



**Universidad
Zaragoza**

Trabajo Fin de Máster

Dictamen jurídico en materia de responsabilidad parental internacional en el marco del Reglamento Bruselas II *bis*.

Una aproximación al nuevo enfoque del RBII ter.

Autora

Rebeca Lahuerta Clariana

Directora

Dr^a Katia Fach Gómez

Facultad de Derecho

Curso Académico 2021-2022

RESUMEN:

Este Trabajo de Final de Máster consiste en la elaboración de un dictamen jurídico que tiene por finalidad dar solución a algunas de las cuestiones jurídicas que se plantean dentro de la esfera del Derecho Internacional Privado (en adelante, DIPr), concretamente en el ámbito de la responsabilidad parental.

En el presente trabajo se estudian cuestiones propias de DIPr, como es la competencia judicial internacional en esta materia o las consecuencias de la existencia de una sustracción internacional de menores, entre otras, con base en los instrumentos normativos pertinentes y en vigor en España, y sobre todo dentro del ámbito de aplicación del Reglamento de Bruselas II *bis* (en adelante RBII *bis*).

Además, ofrece una introducción a las modificaciones que van a surgir con la llegada del Reglamento 2019/1111 de 25 junio 2019, que resulta plenamente aplicable a partir del 1 de agosto del 2022. Este nuevo reglamento constituye una versión refundida del anterior Reglamento 2201/2003 (Bruselas II *bis*) y nos trae consigo pequeños cambios en la regulación de la responsabilidad parental, además de otros más notables en el ámbito de la sustracción internacional.

ABSTRACT:

This Master's Final Paper consists of the preparation of a legal opinion with the aim of resolving certain legal questions that arise within the sphere of Private International Law, specifically in the field of parental responsibility.

This paper examines issues specific to private international law, such as international jurisdiction or the consequences of the existence of international child abduction, among others, based on the relevant normative instruments in force in Spain, particularly in the scope of the RBII *bis*.

In addition, it provides an introduction to the next amendment of the European regulation in this area with the arrival of Regulation 2019/1111 of 25 June 2019, which is fully applicable from 1 August 2022. This new regulation is a recast of the previous Regulation 2201/2003 (Brussels II *bis*) and brings us minor changes in the regulation of parental responsibility and other more notable changes in the field of international abduction.

ÍNDICE

I. LISTADO DE ABREVIATURAS	4
II. INTRODUCCIÓN.....	7
III. ANTECEDENTES DE HECHO.....	9
IV. CUESTIONES PLANTEADAS	12
V. NORMATIVA APLICABLE.	14
VI. FUNDAMENTOS JURÍDICOS.....	18
 1. La determinación de la competencia judicial internacional de los tribunales en relación a una demanda de divorcio contencioso planteada por una nacional griega contra un nacional español, en el ámbito de aplicación del RBII <i>bis</i>.....	18
 2. Dentro del marco jurídico del RBII <i>bis</i>; la competencia judicial internacional de los tribunales en relación a una modificación de medidas de responsabilidad parental (nexo con el procedimiento de divorcio y la determinación de la residencia habitual del menor como criterio de competencia para tramitar la modificación de medidas definitivas y su interpretación en la jurisprudencia del TJUE).....	22
2.1 <i>INTEGRACIÓN SOCIAL Y FAMILIAR DEL MENOR (una cuestión central).</i>	<i>27</i>
2.2 <i>FACTORES ESPECÍFICOS QUE PUEDEN INFLUIR EN LA DETERMINACIÓN DE LA RESIDENCIA HABITUAL AL AMPARO DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE.</i>	<i>28</i>
 3. Efectos sobre los procedimientos de responsabilidad parental en caso de que se hubiera reconocido la existencia de un supuesto de sustracción internacional de menores por parte del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Zaragoza.....	31
 4. Análisis del Auto emitido por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Zaragoza.....	35
 5. Reflexiones de futuro: Determinación de la competencia judicial internacional de los tribunales en relación a estas mismas cuestiones dentro del marco jurídico del futuro Reglamento de Bruselas II <i>ter</i>.	36
 VII. CONCLUSIÓN.....	40
VIII. BIBLIOGRAFÍA.	42

I. LISTADO DE ABREVIATURAS

Art. Artículo

BOE. Boletín Oficial del Estado español

CC. Código Civil publicado por Real Decreto de 24 de julio de 1889. BOE núm. 206 de 25 de julio de 1889

CH80. Convenio de la Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

CH96. Convenio de la Haya de 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños.

CLUX80. Convenio Europeo relativo al reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980.

DIPr. Derecho Internacional Privado

DOUE. Diario Oficial de la Unión Europea

DUE. Derecho de la Unión Europea

Ed. Editorial

EEMM. Estados Miembros

FD. Fundamento de Derecho

FJ. Fundamento Jurídico

LEC. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. BOE núm.7, de 8 de enero del 2000.

LOPJ. Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial modificada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio. BOE núm. 174 de 22 de Julio de 2015

Núm. Número

Pág. Página

Párr. Párrafo

RBII *bis*. Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo de 17 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (Reglamento Bruselas II *bis*). DOUE núm. L 338 de 23 de diciembre de 2003.

RBII *ter*. Reglamento (UE) núm. 2019/1111 del Consejo de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (Reglamento Bruselas II *ter*).

STEDH. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STJUE. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STS. Sentencia del Tribunal Supremo

TEDH. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TFUE. Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

TJUE. Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Rev. Revista

TS. Tribunal Supremo

UE. Unión Europea

Vid. Véase

II. INTRODUCCIÓN

Antiguamente era impensable viajar al extranjero si no formabas parte de una familia pudiente, mientras que hoy en día, por el contrario, es común encontrar un elemento transfronterizo o heterogéneo en todas las posibles relaciones jurídicas y personales. Los tiempos cambian y la globalización genera numerosos efectos, hasta el punto de que todo se ha vuelto internacional.

Para poder adaptar el derecho a esa realidad y poder responder cuestiones como las que se plantearán en el presente trabajo, hubo necesidad de codificar un conjunto de reglas y principios para crear normas de distinta naturaleza, tanto de origen supraestatal como de origen estatal.

Dentro de las fuentes supraestatales del DIPr encontramos, principalmente, las de origen convencional (bilaterales o multilaterales, inter partes o erga omnes) y las de origen institucional (en el marco de la acción normativa de la UE) y ambas se incorporan, aplican e interpretan en nuestro ordenamiento a través de los artículos 93 y 96 de la CE¹.

Por su parte, las fuentes estatales se componen por normativa interna que nos ofrece respuestas al tráfico jurídico externo, en defecto de solución por parte de las fuentes supraestatales.²

¹ Art 93 de la CE: *Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión.*

Art 96 de la CE: *1. Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.*

2. Para la denuncia de los tratados y convenios internacionales se utilizará el mismo procedimiento previsto para su aprobación en el artículo 94.

² ANDRÉS RODRÍGUEZ BENOT (Director), BEATRIZ CAMPUZANO DÍAZ, M^o ANGELES RODRIGUEZ VÁZQUEZ y ALFONSO YBARRA BORES *Manual de Derecho Internacional Privado*, Ed. Tecnos, 2018 Madrid 5^o Edición. Págs. 33-42

El conjunto de todas estas normas constituye el Derecho Internacional Privado que tiene como finalidad dar continuidad a las situaciones jurídicas traspasando fronteras y tiene la misión de solucionar eficazmente situaciones vinculadas con dos o más ordenamientos jurídicos, así como tratar de que las situaciones constituidas produzcan su eficacia fuera del lugar donde lo hayan sido.³

Las relaciones internacionales que se han creado han sido de muchos tipos, incluidas las familiares. Por ello nos surgen preguntas como: ¿Se tramita de la misma forma un divorcio de dos españoles, que un divorcio de una griega y un español? ¿La competencia judicial la tiene el mismo Estado en el caso de decidir sobre la guarda de los hijos que para controlar la ejecución de lo dictado?

El presente trabajo tiene como finalidad determinar la competencia judicial internacional de los tribunales en relación a la modificación de medidas definitivas en un procedimiento de divorcio, la influencia que tiene la residencia habitual del menor como criterio de competencia o las consecuencias de la posible existencia de un supuesto de sustracción internacional de menores, entre otras cuestiones, todo ello alrededor de un caso real que llamó a la puerta del despacho donde hice mis prácticas del Máster de Acceso a la Abogacía de la Universidad de Zaragoza y con fundamento en los instrumentos normativos internacionales correspondientes.

³ ANDRÉS RODRÍGUEZ BENOT (Director), BEATRIZ CAMPUZANO DÍAZ, M^o ANGELES RODRIGUEZ VÁZQUEZ y ALFONSO YBARRA BORES *Manual de Derecho Internacional Privado*, Tecnos, 2018 Madrid 5^o Edición. Pág. 19.

III. ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO.- Don. MARCOS GONZÁLEZ MARTÍN, ciudadano español, nacido en Zaragoza, a fecha de diecisiete de marzo de mil novecientos ochenta y cuatro, con DNI 78652431 B, contrajo matrimonio con Doña. ADARA LAZARIDIS STAVROU, ciudadana griega, nacida en Atenas, en fecha de veintiocho de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve, el nueve de enero de dos mil doce. Tras el matrimonio, la esposa decidió instalarse en el país de su marido y fundar allí su familia.

De esa unión nacieron tres hijos, Mario González Lazaridis (doce de junio de dos mil nueve), Alyra González Lazaridis (veintiuno de marzo de dos mil once) y Elián González Lazaridis (veintitrés de abril de dos mil doce).

SEGUNDO.- D^a. Adara Lazaridis trabajó desde el primer momento en el que llegó a España. Consiguió un muy buen puesto de trabajo como investigadora en la Fundación Aragonesa para la Investigación y el Desarrollo lo que, junto con el sueldo de D. Marcos González licenciado en ingeniería, les permitió vivir cómodamente Zaragoza.

TERCERO.- La relación matrimonial fue bastante buena al principio. La pareja no tenía ningún problema económico, tenían grupos de amigos con los que salían a cenar y tomar copas. Además ambos contaban con una carrera profesional motivadora y su primer hijo fue un chute de felicidad para toda la familia.

Sin embargo, meses después del nacimiento de Mario la relación comenzó a deteriorarse. A D^a. Adara le ofrecieron, desde Grecia, un puesto de trabajo con condiciones similares a lo que tenía en Zaragoza y quería marcharse, pidiendo a su marido abandonar su trabajo, y todo lo que ya habían formado en España. Esto provocó que fuertes discusiones aparecieran en la pareja a diario. A ello se le sumó el nacimiento de la segunda hija (Alyra), que hizo que la tensión entre ambos aumentara exponencialmente.

CUARTO.- D^a. Adara comenzó a ir al psicólogo por todo el estrés que le estaba causando tal situación. Ella decía que no sólo se trataba del embarazo y de la voluntad de marchar

a Grecia, sino que lo que más le afectaba era la manera en la que su marido la trataba en casa.

Los padres de ella, quienes nunca soportaron a D. Marcos por haberse llevado a su hija pequeña del país, le dijeron que lo que debía hacer era interponer una denuncia. Al principio D^a. Adara se negaba, diciéndoles que la situación no era para algo así, que simplemente se trataba de discusiones de pareja que se solucionarían y que ella pronto estaría de nuevo en Grecia.

QUINTO.- Poco después de esto nació el tercer hijo, Elián. Ambos progenitores creían que el nacimiento de otro bebé les acercaría de nuevo, pero nada más lejos de la realidad.

D^a Adara empezó a tener problemas en el trabajo promovidos por la cantidad de bajas solicitadas en los pocos años que llevaba en el puesto, debido a los embarazos y a su estado psicológico, además no le permitían ascender. Su esposo estaba cansado de escuchar las amenazas que ella profería sobre marcharse del país con sus hijos mientras él trabajaba. Todo ello generó más incomodidades entre ambos y muchos episodios de disputas fuertes y desagradables para ambas partes.

SEXTO.- Finalmente, promovida por la insistencia de su familia, D^a Adara presentó una denuncia a finales de 2013 por amenazas y lesiones que dio pie al comienzo de un procedimiento penal en el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Zaragoza.

La apertura de este procedimiento fue lo que le hizo a D. Marcos acudir a un despacho especialista en materia penal.

Por de existir un procedimiento de violencia de género en curso no era posible atribuir la guarda y custodia exclusiva al padre, ni la compartida, pero ello no suponía la anulación de la figura paterna, como así se lo comunicaron en el correspondiente despacho.⁴ A pesar de ello, D^a. Adara se marchó con sus hijos de casa (junio de 2014, teniendo los niños 5, 3

⁴ El art 92.7 del Código Civil español recoge de forma clara los supuestos en los que no procede la fijación de una guarda y custodia compartida: *"No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica"*.

y 2 años, respectivamente). Más tarde se averiguaría que se marchó a Grecia y que había comenzado los trámites de escolarización de todos ellos.

SÉPTIMO.- Los meses siguientes fueron complicados. Además de encontrarse inmerso en un proceso penal, D. Marcos y su familia estaban desconectados por completo de los menores, no sabían ni dónde ni cómo estaban.

A comienzos de octubre, concretamente el día dos de octubre de 2014, después de un complicado verano y todavía con la causa penal abierta, se recibieron noticias de D^a. Adara, quien asistida por un letrado griego, aunque todavía con apariencia de vivir en Zaragoza, presentó una demanda de divorcio contra D. Marcos en el Juzgado de Violencia de la Mujer nº 1 de Zaragoza. Así comenzó el procedimiento de divorcio 143/14 que va a ser básico en este trabajo de Fin del Máster de Acceso a la Abogacía de la Universidad de Zaragoza.

OCTAVO.- Este procedimiento de divorcio se desarrolló con normalidad y complejidad, debido a la existencia paralela del proceso penal (que finalizó con el archivo de la causa), a ampliaciones de demanda, contestación, peticiones de prueba, recursos, etc.

En este procedimiento se establecieron una serie de medidas definitivas que atribuían la guarda y custodia para la madre, instaurando un régimen de visitas para el padre, D. Marcos. Fue en ese momento en el que el padre fue conocedor de dónde residían los menores desde junio de 2014, y presentó una denuncia por sustracción internacional que fue resuelta por el Juzgado Penal nº 3 de Zaragoza, declarando lícito el traslado de los menores de manera firme.

En ese momento, D^a. Adara vivía con su familia y con los hijos en Grecia, y por lo tanto, a D. Marcos se le estableció un régimen de visitas ínfimo y la relación con sus hijos se basaba principalmente en la comunicación telefónica. Sin embargo, estas medidas que fueron adoptadas como definitivas, no eran cumplidas por parte de la Señora Lazaridis, que durante meses trató de restringir todo lo posible la relación de sus hijos con el padre, dejándolos hablar con él pocas horas y contados días al mes.

Además, de manera paralela, trató de emprender nuevos procesos en los tribunales griegos mediante denuncias de abusos sexuales, con la única presunta pretensión de privar a D. Marcos de la patria potestad.

NOVENO.- En aquel momento el letrado de D. Marcos le aconsejó interponer una modificación de medidas definitivas⁵, por entender que la comunicación con el progenitor no custodio es esencial y que se estaba causando un evidente perjuicio a los menores durante los últimos meses, pues la comunicación era mínima a causa de las intromisiones de D^a Adara. Además, en aquel momento, el procedimiento penal había sido archivado. Con base en estos motivos y otros argumentos se presentó una demanda de modificación de medidas en el Juzgado de Zaragoza el 24 de mayo de 2015.

DÉCIMO.- Como consecuencia, el letrado griego encargado de la representación de D^a Adara planteó una *cuestión de competencia*, considerando que los tribunales competentes para conocer del nuevo pleito (modificación de medidas) eran los tribunales griegos.

IV. CUESTIONES PLANTEADAS

Si una situación similar entra en nuestro despacho, debemos de recurrir a las normas y criterios del Derecho Internacional Privado, pues existen elementos transfronterizos que nos hacen saltar las alarmas. En este supuesto la cuestión más importante era determinar si realmente la modificación de medidas definitivas que se había planteado era efectivamente competencia de los tribunales griegos, o por el contrario, de los tribunales españoles, y las razones de esa competencia.

La cuestión de competencia internacional era básica antes de interponer la demanda de modificación de medidas y así ahorrar costes y encontrar el mejor camino para el desarrollo del procedimiento.

⁵ Con base en el artículo 90.3 del C.C: “*Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges judicialmente, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el Juez, cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges. Las medidas que hubieran sido convenidas ante el Secretario judicial o en escritura pública podrán ser modificadas por un nuevo acuerdo, sujeto a los mismos requisitos exigidos en este Código.*”

Pero, además de esta cuestión, alrededor de este conflicto surgen otras preguntas como consecuencia de la existencia de elementos transfronterizos. Algunas de estas cuestiones propias del DIPr son:

- La determinación de la competencia judicial internacional de los tribunales en relación a una demanda de divorcio contencioso planteada por una nacional griega contra un nacional español, en el ámbito de aplicación del RBII *bis*.
- Dentro del marco jurídico del RBII *bis*; la competencia judicial internacional de los tribunales en relación a una modificación de medidas de responsabilidad parental (nexo con el procedimiento de divorcio y la determinación de la residencia habitual del menor como criterio de competencia para tramitar la modificación de medidas definitivas y su interpretación en la jurisprudencia del TJUE).
- Efectos sobre los procedimientos de responsabilidad parental en caso de que se hubiera reconocido la existencia de un supuesto de sustracción internacional de menores por parte del Juzgado de Violencia Sobre la Mujer nº 1 de Zaragoza según la calificación del art 3 del CH80.
- Análisis del Auto emitido por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Zaragoza, en el que se resolvió la cuestión de competencia planteada por la representación letrada de D^a Adara.
- Reflexiones de futuro: Determinación de la competencia judicial internacional de los tribunales en relación a estas mismas cuestiones dentro del marco jurídico del futuro Reglamento de Bruselas II ter.

Estos son los puntos relevantes que van a formar el grueso del presente trabajo de Final de Máster.

V. NORMATIVA APLICABLE.

La normativa que ha sido analizada para la resolución del caso planteado es la siguiente:

A. Derecho de la Unión:

1. Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo de 17 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental publicado en el DOUE núm. L 338 de 23 de diciembre de 2003 (en adelante RBII bis).

El ámbito de aplicación del Reglamento (art. 1.1).

El apartado 2 del art. 1 donde se enumera las materias establecidas en el apartado b).

El apartado 3 enumera las materias excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento.

El art. 2 apartado 7 define que se entiende por responsabilidad parental a los efectos del Reglamento.

El art. 3 apartado 1 del Reglamento regula la competencia general en casos de disolución del vínculo matrimonial.

El art. 8 apartado 1 regula la competencia en materia de responsabilidad parental.

El art. 9 apartado 1 prevé el mantenimiento de la competencia del menor en caso de cambio de residencia.

El apartado 2 del art. 9 establece una excepción a la regla anterior.

El art. 11 apartado 1 regula cuándo es de aplicación el procedimiento de restitución de un menor objeto de traslado ilícito.

El art. 13 regula la competencia basada en la presencia del menor.

El art 14 regula la competencia residual

El art 15 regula la posibilidad de inhibirse de conocer un supuesto por entender que existe un Estado mejor posicionado para ello.

2. Reglamento (UE) núm. 2019/1111 del Consejo de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (en adelante RBII ter).

El art 1 ámbito de aplicación.

El art 7 competencia general en materia de responsabilidad parental.

El art 8 mantenimiento de la competencia en relación con los derechos de visita.

El art 9 competencia en caso de traslado o retención ilícitos de un menor.

El art 10 sobre la posible elección del órgano jurisdiccional.

El art 11 sobre la competencia en materia de responsabilidad parental basada en la presencia del menor.

El art 12 sobre la Remisión de competencia a un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro.

El art 13 sobre la Transferencia de competencia solicitada por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que no tenga competencia.

El art 14 y la regulación de la competencia residual en materia de responsabilidad parental.

3. El Reglamento (CE) n° 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes.

El art. 3 sobre la responsabilidad parental.

B. Tratados Internacionales.

1. Tratados de la Conferencia de La Haya.

- *Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Publicado en el BOE núm. 202, de 24 de agosto de 1987 (en adelante CH80).*

El art. 3 regula cuándo se considera ilícito el traslado de un menor a otro Estado.

- *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. Publicada en el BOE núm. 291 de 2 de diciembre de 2010 (en adelante CH96).*

El art. 5 regula la competencia.

El art. 7 apartado 1 establece la competencia en caso de traslado ilícito o retención del menor.

El apartado 2 dispone cuándo se considerará ilícito el traslado o retención del menor.

El apartado 3 establece la paralización del procedimiento por parte de los Tribunales del país al que ha sido trasladado el menor.

El art. 8 apartado 1 prevé la remisión a otro Estado que se encuentre en mejor situación para conocer del asunto.

El apartado 2 enumera que Estados pueden ser requeridos

2. Tratados del Consejo de Europa.

- *Convenio Europeo relativo al reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980. Publicado en el BOE núm. 210, de 1 de septiembre de 1984 (en adelante CLUX80).*

El art. 8 regula cuándo se procederá a la restitución del menor en caso de traslado ilícito.

C. Derecho español.

1. *La Constitución Española de 1978 publicada en el BOE núm. 311 de 29 de Diciembre de 1978 (en adelante Constitución Española).*

El art. 93 regula la autorización, mediante ley orgánica, para celebrar tratados internacionales.

El art. 96 establece que los tratados internacionales válidamente celebrados formaran parte dentro ordenamiento jurídico español una vez publicados.

2. *La Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, modificada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, y publicado en BOE núm. 174 de 22 de Julio de 2015 (en adelante LOPJ).*

El art. 22 *quáter* letra c): competencia en materia de relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges, nulidad matrimonial, separación y divorcio y sus modificaciones y d) sobre competencia en materia de filiación y de relaciones paterno-filiales, protección de menores y de responsabilidad parental.

3. *Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, publicada en el BOE núm. 15 de 17 de enero de 1996, modificado por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. (en adelante LOPJM.).*

El art.2 prevé los criterios generales que han de tenerse en cuenta a efectos de interpretación y aplicación del interés superior del menor.

4. *Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, publicado en el BOE núm. 7 de 08 de enero de 2000 (en adelante LEC).*

VI. FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

1. **La determinación de la competencia judicial internacional de los tribunales en relación a una demanda de divorcio contencioso planteada por una nacional griega contra un nacional español, en el ámbito de aplicación del RBII *bis*.**

Observando que existen elementos transfronterizos en el supuesto (nacionalidad Griega de la madre y la residencia de los niños y ella en Grecia), sabemos que no es suficiente con el derecho interno y que tenemos que acudir al DIPr.

La competencia judicial internacional en el divorcio de D. Marcos y D^a Adara es la primera cuestión que se plantea y es básica para el desarrollo posterior de la cuestión principal: ¿Eran realmente competentes los tribunales españoles para conocer de tal demanda? ¿Podrían y/o deberían haber conocido otros tribunales?

Para la resolución de esta cuestión previa debemos hacer un análisis de las tres fuentes de producción normativa que integran el DIPr y que han sido mencionadas en la introducción: Tratados (que conforme a la CE forman parte del ordenamiento jurídico español), Convenios (bilaterales, multilaterales o *erga omnes*), el Derecho de la UE o

DUE, (que tiene supremacía respecto del derecho interno)⁶ y el sistema interno. Como sabemos, el derecho Europeo tiene primacía y dentro del mismo nos encontramos un gran elenco de reglamentos entre los que se encuentra el RBII *bis* regulador de la cooperación jurídica internacional en materia de familia en la UE que es de aplicación preferente y parece encajar en el supuesto planteado.

Pero para cerciorarnos de su aplicación es necesario estudiar los cuatro ámbitos: el ámbito temporal, el ámbito material, el ámbito espacial y el ámbito personal del mismo.

En cuanto al ámbito temporal debemos de atender al art 72, en el cual se expone que RBII *bis* se aplica a todas demandas posteriores al 1 de marzo de 2005, por lo que la demanda de divorcio planteada por D^a Adara en 2014 está dentro del ámbito temporal de esta norma.

En cuanto al ámbito material debemos de atender al art 1 del RBII *bis* que regula las materias cubiertas por el Reglamento: *las materias civiles relativas a:*

- *divorcio*, la separación judicial y la nulidad matrimonial;
- atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental.

Por lo tanto, la sentencia de divorcio de 2014 también se enmarca dentro del ámbito material del RBII *bis*.

En tercer lugar, debemos de analizar el ámbito espacial del Reglamento. El ámbito espacial hace referencia a la atribución de competencia que pretendemos realizar, ¿estamos buscando atribuir la competencia a un EEMM? Siendo esta respuesta afirmativa, tratando de dilucidar si son los organismos jurisdiccionales españoles los competentes, el supuesto se enmarca también dentro del ámbito espacial de la norma.

Por último, el ámbito personal, para analizar si nos encontramos dentro del ámbito personal de este reglamento debemos de atender al art. 6 del RBII *bis*, que recoge normas que se aplican con base en la nacionalidad o residencia de la persona demandada, que en este caso era D. Marcos, siendo este nacional y residente Español (Estado Miembro).

⁶ Consagrado en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 1964, en el asunto C-6/64, *Flaminio Costa contra E.N.E.L2* Rec. 1964 01141.

Una vez sabemos y hemos comprobado la aplicabilidad en el caso del reglamento debemos de atender a las reglas de atribución de competencia que se regulan en él. En principio, el nombrado artículo 6 reconoce la competencia de los tribunales del cónyuge demandado siempre que este tenga su residencia habitual en un Estado Miembro o sea nacional de este. Sin embargo, el art. 3 concede la posibilidad de que sean competentes los organismos jurisdiccionales de distintos estados miembros en materia de divorcio siempre que se trate del lugar de:

- *residencia habitual de los cónyuges.*

Teniendo en cuenta que los cónyuges ya no residían juntos, la primera alternativa que ofrece el art 3 no servía para la atribución de competencia.

- *el último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí.*

El último lugar de residencia habitual fue España, y D. Marcos todavía residía allí, por lo que en aplicación de esta alternativa serían competentes los tribunales españoles.

- *la residencia habitual del demandado*

La residencia habitual de D. Marcos era España, por lo que es de aplicación esta alternativa, según la cual serían competentes los tribunales españoles.

- *en caso de demanda conjunta, la residencia habitual de uno de los cónyuges,*

No se trataba de una demanda conjunta, sino de una demanda unilateral de D^a Adara, por lo que esta alternativa no servía para la atribución de competencia en el supuesto.

- *la residencia habitual del demandante si ha residido allí durante al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda,*

En el supuesto que se analiza, D^a. Adara, cuando presentó la demanda de divorcio ya estaba viviendo en Grecia, aproximadamente desde junio (aunque en ese momento nosotros lo desconocíamos). Es decir, llevaba sólo tres meses en el país, por lo que no tenía la posibilidad de plantear la demanda de divorcio ante los tribunales griegos según esta quinta regla de atribución de competencia reconocida en el art 3 del RBII *bis*.

- *la residencia habitual del demandante en caso de que haya residido allí al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda y de que sea nacional del Estado miembro en cuestión o, en el caso del Reino Unido e Irlanda, tenga allí su «domicile»;*

Nuevamente nos encontramos con que D^a Adara llevaba residiendo en Grecia (país del que era nacional) solo desde hace tres meses, por lo que la última alternativa que abre el art 3 no era aplicable en el supuesto para la atribución de competencia.

Por lo tanto, en base a este artículo tercero, en aquel momento, los tribunales griegos carecían de competencia según el RBII *bis*. En el hipotético caso de que D^a Adara hubiera partido a Grecia en marzo, por ejemplo, el último foro alternativo se hubiera abierto y la demandante hubiera tenido la posibilidad de interponer la demanda ante los tribunales de su país de origen. Cabe decir que se denomina a este foro “alternativo” por la exclusividad de la aplicación del foro, pero no por su naturaleza. Esta denominación ha creado bastantes controversias en la doctrina⁷.

En resumen, en el supuesto se podrían haber declarado competentes los tribunales españoles por el art.3 del RBII *bis*, fundamentando esa competencia en:

- a. Que España es el último lugar de residencia habitual de los cónyuges, y uno de ellos aún reside allí.*

Puesto que D^a Adara y D. Marcos residieron habitualmente en España y D. Marcos aún continuaba.

- b. Que España es la residencia habitual del demandado.*

Siendo D. Marcos el demandado y viviendo este en España.

⁷ FRANCISCO J.GARCIAMARTÍN ALFÉREZ *Derecho Internacional Privado*, Ed. Civitatis, 2019, Pamplona 5º Edición págs. 148 a 152

En caso de que la aplicación del Reglamento no hubiera traído consigo la competencia de un estado miembro, se prevé dentro del mismo un sistema de competencia residual que nos desvía al sistema interno de cada Estado (art 7 del RBII *bis*). Si esto hubiera sido así, el derecho interno español recoge en la LOPJ, en concreto en su art. 22 *quáter* letra c), una copia de los supuestos establecidos en el RBII *bis*.

2. Dentro del marco jurídico del RBII *bis*; la competencia judicial internacional de los tribunales en relación a una modificación de medidas de responsabilidad parental (nexo con el procedimiento de divorcio y la determinación de la residencia habitual del menor como criterio de competencia para tramitar la modificación de medidas definitivas y su interpretación en la jurisprudencia del TJUE).

Solucionada esta cuestión previa sobre la competencia de los tribunales españoles para conocer de la demanda de divorcio, debemos de atender a la concreta pregunta que nos plantea el supuesto ¿es posible que la competencia de los tribunales españoles ahora haya cesado, y que para la modificación de medidas establecidas en el convenio de divorcio relativas a los hijos, ya no sean competentes?

Pues bien, debemos analizar si esto es así, o si por el contrario siguen manteniendo la competencia, y las razones que, en su caso, le atribuyen en este momento procesal la competencia a los tribunales de Grecia.

Esta pregunta trata una nueva materia, por lo que deberemos de analizar nuevamente su posible encaje en las distintas fuentes normativas del DIPr. Recordando la supremacía del DUE, lo primero que observaremos serán los reglamentos europeos en materia de responsabilidad parental. En su búsqueda nos encontramos con que el RBII *bis* que regula la materia de divorcio, también hace referencia a la responsabilidad parental. Por lo tanto, el supuesto se incardina dentro del ámbito material de este reglamento, concretamente en el Art 1.1 b). En el apartado dos de este precepto se desglosan algunos de los temas específicos de materia parental entre los que podemos encontrar el derecho de custodia y el derecho de visita que son sobre los que gira la controversia en el supuesto analizado.

En cuanto al ámbito temporal debemos de atender al art 72, en el cual se expone que RBII *bis* se aplica a todas demandas posteriores al 1 de marzo de 2005, por lo que la demanda de modificación de medidas divorcio planteada por D^a Marcos en 2015 está dentro del ámbito temporal de esta norma.

En tercer lugar, debemos de analizar el ámbito espacial del Reglamento. El ámbito espacial al que ya hemos hecho referencia tiene relación con la atribución de competencia que pretendemos realizar, ¿estamos buscando atribuir la competencia a un EEMM? Siendo esta respuesta afirmativa, tratando de dilucidar si son los organismos jurisdiccionales españoles los competentes para conocer de la modificación de medidas, el supuesto se enmarca también dentro del ámbito espacial de la norma.

Por último, estudiamos el ámbito personal del reglamento, que para no reiterarnos, resumimos en decir que efectivamente la demandada tiene la nacionalidad de un EEMM, y a más abundar, también su residencia.

La atribución de la competencia judicial sobre responsabilidad parental en este Reglamento se realiza a través de un sistema de diversos tipos de foros que van a ser analizados a lo largo de este apartado.

La cuestión concreta es bastante compleja a la par que habitual, se trata de un proceso de modificación de medidas con un elemento transfronterizo. Es la observación repetida de esta realidad lo que permite resolver una situación familiar de conflicto como esta mediante el análisis de diversos puntos como:

- La conexión entre el proceso de divorcio 143/14 en el que se acordaron las medidas que pretenden ser modificadas y el proceso que se incoa para obtener tales modificaciones.
- El foro de competencia aplicable. La determinación de cuál es el lugar de residencia habitual del menor.

En este caso concreto, el cliente quiere modificar las medidas definitivas que fueron adoptadas en la sentencia de divorcio de 2014 que fue dictada en España, y solicitar un

cambio de la custodia de los niños, teniendo en cuenta el grave incumplimiento de la madre respecto a lo sentenciado inicialmente, y por haberse archivado el procedimiento penal que inicialmente lo incapacitaba para ser el progenitor custodio. Este procedimiento de modificación de medidas comenzó mediante demanda de D. Marcos en mayo de 2015 ante los tribunales españoles.

El proceso que se inició era nuevo, autónomo e independiente del procedimiento de divorcio que dictó las medidas. Los procesos de modificación de medidas no son procesos que posean una naturaleza de tipo incidental, sino principal.⁸ Esto es muy relevante en los supuestos transfronterizos, dado que la competencia de los tribunales de cualquier Estado miembro para conocer de un proceso de modificación de medidas está desvinculada tanto del origen como del desarrollo de la primera resolución que adoptó las medidas cuya modificación se pretende.⁹ Pero esta autonomía procesal entre los procedimientos no elimina la real vinculación material que existe entre ambos.

Por lo tanto, errónea la idea de que la *perpetuatio iurisdictionis* permite conservar la competencia de un tribunal que ha conocido de un proceso para otro proceso distinto.¹⁰ La *perpetuatio* mantiene la competencia del tribunal durante todo un mismo proceso (con sus sucesivas instancias, recursos extraordinarios...). Pero es común que aparezca un problema cuando el principio *perpetuatio iurisdictionis* se confunde con la técnica de *prorrogatio fori* o competencia prorrogada, para poder entender esta última podemos tomar el ejemplo del Art 12 del RBII *bis* que prevé una prórroga de competencia para

⁸ Así lo reconoce la STJUE de 15 de febrero de 2017, W., V. y X. (ECLI:EU:C:2017:118): «El hecho de que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de residencia habitual del menor no hayan reconocido, total o parcialmente, la resolución firme en la que se basa el progenitor de que se trata para presentar su **demanda de modificación** no impide, tanto si esa denegación de reconocimiento es fundada como si no lo es, que tales órganos jurisdiccionales sean competentes para conocer de dicha demanda, dado que esta última **inicia un nuevo procedimiento**»

⁹ STJUE de 15 de febrero de 2017, W., V. y X. (ECLI:EU:C:2017:118)

¹⁰ La *perpetuatio iurisdictionis* según el **Diccionario Panhispánico de español jurídico** es el “mantenimiento de foros de competencia judicial internacional vigentes en el momento de iniciarse el procedimiento frente a un cambio posterior en la norma de competencia o en sus circunstancias determinantes”

Por lo tanto cuando hablamos de la *perpetuatio* nos a que “la jurisdicción y la competencia del tribunal, establecidas en el momento de la presentación de la demanda en atención a las circunstancias de hecho y de derecho existentes entonces, se deberán de mantener durante el proceso, también significa la permanencia de las condiciones objetivas y subjetivas existentes al inicio del proceso hasta su resolución, de forma tal que una variación en las mismas no permite la revisión de los presupuestos que determinaron la jurisdicción y competencia del tribunal, con arreglo a los que inició su tramitación” (SSTS, 1.ª, 21-V-2004, rec. 1862/1998 y 3-X-2008, rec. 725/2002).

causas matrimoniales. Concretamente, hace referencia a los casos en los que se está tramitando todavía un procedimiento de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial, y concede competencia a los órganos que lo estén tramitando para las cuestiones relativas a la responsabilidad parental, siempre y cuando se den una serie de requisitos:

1. Cuando al menos uno de los cónyuges ejerza la responsabilidad parental sobre el menor
2. Cuando la competencia de dichos órganos jurisdiccionales haya sido aceptada expresamente o de otra forma inequívoca por los cónyuges o por los titulares de la responsabilidad parental en el momento de someter el asunto ante el órgano jurisdiccional
3. Y ello responda al interés superior del menor.

En este caso, el procedimiento de divorcio finalizó en 2014, por lo que no sería de aplicación el artículo 12 para poder reconocer competencia a los tribunales españoles sobre la modificación de medidas planteada.

Dentro del RBII *bis* no existe, en principio, ninguna norma que determine conexión entre la competencia para conocer del proceso en el que se adoptó la medida y la competencia del tribunal ante el que se suscita su modificación, bien es cierto que el art 9 del RBII *bis* regula una excepción a esta regla general que no es de aplicación en este supuesto.¹² El art 9 prevé la posibilidad de que si el menor cambia de estado y adquiere la residencia habitual del último, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la anterior residencia habitual del menor sigan siendo competentes durante los tres meses siguientes al cambio de residencia, para modificar una resolución judicial sobre el derecho de visita dictada antes de que el menor hubiera cambiado de residencia, si el que es titular del derecho de visita con arreglo a la resolución judicial emitida, continúa residiendo habitualmente en el Estado miembro de la anterior residencia habitual del menor.

¹² Peiteado Mariscal, P. (2020). Procesos transfronterizos de modificación de medidas, residencia habitual del menor y competencia interna de los tribunales españoles. *CUADERNOS DE DERECHO TRANSNACIONAL*, 12(2), 1358-1385.

Pero en este supuesto han pasado más de tres meses desde que se cambió la residencia, por lo que se hace imposible la aplicación de este foro especial, además de que en la modificación de medidas se pretende solicitar un cambio de la custodia que como consecuencia generara un cambio del derecho de visita, pero no tiene como finalidad una modificación del derecho de visitas reconocido a D. Marcos.

Es el art. 8 del RBII *bis* el que recoge como foro de general de competencia en esta materia y declara competentes a los tribunales del estado miembro donde tenga su residencia habitual el menor en el momento en el que se presente la demanda.

El criterio de atribución de competencia judicial internacional dependiendo de la residencia habitual del menor ya tuvo su protagonismo en el Convenio relativo a la competencia, ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños (CH96), aunque cabe resaltar, sobre todo, el papel que tuvo en el Reglamento (CE) n° 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes, que fue derogado por el RBII *bis*, en el que se usaba la residencia habitual del menor como criterio para la determinación de la competencia internacional, pero ligado a litigios matrimoniales y haciendo distinción entre si el menor estaba residiendo en el mismo Estado en el que se resolvía el litio (divorcio) o en otro (art 3).¹³ El uso de este criterio de competencia judicial internacional por parte del legislador se basa, principalmente en la importancia de la protección del menor, tanto en el sector de

¹³ MARÍA GONZÁLEZ MARIMÓN “Un paso más en el proceso de armonización del Derecho privado europeo: la concreción por el TJUE del concepto de residencia habitual del menor recogido en el reglamento Bruselas II bis”. *Rev. Boliv. de Derecho* N° 30, julio 2020, ISSN: 2070-8157, pp. 470-495

competencia como en el de ley aplicable. De este modo se refleja también en el considerando 12 de RBII *bis*¹⁴ y en la jurisprudencia.¹⁵

La pregunta que nos debemos hacer en este instante es ¿es Grecia el lugar de residencia habitual de los menores? Los menores se marcharon de España, donde habían vivido siempre, el verano de 2014 (junio). En principio esto era un traslado temporal, pero D^a. Adara se instaló allí con los niños y el resto de su familia. Para poder determinar si a causa de ello, Grecia se considera el lugar de residencia habitual de los menores es necesario que atendamos a la interpretación jurisprudencial que hace el TJUE respecto del RBII *bis*, concretamente del artículo 8, para saber qué es lo que el TJUE entiende por residencia habitual y que criterios considera que se deben de tener en cuenta.

El TJUE fija un conjunto de elementos que sirven de guía para que los organismos jurisdiccionales nacionales puedan determinar el significado de “residencia habitual del menor” en una situación transfronteriza. Algunos de estos elementos van a depender mucho de las circunstancias del supuesto.

2.1 INTEGRACIÓN SOCIAL Y FAMILIAR DEL MENOR (una cuestión central).

Para poder reconocer como residencia habitual de un menor un Estado miembro, es necesario que el menor (o los menores) tengan en él un cierto grado de integración, tanto social como familiar.¹⁶ Es decir, el TJUE entiende que cuando se habla de residencia “habitual” se hace referencia a una cierta estabilidad o regularidad que podemos ver reflejada en diversos factores (duración, condiciones y razones de permanencia en ese Estado, nacionalidad, escolarización, conocimientos lingüísticos, relaciones

¹⁴ (12) “Las normas de competencia que establece el presente Reglamento en materia de responsabilidad parental están concebidas en función del interés superior del menor, y en particular en función del criterio de proximidad. Esto significa por lo tanto que son los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el cual el menor tiene su residencia habitual los que deben ser competentes en primer lugar, excepto en ciertos casos de cambio de residencia del menor o en caso de acuerdo entre los titulares de la responsabilidad parental”.

¹⁵ STJUE de 15 de febrero de 2017 en el asunto C-499/15, W. y V. y STJUE de 15 de julio de 2010, Purrucker, C-256/09, EU: C: 2010:437, apartado 91).

¹⁶ STJUE de 2 de abril de 2009, en el asunto C-523/07, A y STJUE, (Sala Tercera) de 2 de abril de 2009, en el asunto C-523/07, *Korkein hallinto-oikeus–Finlandia*⁵

familiares...). Son los órganos jurisdiccionales nacionales los que se encargan de determinar el lugar de residencia habitual de un menor teniendo en cuenta todas circunstancias particulares que lo acompañan.

El análisis que se hace de esta situación debe de ser, en todo caso, objetivo, por lo que las extrapolaciones entre asuntos deben hacerse siempre con muchísima cautela. El momento relevante para la determinación de la residencia del menor, como expone el art 8 del RBII *bis* es el momento en el que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional. Pero la residencia habitual del menor en su sentido estricto, en ese momento, puede no responder al principio del interés superior del menor, por lo que el TJUE hace una interpretación flexible y siempre priorizando el cumplimiento de este principio.

2.2 FACTORES ESPECÍFICOS QUE PUEDEN INFLUIR EN LA DETERMINACIÓN DE LA RESIDENCIA HABITUAL AL AMPARO DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE.

En el supuesto que se analiza todos los hijos estaban en edad de escolarización en 2015, y esto hay que tenerlo en cuenta junto con el resto de criterios, dada la escasa edad de los menores¹⁷. Los hijos de D. Marcos y D^a Adara eran todavía muy pequeños, por lo que tenían pocos conocimientos lingüísticos, y los pocos que tenían les conectaban con la cultura española. Los vínculos familiares en Grecia eran prácticamente inexistentes, pues la relación con los abuelos maternos se limitaba a los viajes de verano y las video llamadas.

La edad del menor es un criterio esencial a tener en cuenta en la fijación de la residencia habitual. En el asunto que se trata, ninguno de los menores era todavía lactante, caso en el que la integración social y familiar se mide de distinto modo ya que el TJUE reconoce que los factores a tener en cuenta para determinar la residencia habitual de un menor varían en función de su edad, y que nada tendrá que ver la integración social y familiar de un menor lactante con la de un menor en edad de escolarización. En los casos

¹⁷ STJUE Mercredi v. Chaffe (C-497/10 PPU): “(...) su edad puede revestir una especial importancia (...)”

de un menor lactante, el entorno familiar viene establecido por la persona o personas de referencia.

Otro factor relevante es la relación del menor con el otro progenitor, tanto en los casos de menores lactantes como no lactantes. D. Marcos formaba parte del entorno de todos los menores y había tratado de tener un contacto regular con todos ellos, siendo quien se ocupaba principalmente de sus cuidados como consecuencia de la situación psicológica de D^a Adara.

Además, los tres hijos habían sido cuidados y mimados por todo el entorno familiar de D. Marcos, por sus abuelos paternos, tíos, bisabuelos... y fueron criados durante toda su vida por todos ellos, dado que vivían en España y trataban de compensar la falta de atención que los menores tenían por parte de su madre, que sufría en aquel momento algunos problemas psicológicos. Esto es así sobre todo respecto a los hijos mayores, que aun habían creado más vínculos y estaban completamente integrados en el entorno familiar de D. Marcos, pues teniendo en cuenta los ajetreados trabajos de ambos progenitores, era la familia de él la que se encargaba de cuidarlos en numerosas ocasiones (recogerlos del colegio, llevarlos al parque, cuidarlos por las tardes...).

Otros de los criterios tenidos en cuenta por el TJUE a la hora de determinar la residencia habitual de un menor son los de carácter cultural o de nacionalidad, que a pesar de no tener importancia preponderante deben de tenerse en cuenta para sumar argumentos que determinen lo que se debe de entender como residencia habitual del menor. En este caso, los tres hijos son de nacionalidad española y habían sido criados en esta cultura desde su nacimiento.

Un factor que si afecta de forma relevante es la circunstancia geográfica objetiva de presencia física del menor en un estado miembro, por la importancia que proximidad geográfica tiene a la hora de poder proteger el interés superior del menor, el mayor principio sobre el que se asienta el RBII *bis*. La relevancia de la presencia del menor nos la muestra el art 13 del mismo reglamento, que determina la competencia judicial en los casos en los que no es de aplicación el art 12 por la imposibilidad de determinar la

residencia habitual de los menores. De este modo, si no se considera ningún estado como el de residencia habitual, se consideran competentes los órganos jurisdiccionales del estado en el que el menor se encuentra presente en el momento de formular la demanda.¹⁸

Todos estos factores se conjugan de formas muy diferentes dependiendo del caso y se modula su relevancia en atención a las circunstancias específicas.

Pero la residencia habitual del menor solo forma parte del criterio recogido en el foro general. El RBII *bis* también prevé foros especiales que se accionan o actúan solo en determinadas circunstancias, como es el artículo analizado anteriormente. Por lo tanto, sin perjuicio de la regla general del art. 8 y la interpretación del concepto de residencia habitual del menor, existen otros foros que tienen como base teórica el interés superior del menor.

Uno de ellos aparece en el art 10, este precepto prevé un foro especial en casos sustracción internacional de menores y será analizado en un subapartado independiente porque no tuvo relevancia real en el caso que se analiza, dada la inexistencia de este ilícito.

Por otro lado, si ni siquiera por aplicación del art 13 se pudiera deducir la competencia, es decir, si tampoco se pudiera determinar el lugar en el que está presente el menor, por aplicación del art 14, la competencia se declarará en virtud al derecho interno (foro residual).

Por último, el art. 15 permite al órgano jurisdiccional competente sobre el fondo de la materia apreciar que otro Estado miembro está mejor situado para conocer el asunto porque el menor tiene una vinculación especial con dicho Estado miembro y responde al interés superior del mismo. Es decir, cabe la posibilidad de que en caso de que la competencia se le atribuya por el RBII *bis* a los tribunales griegos, ellos entiendan que los menores tienen vinculación especial con España, como así es; siendo los tres hijos de nacionalidad española, teniendo a su padre viviendo allí y teniendo total vinculación con la cultura y la familia de D. Marcos y en función del interés del menor, consideren que están mejor posicionados los organismos judiciales españoles, por esta vinculación y por

¹⁸ Lo mismo sucede en el caso de los refugiados y los menores desplazados internacionalmente a causa de disturbios en su país (art 13.2 del RBII *bis*).

ser los tribunales que se encargaron de sentenciar las medidas definitivas que en su primer momento fueron adoptadas. Por lo tanto, aunque en un principio los tribunales españoles se consideraran incompetentes, podrían ser identificados por los tribunales griegos como los que se encuentran en mejores condiciones para conocer todas las circunstancias de hecho y poder emanar un juicio de mayor calidad.

Pero esto se da únicamente de manera excepcional y es casi inviable que un tribunal al que se le trasfiera la competencia se la devuelva al órgano jurisdiccional que se la ha transmitido.

En resumen, la cuestión relevante y que los tribunales españoles se debieron plantear tras la presentación de la demanda de modificación de medidas es si el traslado de los menores a Grecia, sobre la base de una resolución que no era firme y que por lo tanto podía ser modificada, es suficiente para fundar la residencia habitual del menor en Grecia y, por tanto, la competencia de los tribunales griegos. Si usamos los criterios analizados anteriormente, lo que sucede es que la presencia física de los menores en Grecia en el momento de formularse la demanda es un elemento importante, pero ¿debe ceder ante otra presencia física que también ha existido, la que el menor tuvo en España? Ante esta situación, el tribunal debió de analizar el conjunto de factores objetivos y subjetivos que se han recogido en los anteriores apartados y que ha planteado en numerosas ocasiones el TJUE y resolver mediante Auto (este auto es aportado como ANEXO ÚNICO).

Analizaremos en otro subapartado ese Auto emitido por el Juzgado sobre Violencia de la Mujer nº1 de Zaragoza.

3. Efectos sobre los procedimientos de responsabilidad parental en caso de que se hubiera reconocido la existencia de un supuesto de sustracción internacional de menores por parte del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Zaragoza.

Dentro del marco de protección internacional de los menores tiene mucha relevancia la sustracción internacional o lo que también se conoce como *legal kidnapping*. Cuando hablamos de sustracción internacional de menores nos referimos a los casos en los que

uno de los progenitores, teniendo la custodia de su hijo, lo desplaza a otro Estado impidiéndole al otro progenitor ejercer su derecho de custodia, aunque también se entiende que se produce este ilícito cuando el progenitor que ostenta el derecho de visita no devuelve al menor a su lugar de residencia habitual.

La regulación de este delito aparece en el plano internacional en el RBII *bis* y en el CH80. Además sobre esta materia versa el CLUX80, pero sin embargo no se utiliza apenas en España por lo costoso y lento que es el tradicional mecanismo que utiliza (el exequátur¹⁹), así como por el hecho de que no es aplicable entre los EEMM al aplicarse entre estos el RBII *bis*.²⁰ Existe además algún otro convenio de carácter bilateral como el existente con el Reino de Marruecos de mayo de 1997, pero no es de interés en este trabajo concreto. Por el contrario, sí nos puede ser de interés la Circular 7/2015 emitida por la Fiscalía General del Estado en relación a los instrumentos existentes y el papel del Ministerio Público en la materia de sustracción internacional de menores.

La regulación que hace el RBII *bis* sobre esta materia es muy similar a lo que regula el CH80, y ambos tienen como objetivo final lograr el retorno del menor que ha sido trasladado ilícitamente de un país a otro y garantizar que se cumplan los derechos de custodia y de visita que fueron fijados. Sin embargo, estos instrumentos legales internacionales distan por el hecho de que el CH80 no regula cuestiones como la atribución de la patria potestad o responsabilidad parental.

Como ha sido mencionado anteriormente, en este supuesto no se acordó la existencia de una sustracción internacional de menores por parte del Juzgado nº1 de Violencia sobre la Mujer de Zaragoza de los menores, el cual reconoció lícito el traslado que la madre hizo con los menores a Grecia. Es por ello que este apartado no es el enclave más importante del trabajo y no va a tener un análisis detallado, pero es de interés ver cómo hubiera cambiado el panorama de la competencia judicial internacional en caso de haberse acordado la ilicitud.

¹⁹ El mecanismo que sigue es el siguiente: cuando un menor es trasladado ilícitamente a otro país, y existe sentencia que reconoce custodia y derechos de visita, la restitución se interesa mediante exequatur de la resolución que reconoció esos derechos.

²⁰ ANDRÉS RODRÍGUEZ BENOT (Director), BEATRIZ CAMPUZANO DÍAZ, M^o ANGELES RODRIGUEZ VÁZQUEZ y ALFONSO YBARRA BORES *Manual de Derecho Internacional Privado*, Ed. Tecnos, 2018 Madrid 5^o Edición págs. 202-203

Según el art 3 del CH80 existe sustracción internacional de menores cuando:

- a. *Se haya producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención.*
- b. *Cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.*

En este caso, la custodia de los niños, de los tres, estaba atribuida por la sentencia de divorcio a la madre D^a Adara, lo que podía vulnerarse era el derecho de visita concedido al padre, pero el tribunal no lo consideró de ese modo, esto es, no consideró la existencia de una sustracción internacional en función de su definición en el art 3.a del CH80.

En caso de que la custodia hubiera sido atribuida de manera compartida (como hubiera sido el caso, de no existir el proceso penal contra el padre o si efectivamente se hubiera considerado vulnerado el derecho de visita), ese traslado de los menores podría haber sido considerado ilícito por el juzgado, que hubiera entendido la existencia de una infracción del derecho de custodia. Ello hubiera llevado consigo la posible aplicación del art 11 del RBII *bis* en el que se regula la restitución del menor. Bien es cierto que en ocasiones esa restitución no opera por el propio interés superior del menor, como se ha observado en la jurisprudencia del tribunal en algunos casos en los que el menor era lactante y debía permanecer con la madre debido a su dependencia.²¹ En otros casos se ha denegado la restitución del menor apelando al interés superior de este, por encontrarse muy integrado en el entorno al que había sido trasladado.

Dentro del sistema español, el interés superior del menor se considera, según el art. 2 de la LOPJM, la protección a sus derechos de vida, supervivencia y desarrollo, la satisfacción de sus necesidades más básicas (físicas, educativas, afectivas...), que se desarrolle en un entorno favorable, sin violencia, priorizando que este lugar sea su sitio de origen, que mantenga sus relaciones familiares siempre que sea positivo y posible etc. Todos los criterios que recoge la LOPJM deben de ponderarse para poder reconocer de

²¹ STEDH (Sección Duodécima) Requerimiento núm. 60328/09 de 3 de mayo de 2012 *İlker Ensar Uyanik contra Turquía*

manera efectiva que es lo mejor para el menor en base a este concepto de su interés superior.

Además, existe en el sistema español un procedimiento concreto para los casos de restitución de menores que se encuentra regulado en la LEC, en el artículo 778 *quáter* y *quinquies*. Este procedimiento se iniciará por demanda y tendrá un trato preferente y urgente (art 778 *quáter* 5).

En relación a los efectos que esto podría tener sobre la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental es necesario apuntar que, en caso de que el traslado hubiera sido considerado ilícito y se hubiera acordado la restitución de los menores, serían los tribunales españoles los competentes para conocer sobre la demanda de modificación de medidas, puesto que con base en lo explicado en el apartado VI.2, España se consideraría la residencia habitual de los menores antes del traslado ilícito.

Es la aplicación del art 10 del RBII *bis* lo que permitiría la conservación de la competencia de los tribunales españoles, con el fin de impedir que el secuestrador busque amparo en unos tribunales determinados unilateralmente por él. Concretamente este artículo, que permite la conservación de la competencia, declara competentes en materia de responsabilidad parental a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que residía habitualmente el menor inmediatamente antes del traslado o retención ilícitos, hasta que el menor haya adquirido una residencia habitual en otro Estado miembro y si la persona, institución u organismo que tiene el derecho de custodia ha dado su conformidad al traslado o retención, o bien, si el menor, ha residido en el nuevo Estado durante al menos un año desde que la persona que ostentaba su custodia podía haber conocido su paradero y el menor ya está integrado en ese otro Estado miembro, siempre y cuando no se haya presentado una demanda de restitución, o se haya desistido o archivado o si los órganos jurisdiccionales del Estado miembro, en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos, hayan dictado una resolución sobre la custodia que no implique la restitución del menor.

Pero como se ha puntualizado desde el comienzo, se entendió por parte del Juzgado de lo Penal nº 3 de Zaragoza que el traslado que hizo D^a Adara con los menores a Grecia no constituía un ilícito como es la sustracción internacional, por lo que no pudo entrar en juego este artículo del Reglamento.

4. Análisis del Auto emitido por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Zaragoza.

A raíz de lo detallado en el apartado dos subapartado b) de este trabajo, se ha podido deducir la labor que ostentaba el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº1 de Zaragoza que no era otra que resolver la cuestión de competencia planteada por D^a Adara examinando de manera conjunta todos los criterios que han sido citados, y ponderando las circunstancias concretas del caso y emitir un Auto resolviendo esta cuestión (adjuntado como anexo único). Tal y como se ha analizado a lo largo del trabajo, hay muchos de estos criterios que son objetivos y han sido recogidos en la jurisprudencia del TJUE y deberían de formar parte de la argumentación del juzgado a la hora de decidir sobre su competencia o incompetencia en el supuesto.

Sin embargo, el citado juzgado no realiza ningún tipo de análisis, ni ponderación. En el Auto de resolución de la cuestión de competencia se limita a citar de manera breve la aplicabilidad del RBII *bis*, citar textualmente el foro general que regula el art 8 del mismo y excluir la aplicación de la excepción que contempla el art 9 (FJ primero párrafo tercero). Otra puntualización que hace es apelar a la sentencia que en su momento declaró lícito el traslado de los menores (FJ primero párrafo cuarto). Finalmente, resuelve absteniéndose de conocer del procedimiento por aplicación del art 65.2 de la LEC.²²

Es cierto que el Juzgado no incurre en un típico error que es frecuente, la extrapolación de resultados de otros casos, ya que como se ha recogido en este trabajo, esto se debe de hacer con muchísima cautela. Por este mismo motivo fue muy criticada por ejemplo una resolución de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2019²³ que asentó su decisión final apelando a la argumentación que hizo el TJUE en una sentencia de 2014²⁴, sin poseer estos supuestos la equivalencia necesaria.

²² Art 65.2 de la LEC: “Si el tribunal entendiese que carece de jurisdicción por corresponder el conocimiento del asunto a los tribunales de otro Estado, lo declarará así mediante auto, absteniéndose de conocer y sobreseyendo el proceso. Del mismo modo procederá el tribunal si estimase la declinatoria fundada en haberse sometido el asunto a arbitraje o a mediación.”

²³ AAP Barcelona 480/2019

²⁴ STJUE (Sala 3ª) de 9 de octubre de 2014. Asunto C-376/14 PPU. C/M

Aun así, en mi opinión, la resolución que finalmente fue emitida por el Juzgado es pobre en cuanto a su argumentación. El juzgado debería haber hecho referencia al eje central que se ha mencionado en el presente trabajo, que no es otro que el interés superior de los menores, en el que tiene su base toda regulación de la responsabilidad parental en el RBII *bis* (y en el RBII *ter*). Pero sin embargo, en el Auto emitido y que es anexado en este trabajo, se puede observar que no se hace ningún tipo de alegación a él, ni se argumenta la decisión tomada, es decir, no se cuestiona ni un segundo cual es el lugar de residencia habitual de los menores, dando la sensación de que la resolución ha sido realizada rápidamente, con objeto de “quitarse” el procedimiento de su lista de tareas, bien sea por un retraso del juzgado, por falta de personal o por el desconocimiento en esta materia. Pero en mi opinión ninguna de estas circunstancias debería traer consigo este tipo de resoluciones, que no se trata de una resolución en si errónea, pero si infundada.

5. Reflexiones de futuro: Determinación de la competencia judicial internacional de los tribunales en relación a estas mismas cuestiones dentro del marco jurídico del futuro Reglamento de Bruselas II ter.

Es a partir del 1 de agosto de 2022 cuando se aplicará el Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores, ya conocido como Reglamento Bruselas II *ter*, que viene a ser una refundición del RBII *bis*.²⁵

Se trata de un Reglamento ya en vigor²⁶ y de inminente aplicabilidad que va a constituirse como el eje principal en la Unión Europea en materia de Derecho de Familia.

²⁵ ELENA RODRÍGUEZ PINEAU “La refundición del Reglamento Bruselas ii *bis*: de nuevo sobre la función del derecho internacional privado europeo” Revista Española de Derecho Internacional Sección ESTUDIOS Vol. 69/1, enero-junio 2017, Madrid, pp. 139-165

²⁶ Art 105 del RBII *ter* sobre la entrada en vigor del mismo. El reglamento entró en vigor el 22 de julio de 2019, 20 días después de su publicación en el BOE.

Este va a ser de aplicación en todos EEMM salvo Dinamarca y supone la derogación del RBII *bis* que tanto ha sido nombrado hasta este punto del trabajo.

En relación al ámbito de aplicación que tendrá el RB II ter hay que distinguir los siguientes aspectos: espacial, temporal y material. En cuanto al ámbito espacial, el RB II ter se aplicará en todos los Estados miembros de la Unión Europea, excepto Dinamarca.

Por lo que se refiere al ámbito temporal, la disposición transitoria primera (art. 100.1 RBII *ter*), señala que el Reglamento solo se aplicará “*a los procedimientos incoados, a los documentos públicos formalizados o registrados y a los acuerdos registrados el 1 de agosto de 2022 o después de esa fecha*”. Por lo tanto, se trae a colación este Reglamento por su inminente aplicabilidad, pero no era de aplicación en el momento en el que sucedieron los hechos. Los hechos relatados no entran dentro del ámbito temporal de este novedoso reglamento, aunque si están dentro del resto de ámbitos.

El primero de los artículos del RBII *ter* regula el ámbito material de aplicación, en sentido positivo y en sentido negativo. Desde el lado positivo, el apartado 1 del art. 1 RBII *ter* establece que el Reglamento se aplica a las materias civiles relativas:

a) al divorcio, la separación legal y la nulidad matrimonial;

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

Por lo tanto, la modificación de medidas instada entra dentro del ámbito material de este futuro Reglamento. El ámbito personal es exactamente igual que en el caso del RBII *bis*, por lo que ahorramos la reiteración.

Al igual que sucede con el RBII *bis* se tiene en cuenta que la responsabilidad parental se suele producir en el marco de un proceso matrimonial, por lo que es adecuado que exista un único instrumento que regule ambas materias de manera conjunta, aunque las medidas en relación a la protección de los menores se aplican con igualdad ya se trate de menores con padres casados o no.

Como todos los textos internacionales que afectan de cualquier modo a la situación jurídica de un niño, el RBII *ter* incide en la importancia del interés superior del menor.

El RBII *ter* regula la competencia judicial internacional relativa a litigios sobre responsabilidad parental en la Sección 2 del Capítulo II. Como el RBII *bis*, el RBII *ter* reconoce como foro de competencia general en materia de responsabilidad parental el lugar de residencia habitual del menor (art 7). Si el menor tiene su residencia habitual en un Estado miembro, la aplicación del Reglamento es indiscutible pero esto no es un punto innovador, pues ya existía dentro del anterior Reglamento. Por lo tanto, nuevamente en este Reglamento se deja al criterio del órgano jurisdiccional determinar en cada caso si un menor tiene o no su residencia habitual en un Estado miembro basándose en los hechos aplicables a la situación concreta de ese menor. Así, por ejemplo, la presentación de una demanda de modificación de medidas de responsabilidad parental establecidas por resolución firme se considerara el punto de partida de un nuevo procedimiento como ya se ha esclarecido, y la competencia para conocer de esa demanda se determina en atención a la residencia habitual del menor en ese momento.

Sin embargo, y del mismo modo que sucede en RBII *bis*, el propio reglamento reconoce no solo un fuero general, sino también un abanico de alternativas, algunas que desplazan al fuero general, otras que se aplicaban de manera subsidiaria y otras de manera residual. Hay casos en los que son otros los tribunales mejor posicionados para conocer del caso. Por ejemplo: arts. 8 (fuero de la anterior residencia habitual del menor en casos de cambio legal de residencia del menor de un Estado miembro a otro), 9 (traslado o retención ilícitos de un menor) y 10 (fuero de la presencia del menor), pero mantiene este foro general por razones de economía procesal.²⁷

Un cambio especialmente relevante respecto de RBII *bis* es el que incluye el art 10, que acoge la posibilidad de que las partes elijan el órgano jurisdiccional competente, pues se trata de un artículo que posee la misma esencia que el art. 12 RB II *bis*, aunque con relevantes cambios.

Pero la aplicación de este novedoso artículo 10 del Reglamento BII *ter* está supeditada a que se cumplan una serie de requisitos:

- Que el menor tenga una relación estrecha con el Estado Miembro elegido bien sea por que uno de los titulares de la responsabilidad parental tenga su residencia

²⁷ LUIS F. CARRILLO POZO “El Reglamento Bruselas II *ter* y el interés del menor: elementos para un debate” Rev. núm. 14 Millennium Derecho Internacional Privado. Ed. Tiran lo Blanch (pág. 24).

habitual allí, porque el Estado sea la antigua residencia habitual del menor o porque el menor tenga la nacionalidad de ese estado miembro.

- Que las partes o el titular de la responsabilidad parental hayan acordado la competencia de este Estado de manera libre en el momento de presentar el asunto ante el órgano y hayan aceptado expresamente su competencia a sabiendas de poder no aceptarla.
- Que el ejercicio de la competencia responda al interés superior del menor.

Este mismo artículo 10, en su apartado segundo, contempla la posibilidad de que la demanda sea presentada ante un órgano jurisdiccional por una de las partes y que la otra acepte la competencia del órgano con posterioridad, o simplemente no manifieste su disconformidad y se entienda que existe consentimiento expreso.

Si este Reglamento hubiese sido ya aplicable en el momento en que se produjeron los hechos objeto de análisis por parte de este TFM, este texto hubiera podido conceder la posibilidad a los tribunales españoles de ser competentes en virtud del art 10, por tratarse de los órganos jurisdiccionales del Estado de antigua residencia de los menores, así como del Estado del que son nacionales, siempre y cuando D^a Adara y D. Marcos lo hubiera acordado de manera conjunta, o si D^a Adara no hubiera manifestado expresamente su disconformidad tras la demanda de modificación de medidas presentada en Zaragoza. Se remarca que “*hubiera sido posible*” porque el juez, aun habiendo esa vinculación con España y habiendo las partes acordado la competencia, sería el encargado de valorar si la “prórroga de la competencia” responde al interés superior del menor.

Otra posibilidad que hubiera brindado el RBII *ter* se recoge en su artículo 13. En el RBII *bis* no encontramos un artículo como este, dedicado exclusivamente a regular la transferencia de competencia a petición de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que no tenga competencia, pero no es algo novedoso, pues esta posibilidad está contemplada en el art. 15 RB II *bis* en el cual se reconoce la capacidad a los órganos jurisdiccionales de pedir la transmisión de competencia a los tribunales del lugar de residencia habitual del menor, de manera excepcional. El tribunal al que se le pide el traspaso de competencia deberá de aceptar o denegar el traslado en un plazo de seis semanas, así lo afirma el art 13.2 del RBII *ter*.

Por lo tanto, en relación con la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental, este nuevo Reglamento consigue el objetivo perseguido por el legislador en los considerandos, mantiene la esencia de su Reglamento predecesor pero ganando en claridad expositiva.²⁸ Aunque algunos de los foros de competencia se mantienen intactos, en otros se han introducido modificaciones importantes, como el nuevo art. 10, que a diferencia del art. 12 del RBII *bis*, no condiciona ya en absoluto la elección de foro a la existencia de un procedimiento conexo pendiente ante los tribunales del Estado miembro elegido por las partes, ni matrimonial ni de ningún otro tipo. Por otra parte, en este precepto se incluye también que el tribunal deba asegurarse de que todas las partes han sido informadas de su derecho a impugnar la competencia.

El art. 15 del RBII *bis*, se ha desdoblado en dos preceptos, los arts. 12 y 13 del nuevo Reglamento, con lo que se consigue aportar claridad a este foro. Además se suprime, en los casos en los que la remisión se efectúe de oficio o a petición de un tribunal de otro Estado miembro, la exigencia actual del consentimiento de al menos una de las partes, lo cual hubiera generado posibilidad de actuar a los tribunales griegos y españoles con independencia de las partes intervinientes en el proceso.

VII. CONCLUSIÓN

El principio del interés superior del menor debe de ser valorado no solo a la hora de configurar la norma por parte del legislador, sino también en el momento de aplicarla y de ponerla en práctica por parte de los operadores jurídicos. Pero para ello es necesario que exista un buen sistema procesal civil que haga que, efectivamente, el menor se encuentre protegido.

En todos litigios sobre responsabilidad parental, cuando una de las partes no cumple con las obligaciones personalísimas, se imponen multas o se solicita la alteración del régimen de guarda, custodia o visitas. La primera alternativa perjudica al menor porque,

²⁸ BERNARDO SAN JOSÉ, A. "Las normas de competencia internacional en materia de responsabilidad parental en el Reglamento (UE) 2019/1111 del consejo de 25 de junio de 2019". *CUADERNOS DE DERECHO TRANSNACIONAL*, 12(2), 1243-1289.

entre otras cosas, reduce el patrimonio familiar, pero la segunda comporta además de costes, dilaciones.

Tanto el RBII *bis* como el RBII *ter*, en materia de responsabilidad parental, atribuyen competencia mediante su foro general a los organismos jurisdiccionales del lugar de residencia del menor por su proximidad. Este foro no constituye un sistema de aplicación mecánico, sino que requiere, por parte del juez, de un análisis y de un estudio amplio de las circunstancias, como se ha observado a lo largo del presente trabajo, lo que hace que los procedimientos de esta índole se puedan dilatar en el tiempo. Los juzgados deben de realizar las comprobaciones necesarias para identificar el lugar de residencia habitual del menor, así como el grado de vinculación con ese Estado, lo que puede suponer la paralización de los procedimientos hasta que se obtenga la información necesaria para poder resolver, lo cual, bajo mi punto de vista, perturba el interés del menor. Estos no son los únicos posibles inconvenientes prácticos, sino que en ocasiones también provoca costes de traducción, nuevas asistencias letradas etc. Tratándose de una materia tan sensible como la responsabilidad parental se estima que por el bienestar del menor deberían primar la estabilidad y celeridad de los procedimientos.

En el presente caso, la demanda de modificación de medidas planteada por D. Marcos ante los tribunales españoles no trajo consigo las mejores consecuencias para el cliente y los menores. Finalmente, los tribunales españoles resolvieron la cuestión de competencia planteada por D^a Adara de manera muy simple y sin argumentación alguna, inhibiéndose en favor de los tribunales griegos, lo que supuso una dilación del proceso que no interesaba en modo alguno al padre.

La estrategia que le hubiera planteado yo en este caso al cliente, hubiera sido interponer la demanda ante los tribunales griegos, aludiendo a la estrecha vinculación de los menores con España. Este tribunal podría haber tomado una de las dos decisiones siguientes: por un lado, continuar con el procedimiento en Grecia, con la mayor rapidez posible, para evitar que los niños tuvieran cada vez más arraigo en ese país y con su madre y por otro lado, plantearla allí con el fin de que los tribunales griegos se inhibieran en favor de los españoles, por entender que se encontraban mejor posicionados para la resolución de este procedimiento de modificación de medidas.

Lo interesante en este caso hubiera sido optar por la vía más rápida, atendiendo al RBII *bis* los tribunales competentes eran los griegos, por haberse convertido en la residencia habitual de los menores, así que interponer la demanda allí hubiera acelerado la posible admisión de las modificaciones de medidas, que hubieran sido probablemente aceptadas por el cambio de circunstancias reales de ambas partes.

En conclusión, en esta materia el interés del menor no solo debe verse protegido por la creación de una norma europea que se asiente sobre principio en su configuración, también es necesario que los tribunales nacionales lo tengan en cuenta a la hora de resolver cualquier cuestión de esta índole, y sin duda alguna, es necesario que como letrados nunca se nos olvide dar a nuestro cliente la solución más sencilla, más rápida y la más beneficiosa para él en beneficio y, en este caso, para sus hijos.

VIII. BIBLIOGRAFÍA.

- Libros:

ANDRÉS RODRÍGUEZ BENOT (Director), BEATRIZ CAMPUZANO DÍAZ, M^o ANGELES RODRIGUEZ VÁZQUEZ y ALFONSO YARRA BORES *Manual de Derecho Internacional Privado*, Ed. Tecnos, 2018 Madrid 5^o Edición.

FRANCISCO J.GARCIAMARTÍN ALFÉREZ *Derecho Internacional Privado*, Ed. Civitatis, 2019, Pamplona 5^o Edición.

- Artículos doctrinales

BERNARDO SAN JOSÉ, A. “Las normas de competencia internacional en materia de responsabilidad parental en el Reglamento (UE) 2019/1111 del consejo de 25 de junio de 2019”. *CUADERNOS DE DERECHO TRANSNACIONAL*, 12(2), 1243-1289.

ELENA RODRÍGUEZ PINEAU “La refundición del Reglamento Bruselas ii *bis*: de nuevo sobre la función del derecho internacional privado europeo” *Revista Española de*

Derecho Internacional Sección ESTUDIOS Vol. 69/1, enero-junio 2017, Madrid, pp. 139-165

LUIS F. CARRILLO POZO “El Reglamento Bruselas II ter y el interés del menor: elementos para un debate” Rev. núm. 14 *MILLENIUM* Derecho Internacional Privado. Ed. *Tiran lo Blanch*.

MARÍA GONZÁLEZ MARIMÓN “Un paso más en el proceso de armonización del Derecho privado europeo: la concreción por el TJUE del concepto de residencia habitual del menor recogido en el reglamento Bruselas II bis”. *Rev. Boliv. De Derecho* núm. 30, julio 2020, ISSN: 2070-8157, pp. 470-495.

PILAR PEITEADO MARISCAL “Procesos transfronterizos de modificación de medidas, residencia habitual del menor y competencia interna de los tribunales españoles”. *Cuadernos de derecho transnacional*, (2020). 12(2), 1358-1385.

- **Recursos web**

Diccionario Panhispánico de español jurídico <https://dpej.rae.es/>.

- **Jurisprudencia comunitaria y española:**

STJUE de 15 de julio de 1964, en el asunto C-6/64, *Flaminio Costa contra E.N.E.L* Rec. 1964 01141.

STJUE de 15 de febrero de 2017 en el asunto C-499/15, W. y V.

STJUE de 15 de julio de 2010, Purrucker, C-256/09, EU: C: 2010:437.

STJUE de 2 de abril de 2009, en el asunto C-523/07.

STJUE, (Sala Tercera) de 2 de abril de 2009, en el asunto C-523/07, *Korkein hallinto-oikeus–Finlandia*.

STJUE de 15 de febrero de 2017, W., V. y X. (ECLI: EU: C: 2017:118).

STS 5 de mayo de 1998.

Sentencia AAP de Barcelona 480/2019.

STJUE (Sala 3ª) de 9 de octubre de 2014. Asunto C-376/14 PPU. C/M.

STJUE Mercredi v. Chaffe (C-497/10 PPU).

STEDH (Sección Duodécima) Requerimiento núm. 60328/09 de 3 de mayo de 2012 *İlker Ensar Uyanik contra Turquía*.