hijo biológico en el seno de una familia<sup>3</sup>.

El trabajo se ha dividido en varios capítulos cuyo campo de estudio contempla los distintos sectores o ámbitos materiales de DIPr: competencia judicial internacional, ley aplicable, reconocimiento de decisiones extranjeras y cooperación de autoridades.

---

1 Ortiz Herrera, S. (2008), “Tratamiento de la responsabilidad parental en el Reglamento 2201/2003. Un avance hacia la integración y armonización del Derecho Civil en Europa”, *Revista de Derecho UNED*, (3) 185-188. Disponible on line: <http://revistas.uned.es/> [Fecha de consulta: 21.03.2017].

2 Unicef (1998), “Adopción Internacional”, *Innocenti Digest*, (4), 2. Disponible on-line: <https://www.unicef-irc.org/> [Fecha de consulta: 21.03.2017].

3 Cárdenas Miranda, E. (sin fecha) “Adopción Internacional”, p. 2. Disponible on line: <https://archivos.juridicas.unam.mx/> [Fecha de consulta: 21.03.2017].

Los *objetivos* marcados han sido concretamente:

En primer lugar, analizar los citados ámbitos y todo lo que estos comprenden.

En segundo extremo, conocer, en especial, los instrumentos normativos aplicables al respecto y sus relaciones recíprocas.

El espacio de libertad, seguridad y justicia creado por la UE garantiza la libre circulación de personas propiciando las situaciones *supra* indicadas (relaciones transfronterizas de los progenitores con los hijos y adopciones); de modo que resulta necesario que la protección de la infancia sea abordada por un gran número de instrumentos internacionales.

La necesidad de regular estos ámbitos tuvo su origen en el art. 220 TCE<sup>4</sup> (en su versión original de 1958) a través del cual se invitó a los Estados a crear convenios que facilitaran y garantizaran el reconocimiento de resoluciones judiciales siendo necesario para esto unificar las reglas de competencia judicial<sup>5</sup>.

Por otro lado, en 1992 el Tratado de Maastricht o TUE<sup>6</sup> supuso un gran avance reconociendo en su Título VI la necesidad de impulsar el desarrollo de una cooperación estrecha en el ámbito de la Justicia y asuntos de Interior<sup>7</sup>.

Sin embargo, ese espacio de libertad, seguridad y justicia al que se ha hecho alusión fue impulsado con el Tratado de Ámsterdam, el cual dio una nueva redacción al art. 65 TCE, permitiendo así la creación de un “*ámbito común de justicia y de respeto de los derechos y libertades de los ciudadanos, comunitarizando la cooperación judicial civil, por lo que fue posible abandonar los Convenios como técnica normativa y acudir a los Reglamentos [...]*”<sup>8</sup>. Es decir, el legislador europeo puede intervenir en todos los sectores del DIPr.

De una forma muy breve se puede decir que estos son los antecedentes del Reglamento que será objeto de estudio en el presente trabajo, es decir, el R. 2201/2003 *relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental*<sup>9</sup>.

4 Nueva redacción en el art. 293. DOCE C 325/33, de 24 de Diciembre de 2002.

5 Orejudo Prieto de los Mozos, P. (2013), “Diez años de aplicación e interpretación del Reglamento Bruselas II bis sobre crisis matrimoniales y responsabilidad parental (análisis de los aspectos de competencia judicial internacional)”, *La Ley Unión Europea*, (21), 2. Disponible on line: <https://www.laleydigital.es/> [Fecha de consulta: 06.05.2017].

6 DOUE C 326/13, de 26 de Octubre de 2012.

7 Arroyo Fiestas, F.J. (2009), “tema 3: La comunitarización del Derecho Internacional Privado. La libre circulación de resoluciones judiciales en la UE y el principio de reconocimiento mutuo”, p. 1. Disponible on line: <http://www5.poderjudicial.es/> [Fecha de consulta: 02.05.2017].

8 *Ibidem*, p. 2.

9 DOUE L 338, de 23 de Diciembre de 2003.

No obstante, la UE también ha participado en numerosos convenios internacionales de la Conferencia de la Haya en materia de protección de menores, de los que se ha nutrido y servido a la hora de elaborar su propia normativa y con los que, en ocasiones, ha de relacionarse. Destacan: el CLH 1996 *relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños*<sup>10</sup> y el CLH 1980 *sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*<sup>11</sup>. Con carácter general, cabe decir que el R. 2201/2003 primará sobre la normativa convencional. Asimismo, también se relaciona con Convenios de origen comunitario como el CL 1980 *relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia*<sup>12</sup>.

Aunque el R. 2201/2003 comprende otras figuras de protección de la infancia, además de las propias del derecho custodia y el derecho de visita, no incluye la adopción internacional. En esta ocasión y dado que en materia de adopción internacional no existe un Reglamento comunitario, ha de acudir en su totalidad a la normativa convencional en la que todos los EEMM son parte. Destaca, en este sentido, el CLH 1993 *relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional*<sup>13</sup>. Empero, al ser más bien un instrumento de colaboración resulta necesario acudir a la normativa de origen autónomo, concretamente a la LAI<sup>14</sup>, por ser la más cercana<sup>15</sup>.

Finalmente, en cuanto a la *metodología*, para el estudio e investigación se han utilizado las siguientes herramientas: manuales, monografías, revistas, revistas electrónicas, legislación, jurisprudencia, manuales prácticos, guías prácticas e informes relativos a los citados instrumentos normativos, así como otros recursos web.

## **2. RESPONSABILIDAD PARENTAL.**

### **2.1. Marco normativo.**

El R. 2201/2003 derogó al anterior (el R. 1347/2000<sup>16</sup>) que presentaba un limitado

---

10 BOE núm. 291, de 2 de Diciembre de 2010.

11 BOE núm. 202, de 24 de Agosto de 1987.

12 BOE núm. 210, de 1 de Septiembre de 1984.

13 BOE núm. 182, de 1 de agosto de 1995.

14 BOE núm. 312, de 29 de Diciembre de 2007.

15 La última modificación de la LAI ha tenido en cuenta no sólo el CLH 1993, sino también los principios establecidos en el *Convenio Europeo en materia de adopción de menores (revisado), hecho en Estrasburgo el 27 de Noviembre de 2008* (art. 3 LAI), a través de los cuales se pretende paliar las dificultades causadas por las diferencias existentes en las leyes internas de los distintos EEMM y del que son parte España junto con Noruega y Ucrania. BOE, núm. 167, de 13 de Julio de 2011.

16 DOCE L 160/19, de 30 de Junio de 2000.

ámbito de aplicación y deficientes reglas de competencia<sup>17</sup>. En este sentido, regulaba la materia matrimonial en un primer plano, dejando ya en un segundo, los aspectos relativos a la responsabilidad parental. El legislador, en vista de que en la mayoría de los casos las medidas de responsabilidad parental adoptadas tenían su causa en el marco de un litigio matrimonial, optó por una nueva redacción del Reglamento dividiendo claramente entre uno y otro tipo de litigios<sup>18</sup>.

Interesa en este punto, de cara a una mayor comprensión de los distintos apartados que le preceden al presente, conocer expresamente los distintos ámbitos que presenta este instrumento: 1) *ámbito material*: comprende la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental y, en concreto, el derecho de custodia y visita (arts. 1.b y 2.a R. 2201/2003); 2) *ámbito espacial*: el R. 2201/2003, con carácter general, desplaza a la normativa convencional cuando se trate de una situación vinculada a la UE<sup>19</sup> (cuestión a la que se hará referencia más adelante); 3) *ámbito temporal*: dado el carácter irretroactivo del R. 2201/2003, será de aplicación a los casos suscitados con posterioridad al 1 de Marzo de 2005 que entró en vigor. Si tuviesen lugar con anterioridad, seguirán lo dispuesto en su antecesor.

No obstante, este Reglamento requiere de la presencia y colaboración de otros instrumentos como: el CLH 1996, el CL 1980 y el CLH 1980.

## **2.2. Competencia judicial internacional.**

El R. 2201/2003 es una pieza sustancial en el régimen de competencia judicial internacional en materia de protección de menores (Capítulo II, Sección 2, arts. 8-15). No obstante, son evidentes las relaciones existentes con el CLH 1996 ya que a pesar de que el primero se aplique con carácter general a los EEMM y en aquellos supuestos que se sustancien en el seno de la UE o guarden relación directa con la misma, existen ciertas excepciones que serán analizadas *infra*.

### **2.2.1. Regla general. Concepto de “residencia habitual”.**

Tanto el R. 2201/2003 como el CLH 1996 se crearon con la intención de velar por el

---

17 Fernández Rozas, J.C., Sánchez Lorenzo, S. (2016), *Derecho Internacional Privado*, Madrid, Thomson-Civitas, p. 383.

18 Espinosa Calabuig, R. (2007), *Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo*, Madrid, Marcial Pons, p. 120.

19 No obstante, ha de tenerse en cuenta que el R. 2201/2003 no se aplicará a Dinamarca (considerando 31).

interés superior del niño, teniendo en cuenta el “*principio de proximidad*”. De conformidad con este principio, ambos establecen como *regla general* que los órganos judiciales que han de conocer del asunto sean los de la residencia habitual del menor en el momento de presentarse la demanda, siendo irrelevante en este sentido, la nacionalidad del mismo<sup>20</sup>. Esta coincidencia parte de la premisa de que dicho Estado conoce, mejor que cualquier otro, el entorno en el que se desarrolla el menor; asimismo, tanto el coste del litigio como la prolongación del mismo, evidentemente serán menores. De esta forma, no es necesario que las partes se trasladen a otro país, y además, los tribunales del Estado donde tiene su residencia habitual el menor podrán adoptar las decisiones que tomen de una manera mucho más rápida<sup>21</sup>.

Aunque ambos se refieran a la “*residencia habitual*” como criterio general para atribuir competencia a los órganos jurisdiccionales de un determinado Estado, sorprende que ni uno ni otro definan este concepto a lo largo de su articulado. La causa puede encontrarse en las divergencias legislativas que todavía persisten en el tiempo<sup>22</sup>. No obstante, el criterio a seguir es el establecido por la jurisprudencia.

Una sentencia del TJUE que merece especial atención es el asunto *Mercredi v. Chaffe* [22.12.2010 (asunto C-497/10 PPU)]. En este caso, el TJUE interpreta conforme al R. 2201/2003 los criterios para determinar la “*residencia habitual*”, si bien, al tratarse en este caso de un menor lactante, el Tribunal no hace referencia expresa al tiempo que hubiera de permanecer el menor en un determinado territorio. Hace referencia en su apdo. 51, a que la referida residencia ha de ser, en principio, de cierta duración. Sin embargo, en ocasiones como ésta, ante la existencia de un menor lactante, esa “*cierta duración*” es bastante cuestionable, por esta razón, será el órgano jurisdiccional nacional el que deba determinar la residencia habitual del menor teniendo en cuenta la totalidad de las circunstancias de hecho específicas de cada caso, el interés superior del menor y el criterio de proximidad, al que antes se ha hecho referencia.

Además, esta resolución dispone que el art. 8.1 del R. 2201/2003 habrá de interpretarse en el sentido de que dicha residencia se corresponde con el lugar en el que el menor tenga una cierta integración en un entorno social y familiar, sobre todo, en el caso de

---

20 Art. 8 del R. 2201/2003 y 5 del CLH 1996.

21 Calvo Caravaca, A.L., Carrascosa González, J. (2014), “Protección de menores”, en Calvo Caravaca, A.L., Carrascosa González, J. (dirs.), *Derecho Internacional Privado, Volumen II*, Granada, Comares, p. 406.

22 Espinosa Calabuig, *Custodia y visita*, p. 125.

menores de corta edad (apdo. 47 y 54). No obstante, no sólo se tendrá en consideración la presencia física del menor en un determinado Estado, sino que habrán de observarse otros factores que permitan examinar si dicha presencia tiene o no carácter temporal u ocasional (apdo. 49).

### 2.2.2. Excepciones al foro general de competencia.

Esta regla general no tiene un carácter absoluto. El considerando doce del R. 2201/2003 establece que las normas de competencia recogidas en el mismo “*están concebidas en función del interés superior del menor, y en particular en función del criterio de proximidad*” justificando este último inciso la competencia de los órganos jurisdiccionales de la residencia habitual del menor. Sin embargo, como se mencionaba, existen excepciones a la regla general que operarán concretamente en los siguientes supuestos:

En primer lugar, ***por cambio de la residencia habitual del menor.***

*Perpetuatio jurisdictionis.* (art. 9 R. 2201/2003) En ocasiones, la libertad de circulación que garantiza la UE puede convertirse en un “*handicap*” a la hora de llevar a cabo los derechos y deberes propios de la responsabilidad parental. Por ejemplo, en el caso de que el progenitor custodio deba trasladarse por motivos de trabajo a otro EM, lo más lógico es que quiera llevarse al menor con él/ella. Sin embargo, es aquí donde el otro progenitor se ve afectado en sus derechos y en concreto en el derecho de visita. Por este motivo, el legislador optó por mantener, al menos durante tres meses más (desde que tuvo lugar el traslado – *límite temporal* –) la competencia de los tribunales de la residencia habitual anterior del menor cuando la intención del progenitor no custodio sea la de modificar el régimen de visita existente. Este foro operará siempre y cuando el titular del derecho de visita siga teniendo su residencia habitual en ese EM (*límite espacial*) y no haya aceptado la competencia de los tribunales de la nueva residencia habitual (*límite subjetivo*)<sup>23</sup>.

En segundo extremo, ***por acuerdo entre los titulares de la responsabilidad parental.***

a) *Forum divortii.* También puede suceder que el juez de un determinado EM que esté conociendo de un divorcio tenga, a su vez, competencia para resolver todo lo relativo a la custodia y derecho de visita aun cuando el menor no tenga residencia habitual en ese EM (art. 12.1 R. 2201/2003). Este foro se basa en la residencia habitual de los cónyuges o de uno de

---

23 Quiñones Escámez, A. (2004), “Nuevas normas comunitarias en materia de responsabilidad parental (Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27.11.2003)”, *Revista para el Análisis del Derecho*, (250), 6-7. Disponible on line: <https://www.indret.com/> [Fecha de consulta: 14.11.2016].

ellos, pero no en la del menor que, aunque *a priori* pueda ser la misma, al tratarse de individuos de distinta nacionalidad, uno de ellos puede haberse trasladado a su país de origen – o a otro – . La finalidad no es otra que evitar que se dilate el litigio innecesariamente, de modo que la demanda de divorcio podrá acompañarse de la expresión de medidas que regirán las relaciones venideras de los futuros ex-cónyuges y de éstos con los hijos.

Para que opere este *forum divortii* es necesario que concurran tres condiciones, dos de ellas mencionadas en el considerando doce (acuerdo de los cónyuges e “interés superior del menor”), además de que al menos uno de los cónyuges ejerza la responsabilidad parental sobre el menor. Esta competencia cesará cuando en los procedimientos de divorcio o de responsabilidad parental la resolución sea firme, o cuando concluyan por otras razones (art. 12. 2 R. 2201/2003).

*b) Prorrogatio fori.* Los órganos jurisdiccionales del EM donde se esté sustanciando un procedimiento de divorcio podrán tener igualmente competencia si el menor presenta un vínculo estrecho con éste. Este vínculo puede tener lugar, concretamente, en dos supuestos: 1) porque alguno de los titulares de la responsabilidad parental tenga su residencia habitual en dicho Estado; o 2) porque el menor sea nacional del Estado en cuestión (art. 12.3 R. 2201/2003).

*c) Forum non conveniens.* En defecto de los anteriores, a pesar de resultar competentes, los órganos jurisdiccionales de un determinado EM podrán atribuir competencia a los tribunales de otro EM “*con el que el menor tenga una vinculación especial (y) est(é) mejor situado para conocer del asunto o de una parte específica del mismo, y cuando ello responda al interés superior del menor*”. En cuanto a la apreciación del interés superior del menor corresponde a ese otro EM quién, en cuyo caso, deberá declararse competente en el plazo de seis semanas. El órgano jurisdiccional normalmente competente tiene dos posibilidades: 1) suspender total o parcialmente el conocimiento del asunto e invitar a las partes a presentar una demanda ante el órgano jurisdiccional de ese otro EM; o 2) solicitar al órgano jurisdiccional del otro EM que ejerza su competencia. En este último supuesto sólo “*será preciso el consentimiento de al menos una de las partes*” (art. 15 R. 2201/2003).

En tercer término, ***por indeterminación.***

*a) Forum presentiae.* En aquellos supuestos en los que por alguna razón no pueda determinarse la residencia habitual del menor y no pueda determinarse la competencia conforme al art. 12, incluyendo menores refugiados o desplazados internacionalmente, serán

competentes los órganos jurisdiccionales del EM en el que esté presente el menor (art. 13 R. 2201/2003). Cabe destacar de nuevo la relación del R. 2201/2003 con el CLH 1996 en este punto, ya que puede que el menor sea nacional de un Estado parte en el Convenio pero cuando se dé alguna de las situaciones mencionadas y el menor se encuentre en un EM, se aplicará el citado Reglamento.

b) *Competencia residual*. Existe la posibilidad de recurrir a las normas de competencia del sistema autónomo, es decir, si de los arts. 8 a 13 no se deduce la competencia de ningún órgano jurisdiccional de un EM, ésta se puede determinar con arreglo a las leyes de cada EM (art. 14 R. 2201/2003).

### **2.2.3. Foro de competencia en sustracciones de menores.**

El legislador dotó al R. 2201/2003 de un foro específico para aquellos casos en los que se produjese el traslado ilícito de un menor por parte de alguno de los progenitores. Como el criterio de la “residencia habitual” tiene el problema de que cambia, se plantea la cuestión de si en estos casos, el menor puede adquirir - o no - la residencia del lugar al que ha sido trasladado.

Para evitar beneficiar al progenitor que da lugar al traslado – en cuanto a términos de custodia o de modificación de medidas – el legislador estableció la imposibilidad de que el traslado genere una nueva residencia habitual cuando el otro progenitor hubiese interpuesto reclamación de restitución en el plazo de un año en el lugar de la residencia habitual. Siendo la residencia habitual la que el menor tenía antes de su traslado. Así, no ha lugar a rechazar el retorno del menor ya que los órganos jurisdiccionales del EM en el cual tenía su residencia habitual antes de ser trasladado conservan su competencia. Dicho con otras palabras, esta competencia se encuentra “asegurada” de modo que el Estado de la sustracción no podrá iniciar un proceso sobre el fondo salvo que se haya pedido la restitución pero ésta no haya podido ejecutarse<sup>24</sup>.

Transcurrido este plazo sin reclamar su restitución, se entiende que la misma “no tiene arreglo” y se presume la existencia de una nueva residencia habitual en el lugar de traslado. Esta presunción encuentra su fundamento en la integración del menor en su nuevo entorno. También adquiere la nueva residencia habitual en los casos en los que quien tuviese la custodia haya dado su conformidad con el traslado o haya desistido de una demanda de

<sup>24</sup> Jiménez Blanco, P. (2008), *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Madrid, Marcial Pons, pp. 164-165.

restitución presentada anteriormente (art. 10).

### **2.3. Ley aplicable.**

Al no contener el R. 2201/2003 normas de derecho aplicable será la normativa convencional, el CLH 1996, la encargada de regular la misma (Capítulo III – arts. 15 a 22), cuya aplicación es de carácter universal<sup>25</sup>. Ésta universalidad implica que se aplicarán las disposiciones contenidas en el mismo con independencia de la nacionalidad o residencia del menor (art. 20 CLH 1996). En este sentido, Lagarde indica que “[e]stas normas de conflicto de leyes se refieren sucesivamente a las medidas de protección, a la responsabilidad parental existente de pleno derecho y a la protección de los terceros”<sup>26</sup>.

#### **2.3.1. Ley aplicable a las medidas de protección: regla general y excepciones.**

a) *Regla general.* Las autoridades de los EECC aplican su propia ley estableciendo como única condición que éstas sean competentes en el ejercicio de la competencia atribuida conforme a las disposiciones del Capítulo II (art. 15.1 CLH 1996). Esta norma hace referencia a la “*Lex Fori in Foro Proprio*”<sup>27</sup> permitiendo así a las autoridades aplicar la ley que mejor conocen<sup>28</sup>. Puede surgir la duda sobre su aplicabilidad si la competencia deriva del R. 2201/2003. Por esta razón, el precepto no debe ser interpretado de manera restrictiva ya que estos instrumentos regulan las relaciones existentes entre los mismos y, en concreto, el CLH 1996 establece una cláusula de desconexión en su art. 52 por la que el Convenio no está facultado para derogar los instrumentos internacionales en que los EECC sean parte pese a regular las materias contenidas en el mismo<sup>29</sup>. Un ejemplo muy sencillo sería: menor que tiene residencia habitual en un EM concreto y, en virtud de ello, se

---

25 Fernández Rozas, Sánchez Lorenzo, *Derecho Internacional Privado*, p. 395.

26 Lagarde, P. (1998), “Informe Explicativo del Convenio de la Haya de 19 de Octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños” (párr. núm. 85), p.43. Disponible en: <https://assets.hcch.net/> [fecha de consulta: 14.11.2016].

27 Calvo Caravaca, Carrascosa González, “Protección de menores”, en Calvo Caravaca, Carrascosa González (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, p. 432.

28 Lagarde, “Informe Explicativo del Convenio de la Haya de 19 de Octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños”, p. 43.

29 Conferencia de la Haya en DIPr (2014), “Manual práctico sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños”, p. 91. Disponible on line: <https://assets.hcch.net/> [Fecha de consulta: 14.11.2016].

atribuye competencia a los órganos jurisdiccionales del mismo (art. 8 R. 2201/2003) pudiendo éstos aplicar “*su propia ley*”.

*b) Excepciones.* Existen dos excepciones a esta regla general. La primera tendrá lugar cuando la protección de la persona del menor lo requiera de modo que, excepcionalmente, otro Estado podrá aplicar su ley. No obstante, será necesario que concurren dos requisitos: 1) la situación ha de crear un vínculo estrecho entre el menor y el otro Estado en cuestión; 2) se ha de tener en cuenta siempre el interés superior del menor (art. 15.2 CLH 1996). Por otro lado, cuando se produzca un traslado (lícito) del menor de un EC a otro, será el Estado donde se vaya a establecer la nueva residencia el que indicará las condiciones que regirán las medidas adoptadas en el Estado de la anterior residencia habitual (art. 15.3 CLH 1996).

### **2.3.2. Ley aplicable a la responsabilidad parental existente de pleno derecho.**

*a) Atribución o extinción de la responsabilidad parental.* La atribución o extinción *ex lege* de la responsabilidad parental se rige por la ley del Estado de la residencia habitual del niño (art. 16.1 CLH 1996). No obstante, también puede tener lugar en virtud de un acuerdo (ej. sobre la guarda o derecho de visita del menor) o de un acto unilateral (ej. disposición testamentaria por la cual se designa un tutor al menor). Estos supuestos están condicionados por un elemento temporal, pues se regirán por la ley del Estado de la residencia habitual del niño en el momento en que deviene eficaz el acuerdo o el acto unilateral, (art. 16.2 CLH 1996). Si en estos casos, la atribución o extinción de la responsabilidad parental debiera ser objeto de homologación o control por una autoridad judicial o administrativa debe ser calificada como “medida de protección”<sup>30</sup>. En consecuencia, habrá que atenerse a la regla general vista *supra*.

Cuando el menor cambia de residencia habitual surge la duda sobre la ley que regirá la responsabilidad parental en adelante. En estos casos, la responsabilidad parental atribuida conforme a la ley del Estado de la residencia habitual del niño se mantiene después del cambio de residencia ya que, el hecho de que el menor cambie de residencia habitual no implica la pérdida de responsabilidad parental respecto del hijo (art. 16.3 CLH 1996). Sin

---

<sup>30</sup> Lagarde, “Informe Explicativo del Convenio de la Haya de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños” (párr. núm. 103), pp. 48-49.

embargo, este cambio sí puede atribuir responsabilidad parental a una persona que no estuviere ya investida de la misma (art. 16.4 CLH 1996). Para que tenga lugar la coexistencia de varios titulares de la responsabilidad parental investidos en aplicación de leyes diferentes es necesario que ambos estén de acuerdo. En caso contrario, será la autoridad competente del Estado de la nueva residencia habitual quien deberá solucionar la controversia dictando la medida que crea adecuada a solicitud de uno u otro<sup>31</sup>.

b) *Ejercicio de la responsabilidad parental*. El art. 17 guarda una estrecha relación con lo dispuesto en el anterior. Dicho de otro modo, el ejercicio de la responsabilidad parental se rige por la ley del Estado de la residencia habitual actual del niño. Así, si el menor no cambia de residencia habitual, el ejercicio de la responsabilidad parental se rige por la ley del Estado de su residencia habitual. En caso contrario, es decir, cuando cambie de residencia, dicho ejercicio se rige por la ley del Estado de la nueva residencia habitual del menor<sup>32</sup>.

c) *Privación del ejercicio de la responsabilidad parental*. Se prevé la posibilidad de privar o modificar el ejercicio de la responsabilidad parental mediante la aplicación de nuevas medidas de protección cuando las autoridades judiciales o administrativas lo crean conveniente pese a no haber intervenido en la atribución o extinción de la misma (art. 18 CLH 1996)<sup>33</sup>.

### **2.3.3. Ley aplicable a la protección de los terceros.**

Este apartado debe relacionarse necesariamente con los analizados *supra*, dado que un cambio en la residencia habitual del menor no implica un cambio en la responsabilidad parental atribuida conforme a la ley de la anterior residencia. Sin embargo, esta situación puede dar lugar a confusión en un tercero que opera en el Estado de la nueva residencia habitual sobre la persona o poderes del representante legal del niño. Este razonamiento lleva a Lagarde a recordar el famoso asunto *Lizardi* (de 16 de Enero de 1861), un mejicano de 23 años que se encontraba en Francia. Éste adquirió joyas de gran valor y fue demandado por impago. Su tutor alegó que aún era incapaz conforme a su ley nacional, puesto que la ley mejicana cifraba la mayoría de edad en 25 años. Dicha sentencia concluye con la aplicación

31 Lagarde, “Informe Explicativo del Convenio de la Haya de 19 de Octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños” (párr. núm. 108), p. 51.

32 *Ibidem*, (párr. núm. 109), p. 51.

33 Conferencia de la Haya en DIPr, “Manual práctico sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños”, p. 98.

de la ley del lugar donde se llevó a cabo el acto, es decir, la francesa. Esta solución se basa en el planteamiento de que al tercero que “contrate” con el menor o, en su defecto, con su representante, no se le puede exigir el conocimiento de las leyes nacionales de todos aquellos extranjeros con los que contrata. Estableciéndose así “la teoría de la apariencia en beneficio de terceros de buena fe”<sup>34</sup>.

#### **2.4. Reconocimiento de decisiones extranjeras.**

El reconocimiento de decisiones en materia de protección de menores es una cuestión regulada por diversos instrumentos legales: 1) con carácter general, el R. 2201/2003, aplicable a las resoluciones dictadas en cualquier EM a excepción de Dinamarca (Capítulo III); 2) CLH 1996 en aquellos casos en los que no sea aplicable el Reglamento (Capítulo IV); 3) el CL 1980 relativo al reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia.

##### **2.4.1. Sistemas de reconocimiento.**

Para empezar a analizar esta cuestión es necesario conocer en qué casos será de aplicación el R. 2201/2003 o, por el contrario, lo será el CLH 1996. A esto hace referencia el art. 61.b) del Reglamento. En virtud del mismo, el R. 2201/2003 se aplicará en lo que respecta al reconocimiento y ejecución de decisiones en el territorio de un EM de una resolución dictada por el órgano jurisdiccional competente de otro EM, aun cuando el menor afectado tenga su residencia en un Estado no miembro que sea parte contratante del CLH 1996. Es decir, si la resolución ha sido dictada por un EM, se aplicará el R. 2201/2003. Por el contrario, si las medidas de protección han sido acordadas por un Estado parte en el CLH 1996, se aplicará el mismo – salvo que, obviamente, el Estado parte sea también EM –.

Dado que el presente trabajo se centra en el ámbito comunitario, se analizarán los sistemas de reconocimiento de decisiones extranjeras que contempla el R. 2201/2003 en el art. 21, realizando, a su vez, breves referencias al CLH 1996 cuando sea relevante.

En primer lugar, contempla un *reconocimiento automático*, es decir, sin “*exequátur*”, en virtud del cual “*las resoluciones dictadas en un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados miembros sin necesidad de recurrir a procedimiento alguno*” (art. 21.1 R.

---

<sup>34</sup> Lagarde, “Informe Explicativo del Convenio de la Haya de 19 de Octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños” (párr. núm. 111), p. 51-52.

2201/2003). Esto hace referencia al “principio de reconocimiento mutuo de resoluciones”<sup>35</sup> respaldado por el TJUE en su jurisprudencia y recogido en el TFUE<sup>36</sup>, así como al “principio de confianza” entre los distintos Estados<sup>37</sup>.

Es preciso recordar que uno de los objetivos que se fijó la CE ha sido la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia en el que las personas, así como las resoluciones judiciales, puedan circular libremente<sup>38</sup>. Sin embargo, el hecho de que las resoluciones puedan circular libremente no implica confundir el reconocimiento automático con un reconocimiento incondicional, ya que existen limitaciones o circunstancias que impiden el mismo. Tales restricciones serán citadas una vez se analicen las distintas formas de reconocimiento puesto que son comunes a todas ellas.

Por otro lado, para facilitar la ejecución de la resolución dictada en otro EM, el Reglamento prohíbe el control de la competencia del juez de origen (art. 24 R. 2201/2003), además, la resolución tampoco podrá ser objeto de revisión en cuanto al fondo (art. 26 R. 2201/2003).

En segundo término, prevé un *reconocimiento incidental* en virtud del cual el órgano jurisdiccional que esté conociendo de un proceso es competente para abrir un incidente procesal y reconocer la decisión (art. 21.4 R. 2201/2003). Es decir, tampoco en este supuesto habrá de acudir al procedimiento de “exequátur”. Conviene destacar que si bien el CLH 1996 no hace referencia expresa a este tipo de reconocimiento, el mismo queda subsumido en el reconocimiento automático<sup>39</sup>.

En tercer y último extremo, hace referencia a un *reconocimiento a título principal y declaración de ejecutoriedad* (art. 21.3 R. 2201/2003). Así, “*cualquiera de las partes interesadas podrá [...] solicitar que se resuelva sobre el reconocimiento o no reconocimiento de una resolución*”. A diferencia de los tipos de reconocimiento anteriores, aquí sí es necesario un proceso de homologación. Deberán seguirse los trámites procedimentales recogidos en el arts. 28 y ss.

Tras la notificación o traslado de la resolución (art. 28 R. 2201/2003), el interesado

---

35 Preámbulo del R. 2201/2003, considerando 2.

36 Art. 67.4 TFUE “*la Unión facilitará la tutela judicial, garantizando en especial el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales en materia civil*”./ DOUE C 326/47, de 26 de Octubre de 2012.

37 Preámbulo del R. 2201/2003, considerando 21.

38 *Ibidem*, considerando 1.

39 Universidad de Oviedo (2011), “Esquema del Convenio de la Haya de 1996 sobre protección de menores”, p. 4. Disponible on line: <http://ocw.uniovi.es/> [fecha de consulta: 28.11.2016].

deberá presentar una solicitud ante el Juzgado de Primera Instancia del lugar de la residencia habitual del demandado o de la residencia habitual del menor, y, en su defecto, en el del lugar de ejecución (art. 29 R. 2201/2003). Para su validez, ha de llevarse a cabo de conformidad con lo dispuesto en la legislación del Estado requerido y presentando los documentos previstos en los arts. 37 y 39 del Reglamento (art. 30.1 y 3 R. 2201/2003).

A efectos de notificaciones, el solicitante deberá elegir domicilio el cual ha de estar situado en la circunscripción del órgano jurisdiccional que conozca de la solicitud de ejecución y en caso de no ser posible, el solicitante designará un representante procesal (art. 30.2 R. 2201/2003).

La resolución será dictada en un breve espacio de tiempo en el cual ninguna de las partes podrá hacer alegaciones (art. 31 R. 2201/2003). Será notificada al solicitante de inmediato y cualquiera de las partes podrá interponer recurso contra la misma (art. 32 y 33.1 R. 2201/2003). En caso de recurrir el demandante será citado para comparecer (art. 33.4). Es posible la interposición de un nuevo recurso contra la resolución dictada sobre el recurso, valga la redundancia (art. 34 R. 2201/2003). Por último, cabrá la suspensión de los recursos interpuestos, a instancia de parte, cuando la decisión ha sido recurrida o todavía es recurrible en el EM de origen (art. 35 R. 2201/2003). Además, cabe acordar un “*exequátur*” parcial (art. 36 R. 2201/2003).

#### **2.4.2. Condiciones.**

Hay una serie de motivos tasados en los que no procede el reconocimiento de sentencias dictadas en otro EM. Motivos que deben limitarse al mínimo necesario<sup>40</sup>. De este modo, no procederá el reconocimiento de resoluciones cuando se dé alguno de los siguientes motivos (art. 23 R. 2201/2003):

*a) Por vulneración manifiesta del orden público* del Estado requerido y teniendo en cuenta el interés superior del menor. El TJUE en una sentencia bastante reciente [STJUE 19.11.2015 (Asunto C 455/15 PPU)], rechazó el hecho de que una resolución judicial lituana no fuese reconocida en Suecia por razones de orden público tras alegarse que ésta había sido dictada por un tribunal incompetente. No obstante, resulta lógica la postura del Tribunal ya que tal y como se ha señalado *supra*, el art. 24 del R. 2201/2003 deja claro que no se controlará la competencia del órgano jurisdiccional de origen<sup>41</sup>. No ocurre lo mismo con

<sup>40</sup> Preámbulo del R. 2201/2003, considerando 21.

<sup>41</sup> Álvarez González, S. (2016), “Traslado ilícito de menores, competencia judicial internacional y orden

respecto al CLH 1996, pues si controla la competencia del juez de origen (art. 23.a CLH 1996).

b) *Por falta de audiencia del menor* en violación de los derechos fundamentales del Estado requerido, salvo en casos de urgencia. Este motivo de rechazo está inspirado en el art. 12.2 del Convenio de Naciones Unidas sobre los derechos del niño<sup>42</sup>. En el CLH 1980 la audiencia del menor se tiene en especial consideración a la hora de decidir sobre el regreso o no del menor, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, y a la edad y madurez del menor (art. 13 CLH 1980)<sup>43</sup>.

Resulta destacable en este punto el caso *Aguirre v. Pelz* [STJUE 22.12.2010 (Asunto C-491/10 PPU)] concerniente a una menor residente en España, que fue objeto de retención ilícita en Alemania por parte de su madre que ostentaba un derecho de visita. El padre, en un intento fallido por recuperar a su hija, solicitó en el Juzgado de Alemania su restitución, quien posteriormente la rechaza alegando falta de audiencia de la menor. No obstante, el Tribunal tras la formulación de una serie de cuestiones prejudiciales resuelve y considera que, del art. 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales<sup>44</sup>, así como del art. 42.2, párr. 1º, a) del R. 2201/2003 se desprende que éstos no se refieren a la audiencia del menor en cuanto a tal, sino a que el menor tenga posibilidad de ser oído. Sigue, en su apdo. 63, diciendo que hay que tener en cuenta el interés superior del menor, interés que debe justificar que no se dé audiencia al menor. Además, esta audiencia “*no puede constituir una obligación absoluta*” sino que “*se ha de poner a disposición de ese menor, los procedimientos y condiciones legales que le permitan expresar libremente su opinión y que ésta sea considerada por el juez*”<sup>45</sup>.

Una de las novedades que se pretenden introducir en el R. 2201/2003 es la realización de un examen exhaustivo en el cual se tenga en especial consideración el interés superior del menor de cara a una posterior resolución sobre la custodia, que pueda implicar – o no – la restitución del niño sustraído. Este examen habría de llevarlo a cabo el EM donde el menor tenía su residencia habitual antes de producirse el traslado ilícito. Asimismo, cuando el menor

---

público”, *La Ley Unión Europea* (33), 2. Disponible on line: <https://www.laleydigital.es/> [Fecha de consulta: 13.11.2016].

42 Asamblea General de las Naciones Unidas (1990), “Convención sobre los derechos del niño”. Disponible on line: <https://old.unicef.es/> [Fecha de consulta: 08.04.2017].

43 Espinosa Calabuig, *Custodia y visita*, pp. 202-203.

44 DOCE C 364/1, de 18 de Diciembre de 2000.

45 Álvarez González, S. (2011), “Desplazamiento ilícito de menores dentro de la UE. Supresión del exequátur y derechos del niño a ser oído”, *Diario La Ley*, (7578), 1-7. Disponible on line: <https://www.laleydigital.es/> STJUE en: <https://www.curia.europa.eu/> [Fecha de consulta: 23.10.2016].

tenga suficiente juicio deberá ser oído, incluso mediante videoconferencia o cualquier otro medio alternativo en caso de no ser posible su presencia física durante el citado examen<sup>46</sup>.

Dicho lo anterior, se puede apreciar cómo la “posibilidad” del menor de ser oído en esta clase de procesos, a la que hacía referencia el TJUE en el asunto *Aguirre v. Pelz*, pasa a ser una obligación. Además, la audiencia no sólo será especialmente relevante en casos de sustracción de menores y su posterior restitución, sino también en temas de custodia y visita.

c) *Indefensión del dictado en rebeldía* por la falta de notificación de la demanda u otro documento equivalente. Con ello se pretende garantizar su defensa, no obstante, no tendrá lugar si ha aceptado dicha resolución de manera expresa.

d) *Falta de audiencia al perjudicado en el ejercicio de su responsabilidad parental*. Cuando una persona alegue que la resolución menoscaba el ejercicio de su responsabilidad parental en caso de haberse dictado sin dar audiencia a la misma. Se trata, por tanto, de una manifestación del orden público procesal puesto que sanciona la violación de los derechos de defensa<sup>47</sup>.

e) *Inconciliabilidad de resoluciones*. No se reconocerán aquellas resoluciones que sean incompatibles (*inconciliables*) con otra dictada posteriormente en materia de responsabilidad parental en el EM requerido, en otro EM o en el Estado no miembro de residencia habitual del menor.

### 2.4.3. Derecho de visita.

“El **derecho de visita** concedido en virtud de una resolución judicial ejecutiva dictada en un Estado miembro, **será reconocido y tendrá fuerza ejecutiva** en otro Estado miembro sin que se requiera ninguna declaración que le reconozca fuerza ejecutiva y sin que quepa impugnar su reconocimiento **si la resolución ha sido certificada** en el Estado miembro de origen” (art. 41.1,párr.1º). Con esto, el legislador pretende garantizar (eliminando el “exequátur” y la posibilidad de alegar alguno de los motivos vistos en el art. 23) que, después de una separación o divorcio, el menor pueda mantener contacto con todos los titulares de la responsabilidad parental.

---

46 Comisión Europea (30.06.2016), “La Comisión propone nuevas normas encaminadas a reforzar la protección de los menores en litigios familiares transfronterizos”. Disponible on line: <https://www.gobcan.es/>. [Fecha de consulta: 13.11.2016].

47 Lagarde, “Informe Explicativo del Convenio de la Haya de 19 de Octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños” (párr. núm. 124), p. 55.

El derecho de visita comprende, en particular, el derecho a trasladar a un menor a un lugar distinto al de su residencia habitual durante un período de tiempo limitado (art. 2.10 R. 2201/2003). Este derecho incluye todas las formas mediante las que el menor puede ponerse en contacto con el otro progenitor, por ejemplo, vía telefónica<sup>48</sup>.

En aquellos casos en los que el Derecho nacional no estipule la fuerza ejecutiva de las resoluciones judiciales que reconocen un derecho de visita – sin perjuicio de eventuales recursos –, el órgano jurisdiccional de origen podrá declarar ejecutiva la resolución (art. 41.1 párr. 2º R. 2201/2003).

El juez de origen expedirá el certificado utilizando el modelo de formulario que figura en el anexo III, en la lengua de la resolución, cuando se hayan respetado las siguientes garantías procedimentales (art. 41.2 R. 2201/2003): 1) que la demanda o cualquier otro documento análogo haya sido notificado o trasladado al declarado en rebeldía con tiempo suficiente para que pueda defenderse; 2) que se haya dado posibilidad de audiencia a todas las partes implicadas; 3) que el menor haya tenido posibilidad de ser oído, salvo que no fuese conveniente debido a su edad y/o madurez.

Si el derecho de visita ha de ejercerse en otro Estado distinto del de residencia habitual del menor, el juez expedirá el certificado de oficio cuando la resolución adquiera fuerza ejecutiva, incluso con carácter provisional. Si por el contrario, el referido derecho de visita no implica una situación transfronteriza, el juez no está obligado a expedir el certificado. En este último caso, sólo se expedirá a instancia de parte si posteriormente la situación adquiere carácter internacional, por ejemplo, porque uno de los titulares de la responsabilidad parental se traslada a otro EM<sup>49</sup>.

Es importante destacar que, contra la expedición del certificado, no cabe recurso alguno y, en caso de que dicho certificado contenga algún error, será el EM de origen el encargado de rectificarlo (art. 43 R. 2201/2003). Además, aquél que pretenda la ejecución del derecho de visita en otro EM, deberá presentar una copia de la resolución y el certificado. El certificado irá acompañado de una traducción – en la lengua oficial del EM de ejecución<sup>50</sup> – del punto doce<sup>51</sup> el cual hace referencia a las modalidades de ejercicio del derecho de visita

---

48 Comisión Europea (2005), “Guía práctica para la aplicación del nuevo Reglamento Bruselas II”, p. 27. Disponible on line: <http://ec.europa.eu/> [Fecha de consulta: 11.11.2016].

49 *Ibidem*, p. 29.

50 Si el Estado tiene varias lenguas oficiales, se puede traducir en cualquiera de ellas o en cualquier otra lengua aceptada expresamente por dicho Estado.

51 El punto 12 del Anexo III se refiere a: 1) fecha y hora, comienzo y fin; 2) lugar; 3) obligaciones particulares del titular de la responsabilidad parental; 4) obligaciones particulares del beneficiario del derecho de visita;

(art. 45 R. 2201/2003).

En cuanto al procedimiento de ejecución, la resolución judicial ejecutiva ha de ser reconocida en otro EM en las mismas condiciones que si hubiese sido dictada en el Estado en el que haya de ejecutarse. De esta forma, dicho procedimiento se regirá por la ley del Estado de ejecución (art. 47 R. 2201/2003).

Por último, la ejecución puede resultar difícil si la resolución no contiene suficiente información sobre las modalidades del derecho de visita. Para solucionarlo, el art. 48 del R. 2201/2003 permite a los órganos jurisdiccionales del EM de ejecución adoptar las modalidades prácticas para organizar el ejercicio del derecho de visita siempre y cuando respeten los elementos esenciales de dicha resolución. No obstante, estas modalidades dejarán de ser aplicables cuando recaiga una resolución posterior dictada por los órganos jurisdiccionales competentes para conocer del fondo.

#### **2.4.4. Custodia, sustracción internacional de menores y su restitución.**

El derecho de custodia comprende, entre otros, los derechos y obligaciones relativos al cuidado del menor y el derecho a decidir sobre su lugar de residencia (art. 2.9 R. 2201/2003).

El problema que tiene lugar en cuanto al derecho de custodia transfronterizo es el relativo a la sustracción de menores. La vía más eficaz para solucionar dicho problema son los instrumentos internacionales, cuyo objetivo principal es aplicar la norma más favorable para el menor y para el restablecimiento de la situación anterior a la sustracción<sup>52</sup>.

El CL 1980 fue creado específicamente para el “*reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de la misma*”. Sin embargo, aunque sigue vigente, es poco utilizado en la práctica ya que resulta un convenio poco útil. Esto se debe a la posibilidad de formular reservas para no reconocer las resoluciones relativas a la custodia en determinadas circunstancias. De esta forma, se pone de manifiesto la escasa confianza mutua entre los EECC del mismo. No obstante, en este aspecto se acudirá al CLH 1980 por ser más eficaz para combatir la sustracción internacional de menores<sup>53</sup>. En definitiva, aunque el CL 1980 constituya, frente a los Convenios de la Haya

---

4) si ha lugar, restricciones aplicables al ejercicio del derecho de visita.

52 Calvo Caravaca, A.L., Carrascosa González, J. (2003), “Globalización, secuestro internacional de menores, y Convenios de Luxemburgo (1980) y la Haya (1980)”, *International Law: Revista colombiana de Derecho Internacional*, (2), 167. Disponible on line: <https://dialnet.unirioja.es/> [Fecha de consulta: 08.04.2017].

53 Pérez Beviá, J.A. (2001), “La protección del menor en el Consejo de Europa en el ámbito del Derecho

y otros Convenios bilaterales, un convenio especial, el R. 2201/2003 prima sobre ellos<sup>54</sup>.

La eliminación del “exequátur” resulta verdaderamente importante a la hora de reconocer una resolución en estos temas tan delicados como son las sustracciones de menores. Así se ha puesto de manifiesto en el art. 11 y 42 del R. 2201/2003 cuyo éxito está en la rapidez con la que se tramitan estos procedimientos<sup>55</sup>.

El proceso comienza cuando el sujeto que tenga el derecho de custodia presente una solicitud de restitución de un menor de conformidad con el CLH 1980 ante los órganos de un EM (art. 11.1 R. 2201/2003). A continuación el juez determinará si ha habido traslado o retención ilícitos de conformidad al art. 2.11.a) y b). Si es así, se utilizarán los procedimientos más expeditivos que prevé la legislación nacional y se dictará resolución en un plazo máximo de seis semanas (art. 11.3 R. 2201/2003).

En la mayoría de casos, el órgano jurisdiccional acuerda la restitución del menor. Sin embargo, puede ocurrir que el órgano jurisdiccional deniegue dicha restitución puesto que, aun siendo ilícito el traslado, la estabilidad que se ha alcanzado con el mismo está por encima de dicha ilicitud. Es decir, una posición muy apegada a la ley puede, en ocasiones, perjudicar al menor [STC de 3 de Junio de 2013]<sup>56</sup>. En estos casos la custodia se concede al “sustractor”.

Igualmente, constituye uno de los motivos más utilizados por la jurisprudencia a la hora de denegar el retorno, la oposición del menor al mismo. Los motivos del menor para negarse al retorno se valorarán en el proceso sobre el fondo de la custodia. Sin embargo, se ha de separar el asunto “custodia” del asunto “retorno” tal y como manifiesta Jiménez Blanco quien considera que esto puede operar desde tres perspectivas: 1) deberá atenderse a la madurez del menor de conformidad al art. 13 del CLH 1980 para considerar si verdaderamente es consciente de las consecuencias que puedan derivarse de su negativa en cuanto a la custodia, en particular; 2) el menor deberá ser informado sobre dichas consecuencias, indicándole que la restitución no equivale a decidir sobre su custodia<sup>57</sup>; 3) por último, se refiere a las posibilidades de superar los obstáculos que han determinado que el

---

Privado”, en Calvo Caravaca. A.L., Iriarte Ángel, J. (eds.), *Mundialización y Familia*, Madrid, Colex, pp. 66-70.

54 Fernández Rozas, Sánchez Lorenzo, *Derecho Internacional Privado*, pp. 399-400.

55 Espinosa Calabuig, R. (2016), “Traslado o retención ilícitos de menores tras la reforma de 2015: rapidez, especialización y... algunas ausencias”, *REDI*, 68(2), p. 351. [Fecha de consulta: 25.10.2016].

56 Rodríguez Pineau, E. (2014), “STC de 3 de Junio de 2013/BOE, 2 de Julio de 2013, núm. 157”, *REDI*, 66(1), p. 284-287. [Fecha de consulta: 20.11.2016].

57 En distintas ocasiones, los menores se niegan a su restitución pues no quieren convivir con el titular de la custodia o, en su caso, no quieren que ésta sea atribuida al otro progenitor.

menor se oponga a su restitución<sup>58</sup>.

La negativa del menor a su “devolución” es uno de los motivos alegados por el CLH 1980 en su art. 13 para justificar la continuidad del traslado. Sin embargo, el R. 2201/2003 vuelve a mostrar su supremacía sobre la normativa convencional en el art. 11.8. De modo que, aunque se haya dictado una resolución de no restitución conforme al referido art. 13 CLH 1980, si con posterioridad un órgano jurisdiccional competente dicta resolución en la que se ordene la restitución, ésta tendrá fuerza ejecutiva y será reconocida en los demás EEMM. Es lógico pensar que el Estado que dicta la orden de restitución ha valorado todas las circunstancias y consecuencias que rodean el caso. En definitiva, aunque en caso de sustracción intracomunitaria de menores se aplica el CLH 1980, éste lo hará con las correcciones que al mismo realiza el R. 2201/2003<sup>59</sup>.

Al igual que ocurre con el Derecho de visita, esta resolución se certifica por el juez de origen y será sometida a varios controles, entre ellos (art. 42.2 R. 2201/2003): 1) que se haya dado al menor la posibilidad de ser oído, atendiendo a su edad y/o grado de madurez; 2) que se haya dado a las partes posibilidad de audiencia; 3) que el órgano jurisdiccional haya tenido en cuenta las razones y pruebas en las que se fundamenta la resolución de no restitución. Para ello será necesario establecer una cooperación entre los dos jueces pudiendo estos tomar contacto directamente, en caso de hablar la misma lengua, por teléfono o correo electrónico. En caso de hablar distintos idiomas, las AACC podrán intervenir al respecto<sup>60</sup>.

En estos supuestos, el modelo de formulario utilizado por el juez de origen será el que figura en el anexo IV redactado en la lengua de la resolución. Igualmente, como se veía en el Derecho de visita, no cabe recurso contra la expedición del certificado. Además, quien invocare la ejecución de una resolución de restitución de un menor deberá presentar copia de la resolución y el certificado, acompañando este último, de un traducción del punto catorce relativo a los pormenores de las medidas adoptadas para garantizar la restitución del menor.

## **2.5. Cooperación internacional.**

La cooperación judicial transfronteriza ha dado un giro muy positivo en Europa gracias al establecimiento de mecanismos de reconocimiento mutuo y asistencia directa entre

---

58 Jiménez Blanco, *Litigios sobre la custodia*, pp. 111-113.

59 Caamiña Domínguez, C. (2011), “La «supresión» del exequátur en el R. 2201/2003”, *CDT*, 3(1), 63-68. Disponible on line: [www.uc3m.es/cdt/](http://www.uc3m.es/cdt/) [Fecha de consulta: 30.10.2016].

60 Comisión Europea, “Guía práctica para la aplicación del nuevo Reglamento Bruselas II”, p. 41.

los EEMM<sup>61</sup>. Dicha cooperación es especialmente relevante para la protección de los menores tras la separación o ruptura del vínculo matrimonial existente entre personas de distintas nacionalidades. Se pretende de este modo ofrecer un marco jurídico seguro que permita a los menores mantener contacto con ambos progenitores en caso de que éstos, tras la ruptura, decidan volver a sus países de origen<sup>62</sup>.

En el ámbito comunitario, el R. 2201/2003 es la piedra angular de la cooperación judicial en materia familiar<sup>63</sup>. En su Capítulo IV alude a la “*Cooperación entre autoridades centrales en materia de responsabilidad parental*” regulando una de las figuras más importantes encargadas de entablar relaciones con otros Estados comunitarios, como son las AACC, a fin de solucionar las controversias que surjan entre sus particulares.

Uno de los problemas más comunes en supuestos de ruptura de matrimonios mixtos, tal y como se ha podido observar a lo largo del presente trabajo, es la sustracción o traslado ilícito de menores de un país a otro pretendiendo, por parte de quien lo realizó, obtener un mejor trato en cuanto a custodia se refiere en su país de origen.

Es en éste último aspecto donde entra en juego el CLH 1980 “*sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*” ya que el objetivo principal de ambos instrumentos normativos es conseguir el retorno del menor sin demora<sup>64</sup>. Para ello es necesario que se siga aplicando el CLH 1980 que, aunque ha perdido mucho protagonismo en la UE, será de aplicación en los supuestos del art. 11 del Reglamento conforme a las correcciones y adaptaciones que éste introduzca al respecto<sup>65</sup>. Es decir, tanto el R. 2201/2003 como el CLH 1980 actuarán en conjunto en cuanto al procedimiento de restitución como con respecto a los motivos, limitados, de denegación.

Sin embargo, a diferencia del R. 2201/2003, el CLH 1980 no indica el momento a partir del cual las autoridades del Estado al que el menor ha sido trasladado obtienen competencia para decidir sobre el fondo del asunto (derechos de custodia y visita); es decir,

---

61 Jiménez Bados, M.P. (2016), “La sustracción internacional de menores: posibilidades de intervención en la vía civil y en la vía penal”, p. 43. Disponible on line: <https://www.fiscal.es/> [Fecha de consulta: 30.10.2016].

62 Comisión Europea, “La Comisión propone nuevas normas encaminadas a reforzar la protección de los menores en litigios familiares transfronterizos”.

63 Comisión Europea (30.06.2016), “Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición); [COM(2016) 411 final]”, p. 2. Disponible on line: <https://ec.europa.eu/> [Fecha de consulta: 13.11.2016].

64 Preámbulo del R. 2201/2003, considerando 17.

65 Calvo Caravaca, A.L., Carrascosa González, J. (2008), “Protección de menores”, en Calvo Caravaca, A.L., Carrascosa González, J., Castellanos Ruíz, E., *Derecho de Familia Internacional*, Madrid, Colex, pp. 374-375.

no establece un sistema de competencia judicial de autoridades. Por otro lado, si se dicta una orden en la cual se apruebe la permanencia del menor en el Estado donde fue trasladado ya sí tendría éste competencia para conocer el fondo del asunto<sup>66</sup>.

A continuación, se exponen los **supuestos en los que será de aplicación el R. 2201/2003 y el CLH 1980**.

| En cuanto a...  | R. 2201/2003  | CLH 1980 |
|---|---|----------|
| La restitución de menores sustraídos/retenidos ilegalmente en otro EM de la UE  | Sí  | Sí       |
| La restitución de menores sustraídos/retenidos ilegalmente en un tercer país  | No  | Sí       |
| Los motivos para denegar la restitución de menores sustraídos/retenidos ilegalmente en otro EM de la UE                     | Sí  | Sí       |
| Los motivos para denegar la restitución de menores sustraídos/retenidos ilegalmente en un tercer país                       | No  | Sí       |
| La cooperación entre las AACC en relación con menores sustraídos/retenidos ilegalmente en otro EM de la UE                  | Sí  | Sí       |
| Cooperación entre las AACC en relación con menores sustraídos/retenidos ilegalmente en un tercer país                       | No  | Sí       |
| La residencia de los menores una vez realizada la restitución tras la sustracción/retención ilegal                          | Sí  | No       |
| La residencia de los menores tras una resolución de no restitución dictada por un órgano jurisdiccional de otro EM de la UE | Sí  | No       |
| La residencia de los menores tras una resolución de no restitución dictada por un órgano jurisdiccional de un tercer país   | Sólo si se mantiene la residencia habitual en la UE | No       |

Fuente: Comisión Europea (sin fecha), “La responsabilidad parental en un contexto transfronterizo”, *La responsabilidad parental en un contexto transfronterizo, incluida la sustracción de menores*, pp. 27-28. Disponible on line: <https://www.era-comm.eu/> [Fecha de consulta: 11.11.2016]. Se han modificado tanto el título como algunos aspectos formales en cuanto a la tabla original, y eliminado otros que no interesaban con respecto al presente trabajo.

66 Millares Sangro, P., Herranz Ballesteros, M. (2013), “Tema XXII, Protección de la persona y los bienes”, *UNED*, 19-20. Disponible on line: <https://www2.uned.es/> [Fecha de consulta: 05.04.2017].

### 2.5.1. Autoridades Centrales en el Reglamento 2201/2003: Funciones.

Los EEMM colaboran a través de las AACC las cuales desempeñan un papel muy importante en cuanto a la aplicación del Reglamento, de modo que cada EM deberá designar a una o varias AACC que deberán asistirlo en la aplicación del mismo. Se prevé la posibilidad, de que un mismo Estado pueda designar varias AACC, en particular, Estados con sistemas no unitarios. En los EEMM que hayan designado varias AACC, las comunicaciones se dirigirán directamente a la AC competente – salvo excepciones – (art. 53 R. 2201/2003). Lo ideal sería que estas autoridades coincidieran con las que ya se ocupaban de la aplicación del CLH 1980 pudiéndose beneficiar así de la experiencia alcanzada por las mismas<sup>67</sup>.

El R. 2201/2003 no define que ha de entenderse por AC, pero si dedica especial atención a las funciones que han de realizar. De ahí que en su considerando 25 exponga de forma breve y concluyente que las mencionadas autoridades “*deben apoyar a los progenitores y a las autoridades competentes en los procedimientos de carácter transfronterizos y cooperar, tanto en términos generales como en casos particulares, con ánimo, entre otras cosas, de facilitar la solución amistosa de conflictos familiares*”. De un modo más amplio recoge las mismas en los arts. 54 y 55, pudiéndose distinguir así entre funciones generales y funciones específicas.

Entre las *funciones generales* se encuentran la de facilitar información sobre las legislaciones y los procedimientos nacionales; y la de adoptar medidas destinadas a mejorar la aplicación del Reglamento y reforzar su cooperación. Para ello, dichas autoridades deben participar en la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil creada por la Decisión 2001/470/CE del Consejo<sup>68</sup> (art. 54 R. 2201/2003), siendo éste un punto de encuentro para discutir la aplicación del Reglamento<sup>69</sup>.

En cuanto a las *funciones específicas*, está la de cooperar en asuntos concretos siempre que tengan por objeto cumplir los objetivos del R. 2201/2003. Estas funciones no serán realizadas de oficio sino a petición de una AC de otro EM o de un titular de la responsabilidad parental. De este modo, se adoptarán todas aquellas medidas que sirvan para recabar e intercambiar información acerca de la situación del menor y sobre la posible existencia tanto de procedimientos pendientes como de resoluciones que puedan afectar al mismo; suministrar información y ayuda a los titulares de la responsabilidad parental que

---

67 Comisión Europea, “Guía práctica para la aplicación del nuevo Reglamento Bruselas II”, p. 46.

68 DOCE L 174/25, de 27 de Junio de 2001.

69 Comisión Europea, “Guía práctica para la aplicación del nuevo Reglamento Bruselas II”, p. 47.

pretendan reconocer y ejecutar resoluciones en su territorio; facilitar las comunicaciones entre órganos jurisdiccionales; suministrar toda aquella información y ayuda que pueda ser de utilidad; y facilitar la adopción de acuerdos entre los titulares de la responsabilidad parental mediante la mediación u otros medios análogos (art. 55 R. 2201/2003). Estas ayudas proporcionadas por las AACC tienen carácter gratuito (art. 57.3 R. 2201/2003).

Sin embargo, sin poner en entredicho la labor desempeñada por el R. 2201/2003 en cuanto a responsabilidad parental (derecho de custodia, visitas, y restitución de menores) se refiere desde su creación, recientemente se ha elaborado una Propuesta de Modificación del Reglamento, de 30 de Junio de 2016 [COM(2016) 411/2 final]. La citada Propuesta busca subsanar los graves defectos que presenta el mismo, en particular, en las situaciones en las que se produce un traslado o retención ilícitos de menores<sup>70</sup>.

Entre los problemas que presenta el R. 2201/2003, con respecto a las funciones que han de desempeñar las AACC, está la falta de claridad en la redacción de los arts. mencionados *supra* – arts. 54 y 55 –. En concreto, “*la descripción imprecisa de la cooperación entre autoridades centrales*” en cuanto al primer precepto, y “*la falta de claridad de la redacción del artículo que establece la ayuda que las autoridades centrales deben brindar en los casos particulares de responsabilidad parental*” en cuanto al segundo, provocando ambas imperfecciones retrasos que perjudican al interés superior del menor.

Por esto, se propone que ante “*la falta de una cooperación eficiente*”, se realice “*una mayor clarificación de las tareas, para brindar una mejor ayuda a los progenitores*”<sup>71</sup>. De ahí que resulte necesario especificar: “*1) quién debe solicitar; 2) qué asistencia o información; 3) de quién; 4) y en qué condiciones*”. Habría que mencionar además, que “*una mayor clarificación de sus funciones*”, tal y como se pretende, “*puede generar costes adicionales*”<sup>72</sup>. No obstante, las nuevas normas que prevé introducir el R. 2201/2003 propiciarán una mejor cooperación entre AACC, requisito previo indispensable para la confianza mutua entre los distintos EEMM<sup>73</sup>.

---

70 Carballo Piñero, L. (2016), “Unión Europea: Propuesta de revisión del Reglamento en materia matrimonial y por responsabilidad parental”. Disponible on line: <https://cartasblogatorias.com/> [Fecha de consulta: 05.04.2017].

71 Comisión Europea, “Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición); [COM(2016) 411 final]”, p. 9.

72 *Ibidem*, p. 15-17.

73 Carballo Piñero, “Unión Europea: Propuesta de revisión del Reglamento en materia matrimonial y por responsabilidad parental”.

### 2.5.2. Autoridades Centrales en la restitución de menores: la mediación como alternativa a la vía judicial.

Aunque el CLH 1980 no menciona expresamente el término “mediación”<sup>74</sup>, ha permitido resolver numerosos casos de sustracción y ha servido para convencer a los progenitores de que la retención del menor es perjudicial para éste pues es necesario para su desarrollo que mantenga contacto con ambos<sup>75</sup>. Al contrario, el R. 2201/2003 sí hace referencia, en su art. 55, como una de las funciones de las AACC “*facilitar la celebración de acuerdos entre los titulares de la responsabilidad parental a través de la mediación*”.

No obstante, como se decía *supra*, las AACC deben “*apoyar a los progenitores y a las autoridades competentes en los procedimientos de carácter trasfronterizos [...]*” (considerando 25). Una vez producido el traslado o retención ilícitos entre EEMM de la UE, el progenitor que se ve privado de tener contacto con su hijo/a deberá ponerse en contacto con la AC de la residencia habitual del menor antes de su traslado. No obstante, dicho progenitor, en caso de conocer el idioma o si lo prefiere, también podrá ponerse en contacto directamente con la AC del país donde el niño ha sido trasladado.

Así, en el primer supuesto, la AC del país de origen (Estado requirente) se pondrá en contacto con la AC del país de traslado. Tras esto, la AC del país de traslado (Estado requerido) se comunicará con el “sustractor” para intentar que se produzca la restitución voluntaria del menor a través de una solución amistosa. Si ésta no se consigue, habrá que acudir a la vía judicial, interponiendo un procedimiento para la restitución del menor en el país requerido con ayuda de la AC del mismo. Cabe reseñar que aunque tienen competencia los tribunales de la residencia habitual del menor, el procedimiento especial de restitución del menor ofrece una vía más rápida.

Puede ocurrir que en estos supuestos, el “sustractor” interponga un procedimiento judicial en el Estado al cual el menor ha sido trasladado para pedir la custodia exclusiva. En este supuesto, la autoridad de dicho país tendrá que investigar cual era la residencia habitual del menor desde un primer momento y no dar por hecho la residencia del menor como aquel lugar donde se interpone la demanda. Así, el órgano jurisdiccional del Estado requerido

---

74 Si lo hace de manera implícita en su art. 7.c) “[l]as Autoridades Centrales...deberán adoptar, en particular, ya sea directamente o a través de un intermediario, todas las medidas apropiadas que permitan: c) garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable”.

75 Conferencia de la Haya en DIPr (sin fecha), “Los Convenios de la Haya sobre los niños. Protección de los niños a través de las fronteras multinacionales”, p. 4. Disponible on line: <http://www.iin.oea.org/> [Fecha de consulta: 08.04.2017].

deberá analizar la demanda, cumplir con los requisitos que le impone el Reglamento (art. 11 R. 2201/2003) y el CLH 1980 y tener en cuenta los motivos tasados de denegación previstos en los mismos (arts. 12, 13 y 20 CLH 1980)<sup>76</sup>.

Por último, las AACC deben ***“cooperar, tanto en términos generales como en casos particulares, con ánimo, entre otras cosas, de facilitar la solución amistosa de conflictos familiares”*** (ídem). Pese a que la mediación no parece la vía más adecuada para resolver este tipo de controversias debido a la complejidad del conflicto, los diferentes idiomas y operadores jurídicos que intervienen (AACC, jueces, etc), ésta ha tenido una cierta aceptación.

Las AACC desempeñan un rol clave al momento de espolear el “acuerdo amistoso” de las controversias familiares internacionales relativas a los niños. Por ello, cuando el progenitor perjudicado se comuniquen, directa o indirectamente, con la AC del Estado requerido, ésta deberá facilitarle información acerca de los servicios de mediación o cualquier otro procedimiento análogo disponible lo antes posible. Es más, cuando la AC del Estado requerido se ponga en contacto con el “sustractor”, ésta hará lo posible para que entre en razón incitándole así a retornar al menor mediante la adopción de un “acuerdo amistoso”<sup>77</sup>. No obstante, estos acuerdos podrán tener lugar antes del traslado como medida preventiva, y posteriormente para lograr el retorno del menor.

Dada la propia naturaleza del acuerdo hay mayor probabilidad de que las partes se adhieran a él y establezcan así un marco menos conflictivo para el ejercicio de la guarda, custodia y visitas, protegiendo, así, el interés superior del niño. Además, se considera a este tipo de acuerdos como satisfactorios para ambas partes, ya que a través de ellos desaparece la sensación de que una parte “gane” y otra “pierda”, pues hay que destacar la imparcialidad de los mediadores, pudiendo así ambos progenitores influir en el resultado para encontrar la solución que consideren más “justa”.

En esta labor, los mediadores deberán cooperar estrechamente con las AACC y los tribunales con el objetivo de obtener así *“una resolución diligente y eficiente de la cuestión”*. Es decir, habrán de informar periódicamente tanto a las AACC como a los tribunales del proceso de mediación, tanto si se llega a un acuerdo como si no, o si dicho proceso es

---

76 Comisión Europea, “La responsabilidad parental en un contexto transfronterizo”, pp. 31-35.

77 Conferencia de la Haya en DIPr (2012), “Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores: Mediación”, pp. 45-46. Disponible on line: <https://assets.hcch.net/> [Fecha de consulta: 24.10.2016].

interrumpido<sup>78</sup>.

Sin embargo, la problemática que presenta la mediación en estos procedimientos viene dado por su carácter voluntario. A consecuencia de esto, las partes no siempre se someten al mismo dado el grado de conflicto existente, originando de este modo graves trastornos psicológicos en el menor, especialmente y tal como señala CASO SEÑAL, si éste es de muy corta edad pues es más fácil que pierda lazos afectivos con alguno de los progenitores e incluso el idioma del país donde residía con anterioridad al traslado, en caso de producirse. Otro inconveniente es la distancia entre los padres, debido a su residencia en distintos países. Esto puede ocasionar problemas a la hora de ejercer el derecho de visitas, sobre todo, en aquellos casos donde el menor aun no puede viajar sólo<sup>79</sup>. Desgraciadamente, es más frecuente encontrarse con estos problemas pues estamos ante una sociedad en la que predomina la “cultura del pleito” en lugar de una “cultura de mediación”.

### **3. ADOPCIÓN INTERNACIONAL.**

#### **3.1. Marco normativo.**

En materia de adopción internacional también intervienen países con sistemas jurídicos distintos. Sin embargo, no existe un Reglamento comunitario que regule la misma, de modo que en gran parte del procedimiento habrá de tenerse en cuenta la normativa de origen autónomo, la LAI, pero también la normativa convencional, el CLH 1993, como se tendrá oportunidad de apreciar en los siguientes epígrafes y subepígrafes.

#### **3.2. Competencia judicial internacional.**

El CLH 1993 no contiene reglas sobre competencia para la constitución de una adopción internacional de modo que será la LAI la encargada de regular tal aspecto (Título I, Capítulo I, arts. 14-17).

##### **3.2.1. Competencia para la constitución de una adopción. Crítica doctrinal.**

La LAI recoge cuatro foros alternativos que operarán cuando adoptandos o adoptantes

---

78 Conferencia de la Haya en DIPr, “Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores: Mediación”, p. 32.

79 Caso Señal, M. (2011), “La mediación en los conflictos transfronterizos de sustracción de menores”, *Revista de Mediación*, 2(8), 20-26. Disponible on line: <https://revistademediacion.com/> [Fecha de consulta: 10.2.2017].

sean españoles o tengan residencia habitual en territorio español debiendo apreciarse tal circunstancia, en todo caso, en el momento de la presentación del ofrecimiento para la adopción a la Entidad Pública (art. 14.2 LAI).

En cuanto a los foros de la “*nacionalidad del adoptando*” y de la “*nacionalidad del adoptante*” estos suscitan contradicciones entre la doctrina. De un lado, autores como Paradela Areán o Álvarez González consideran que la LAI no ha eliminado los foros exorbitantes propios de la legislación anterior y, otorga excesiva importancia al criterio de la “nacionalidad” entrando en contradicción con el CLH 1993 el cual sólo se refiere a la “residencia habitual” (del menor, en este caso)<sup>80</sup>.

Por otro lado, Calvo Caravaca y Carrascosa González vierten una dura crítica contra todos aquellos autores que acusan al legislador español de mantener esos foros exorbitantes pues consideran que la expresión “[*c*]on carácter general” con la que comienza el art. 14, deja claro que esa regla “general” experimenta “excepciones”; y que los Juzgados y Tribunales españoles tienen capacidad para analizar si su competencia está lo suficientemente justificada en torno al “principio de proximidad”<sup>81</sup> pudiendo rechazar ésta si el supuesto de adopción internacional no presenta vínculos “reales” con España. Además, rechazan la alusión al CLH 1993 como antecedente que hubiera servido para evitar la conservación de tales foros, alegando que éste “*no contiene normas de competencia internacional en materia de adopción, por lo que nunca pudo servir de «modelo» al legislador español*”<sup>82</sup>.

Igualmente, Durán Ayago considera que el criterio de la nacionalidad debería ser eliminado ya que, como se verá *infra*, implica ciertos problemas, en particular, con respecto a la ley aplicable<sup>83</sup>.

De lo que no cabe duda es de que los foros basados en la nacionalidad son foros “débiles” en relación con los foros de “*residencia habitual*” del adoptante o adoptando en

---

80 Paradela Areán, P. (2008), “Breve comentario a la Ley 54/2007 de Adopción Internacional”, *REEI*, (16), 3-4. Disponible on line: <https://www.reei.org/> [Fecha de consulta: 05.11.2016].

Álvarez González, S. (2008), “Reflexiones sobre la Ley 54/2007, de adopción internacional”, *Diario La Ley*, (6910), p. 6. Disponible on line: <https://www.laleydigital.es/> [Fecha de consulta: 22.11.2016].

81 La Exposición de Motivos de la LAI en su considerando III establece que este “principio de proximidad” o “conexión mínima”: “(*pretende*) evita(*r*) la penetración de foros exorbitantes en la legislación española, foros que pueden provocar la constitución de adopciones válidas en España pero ineficaces o inexistentes en otros países, especialmente en el país de origen del menor”

82 Calvo Caravaca, A.L., Carrascosa González, J. (2010), “Críticas y contracríticas en torno a la Ley 54/2007 de 28 de diciembre, de adopción internacional: el ataque de los clones”, *CDT*, 2(1), 94-95. Disponible on line: <https://www.uc3m.es/cdt/> [Fecha de consulta: 30.10.2016].

83 Durán Ayago, A. (2016), “Aspectos internacionales de la reforma del sistema de protección de menores. Especial referencia a la adopción internacional”, *AEDIPr*, (XVI), pp. 441-446. [Fecha de consulta: 23.11.2016].

España. En estos supuestos la competencia de los Juzgados y Tribunales españoles queda justificada ya que supone una vinculación estrecha del adoptando con España por ser el entorno donde se desarrolla y se halla integrado. Por otro lado, el foro de la residencia habitual del adoptante alude a una “futura residencia” del adoptando en España basada en la creencia de ser el lugar donde el primero tiene su “centro social de vida”<sup>84</sup>.

### **3.2.2. Competencia para la declaración de nulidad.**

En supuestos de “*nulidad de una adopción*” tendrán competencia los órganos jurisdiccionales españoles en los siguientes supuestos: 1) cuando el adoptado sea español o tenga su residencia habitual en España; 2) cuando el adoptante sea español o tenga su residencia habitual en España. Los requisitos de nacionalidad o residencia serán apreciados “*en el momento de presentación de solicitud*” igual que ocurría con los foros de competencia para la constitución de una adopción internacional pues aunque el legislador cambie el término viene a ser lo mismo (“*en el momento de presentación de ofrecimiento para la adopción*” - art. 14.2 LAI -). Asimismo, prevé un tercer supuesto (3) cuando la adopción haya sido constituida por autoridad española (art. 15.1 LAI).

Para que una adopción constituida por autoridad extranjera sea válida en España es necesario que ésta se haya constituido por autoridad competente y no vulnere el orden público, además de los requisitos previos de idoneidad, consentimientos, etc. El problema tiene lugar cuando a pesar de haber sido constituida por autoridad competente y posteriormente inscrita en el RC para desplegar los efectos propios de una filiación natural, dicha adopción adolece de un vicio que ha sido apreciado con posterioridad a tal inscripción. ¿Qué se puede hacer en estos supuestos? Un ejemplo sería el de un menor de doce años adoptado por un matrimonio español conforme a la autoridad competente del país de origen del menor. Posteriormente, dicha adopción es reconocida en España ya que en principio cumple con las exigencias de la legislación española. Tras aprender el idioma, el menor comunica a sus padres adoptivos el deseo de volver a su país con su familia puesto que él no quería ser adoptado, sólo aceptó serlo para poder ser operado debido a que sus padres biológicos y hermanos (que lo visitaban regularmente en el hospital) no tenían recursos económicos para ello<sup>85</sup>.

---

84 Calvo Caravaca, A.L.. Carrascosa González, J. (2008), *La Ley 54/2007 de 28 de diciembre de 2007 sobre adopción internacional: (reflexiones y comentarios)*, Granada, Comares, pp. 77-82.

85 Calzadilla Medina, M.A. (2004), *La adopción internacional en el Derecho español*, Madrid, Dykinson, pp.

En este supuesto han de tenerse en cuenta los requisitos previstos en el CLH 1993 en cuanto al consentimiento pues indica que aquellas personas que hayan de prestarlo han debido ser previamente informadas y asesoradas sobre las consecuencias de la adopción, además éste ha de emitirse libremente y sin obtener pago o compensación de clase alguna. Asimismo, en el supuesto expuesto se hubiese tenido en cuenta al menor por razón de la edad y grado de madurez. Por otra parte, la LAI prevé en su art. 27 un “control de la validez de la adopción internacional constituida por autoridad extranjera” que se hará con arreglo a las normas contenidas en el citado Convenio.

No cabe duda de que este supuesto requiere un estudio sobre el fondo del mismo. Calzadilla Medina considera que en un principio puede parecer bastante difícil conseguir la nulidad de esta adopción pues ya actúa como plena<sup>86</sup>. Otros autores proponen plantear su nulidad ante la autoridad judicial española, bien a instancia de parte interesada o bien del Ministerio Fiscal, con la finalidad de cancelar la inscripción registral de dicha adopción. Es decir, no se trata de instar la nulidad del reconocimiento de la adopción extranjera sino la cancelación de su inscripción en el RC<sup>87</sup>. En definitiva, es necesaria la cooperación de las autoridades para velar por el interés superior de un menor que nunca debió ser adoptado<sup>88</sup>.

#### **3.2.4. Competencia para la conversión en adopción plena de una adopción no plena.**

Las adopciones simples y las adopciones plenas no producen los mismos efectos jurídicos y no siempre van a ser reconocidas unas u otras en determinados países. La *adopción simple* no genera un vínculo de parentesco con los adoptantes, sólo de protección o cuidado, propia de las formas de acogimiento. La *adopción plena* despliega los mismos efectos jurídicos que la patria potestad porque supone la total extinción del vínculo de parentesco del niño con sus padres biológicos.

En España al igual que en la mayoría de países europeos ( Hungría, República Checa, etc<sup>89</sup>) la adopción es plena. El problema surge cuando la adopción constituida en el país de origen es simple y al llegar a España se quiere inscribir en el RC. Por ello, se crea este foro

---

337-338.

86 *Ibidem*, p. 338.

87 Esteban de la Rosa, G. (coord.ª) (2007), *Regulación de la Adopción Internacional. Nuevos problemas nuevas soluciones*, Navarra, Thomson-Aranzadi, p. 265.

88 Calzadilla Medina, *La adopción internacional*, p. 338.

89 [http://www.imasmallorca.net/sites/default/files/CUADRO%20ACTUAL%20JUNIO%202015\\_0.pdf](http://www.imasmallorca.net/sites/default/files/CUADRO%20ACTUAL%20JUNIO%202015_0.pdf)

de modo que los Juzgados y Tribunales españoles podrán convertir la adopción simple en plena en los casos previstos en el art. 15.1, mencionados *supra* (art, 15.2 LAI). No obstante, la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia<sup>90</sup>, introdujo algunas modificaciones con respecto a la LAI y suprimió las referencias a la modificación y revisión de la adopción de figuras inexistentes en nuestro Derecho (como la *kafala* islámica<sup>91</sup> en virtud del foro del “*adoptante español o [con] residencia habitual en España*”) y establece la imposibilidad de constituir adopciones de menores cuya ley nacional las prohíba, tal y como se puede apreciar en la nueva redacción de los arts. 15 y 19.4<sup>92</sup>.

### **3.2.5. Competencia objetiva y territorial del órgano jurisdiccional.**

El art. 16.1 de la LAI dispone que “*la determinación del concreto órgano jurisdiccional competente objetiva y territorialmente para la constitución de la adopción internacional se llevará a cabo con arreglo a las normas de la jurisdicción voluntaria*”. En concreto, el art. 33 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria<sup>93</sup> atribuye tal competencia al “*Juzgado de Primera Instancia correspondiente a la sede de la Entidad Pública que tenga encomendada la protección del adoptando y, en su defecto, el del domicilio del adoptante*”. No obstante, para el caso de que dicha competencia no pueda determinarse, serán los adoptantes los que elijan el órgano judicial (art. 16.2 LAI).

### **3.2.6. Competencia de los cónsules en la constitución de adopciones internacionales.**

Para que la adopción consular sea posible es necesario que se cumplan varias condiciones: 1) el adoptante ha de ser español; y 2) el adoptando ha de tener su residencia habitual en la demarcación consular correspondiente. No obstante, sólo tendrá lugar cuando no resulte necesaria la propuesta previa de la Entidad Pública de acuerdo con lo establecido en las circunstancias 1ª, 2ª y 4ª del art. 176.2 CC – por ser el adoptando huérfano y pariente del adoptante; hijo del cónyuge o persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad; ser mayor de edad o menor emancipado – ; y cuando el Estado donde va a tener

90 BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015.

91 EFE (11.06.2013), “España se compromete con Marruecos a no convertir las «*kafalas*» en adopciones”, *El Diario*. Disponible on line: <https://www.eldiario.es/> [Fecha de consulta: 08.04.2017].

92 Exposición de Motivos de la Ley 26/2015, considerando IV.

93 BOE núm. 158, de 3 de julio de 2015.

lugar no se oponga ni lo prohíba su legislación (art. 17 LAI). En la actualidad, y prácticamente durante toda su vigencia este tipo de adopción apenas se ha empleado en la práctica. Sin embargo, la LAI no la ha eliminado pese a las críticas vertidas por la doctrina contra la misma, entre ellas porque “*parece privilegiar los intereses de los adoptantes por encima de los del menor; en concreto, cuando aquéllos son españoles*”<sup>94</sup>.

### **3.3. Ley aplicable.**

Al igual que ocurría en cuanto a competencia, el CLH 1993 tampoco contiene normas relativas a la ley aplicable a la constitución de adopciones internacionales sino que será la autoridad encargada de la misma quien aplicará sus normas de DIPr<sup>95</sup>. En España habrá de acudir a la LAI (Título II, Capítulo II, arts. 18-24), pero con anterioridad a ésta era el art. 9.5 CC quien se ocupaba de determinar la ley aplicable a la constitución de todas las adopciones pasando ahora a cumplir una función de remisión de la misma<sup>96</sup>. No obstante, si en el epígrafe “*competencia judicial internacional*” se distinguía entre “*competencia para la constitución de una adopción*” y “*competencia de los cónsules [...]*” ahora cabe destacar que la ley aplicable será la misma con independencia de que se trate o no de una adopción consular. Del mismo modo, la ley aplicable a la conversión y/o nulidad de una adopción será la aplicada para su constitución (art. 22 LAI).

#### **3.3.1. Adopción regida por la ley española.**

a) *Regla general.* El legislador utiliza un punto de conexión para aplicar la ley española que puede ser tanto de presente como de futuro, pues se aplicará cuando el adoptando tenga residencia habitual en España o la vaya a adquirir con posterioridad al ser trasladado (art. 18 LAI). Sin embargo, a diferencia de los arts. 14 y 15, no hace partícipe del momento en que ha de apreciarse ese criterio (residencia habitual). En efecto, en aquellos casos en los que se prevea una “residencia futura” del adoptando en España, el juez debe quedar suficientemente convencido de ello. De lo contrario, se aplicará la ley de la residencia habitual del menor en ese momento<sup>97</sup>. Esta aplicación de la ley de la residencia habitual

---

94 Esteban de la Rosa, *Regulación de la Adopción Internacional*, p. 148.

95 Carrillo Carrillo, *Adopción Internacional*, p. 215-216.

96 Exposición de Motivos de la LAI, considerando IV, así como la Disposición final primera, apartado uno en el cual se contiene la nueva redacción (completa) del art.

97 Calvo Caravaca, Carrascosa González, “Adopción Internacional”, en Calvo Caravaca, Carrascosa González, Castellanos Ruíz, *Derecho de Familia Internacional*, pp. 273-275.

“real” del menor rechazaría de pleno la supresión por parte del legislador español del art. 21 el cual hacía referencia a la ley aplicable a la constitución de la adopción mediante ley extranjera (analizada *infra*).

b) *Excepciones*. La LAI autoriza la aplicación de la ley extranjera para determinar la capacidad y consentimientos necesarios (art. 19 LAI) así como las leyes nacionales o de la residencia habitual de adoptante/s o adoptando respecto a consentimientos, audiencias y autorizaciones a fin de favorecer la validez de la adopción en el país correspondiente a la nacionalidad del adoptando (art. 20 LAI). El primer supuesto operará cuando: el adoptando tuviera su residencia habitual fuera de España en el momento de la constitución de la adopción; o no adquiriera, con la adopción, la nacionalidad española, aunque efectivamente resida en España (art. 19.1 LAI). Lógicamente no se aplicará la ley nacional del adoptando cuando éste fuera apátrida o con nacionalidad indeterminada (art. 19.3 LAI). Por otro lado, el segundo operará siempre y cuando responda al “interés del adoptando” (art. 20.1 LAI) y haya sido solicitado por el adoptante o Ministerio Fiscal (art. 20.2 LAI).

Sin embargo, no procederá la aplicación de una ley extranjera cuando resulte manifiestamente contraria al orden público internacional español, atendiendo en estos supuestos al interés superior del menor así como a los vínculos sustanciales del caso concreto con España. Así, en estos casos se aplicará el Derecho sustantivo español (art. 23 LAI).

### **3.3.2. Supresión de la ley extranjera. ¿Error o acierto del legislador?**

Conviene destacar que, en un principio, tanto el art. 18 como el art. 21 de la LAI se referían a la “*Ley aplicable a la constitución de la adopción*”. Mientras que el primero, como se ha visto *supra*, se refiere a la aplicación de la ley española, el segundo lo hacía con respecto a la aplicación de la ley extranjera en aquellos casos en los que el adoptando no residiera ni fuese a residir en España.

Probablemente la razón por la cual el legislador eliminó este art. se base en el mal o escaso uso del mismo, veamos por qué: *por ejemplo, un matrimonio español con residencia habitual en el extranjero decide adoptar a un menor residente también en el extranjero, sin pensar en ningún momento en regresar a España para establecer su residencia habitual.*

Si el país donde residen no contempla la adopción como tal en sentido estricto, el matrimonio puede verse tentado de alegar una futura residencia habitual en España para que resulte de aplicación la ley española y por tanto se pueda constituir dicha adopción. Este

supuesto presenta un uso fraudulento del precepto que, sin embargo, no tendría sentido ya que supone el nacimiento de una adopción claudicante<sup>98</sup>. Además, si dicha adopción tuviera lugar en la actualidad, entraría en contradicción a su vez con el nuevo apdo. 4 del art. 19, en virtud del cual no se procederá a la conversión de una adopción simple en plena cuando el ordenamiento del país de origen del menor lo prohíba.

Igualmente, Durán Ayago se sirve del mismo ejemplo para mostrar su rechazo ante la supresión del art. 21. Este art. alude, en particular, al desacierto del legislador español al mantener foros basados en la nacionalidad (véase el subepígrafe 3.2.1 del presente Capítulo). Como se continúa otorgando competencia a los Juzgados y Tribunales españoles por razón de la nacionalidad del adoptante. De esta forma, sólo existe el art. 18 para determinar la ley aplicable (pese a que el legislador parece haber olvidado modificar tal aspecto en la Exposición de Motivos de la LAI<sup>99</sup>), el supuesto quedaría sin solución ya que el citado art. alude a la residencia habitual actual o futura del adoptando en España y en el caso analizado ésta no tendrá lugar. Por esto, considera que la única solución posible sería *“proceder a bilateralizar lo que se ha convertido en una norma de conflicto unilateral, provocando la aplicación de la ley de la residencia habitual del menor. Esto es, la misma solución a la que conducía el suprimido art. 21”*<sup>100</sup>.

En definitiva, la ley aplicable al adoptando debería ser la del lugar donde éste se encuentre integrado y, por tanto, donde tenga su “centro social de vida”, siendo así, dudosas las intenciones del legislador en este caso.

### **3.4. Reconocimiento de decisiones.**

Como se ha podido observar a lo largo del trabajo, no existen normas europeas uniformes en materia de adopción sino que cada país de la UE aplica sus propias normas<sup>101</sup>. Esto ha dado lugar a que a lo largo de los años se hayan manifestado grandes diferencias entre unos y otros países. Diferencias que en principio y en palabras de Carrillo Carrillo,

98 Arenas García, R., González Beilfuss, C. (2009), “La Ley 54/2007, de 28 de Diciembre de Adopción Internacional: entre la realidad y el deseo”, *REEI*, (17), 13-14. Disponible on line: <https://www.reei.org/> [Fecha de consulta: 05.11.2016].

99 Pues aún distingue dos supuestos: *“Cuando el adoptando posea su residencia habitual en España o la vaya a adquirir próximamente, se opta por disponer la aplicación de la ley española a la constitución de la adopción. Sin embargo, cuando el adoptando no resida habitualmente en España, ni vaya a ser trasladado a España para establecer en España su centro social de vida, se ha preferido que la adopción se rija por la ley del país en cuya sociedad vaya a quedar integrado.”* Considerando III, párrafo 11.

100 Durán Ayago, “Aspectos internacionales de la reforma del sistema de protección de menores. Especial referencia a la adopción internacional”, p. 446-447.

101 “Adopción” <http://europa.eu/> [Fecha de consulta: 06.04.2017].

parecían “*insalvables*” pero ya no tanto ya que los Estados han intentado lograr una regulación semejante en un tema tan actual como la adopción internacional. Normalmente el conflicto tiene relación con la aceptación de adopciones simples por parte de aquellos Estados que sólo reconocen las adopciones plenas y viceversa<sup>102</sup>.

Para resolver estos problemas, el CLH 1993 se presenta como un Convenio aplicable tanto a las adopciones simples como a las adopciones plenas, y que será vinculante en todos los EECC. Éste prima sobre la normativa autónoma salvo en aquellos supuestos no contemplados en el mismo. Será la LAI la que se encargue de la validez en España de las adopciones constituidas por autoridad extranjera.

#### **3.4.1. Reconocimiento conforme al Convenio de la Haya de 1993.**

El CLH 1993 contiene un sistema de *reconocimiento automático*, es decir, sin procedimiento de “*exequátur*”. Con ello, lo que se pretende es facilitar el reconocimiento, en todos los EECC, de la adopción constituida conforme al Convenio, modificando así la práctica existente en virtud de la cual, una adopción ya constituida en el Estado de origen tuviese que volver a realizarse en el Estado de recepción para poder desplegar efectos<sup>103</sup>. Asimismo, el fundamento de este reconocimiento de “pleno derecho” parece encontrarse en las garantías que establece el Convenio para asegurar que las adopciones han tenido lugar conforme al interés superior del niño.

Como se ha puesto de manifiesto en otras ocasiones, un reconocimiento que no requiere de procedimiento alguno para su homologación no es incondicional. Así, el CLH 1993 contiene una serie de requisitos para dicho reconocimiento:

a) *Autoridad competente* (art. 23 CLH 1993): en cuanto a la “*certificación conforme al Convenio*”, ésta ha de ser emitida por autoridad competente. Sin embargo, dicha autoridad no la determina el propio Convenio, sino que todo Estado es libre para determinar si se trata de una autoridad judicial o administrativa conforme a su propia Ley. En la mayoría de Estados, la constitución de la adopción la tienen asignada las autoridades judiciales, de ahí que no se encomiende directamente a las AACC<sup>104</sup>. Asimismo, todo EC deberá notificar al

---

102Carrillo Carrillo, B. (2003), *Adopción Internacional y Convenio de la Haya de 29 de Mayo de 1993*, Granada, Comares, p.231.

103Parra Aranguren, G., (1994), “Informe Explicativo del Convenio de 19 de Mayo de 1993 relativo a la protección de los niños y a la cooperación en materia de protección internacional” (párr. núm. 402), p. 93. Disponible on line: <https://assets.hcch.net/> [Fecha de consulta: 06.04.2017].

104Carrillo Carrillo, *Adopción Internacional*, p. 235.

depositario del Convenio la identidad y las funciones de la autoridad competente para expedir la certificación, así como cualquier modificación al respecto.

b) *Traducción* (art. 34 CLH 1993): en el caso de que el Estado de destino de un documento así lo requiera, se deberá proporcionar una traducción auténtica del mismo.

c) *Orden público* (art. 24 CLH 1993): en principio, sólo se podrá denegar el reconocimiento de una adopción cuando sea manifiestamente contraria al orden público del Estado en el que se quiere reconocer, teniendo en cuenta el interés superior del niño. En la práctica es poco probable que la adopción sea contraria al orden público debido al intercambio de exhaustivos informes, y al consenso de autoridades previsto en el art. 17.c) del Convenio<sup>105</sup>. Por su parte, Parra Aranguren dispone que “*ni el artículo 24 ni los demás artículos del Convenio prevén la excepción denominada de la institución desconocida como causa de denegación del reconocimiento de una adopción realizada en un Estado contratante*”<sup>106</sup>, es decir, se pone de manifiesto lo anteriormente expuesto en cuanto a la aceptación de una adopción simple por parte de un Estado que sólo concibe la adopción plena, o al contrario.

Ese “en principio” da a pensar que la vulneración del orden público es la única causa por la cual se puede denegar el reconocimiento de una adopción, sin embargo, cualquier EC puede declarar ante el depositario del Convenio que no reconocerá en virtud de las disposiciones del mismo las adopciones hechas conforme a un acuerdo concluido en aplicación del art. 39.2<sup>107</sup>.

d) *Efectos “mínimos”*<sup>108</sup>: el reconocimiento de la adopción comporta el reconocimiento: 1) del vínculo de filiación entre el niño y sus padres adoptivos (efecto constitutivo); 2) de la responsabilidad de los padres adoptivos respecto al hijo; 3) de la ruptura del vínculo de filiación preexistente entre el niño y sus padres biológicos, en el caso de adopción plena (art. 26 CLH 1993).

---

105Resolución-Circular de 15 de julio de 2006, de la DGRN, sobre reconocimiento e inscripción en el Registro Civil español de las adopciones internacionales. BOE núm. 207, de 30 de agosto de 2006. [Fecha de consulta: 14.11.2016].

106Parra Aranguren, “Informe Explicativo del Convenio de 19 de Mayo de 1993 relativo a la protección de los niños y a la cooperación en materia de protección internacional” (párr. núm. 428), p. 99.

107Art. 39.2: “*Todo Estado contratante podrá concluir con uno o más Estados contratantes acuerdos para favorecer la aplicación del Convenio en sus relaciones recíprocas. Estos acuerdos sólo podrán derogar las disposiciones contenidas en los artículos 14 a 16 y 18 a 21. Los Estados que concluyan tales acuerdos transmitirán una copia de los mismos al depositario del presente Convenio*”.

108Calvo Caravaca, Carrascosa González, “Adopción Internacional”, p. 307.

### 3.4.2. Efectos no contemplados en el Convenio de la Haya 1993.

Hay aspectos relativos a la adopción internacional de los cuales no se encarga el CLH 1993, sino las normas de DIPr de los EECC en los que la adopción sea considerada válida. Así, en España, por ejemplo, dos de estos efectos son el acceso al RC de la adopción certificada conforme al Convenio y la atribución al menor de la nacionalidad española de origen<sup>109</sup>.

Conforme a la LAI, sólo tendrán acceso al RC español las adopciones plenas constituidas por autoridad competente extranjera y sólo en estos casos se atribuirá la nacionalidad española al menor con arreglo al art. 19 CC (art. 30.3 LAI). La inscripción de la adopción se convierte, en virtud del art. 29, en una obligación para poder surtir efectos legales en España. La autoridad pública española ante la que se suscite la validez de estas adopciones y, en especial, el Encargado del RC en el que se inste la inscripción de la adopción, controlará incidentalmente la validez de dicha adopción en nuestro país (art. 27, párr. 1º LAI). Asimismo, para que la adopción constituida ante autoridad extranjera sea válida en España ha de cumplir una serie de requisitos enumerados en el artículo 26 de la LAI.

El CLH 1993 ha sido un gran referente para la LAI de modo que ésta fue redactada teniendo en cuenta los principios establecidos en el mismo. Por esta razón, los requisitos para la validez en España de las adopciones constituidas en otro país son muy similares a los vistos *supra* para aquellos casos en los que resulte de aplicación el Convenio – con ciertas diferencias obviamente –.

Así, la adopción ha de ser constituida por *autoridad extranjera competente* y ésta lo será cuando presente “vínculos razonables” con el Estado extranjero cuyas autoridades la han constituido (art. 26.1, párr. 1º LAI). Ha de ser una autoridad pública, no necesariamente judicial, e internacionalmente competente al efecto, quedando así excluido el caso de adopciones nacidas por el mero acuerdo de los interesados. Se controlará también que dicha autoridad respete sus propias normas de DIPr y constituya, por tanto, una adopción válida en dicho país<sup>110</sup>.

Se sustituye el presupuesto del control de la ley aplicada o aplicable, ajeno al sistema español de reconocimiento de decisiones y resoluciones extranjeras, por el de la no contrariedad de la adopción constituida en el extranjero con el *orden público* español<sup>111</sup>. Se

---

109Calvo Caravaca, Carrascosa González, “Adopción Internacional”, pp. 308-309.

110Exposición de Motivos de la LAI, considerando III.

111Exposición de Motivos de la Ley 26/2015, considerando IV.

entenderá vulnerado cuando no se haya respetado el interés superior del menor. En concreto, cuando se haya prescindido de los consentimientos y audiencias necesarios, no hayan sido informados y libres, o se obtuvieran mediante pago o compensación, tratando de evitar de este modo, que se produzcan supuestos de “niños robados”.

Pero estos supuestos no son los únicos que pueden vulnerar el orden público en una adopción de este calado sino que, tal y como manifiesta Durán Ayago, es necesario subsumir en éste todas aquellas prácticas que se manifiesten contrarias al interés superior del menor<sup>112</sup>.

Se controlará la *equivalencia de efectos entre la adopción extranjera y la española* cuando el adoptante o el adoptado sea español. La adopción constituida por autoridad extranjera debe producir efectos jurídicos semejantes a la adopción regulada en Derecho español, siendo irrelevante el nombre de ésta en el Derecho extranjero. Siguiendo a Díaz Fraile, tal semejanza no debe ser absoluta o total y así lo pone de manifiesto la LAI cuando emplea la expresión “*de modo sustancial*”<sup>113</sup>.

Del mismo modo que el CLH 1993, la LAI contempla “*efectos mínimos*” con algunas semejanzas y divergencias: 1) suponer la ruptura definitiva de vínculos jurídicos entre el adoptado y su familiar biológica (art. 178 CC) ; 2) que surta los mismos efectos que la filiación por naturaleza; 3) que sea irrevocable, tal y como dispone de manera tajante el art. 180 CC en su apdo. primero<sup>114</sup>. En este último caso, cuando el Estado de origen permita la revocación, el adoptante deberá renunciar a ella expresamente, antes del traslado del menor, en documento público o mediante comparecencia ante el Encargado del RC. De lo contrario, una adopción revocable por los particulares no podrá acceder a los Registros españoles (art. 26.2 LAI).

Cuando el adoptante sea español y residente en España, antes de la constitución de la adopción por autoridad extranjera, la entidad Pública española competente deberá declarar su idoneidad. Sin embargo, no será necesaria dicha declaración de idoneidad cuando de haberse constituido la adopción en España ésta no hubiera sido requerida (art. 26.3 LAI). La declaración de idoneidad y los informes psicosociales que se realicen al efecto, tendrán una vigencia máxima de tres años, de manera que, si no se hace efectiva la adopción en ese período de tiempo, será preciso actualizar el expediente mediante una nueva valoración. La

---

112Durán Ayago, “Aspectos internacionales de la reforma del sistema de protección de menores. Especial referencia a la adopción internacional”, p. 450.

113Díaz Fraile, J.M. (2011), “Problemas actuales de la Adopción Internacional”, *AFDUAM*, (15), 133. Disponible on line: <https://www.dialnet.uniroja.es/> [Fecha de consulta: 29.10.2016]

114Ibídem, p. 134.

necesidad de realizar otra valoración también tiene lugar en el caso de adoptar nuevamente<sup>115</sup>.

La adopción constituida en el extranjero deberá reunir los *requisitos formales de autenticidad* relativos a la legalización o apostilla y su traducción al español (art. 26.5 LAI).

Por último, otro *control* que tendrá lugar es el realizado *sobre la validez de tales adopciones y sobre la validez, en España, de decisiones extranjeras de conversión o nulidad de una adopción*. En el primer supuesto, tal control se realizará con la presentación del certificado al que se refiere el art. 23 del CLH 1993, así como la no vulneración del orden público del Estado requerido – cuando la adopción tenga lugar en un EC – . Cuando no se trate de un EC, habrá que estar a lo dispuesto en el art. 5.1.e), 5.1.f) y 26 de la LAI. En el segundo supuesto, serán reconocidas y surtirán efectos en España las decisiones sobre conversión o nulidad de la adopción cuando reúnan los requisitos previstos en el art. 26.

### **3.5. Cooperación internacional.**

El CLH 1993 es un instrumento creado básicamente para la cooperación en materia de adopción internacional debido a la necesidad de establecer vías de comunicación y cooperación entre las autoridades del Estado de origen de los menores y las autoridades del Estado de recepción<sup>116</sup>. Asimismo, trata de asegurar que tales adopciones se realicen respetando los objetivos perseguidos por el mismo y plasmados a lo largo de su articulado, en particular, el interés superior del menor, el respeto a sus derechos fundamentales, prevenir la sustracción, venta o tráfico de niños (art. 1.a y b CLH 1993)<sup>117</sup>. El CLH 1993 dedica su Capítulo III a señalar las funciones que han de desempeñar al respecto las autoridades y organismos que participan en el procedimiento de adopción. Destacan las autoridades centrales, las autoridades públicas, organismos acreditados y personas autorizadas (no acreditadas). La colaboración entre estas autoridades y organismos es esencial para cumplir los objetivos del Convenio<sup>118</sup>.

---

115Guzmán Peces, M. (2007), “El «certificado de idoneidad» como requisito sustancial para el reconocimiento de las adopciones constituidas en el extranjero por adoptantes españoles”, *La Ley*, 2. Disponible on line: <https://www.laleydigital.es/> [Fecha de consulta: 30.10.2016].

116Parra Aranguren, G. (1994), “La Convención de la Haya de 1993 sobre la Protección del niño y la cooperación en materia de Adopción Internacional”, *Boletín de la Facultad de Derecho*, (6), 156-157. Disponible on line: <http://e-spacio.uned.es/> [Fecha de consulta: 06.04.2017].

117Conferencia de la Haya de DIPr, “Los Convenios de la Haya sobre los niños. Protección para los niños a través de las fronteras multinacionales”, p. 4.

118Conferencia de la Haya de DIPr (2008), “La puesta en práctica del Convenio de la Haya de 1993 sobre Adopción Internacional: Guía de las buenas prácticas”, (1), p. 45. Disponible on line: <https://assets.hcch.net/> [Fecha de consulta: 06.04.2017].

### **3.5.1. Autoridades Centrales en el Convenio de la Haya de 1993: Funciones.**

Las AACC desempeñan un papel crucial, por este motivo al igual que ocurría en los supuestos de sustracción internacional de menores, para establecer un sistema de cooperación resulta necesaria su presencia. Deberán ser designadas por cada EC y, si se tratase de un Estado federal, con varios sistemas jurídicos o con varias unidades territoriales autónomas, se prevé la posibilidad de designar más de una, estableciendo a tal efecto aquella a la que habrá de dirigirse toda comunicación (art. 6.1 y 2 CLH 1993).

El Convenio prevé a las AACC *funciones generales*, como cooperar entre ellas y promover una colaboración entre las autoridades competentes de sus respectivos Estados (art. 7.1 CLH 1993), facilitar información sobre la legislación de sus Estados en materia de adopción, así como estadísticas y formularios (art. 7.2.a CLH 1993), informarse mutuamente sobre el funcionamiento del Convenio y suprimir aquellos obstáculos que impidan su aplicación (art. 7.2.b CLH 1993).

Tienen también *funciones específicas* presentando así una labor fundamental durante el procedimiento de adopción pues deberán recabar información tanto de los solicitantes como de los menores susceptibles de ser adoptados. Una vez se constata por la AC del Estado de recepción que los solicitantes son adecuados y aptos para adoptar, ésta elabora un informe detallado de los mismos y lo transmitirá a la AC del Estado de origen (art. 15.1 y 2 CLH 1993). Igual solución presenta el hecho de que el menor sea considerado adoptable, pues la AC del Estado de origen debe elaborar un informe con información del menor relativa a su historial médico y de su familia, su evolución personal y familiar, su medio social, etc, que hará llegar a la AC del Estado de recepción (art. 16.1.a y 2 CLH 1993).

En consonancia con lo anterior, la AC del Estado de origen sólo autorizará la salida del menor si ésta se ha asegurado de que los futuros padres adoptivos han manifestado su acuerdo y cuentan con el beneplácito del Estado de recepción, permitiendo de este modo que el menor pueda entrar y residir en el mismo. Es decir, es necesario que las AACC de ambos Estados estén de acuerdo en que prosiga el procedimiento de adopción (art. 17.a-d CLH 1993).

Las obligaciones que el Convenio impone a los EECC no cesan con la entrega del niño a los padres adoptivos sino que es necesario un seguimiento posterior para verificar el

desarrollo de la adopción que ha tenido lugar<sup>119</sup>. Las AACC se mantendrán informadas sobre el procedimiento de adopción y las medidas adoptadas para finalizarlo, así como sobre el desarrollo del período probatorio, si fuera requerido. Es de destacar el hecho de que la autoridad del Estado de recepción tenga facultades para retirar al niño de las personas que deseaban adoptarlo si dicho Estado considera que el mantenimiento del niño en esa familia ya no responde a su interés superior, pudiendo, asimismo y cuando se considerase oportuno, asegurar el retorno del niño al Estado de origen (art. 21.a y c CLH 1993).

### **3.5.2. Autoridades públicas, organismos acreditados y personas autorizadas (no acreditadas): Convenio de la Haya de 1993.**

Como ya se ha hecho referencia *supra*, los EECC tienen la “obligación” de designar a las AACC. Sin embargo, como se puede apreciar en los arts. 8 y 9 del CLH 1993, las funciones atribuidas a las mismas podrán ser delegadas a otras autoridades públicas u organismos acreditados, pero dicha delegación según Parra Aranguren “*sólo es posible en la medida permitida y en las condiciones establecidas por la ley de cada Estado contratante*”<sup>120</sup>.

a) *Funciones que se pueden delegar en otras autoridades públicas:* a fin de evitar la sustracción, la venta o tráfico de niños (art. 1.b CLH 1993), el CLH 1993 prevé en su art. 8 en relación con el art. 32.1, que las AACC, directamente o con la cooperación de autoridades públicas, tomarán todas las medidas apropiadas para prevenir beneficios materiales indebidos en relación a una adopción.

b) *Funciones que se pueden delegar en otras autoridades y organismos acreditados:* las AACC pueden delegar las funciones generales previstas en el art. 9 a otras autoridades públicas y organismos acreditados. Empero, estas funciones están íntimamente relacionadas con las funciones específicas previstas en el Capítulo IV del Convenio a excepción del art. 14. Esto se debe a la previsión del art. 22.1.

*¿Cuáles son los organismos y las entidades que intervienen en un proceso de adopción internacional?*<sup>121</sup> En cuanto a las autoridades públicas es de destacar que el CLH

119 Conferencia de la Haya de DIPr, “La puesta en práctica del Convenio de la Haya de 1993 sobre Adopción Internacional: Guía de las buenas prácticas”, p. 131.

120 Parra Aranguren, “Informe Explicativo del Convenio de 19 de Mayo de 1993 relativo a la protección de los niños y a la cooperación en materia de protección internacional” (párr. núm. 222), p. 54.

121 Ministerio de Educación, Política Social y Deporte (2008), “Dónde acudir si quieres tramitar una adopción internacional: recursos públicos y privados en España”, p. 24. Disponible on line: <https://www.msssi.gob.es/> [Fecha de consulta: 06.04.2017].

1993 simplemente menciona las responsabilidades que la AC puede delegar en ellas, sin entrar en más detalle pues cada EC ha de designar a las mismas<sup>122</sup>. Por el contrario, sí dedica más atención a los organismos acreditados estableciendo los requisitos que han de cumplir para tener tal condición: 1) obtener y conservar la acreditación (art. 10 CLH 1993); 2) perseguir fines no lucrativos (art. 11.a CLH 1993); 3) ser dirigido y administrado por personas cualificadas (art. 11.b CLH 1993); 4) estar sometido a control por parte de las autoridades competentes (art. 11.c CLH 1993); y 5) estar autorizado para actuar tanto en el Estado de recepción como en el Estado de origen (art. 12 CLH 1993).

Uno de estos organismos acreditados son las llamadas Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional (ECAIs). Algunos países exigen que los trámites de adopción internacional se lleven a cabo únicamente con la intervención de la ECAI (ej. Rumanía). Hay otros en los que los solicitantes pueden elegir entre tramitar la adopción a través de una Entidad pública íntegramente o mediante la intermediación de una ECAI, de manera que la intervención de éstas no es obligatoria (ej. España). Sin embargo, la ECAI intervendrá únicamente en funciones de mediación significando esto que ciertas competencias están reservadas exclusivamente a las autoridades públicas competentes<sup>123</sup>.

*c) Funciones que se pueden delegar en personas autorizadas (no acreditadas):* el art. 22.2 dispone que todo Estado podrá delegar las funciones conferidas a la AC previstas en los arts. 15 a 21 a personas y organismos que: 1) cumplan las condiciones de integridad, competencia profesional, experiencia y responsabilidad exigidas por dicho Estado; 2) estén capacitadas y debidamente formadas con respecto a la adopción internacional. No obstante, queda exceptuada la función prevista en el art. 14 pues como indica Carrillo Carrillo “*esta limitación pretende asegurar, al menos, el conocimiento por parte de la autoridad central, autoridades públicas u organismos acreditados, de todas las solicitudes de adopción, aunque se prescindiera de ellos durante su tramitación y se acuda a la adopción independiente*”<sup>124</sup>.

Asimismo, y para garantizar aún más los objetivos perseguidos por el CLH 1993, se exige que los informes previstos en los arts. 15 y 16, es decir, aquellos que contengan datos sobre la idoneidad de adoptantes y adoptandos, se preparen bajo la “responsabilidad” (supervisión) de la AC o de otras autoridades u organismos debidamente acreditados.

---

122Conferencia de la Haya de DIPr, “La puesta en práctica del Convenio de la Haya de 1993 sobre Adopción Internacional: Guía de las buenas prácticas”, p. 48.

123Durán Ayago, A., “El papel de las entidades colaboradoras de Adopción Internacional” en Calvo Caravaca, Iriarte Ángel, *Mundialización y Familia*, pp. 333-334.

124Carrillo Carrillo, *Adopción Internacional*, p. 90.

#### 4. CONCLUSIONES.

Las principales conclusiones a las que se ha llegado con este trabajo son:

1. La responsabilidad parental, tal y como se ha planteado, y la adopción internacional giran en torno a la idea de filiación, tanto natural como adoptiva y pretenden garantizar la protección de los menores en los aspectos más relevantes de sus vidas, como es su ámbito familiar.

2. Mientras que en la responsabilidad parental existe un instrumento de carácter comunitario (R. 2201/2003), en la adopción internacional habrá de acudirse a la normativa convencional (CLH 1993) de la que todos los EEMM son parte.

3. Estos instrumentos han de relacionarse con otros sobre los que primarán con carácter general y, con los que se verán complementados en aquellos aspectos no regulados por los mismos. Por un lado, el R. 2201/2003 sobre el CLH 1996, el CL 1980 y el CLH 1980. Y, por otro lado, el CLH 1993 sobre la LAI. Además, todos ellos giran en torno al “interés superior del menor” a fin de garantizar la estabilidad emocional y física del niño. Reflejo de esto es la continua alusión que se ha hecho al mismo al analizar los distintos sectores materiales del DIPr.

4. Otro criterio presente a lo largo del articulado de estos instrumentos, y que está presente, en especial, en normas de competencia judicial internacional es el “principio de proximidad”. Éste tiene como fin garantizar la reducción de costes y, sobre todo, en respeto y garantía de ese “interés superior del menor”, agilizar los procedimientos.

Aunque se hace alusión en numerosas ocasiones a la “residencia habitual del menor” como manifestación de esa “proximidad”, no se define en ningún texto normativo, sino que habrá que acudir al criterio establecido por la jurisprudencia. Ésta, en el ámbito de la responsabilidad parental considera, con carácter general, que es aquel lugar donde el menor tenga una cierta integración en un entorno social y familiar. Esta residencia habitual es la que constituye el foro general previsto en el R. 2201/2003 y en CLH 1996, aunque está sujeto a excepciones.

En adopción internacional esa residencia habitual es entendida como el lugar donde el menor tiene su “centro social de vida”, es decir, lo mismo pero con otras palabras. Sin embargo, también se prevé una integración “futura” en ese entorno. Por otro lado, la LAI divide a la doctrina en relación a la competencia para la constitución de una adopción, dado el mantenimiento por parte del legislador del foro de la nacionalidad que, ciertamente, es un

foro débil en relación con el foro de la residencia habitual. Este mantenimiento del foro de la nacionalidad, a su vez, genera conflictos a la hora de determinar la ley aplicable, en particular, tras la supresión del art. 21 de la LAI, en aquellos supuestos en los que ni el menor ni los adoptantes vayan a residir en España. En este sentido, se contradice el principio de proximidad y, por tanto, el “centro social de vida” del menor.

Con carácter general, se puede afirmar que la LAI presenta diversos conflictos con respecto a sus foros de competencia ya sea por el citado *supra*, los problemas planteados por una adopción inscrita en el RC español al considerarse inicialmente válida y de la cual, posteriormente se descubran vicios en alguno de los requisitos exigidos para su reconocimiento; el mantenimiento de la adopción consular que en la práctica apenas se usa, etc.

5. Uno de los objetivos de estas formas de protección es evitar la “sustracción” de menores. La diferencia radica en que el R. 2201/2003 intenta prevenir o, en su caso subsanar, el traslado y retención ilícitos por parte de uno de los progenitores con fines a la obtención de la custodia u otro beneficio en relación al hijo/a. Mientras que en el CLH 1993 se pretende evitar la sustracción y tráfico de menores con el objeto de obtener un lucro o enriquecimiento indebido.

6. En cuanto al reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, con carácter general, se suprime la necesidad de “*exequatur*” garantizándose, así, el reconocimiento automático de las mismas siempre y cuando hayan sido tramitadas de conformidad al R. 2201/2003 o CLH 1993 respectivamente. De este modo se procura la celeridad en las operaciones que se hayan de llevar a cabo. No obstante, este reconocimiento no es incondicional en ningún supuesto.

Todos los textos normativos citados hasta ahora dotan de una gran importancia a la audiencia del menor cuando éste tenga suficiente juicio y edad. No obstante, cabe resaltar que en la actual redacción del R. 2201/2003, la misma no supone un obligación sino más bien una posibilidad, mientras que en la reciente propuesta de reforma del mismo pasa a ser una obligación no sólo en casos de sustracción de menores y su restitución, también en temas de custodia y visita. Establece además que dicha audiencia puede llevarse a cabo incluso mediante videoconferencia. Aspecto éste bastante cuestionable ya que, aún así, seguirá siendo bastante difícil que el progenitor que trasladó ilícitamente al menor colabore con las autoridades facilitando su audiencia.

Otro dato a tener en cuenta, en este caso, con respecto a adopción internacional son los efectos mínimos que debe tener la resolución para ser reconocida en el país donde haya de tener efecto dado que el CLH 1993 se refiere tanto a adopciones plenas como no plenas. En España para que produzca los efectos propios de la filiación natural es necesaria la ruptura del vínculo de filiación preexistente entre el niño y los padres biológicos, es decir, sólo se reconocen adopciones plenas. Se eliminó, asimismo, la posibilidad de convertir una adopción no plena en adopción plena cuando el país de origen del menor no lo prevea en su ordenamiento.

7. En cuanto a cooperación, los EEMM y EECC colaboran a través de las AACC, es decir, cada Estado debe designar a una o varias para que le asistan en el cumplimiento de los instrumentos normativos aplicables (R. 2201/2003 o CLH 1993). De este modo, estas AACC estarán provistas de unas funciones generales y otras específicas.

En el R. 2201/2003 existen algunas cuestiones en este ámbito que requieren una mejora dado que las funciones atribuidas a las AACC no están suficientemente definidas suscitando cierta incertidumbre a los progenitores que se ven envueltos en algún procedimiento relativo a responsabilidad parental. Además, se debería fomentar la mediación en mayor medida de modo que se pueda crear un ambiente afable para que los progenitores puedan exponer sus puntos de vista y adoptar convenios justos para ambos teniendo siempre en cuenta el interés superior del menor.

El CLH 1993, prevé que las funciones atribuidas a las AACC puedan ser delegadas a otras autoridades públicas u organismos acreditados aunque con las condiciones que cada Estado establezca por ley.

## BIBLIOGRAFÍA.

Álvarez González, S. (2008), “Reflexiones sobre la Ley 54/2007, de adopción internacional”, *Diario La Ley*, (6910), 1-18. Disponible on line: <https://www.laleydigital.es/>

Álvarez González, S. (2011)., “Desplazamiento ilícito de menores dentro de la UE. Supresión del exequátur y derechos del niño a ser oído”, *Diario La Ley*, (7578), 1-9. Disponible on line: <https://www.laleydigital.es/>

Álvarez González, S. (2016), “Traslado ilícito de menores, competencia judicial internacional y orden público”, *La Ley Unión Europea*, (33), 1-8. Disponible on line: <https://www.laleydigital.es/>

Arenas García, R., Gonzalez Beilfuss, C. (2009), “La Ley 54/2007, de 28 de Diciembre de Adopción Internacional: entre la realidad y el deseo”, *REEI*, (17), 1-39. Disponible on line: <https://www.reei.org/>

Caamiña Domínguez, C. (2011), “La «supresión» del exequátur en el R. 2201/2003”, *CDT*, 3(1), 63-83. Disponible on line: [www.uc3m.es/cdt/](http://www.uc3m.es/cdt/)

Calvo Caravaca, A.L., Carrascosa González, J. (2003), “Globalización, secuestro internacional de menores, y Convenios de Luxemburgo (1980) y la Haya (1980)”, *International Law: Revista colombiana de Derecho Internacional*, (2), 165-194. Disponible on line: <https://dialnet.unirioja.es/>

Calvo Caravaca, A.L., Carrascosa González, J. (2008) “Adopción Internacional”, en Calvo Caravaca, A.L., Carrascosa González, J., Castellanos Ruíz, E., *Derecho de Familia Internacional*, Madrid, Colex, pp. 255-323.

Calvo Caravaca, A.L., Carrascosa Gonzalez, J. (2008), *La Ley 54/2007 de 28 de diciembre de 2007 sobre adopción internacional: (reflexiones y comentarios)*, Granada, Comares.

Calvo Caravaca, A.L., Carrascosa González, J. (2008), “Protección de menores”, en Calvo Caravaca, A., Carrascosa González, J., Castellanos Ruíz, E., *Derecho de Familia Internacional*, Madrid, Colex, pp. 325-384.

Calvo Caravaca, A.L., Carrascosa Gonzalez, J. (2010), “Críticas y contracríticas en torno a la Ley 54/2007 de 28 de diciembre, de adopción internacional: el ataque de los clones”, *CDT*, 2, (1), 73-139. Disponible on line: <https://www.uc3m.es/cdt/>

Calvo Caravaca, A.L., Carrascosa González, J. (2014), “Protección de menores”, en Calvo Caravaca, A.L., Carrascosa González, J. (dirs.), *Derecho Internacional Privado*,

*Volumen II*, Granada, Comares, pp. 397-490.

Calzadilla Medina, M. (2004), *La Adopción Internacional en el Derecho español*, Madrid, Dykinson.

Carrillo Carrillo, B. (2003), *Adopción Internacional y Convenio de la Haya de 29 de Mayo de 1993*, Granada, Comares.

Caso Señal, M. (2011), “La mediación en los conflictos transfronterizos de sustracción de menores”, *Revista de Mediación*, 2(8), 20-27. Disponible on-line: <https://revistademediacion.com/>

Díaz Fraile, J.M. (2011), “Problemas actuales de la Adopción Internacional”, *AFDUAM*, (15), 125-141. Disponible on line: <https://www.dialnet.uniroja.es/>

Durán Ayago, A. (2001), “El papel de las entidades colaboradoras de Adopción Internacional” en Calvo Caravaca, A.L., Iriarte Ángel, J. (eds.), *Mundialización y Familia*, Madrid, Colex, pp. 325-346.

Durán Ayago, A. (2016), “Aspectos internacionales de la reforma del sistema de protección de menores. Especial referencia a la adopción internacional”, *AEDIPr*, (XVI), pp. 415-462.

Espinosa Calabuig, R. (2007), *Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo*, Madrid, Marcial Pons.

Espinosa Calabuig, R. (2016), “Traslado o retención ilícitos de menores tras la reforma de 2015: rapidez, especialización y... algunas ausencias”, *REDI*, 68(2), pp. 347-357.

Esteban de la Rosa, G. (coord.<sup>a</sup>), (2007), *Regulación de la Adopción Internacional. Nuevos problemas nuevas soluciones*, Navarra, Thomson-Aranzadi.

Fernández Rozas, J.C., Sánchez Lorenzo, S., (2016), *Derecho Internacional Privado*, Madrid, Thomson-Civitas.

Guzmán Peces, M. (2007), “El «certificado de idoneidad» como requisito sustancial para el reconocimiento de las adopciones constituidas en el extranjero por adoptantes españoles”, *La Ley*, 1-10. Disponible on line: <https://www.laleydigital.es/>

Jiménez Blanco, P. (2008), *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Madrid, Marcial Pons.

Orejudo Prieto de los Mozos, P. (2013), “Diez años de aplicación e interpretación del Reglamento Bruselas II bis sobre crisis matrimoniales y responsabilidad parental (análisis de los aspectos de competencia judicial internacional)”, *La Ley Unión Europea*, (21), 1-23.

Disponible on line: <https://www.laleydigital.es/>

Ortiz Herrera, S. (2008), “Tratamiento de la responsabilidad parental en el Reglamento 2201/2003. Un avance hacia la integración y armonización del Derecho Civil en Europa”, *Revista de Derecho UNED*, (3), 167-199. Disponible on line: <http://revistas.uned.es/>

Paradela Arean, P. (2008), “Breve comentario a la Ley 54/2007 de Adopción Internacional”, *REEI*, (16), 1-12. Disponible on line: <https://www.reei.org/>

Parra Aranguren, G. (1994), “La Convención de la Haya de 1993 sobre la Protección del niño y la cooperación en materia de Adopción Internacional”, *Boletín de la Facultad de Derecho*, (6), 155-169. Disponible on line: <http://e-spacio.uned.es/>

Pérez Beviá, J.A. (2001), “La protección del menor en el Consejo de Europa en el ámbito del Derecho Privado”, en Calvo Caravaca. A.L., Iriarte Ángel, J. (eds.), *Mundialización y Familia*, Madrid, Colex, pp. 51-81.

Quiñones Escamez, A. (2004), “Nuevas normas comunitarias en materia de responsabilidad parental (Reglamento (CE) no 2201/2003 del Consejo, de 27.11.2003)”, *Revista para el Análisis del Derecho*, (250), 1-18. Disponible on line: <https://www.indret.com/>

Rodríguez Pineau, E. (2014), “STC de 3 de Junio de 2013/BOE, 2 de Julio de 2013, núm. 157”, *REDI*, 66(1), pp. 284-287.

Unicef, (1998), “Adopción Internacional”, *Innocenti Digest*, (4), 1-24. Disponible on line: <https://www.unicef-irc.org/>

- **Otros recursos disponibles on line.**

Arroyo Fiestas, F.J. (2009), “tema 3: La comunitarización del Derecho Internacional Privado. La libre circulación de resoluciones judiciales en la UE y el principio de reconocimiento mutuo”. Disponible on line: <http://www5.poderjudicial.es/>

Carballo Pineiro, L., (2016), “Union Europea: Propuesta de revisión del Reglamento en materia matrimonial y por responsabilidad parental”. Disponible on line: <https://cartasblogatorias.com/>

Cárdenas Miranda, E., (sin fecha) “Adopción Internacional”. Disponible on line: <https://archivos.juridicas.unam.mx/>

Comisión Europea (sin fecha), “La responsabilidad parental en un contexto transfronterizo”, *La responsabilidad parental en un contexto transfronterizo, incluida la*

*sustracción de menores*. Disponible on line: <https://www.era-comm.eu/>

Comisión Europea (2005), “Guía práctica para la aplicación del nuevo Reglamento Bruselas II”. Disponible on line: <http://ec.europa.eu/>

Comisión Europea (30.06.2016), “La Comisión propone nuevas normas encaminadas a reforzar la protección de los menores en litigios familiares transfronterizos”. Disponible on line: <https://www.gobcan.es/>.

Comisión Europea (30.06.2016), “Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición); [COM(2016) 411 final]”. Disponible on line: <https://ec.europa.eu/>

Conferencia de la Haya en DIPr (sin fecha), “Los Convenios de la Haya sobre los niños. Protección para los niños a través de las fronteras multinacionales”. Disponible on line: <http://www.iin.oea.org/>

Conferencia de la Haya de DIPr (2008), “La puesta en práctica del Convenio de la Haya de 1993 sobre Adopción Internacional: Guía de las buenas prácticas”, (1). Disponible on line: <https://assets.hcch.net/>

Conferencia de la Haya en DIPr (2012), “Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores: Mediación”. Disponible on line: <https://assets.hcch.net/>

Conferencia de la Haya en DIPr (2014), “Manual práctico sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños”. Disponible on line: <https://assets.hcch.net/>

EFE (11.06.2013), “España se compromete con Marruecos a no convertir las «kafalas» en adopciones”, *El Diario*. Disponible on line: <https://www.eldiario.es/>

Jiménez Bados, M.P., (2016), “La sustracción internacional de menores: posibilidades de intervención en la vía civil y en la vía penal”. Disponible on line: <https://www.fiscal.es/>

Lagarde, P. (1998), “Informe Explicativo del Convenio de la Haya de 19 de Octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños”. Disponible on line: <https://assets.hcch.net/>

Millares Sangro, P., Herranz Ballesteros, M. (2013), “Tema XXII, Protección de la persona y los bienes”, *UNED*. Disponible on line: <https://www2.uned.es/>

Ministerio de Educación, Política Social y Deporte (2008), “Dónde acudir si quieres tramitar una adopción internacional: recursos públicos y privados en España”. Disponible on line: <https://www.msssi.gob.es/>

Parra Aranguren, G. (1994), “Informe Explicativo del Convenio de 19 de Mayo de 1993 relativo a la protección de los niños y a la cooperación en materia de protección internacional”. Disponible on line: <https://assets.hcch.net/>

Universidad de Oviedo (2011), “Esquema del Convenio de la Haya de 1996 sobre protección de menores”. Disponible on line: <http://ocw.uniovi.es/>