

Trabajo Fin de Grado

La voz del menor en el Reglamento 2019/1111

The voice of the minor in Regulation 2019/1111

Autor

Ana Cristina Lasala Huerta

Director

María Pilar Diago Diago

Facultad de Derecho / 2022

RESUMEN:

Con el objetivo de los Estados miembros de la Unión Europea de crear un ambiente de libertad, seguridad y justicia en el que se garantice la libre circulación de personas entrará en vigor en agosto de 2022 el Reglamento 2019/1111, con el que se pretende resolver múltiples problemas que surgen aplicando el aún vigente Reglamento 2201/2003. Se analizará el interés del menor en los aspectos de responsabilidad parental y sustracción internacional de menores a la luz de la normativa de la Unión.

ABSTRACT:

With the aim of the Member States of the European Union to create an environment of freedom, security and justice in which the free movement of people is guaranteed, Regulation 2019/1111 will enter into force in August 2022, which aims to solve multiple problems arising from the application of the still current Regulation 2201/2003. The importance of the minor and his/her voice in parental responsibility and international child abduction will be analyzed.

ÍNDICE

ABREVIATURAS:	4
INTRODUCCION:	5
DESARROLLO:	7
I. NOCIONES INTRODUCTORIAS:	7
II. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO:	9
1. CONCEPTO	9
2. NOTAS CARACTERIZADORAS Y ÁMBITO DE APLICACIÓN	9
3. PROCESO DE AUDIENCIA DEL MENOR	11
III. EVOLUCION:	12
1. ANTECEDENTES:	12
1.1. Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores	13
1.2. Convenio de La Haya de 1996 sobre responsabilidad parental	14
1.3. Convención de Derechos del Niño de 1989	15
1.4. Reglamento Bruselas II	16
2. OTRAS REGULACIONES	17
3. REGLAMENTO BRUSELAS II BIS	19
3.1. Interpretación del TJUE sobre el derecho de audiencia del menor	21
3.2. Problemática y necesidad de cambio	23
4. REGLAMENTO BRUSELAS II TER	25
4.1. Propuesta de la Comisión de 2016	25
4.2. “Punto y aparte”	26
4.3. ¿Resultado eficiente?.....	30
CONCLUSIONES:	33
BIBLIOGRAFÍA:	35

ABREVIATURAS:

Art.: artículo

CDFUE: Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

CDN: Convención de Derechos del Niño

CEDH: Convención Europea de Derechos Humanos

CH: Convenio de la Haya

LEC: Ley de Enjuiciamiento Criminal

LOPM: Ley Orgánica de Protección del Menor

Nº.: número

OG: Observación General

ONU: Organización de Naciones Unidas

P.: página

REDI: Revista de Estudios de Derecho Internacional

TC: Tribunal Constitucional

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

UE: Unión Europea

INTRODUCCION:

El ámbito de la protección de menores es uno de los sectores más influidos por los derechos fundamentales. Los menores de edad tienen derecho a expresar su opinión libremente y a ser escuchados en aquellos asuntos que les afecten cuando conduzcan a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social (art. 9 LOPM, de 15 de enero).

La necesidad de respetar los derechos y libertades fundamentales, especialmente en el derecho de familia y en el ámbito de la protección de la persona, según los autores Benot y Moura¹ reclaman a los legisladores adaptar la normativa.

El objetivo principal de este trabajo es analizar los cambios realizados por los legisladores de la UE en el nuevo Reglamento Bruselas II ter² que entrará en vigor en agosto de 2022, y comprobar si realmente subsana las deficiencias del Reglamento Bruselas II bis³ actualmente vigente.

Las cuestiones de responsabilidad parental y sustracción de menores, es donde se han planteado mayores problemas tal y como corroboran estudios y trabajos previos a

¹ MOURA RAMOS, R. M., & RODRÍGUEZ BENOT, A (2016). *Evolución reciente del Derecho internacional privado de familia en los Estados miembros de la Unión Europea* (1ª edición). Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

² 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.

³ REGLAMENTO (CE) N^o 2201/2003 DEL CONSEJO, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n^o 1347/2000 (DO L 338 de 23.12.2003, p. 1).

instancias de las propias instituciones europeas⁴. Esta propuesta de modificación, pretende mejorar la protección de los menores, en especial, aquellos casos en los que se han verificado fallos en el funcionamiento. Los estudios previos realizados por las instituciones europeas han permitido señalar deficiencias, entre ellas: la audiencia del menor.

Este análisis nos permitirá comprobar si realmente responde al “ interés superior del menor y/o a una integración que permita potenciar el principio del reconocimiento y confianza mutuos”⁵.

Es conveniente, para una mejor comprensión, empezar por aclarar los conceptos que serán de interés para la comprensión del tema. En la segunda parte, se expondrán los materiales precedentes en el ámbito de responsabilidad parental y brevemente en el ámbito de sustracción de menores. También, se analizará el Reglamento y veremos qué cambios se han introducido y a qué necesidad responden. Y, finalmente se estudiará las ventajas y desventajas que supone.

⁴ *Estudio sobre la evaluación del Reglamento (CE) n.º 2201/2003 y las opciones políticas para su modificación.* (2016); véase el Informe final de evaluación.

⁵ CAÑAMARES ARRIBAS, S. Universidad Complutense de Madrid, *Los trabajos legislativos precedentes a la aprobación del Reglamento 1347/2000, del Consejo de la Unión Europea, de 29 de mayo, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre hijos comunes* “*Cuestiones actuales de Derecho Comparado*”. p. 219).

DESARROLLO:

I. NOCIONES INTRODUCTORIAS:

El derecho de los niños a ser escuchados y a que sus opiniones se tomen en serio, además de tener dimensión propia, está estrechamente vinculado con otro de los principios fundamentales del Derecho Internacional Privado: el interés superior del niño, y la consiguiente consideración primordial en los procesos que le afecten. Este derecho aparece consagrado en el apartado primero del artículo tercero de la Convención de Derechos del Niño «En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño».

A partir de los años ochenta del siglo pasado, se produjeron unos cambios sociales que tuvieron su impacto en el concepto jurídico del menor. El menor era un sujeto necesitado de protección, pero sin derechos propios.

Es por tanto ese interés superior del menor el que obliga a que se haga un trámite de audiencia como garantía procesal sobre los asuntos que le afectan ⁶.

Desde entonces, el derecho del menor a ser escuchado es un derecho humano ampliamente reconocido en el ámbito internacional, pues por ejemplo en 1989 se elabora la Convención sobre los Derechos del Niño ⁷. Pero, a pesar de que estos derechos eran

⁶ ONU: Comité de los Derechos del Niño (CRC), *Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*, § 91. 29 mayo 2013, CRC /C/GC/14, Disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org/es/docid/51ef9aa14.html> [Accesado el 26 abril 2022].

⁷ «Los derechos de la infancia están plenamente estipulados en la Convención sobre Derechos del Niño. Elaborada durante 10 años con las aportaciones de representantes de diversas sociedades, culturas y religiones, la Convención fue aprobada como Tratado internacional el 20 de noviembre de 1989» ONU: Asamblea General, *Convención sobre los Derechos del Niño*, 20 noviembre 1989, United Nations, Treaty Series, vol. 1577, p. 3, disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org/es/docid/50ac92492.html> [Accesado el 26 Abril 2022]

exigibles tanto por el sistema de protección de derechos fundamentales de la Unión Europea en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, como el del Consejo de Europa a través de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el Comité de Derechos del Niño de la ONU, la práctica estaba demostrando la dificultad de garantizarlo porque aun cuando muchos países tenían leyes que protegían a la infancia, algunos no las respetaban. El organismo UNICEF asegura que «Los progresos han sido desiguales, y algunos países estaban más retrasados que otros en la obligación de dar a los derechos de la infancia la importancia que merecen»⁸.

Es lógico afirmar que el cambio producido por el Reglamento Bruselas y sus refundiciones mejora la regulación existente. Se ha reforzado el principio de audiencia del menor como un criterio necesario para definir el interés superior del menor.

La rotundidad de este postulado se deriva de la posición de partida de que los niños, tienen menores posibilidades que los adultos de defender con fuerza sus intereses, en unas áreas de toma de decisiones que no están diseñadas para ellos. Además, se suma el riesgo de abuso por parte de las autoridades, fruto de determinaciones preconcebidas por razones ideológicas; o por los padres, tutores o profesionales implicados, en busca de un interés propio⁹. Por ello, el deber de escuchar la opinión del niño es una garantía frente a cualquier riesgo¹⁰. El TC ha indicado que «sobre los poderes públicos, y muy en especial sobre los órganos judiciales, pesa el deber de velar por que el ejercicio de esas potestades por sus padres o tutores [...] se haga en interés del menor y no al servicio de otro intereses, que por muy lícitos y respetables que puedan ser, deben postergarse ante el “superior” del niño» (STC 141/2000, FJ 5).

⁸ COMITÉ ESPAÑOL, U. N. I. C. E. F. (2006, junio). *Convención sobre los derechos del niño*. UNICEF. Recuperado 27 de abril de 2022, de <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

⁹ A este respecto el Tribunal Constitucional ha indicado que «sobre los poderes públicos, y muy en especial sobre los órganos judiciales, pesa el deber de velar por que el ejercicio de esas potestades por sus padres o tutores, o por quienes tengan atribuida su protección y defensa, se haga en interés del menor (STC 141/2000, FJ 5)

¹⁰ ONU: Comité de los Derechos del Niño (CRC), *Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*, § 34, 29 mayo 2013, CRC /C/GC/14, disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org/es/docid/51ef9aa14.html> [Accesado el 27 Abril 2022]

II. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO:

1. CONCEPTO

El interés superior del menor es un conjunto de acciones y procesos tendentes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, y alcanzar el máximo bienestar posible¹¹.

El derecho es renunciable, ya que es una opción y no una obligación. Por ello, debe ejercerse con libertad, evitando las presiones. La seguridad para el niño y una correcta evaluación del riesgo que pueda tener el hecho de expresar su opinión ha de ser una prioridad de todo proceso de escucha.

El derecho del menor a ser oído es un concepto triple: derecho, principio y norma de procedimiento. Es un derecho de los menores a anteponer sus propios intereses. Es un principio porque admite más de una interpretación – aunque siempre deberá primar la más efectiva para el menor-. Y es una norma procesal ya que en el procedimiento deberá incluir una estimación de las posibles consecuencias.

Si bien, estamos ante un concepto complejo y poco singular, que debe determinarse caso por caso. Pero, la concreción en un caso particular implica siempre dos pasos: evaluar los elementos relevantes para ver cuáles van a ser los intereses en juego; y la determinación de un proceso estructurado y con garantías estrictas.

2. NOTAS CARACTERIZADORAS Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

El derecho del niño a ser escuchado se concreta en una serie de notas caracterizadoras: identidad y edad¹².

¹¹ Interés superior del niño. (2021, 5 abril). En *Wikipedia*. https://es.wikipedia.org/wiki/Interés_superior_del_niño

¹² ONU: Comité de los Derechos del Niño (CRC), *Observación general N° 12 (2009) : El derecho del niño a ser escuchado*, § 28, 20 Julio 2009, CRC/C/GC/12, disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org/es/docid/4ae562dc2.html> [Accesado el 27 Abril 2022].

Debe ser escuchado todo niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, partiendo siempre de una presunción. La capacidad de formarse un juicio propio no precisa que el niño tenga un conocimiento absoluto de todos los aspectos del problema surgido.

Para comprobar el juicio del niño, se atenderá a datos identificativos como la nacionalidad, la propia personalidad o el entorno familiar, pero también a características externas, como el género y la cultura. En ocasiones, se atenderá a gestos no verbales como la expresión corporal o en destrezas de pintura o juegos.

Al hilo de esta nota caracterizadora, los menores incapacitados deberán, igualmente atendiendo a su grado de discapacidad, tener a su disposición los modos de comunicación que necesiten para facilitar la expresión de sus opiniones.

No procede establecer límites mínimos de edad, sino que ha de determinarse caso por caso. Los niveles de comprensión de menores no van vinculados de manera uniforme a la edad biológica, así lo demuestran varios estudios psicológicos¹³.

En el momento de redactar el Convenio de la Haya (al que se hará referencia más adelante), fracasaron los intentos de fijar una edad concreta, por ello, al igual que en muchas normas relativas a menores, como por ejemplo en el ámbito nacional español el artículo 1 de la LOPM o el artículo 770.1. 4ª de la LEC, no marcan una edad mínima. El motivo por el cual no se fija, es porque cada niño es diferente; ya que en alguna ocasión se puede considerar que tiene más madurez un menor de 8 años, que otro de 14. Sólo está el límite de la mayoría de edad como máximo.

La duda surge con los menores emancipados. Si bien, como hemos comentado anteriormente, el principio interpretativo de "interés del menor" evidencia la lectura extensiva del concepto.

¹³ CASO SEÑAL, M., y otros. *La audiencia del menor en los procedimientos de familia* (2011), p. 26

Como excepción, un menor puede no ser oído si no se ha considerado convenientemente maduro. Esta salvedad debe interpretarse de manera muy restrictiva.

3. PROCESO DE AUDIENCIA DEL MENOR¹⁴

La audiencia puede tener diversos sentidos dependiendo del objetivo del procedimiento. Por ejemplo, en un procedimiento sobre la custodia, el objetivo suele ser encontrar el entorno más favorable para la residencia del menor; o por ejemplo en sustracción de menores, el propósito es determinar en qué medidas puede correr peligro el menor.

La seguridad para el niño y una correcta evaluación del riesgo ha de ser una prioridad de todo proceso de escucha.

La determinación del interés superior del menor no requiere por lo común de la necesidad de recurrir a procesos oficiales, ya que se lleva a cabo por padres, tutores, profesores y otras personas. Ahora bien, en los procesos en los que se reclama una intervención pública, será necesaria una mayor estructuración.

Resulta fundamental que el niño esté informado sobre el derecho a expresar su opinión, sobre las formas en que puede hacerlo y sobre los efectos que ello implica, así como el tiempo y lugar en que se desarrollará la escucha.

La audiencia debe ser realizada en un contexto que inspire confianza. El acto de escucha no se agota en sí mismo, sino que se comunicará al menor el resultado del proceso. Por ello, el ordenamiento debe prever vías específicas de recurso cuando el niño considere que su derecho no ha sido satisfecho.

El juez deberá escuchar al menor en cualquier momento del proceso antes de adoptar la decisión de retorno o no.

¹⁴ ONU: Comité de los Derechos del Niño (CRC), *Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*, § 48-76, 29 mayo 2013, CRC /C/GC/14, disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org/es/docid/51ef9aa14.html> [Accesado el 27 Abril 2022]

Para garantizar este derecho, todas personas con responsabilidad en estos procesos han de disponer de una formación específica en habilidades para el trato con los menores. Así, se abunda en la necesidad de intervenciones interdisciplinarias.

También, el juez deberá ponderar todos los derechos que hay en conflicto, y como consecuencia de ello, en muchas ocasiones la opinión del menor puede no ser determinante, pero esto, no quiere decir que se banaliza el acto de la escucha del menor.

Independientemente de las consecuencias que este proceso pueda generar, el menor siempre tendrá derecho a ser escuchado.

III. EVOLUCION:

1. ANTECEDENTES:

En este punto del trabajo se hará un breve recorrido de los instrumentos legislativos precedentes. Todos los textos internacionales mencionados, en los que se recoge el derecho a la audiencia del menor como derecho humano se aplican en el contexto de responsabilidad parental, y de forma algo más escueta en el ámbito de sustracción internacional de menores.

Para una mejor comprensión del contenido y alcance del Reglamento 2019/1111 y entender su finalidad, se expondrán los antecedentes y se verá la evolución de la materia tratada. Este, viene a sustituir al Reglamento 2201/2003 (Bruselas II bis), que a su vez sustituyó al Reglamento 1347/2000.

Se tratarán los distintos Convenios de La Haya como base para esclarecer los conceptos de “sustracción de menores” y “responsabilidad parental”. Además, se verá la Convención de Derechos del Niño y se comentarán algunas de sus Observaciones, junto con la Carta Europea de Derechos Humanos y otros textos legislativos, con el objetivo de comprender la importancia del el derecho del menor a ser oído.

1.1. Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores

El Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores protege al menor en los casos de sustracción o retención ilícita en el ámbito internacional¹⁵.

Es un convenio atípico dentro de los Convenios de Derecho Internacional Privado, puesto que no se limita a atribuir la competencia o a regular un procedimiento de ejecución, sino que obliga a una actuación concreta¹⁶: su objetivo es proporcionar un procedimiento para conseguir su pronta restitución, es decir, trasladar al menor a donde tenga su residencia habitual, siempre que sea en uno de los Estados contratantes (así lo establece el artículo 1 del propio Convenio).

Los autores del Convenio entendieron que la inmediata restitución al lugar de residencia habitual es en base al interés superior del menor¹⁷.

Este Convenio, incorporó el derecho de los menores de edad a expresar su opinión incluso antes de la adopción de la Convención de los Derechos del Niño de 1989. Pues como en el momento de adoptarse el CH80 aún no existía la CDN, no hay duda para Adriana de Ruitter¹⁸ de que a la fecha toda la normativa protectora de menores debe interpretarse a la luz de La Haya de 1980. Así, se ve como el artículo 13 del Convenio incorpora de forma escasa el derecho a que la opinión sea tenida en cuenta.

¹⁵ MARÍN PEDREÑO, C., *Sustracción internacional de menores y proceso legal para la restitución del menor*, Editorial Ley 57, Alhaurín el Grande, 2015, p. 19.

¹⁶ DE RUITER, A., vocal de ASIME y abogada en TULP ABOGADOS. *La voz del menor en la sustracción internacional de menores. "Sustracción parental de menores: aspectos civiles, penales y procesales"*: Madrid 21 a 23 de junio de 2017. Disponible en: <https://www.fiscal.es/documents/20142/100691/Comunicación+Adriana+de+Ruitter.pdf/c1133b7f-edcf-3aa4-f9eb-bf405f500339>

¹⁷ DYER, ADAIR, *Questionnaire on international child abduction by one parent*, Preliminary Document. 1 de agosto 1978, www.hcch.net, p.47.

¹⁸ DE RUITER, a., vocal de ASIME y abogada en TULP ABOGADOS. *La voz del menor en la sustracción internacional de menores. "Sustracción parental de menores: aspectos civiles, penales y procesales"*: Madrid 21 a 23 de junio de 2017. Disponible en: <https://www.fiscal.es/documents/20142/100691/Comunicación+Adriana+de+Ruitter.pdf/c1133b7f-edcf-3aa4-f9eb-bf405f500339>

La correcta aplicación del Convenio facilita igualmente el cumplimiento de otros Convenios, como el de La Haya de 1996 en materia de responsabilidad parental¹⁹.

1.2. Convenio de La Haya de 1996 sobre responsabilidad parental

El Convenio de La Haya de 1996 relativo a la Competencia, Ley Aplicable, Reconocimiento, Ejecución Y Cooperación En Materia De Responsabilidad Parental sustituyó el concepto de “relación de autoridad” del Convenio de La Haya de 1961, por el de “responsabilidad parental”²⁰.

La noción de responsabilidad parental que ofrece el Convenio en el apartado segundo de su artículo primero²¹ es amplia, puesto que cubre la responsabilidad relativa a la persona del niño, la relativa a sus bienes, y de forma general, la representación del menor.

El Convenio de 1996 refuerza el Convenio de 1980 porque «subraya el papel primordial de las autoridades del lugar de residencia habitual del niño [...] y aumenta también la eficacia de las medidas de protección temporal dictadas por el juez [...]»²².

Si bien, aunque el término de “responsabilidad parental” se introdujo por primera vez en este Convenio, y también – aunque de forma más escasa- en el Reglamento Bruselas II, no será hasta el Reglamento Bruselas II bis cuando se desarrolle en profundidad su alcance.

¹⁹ Ibis, p.16

²⁰ LAGARDE, P., (1997). *Informe explicativo del Convenio de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación en materia de responsabilidad parental* (Texto adoptado por la Decimoctava sesión). Disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/aa132b31-385d-4a66-b8d9-2d362053ed75.pdf>

²¹ «2. A los fines del Convenio, la expresión «responsabilidad parental» comprende la autoridad parental o cualquier otra relación de autoridad análoga que determine los derechos, poderes y obligaciones de los padres, tutores o de otro representante legal respecto a la persona o los bienes del niño». Art. Primero del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996.

²² Traducción preparada por los Profesores BORRÁS Y GONZÁLEZ CAMPOS - "Recopilación de los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (1951-2007), coordinación y estudio preliminar de Alegría Borrás y Julio D. González Campos, 2ª edición, Madrid (Editorial Marcial Pons), 2008" - y revisada en colaboración con el Ministerio de Asuntos Exteriores de España y la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

Al igual que el CH80, este Convenio de 1996, también incorpora el derecho del menor a ser oído en su artículo 23.2.b).

1.3. Convención de Derechos del Niño de 1989

La Organización de Naciones Unidas aprobó en 1948 la Declaración Universal de los Derechos Humanos que, implícitamente, incluía los derechos de la infancia²³.

La preocupación por la infancia aparece en declaraciones y convenios internacionales desde el siglo XX, pero no es hasta 1989 cuando se aprueba el texto normativo «de vocación universal»²⁴.

El artículo 12 de ésta, es una de las aportaciones más importantes al derecho internacional, que declara a los niños como sujetos de derechos, es decir, supone una transformación del enfoque tradicional que dota a los menores con opiniones propias²⁵.

Este artículo eleva el derecho a opinar a la categoría de principio general²⁶. Cuando se habla de principios en un sistema jurídico basado en el reconocimiento de derechos, puede afirmarse que «los principios son derechos que permiten a su vez ejercer otros y resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos»²⁷.

Además, el propio Comité elabora distintas Observaciones²⁸ para ayudar a la adecuada interpretación y aplicación de los derechos de la infancia según el CDN. En la línea de este trabajo, incumben sobre todo la Observación número 12 (2009) y 14 (2013) relativas

²³ UNITED NATIONS. (1948, 10 diciembre). *La Declaración Universal de Derechos Humanos / Naciones Unidas*. Recuperado 4 de mayo de 2022, de <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

²⁴ DEFENSOR DEL PUEBLO. (2014, mayo). *Estudio sobre La escucha y el interés del menor*, p 10, Editorial MIC.

²⁵ *Ibis* p.13

²⁶ Así lo afirmó el Comité de Derechos del Niño en su primer periodo de sesiones de 1991.

²⁷ DEL MORAL FERRER, A. J., *El derecho a opinar de niños, niñas y adolescentes en la Convención sobre los Derechos del Niño*. Cuestiones Jurídicas [en línea]. 2007, I(2), 73-99 [fecha de Consulta 5 de Mayo de 2022]. ISSN: 1856-6073. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=127519340005>

²⁸ Son documentos de extensión variable que de forma periódica elabora el Comité de Derechos del Niño.

al “derecho del niño a ser escuchado” y “el principio del interés superior”, respectivamente.²⁹

Por tanto, se ve que, a partir de este momento, la opinión del menor y su derecho “a ser oído” empieza a cobrar vida³⁰.

1.4.Reglamento Bruselas II

El Reglamento 1347/2000 surge a raíz de unas circunstancias que van dando forma a la estructura de la Unión Europea³¹.

El Reglamento Bruselas II³² se limitó a introducir la “responsabilidad parental” a su texto, careciendo de una definición de esta ***Mira el art. 1 del Reglamento y consigna lo que en realidad dice “custodia y D de visita, acogimiento etc ***No encuentro la referencia al derecho de custodia en el art. 1 del Reglamento 1347/2000, sin embargo, si aparece en el art. 1 del REGLAMENTO BRUSELAS II BIS ¿Cómo debo relacionarlo con la visita, etc?****Me refiero a que marques la diferencia con Bruselad II ter y Bruselas II aunque luego lo explques más, porque sino queda muy descriptivo.** Consiguió que este concepto tuviese un cierto potencial unificador, al ser usado por otros convenios, especialmente por el comentado Convenio de La Haya de 1996.

²⁹ *Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño*. (2021, 27 octubre). Plataforma de Infancia. Recuperado 19 de mayo de 2022, de <https://www.plataformadeinfancia.org/derechos-de-infancia/observaciones-generales-comite-derechos-del-nino/>

³⁰ Véase artículo 12 CDN en relación con el artículo 9 LOPM.

³¹ Véase Preámbulo del Reglamento 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre hijos comunes: «*Los Estados miembros se han fijado el objetivo de mantener y desarrollar la Unión como un espacio de libertad, seguridad y justicia en el que esté garantizada la libre circulación de personas. Para establecer progresivamente tal espacio, la Comunidad adopta, entre otras, medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil necesarias para el buen funcionamiento del mercado interior*».

³² REGLAMENTO (CE) N^o 2201/2003 DEL CONSEJO, de 27 de noviembre de 2003 , relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n^o 1347/2000 (DO L 338 de 23.12.2003, p. 1)

No se hacía referencia a los motivos de su inclusión en su ámbito de aplicación, aunque se deduce del Considerando 11 del Reglamento Bruselas II ³³ que la razón estribaba en que esta materia aparecía vinculada a los procesos de crisis matrimoniales.

Algo similar, ocurría con el concepto de “sustracción internacional de menores”, pues el Reglamento 1347/2000 únicamente contenía un precepto relacionado con este término. El artículo cuarto del Reglamento Bruselas II remitía al -ya descrito- Convenio de La Haya de 1980.

Si bien, «constituyó un hito significativo en la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia»³⁴ puesto que ya establecía normas armonizadas sobre jurisdicción y sobre reconocimiento y ejecución en materia matrimonial y de familia. Pero, su periodo de vigencia fue muy corto, ya que cuatro años más tarde fue derogado por el consiguiente Reglamento Bruselas II bis.

En opinión de la escritora Marimón, «Frente a esta limitada regulación, el Reglamento Bruselas II bis implicó un quiebre innegable, suponiendo un antes y un después en la materia estudiada»³⁵.

2. OTRAS REGULACIONES

Fuera del marco concreto de las Naciones Unidas, el derecho de audiencia del menor está establecido en otros instrumentos internacionales e incluso nacionales. Particularmente en el Convenio Europeo sobre el ejercicio de los Derechos de los Niños de 1996, en su artículo tercero, donde se establece lo siguiente:

“Cuando según el derecho interno se considere que un niño tiene el suficiente discernimiento se le reconocerán, en los procedimientos que le afecten ante una

³³ «El presente Reglamento abarca la responsabilidad parental sobre los hijos de ambos cónyuges en cuestiones estrechamente vinculadas con un procedimiento de divorcio, separación judicial o nulidad». Considerando (11) del Reglamento (CE) nº 1347/2000, del Consejo, de 29 de mayo.

³⁴ MARIMÓN, M. G. (2021). *Menor y responsabilidad parental en la Unión Europea (Monografías)* p. 58 (1.ª ed.). Tirant Lo Blanch.

³⁵ *Ibid.* p.59

autoridad judicial, los siguientes derechos cuyo ejercicio podrá exigir por sí mismo: (...) b) ser consultado y expresar su opinión(...).”.

En el ámbito del Consejo de Europa, es imprescindible nombrar el Convenio Europeo de Derechos Humanos, que, aunque no tenga una referencia expresa al derecho del menor, se extrae que el derecho del menor a ser oído forma parte del artículo 6 en relación con el artículo 8 del CEDH.³⁶

Además, el propio Consejo de Europa ha desarrollado la práctica de este derecho a través de sus Directrices de 2010, las cuales forman parte del Programa del Consejo de Europa “Construir una Europa para y con los niños”.³⁷

También en el contexto de la Unión Europea, hay que mencionar la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, concretamente el artículo 24 el cual estipula que “*los niños tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente.*”³⁸. Como se comentará a continuación, el Considerando 33 del Reglamento Bruselas II bis admite la importancia de dicho artículo, y que posteriormente hará el Reglamento Bruselas II ter en su Considerando 19.

Finalmente, en el ámbito nacional de España, el legislador se ha visto influenciado por los textos internacionales e incorporó el derecho de oír al menor en la legislación española. El propio artículo 39 de la Constitución recoge “la protección integral de los hijos”³⁹.

Sin embargo, es en el artículo 9 de la LOPM⁴⁰ donde se regula de forma expresa el derecho de audiencia del menor. El sistema jurídico español incluye una diversidad de

³⁶ Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea & Tribunal Europeu dels Drets de l’Home. (2016). *Manual de legislación europea sobre los derechos del niño*. Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, p.31.

³⁷ EUROPEAN COMMISSION. Directorate-General for Justice & Council of Europe (Strasbourg). (2015). *Directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa para una justicia adaptada a los niños*. Publications Office.

³⁸ Véase Parlamento Europeo, Consejo y Comisión. (2007, diciembre). *Explicaciones (*) sobre la carta de los derechos fundamentales (2007/C 303/02)*. Diario Oficial de la UE. [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32007X1214\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32007X1214(01)&from=EN)

³⁹ Lectura recomendada de NÚÑEZ RIVERO, C. y ALONSO CARVAJAL, A.: “*La protección del menor desde un enfoque del Derecho Constitucional*”.

⁴⁰ Ley Organica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

artículos relativos a tal derecho en situaciones ya más concretas. Ejemplo de esto es el artículo 92.6 del Código Civil⁴¹ en relación con la guarda y custodia, o el artículo 777.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁴², entre otros.

3. REGLAMENTO BRUSELAS II BIS

El Reglamento 2201/2003 surge para «mejorar la protección de los menores, en particular en aquellos supuestos en los que se han verificado fallos de funcionamiento del sistema» asegura Elena R. Pineau⁴³.

En la parte relativa a las cuestiones de responsabilidad parental, incluyendo los temas de sustracción internacional de menores, las modificaciones son muchas, pero de pequeña entidad, con lo que se pretende sin duda es mejorar tanto el funcionamiento del Reglamento como su aplicación conjunta con los Convenios de La Haya, especialmente el de 1980 sobre sustracción de menores. Pero este Reglamento no facilita precisamente el trabajo de los operadores jurídicos que pueden tener dificultades para identificar precisamente cuales sean esos cambios⁴⁴.

No cabe duda de que se ha conseguido la unificación y un contexto de cooperación judicial entre los Estados miembros de la Unión Europea que permite a los menores, mantener la relación con las personas que tienen su responsabilidad parental, cuando las relaciones familiares se rompen⁴⁵.

La responsabilidad parental es un término que incluye “*los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución*”

⁴¹ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>

⁴² Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>

⁴³ RODRÍGUEZ PINEAU, E. (2017). *La refundición del reglamento bruseles ii bis: de nuevo sobre la función del derecho internacional privado europeo**. REDI, 69.1, p. 140–142.

⁴⁴ BORRÁS, A. (2019). *Bruselas II, Bruselas II bis, Bruselas III ter. . .* Revista Electrónica de Estudios Internacionales, 38, 1–5. <https://doi.org/10.17103/reei.38.01>

⁴⁵ GOÑI RODRÍGUEZ, M. (2014). *La unificación del Derecho de Familia Europeo ¿quimera o realidad?* Dialnet, 62. Nº 2, p. 235–286.

*judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor”*⁴⁶.

El articulado del texto define expresamente que su ámbito de aplicación material será el de la responsabilidad parental. Así, el Reglamento 2201/2003 ofrece dos definiciones de responsabilidad parental en su artículo primero.

El mismo texto admite la importancia de la audiencia del menor en estos procedimientos al establecer en el Considerando 19 que «La audiencia del menor desempeña un papel importante en la aplicación de este Reglamento, sin que éste tenga por objeto modificar los procedimientos nacionales aplicables en la materia».

Sin embargo, más allá de los Considerandos, el Reglamento no contiene apenas referencias a la audiencia del menor como derecho fundamental. Se limita a recoger algunas referencias concretas, sin hacer alusión a tal derecho de una forma genérica⁴⁷. Ejemplo de ello es el artículo 11 del Reglamento Bruselas II bis relativo al procedimiento de retorno del menor tras un hecho de sustracción de menores, o el artículo 23 apartado b) del mismo que trata sobre denegar el reconocimiento de una resolución en materia de responsabilidad parental.

Más específicamente, los artículos 41 y 42 del Reglamento Bruselas II bis, exigen al Juez del Estado miembro de origen que se asegure que se ha dado al menor la oportunidad de audiencia. Pero, una cosa es la teoría, y otra cosa, la puesta en marcha ya que esta obligatoriedad de dar audiencia al menor se sujeta a la interpretación de cada órgano jurisdiccional⁴⁸.

La propuesta de modificación que introduce el Capítulo III bajo la rúbrica «sustracción de menores» regula el procedimiento de restitución o retorno con arreglo al Convenio de La Haya de 1980. En este nuevo capítulo se introducen unas modificaciones relativas a:

⁴⁶ Asunto C-435/06 C [2007] E.C.R. I-10141 (inglés) párrafo 53

⁴⁷ Véase subepígrafe 2.1 de este trabajo

⁴⁸ Sentencia del TJUE de 2010, sobre el asunto Aguirre Zárrega

la imposición a los Estados miembros de concentrar la competencia judicial internacional; la introducción de un plazo uniforme para dictar la resolución de restitución, etcétera⁴⁹.

La obligación de escuchar al menor sólo existe en los procedimientos de restitución del menor en materia de sustracción internacional, y el artículo 11.2 del propio Reglamento dispone que “se velará por que se dé al menor posibilidad de audiencia durante el proceso (...)”.

De esta forma, el Reglamento Bruselas II bis refuerza la audiencia del menor respecto al CH80, al incorporar una referencia expresa a la posibilidad de audiencia del menor, «ya que el Convenio sólo se limita a configurar la oposición firme del menor»⁵⁰. Desde esta óptica, por tanto, el Reglamento Bruselas II bis es más garantista que el texto convencional en cuanto a la protección de derechos del menor⁵¹.

El Reglamento reconoce los derechos fundamentales y observa los principios consagrados en el artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁵², especialmente los del menor. Así lo explicita el Considerando 33 del Reglamento Bruselas II bis. En su apartado primero contiene una referencia expresa al derecho de los menores a expresar su opinión libremente, y a que esta sea tenida en cuenta en los asuntos que le afecten, en función de su edad y madurez.

3.1. Interpretación del TJUE sobre el derecho de audiencia del menor

Sobre las bases de las declaraciones del asunto Aguirre Zárrega⁵³, el TJUE tuvo la oportunidad de explicar el contenido del derecho de audiencia del menor en el contexto del Reglamento Bruselas II bis.

⁴⁹ (Directora), M. A. F., & MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, A. (2019). *La sustracción internacional de menores desde una perspectiva multidisciplinar* (J. M. Bosch, Ed.). Bosch Editor.

⁵⁰ MARIMÓN, M. G. (2021). *Menor y responsabilidad parental en la Unión Europea (Monografías)* (1.ª ed.). Tirant Lo Blanch.

⁵¹ *Ibis* p.468

⁵² Véase página 18 de este trabajo.

⁵³ STJUE (Sala Primera), de 22 de diciembre de 2010, C- 491/10 PPU, Caso “Aguirre Zárrega”.

Se trata de un supuesto dentro del ámbito de sustracción internacional de menores, en el que una madre retiene de forma ilegal en Alemania a su hija menor, la cual tiene su residencia habitual en España.

El Juez alemán, en base al Convenio de La Haya de 1980, dicta una resolución de no retorno de la menor, basándose en su firme oposición de volver a España. Sin embargo, posteriormente, el Juez español dicta una resolución de retorno certificada conforme al artículo 11.8 en relación con el 42 del Reglamento Bruselas II bis entendiéndolo que “la menor había tenido derecho a ser escuchada”.

Pero la realidad era otra. La audiencia no llegó a producirse dado que la madre se negó a trasladar a la menor a España ignorando la seguridad de la posterior autorización de salida de este país. Por ello, la madre ofreció la posibilidad de una videoconferencia, pero el Juez español rechazó tal idea.

Sobre el derecho de audiencia del menor, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea recuerda que el Reglamento (CE) nº 2201/2003 descansa sobre la premisa de que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros respetan la CDFUE⁵⁴. Es por eso que el artículo 42 del Reglamento Bruselas II bis debe interpretarse conforme al artículo 24 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE⁵⁵.

Si bien, cabe señalar conforme al párrafo 62 del Asunto Aguirre Zárraga que el artículo 24 de dicha Carta, así como del artículo 42.2 a) del Reglamento Bruselas II bis no se refieren a la audiencia del menor “en cuanto tal” sino, a que el menor tenga la posibilidad de ser oído.

Un factor importante es la capacidad de ser escuchado. Por esta razón, se pide a los jueces que hagan lo posible por crear oportunidades reales y efectivas para que los menores se expresen.

De todo esto, se desprende que el Reglamento Bruselas II bis no efectúa un reconocimiento genérico de tal derecho, ni destaca de forma expresa la importancia de

⁵⁴ Asunto “Aguirre Zárraga” párr. 59.

⁵⁵ *Ibis* párr. 60

promover el derecho de audiencia del menor para los asuntos en materia de responsabilidad parental (sin olvidar la referencia al ya mencionado considerando 19), limitándose sólo a este procedimiento de sustracción internacional de menores. Por tanto, “evidencian que este no fue uno de los objetivos prioritarios del legislador de la UE en la elaboración del texto reglamentario” según la escritora María G. Marimón⁵⁶.

Esta situación, condujo a considerable doctrina a solicitar un mejor y mayor desarrollo del derecho fundamental del menor a ser escuchado en el marco del Reglamento Bruselas II bis⁵⁷.

3.2. Problemática y necesidad de cambio

Esta tendencia de ver a los menores como sujetos de derechos está establecida e impulsada por las normas internacionales, en particular por los trabajos del Comité de Derechos del Niño y del Consejo de Europa ya comentados. El Reglamento Bruselas II bis ha jugado y juega un papel importante, pero crea un ambiente con claroscuros significativos⁵⁸.

Algunos datos preocupantes sobre el verdadero desarrollo de la audiencia de menores en la práctica y la falta de una mínima coordinación por parte de las instituciones de la UE en la materia han creado trabas en la aplicación del Reglamento Bruselas II bis. El ejemplo más claro es el sucedido en España y ya comentado “Aguirre Zárraga”⁵⁹.

Por ello, parece que no todos menores tienen esa oportunidad, y sobre todo, como sugiere María G. Marimón “en materia de responsabilidad parental del Reglamento Bruselas II bis”. También, algunos autores como Ubertazzi⁶⁰ apuntan como explicación de esto, a la influencia de prácticas pasadas en ciertos Estados miembros, en los que se partía de la base de que los padres realizaban lo que era mejor para el interés de sus hijos.

⁵⁶ MARIMÓN, M. G. (2021). *Menor y responsabilidad parental en la Unión Europea (Monografías)* (1.ª ed.). Tirant Lo Blanch.

⁵⁷ Entre otros vid. UBERTAZZI, B.: “*The hearing of the child in the Brussels Ila...*”, p. 589.

⁵⁸ MARIMÓN, M. G. (2021). *Menor y responsabilidad parental en la Unión Europea (Monografías)* (1.ª ed.). Tirant Lo Blanch.

⁵⁹ STJUE (Sala Primera), de 22 de diciembre de 2010, C- 491/10 PPU, Caso “Aguirre Zárraga”.

⁶⁰ UBERTAZZI, B.: “*The hearing of the child in the Brussels Ila...*” p. 571.

Así, en la sustracción internacional de menores ni el artículo 11 del Reglamento Bruselas II bis ni su refuerzo al CH80, han resultado suficientes para garantizar la audiencia del menor en el día a día. Así lo demuestra el estudio “Conflicts of EU Courts on Child Abduction”⁶¹, el cual concluye que sólo el 20% de los menores fueron escuchados.

Los factores a los que aluden los autores nombrados son: la no adecuación de la audiencia debido a la edad del menor, y la divergencia en las normas nacionales; además de factores generales como la falta de recursos humanos y tecnológicos⁶².

Estos factores cooperan para favorecer la presencia de desigualdades, y manifiestan que, en la práctica, a pesar de estar configurada en el Reglamento Bruselas II bis, no es suficiente⁶³.

Incluso siendo mayoritariamente aceptado, cada Estado miembro regula el derecho a expresar la opinión del menor de formas muy diferentes. Son diversos los cambios normativos que afectan al procedimiento, entre ellos: la no existencia de unanimidad en cuanto a la obligatoriedad de esta, la edad mínima para los menores puede variar de Estado a Estado, y finalmente, también ha planteado problemas la representación legal del menor ante los Tribunales⁶⁴.

Ante los problemas expuestos, y como solución a ellos, algunos autores entienden que la audiencia del menor debería ser objeto de una interpretación autónoma como concepto propio del Derecho de la UE ⁶⁵.

La misma Comisión Europea reconoció las dificultades prácticas de la audiencia del menor que acompañaban al Reglamento Bruselas II bis y elaboró una Propuesta en 2016 ⁶⁶.

⁶¹ Elaborado por BEAUMONT, WALKER Y HOLLIDAY en 2016, véase en concreto p. 32 y ss.

⁶² BEAUMONT, P., WALKER, L., HOLLIDAY, J.: “*Parental Responsibility...*” p.5

⁶³ *Ibis* p. 25

⁶⁴ Los datos han sido extraídos de COMISIÓN EUROPEA: “*Study on the assessment of Regulation (EC) n° 2201/2003*”, p.48 y ss.

⁶⁵ UBERTAZZI, B.: “*The hearing of the child in the Brussels Illa...*” p. 589.

⁶⁶ En la Propuesta de la Comisión de 2016 se detalla : “*surgen dificultades por el hecho de que los Estados miembros disponen de normas divergentes que regulan la audiencia del menor. En particular , (...) no cumple sus propios requisitos*”.

4. REGLAMENTO BRUSELAS II TER

4.1. Propuesta de la Comisión de 2016 ⁶⁷

La Propuesta de la Comisión identifica el derecho de los menores a ser oídos como una de las principales deficiencias del Reglamento 2201/2003. Aborda tanto cuestiones relacionadas con los desacuerdos entre las legislaciones de los Estados miembros como el hecho de que la importancia de escuchar a los menores no se enfatiza suficientemente con carácter global en relación con los casos de responsabilidad parental⁶⁸.

Si la obligación de escuchar al menor sólo se da en los procedimientos de restitución del menor en materia de sustracción internacional, la Comisión incorpora “el derecho del menor a expresar sus opiniones” ⁶⁹ con sentido general.

Se puede argumentar que la Propuesta de 2016 desarrolla efectivamente el tema de la responsabilidad parental en la sustracción internacional de menores dentro de la UE, incluyendo más disposiciones relacionadas con la restitución de los niños. Es decir, defender la voz del niño, aumentar el reconocimiento de su interés superior y apoyar los procedimientos de optimización⁷⁰.

La propuesta de refundición hecha por la Comisión Europea parece perfeccionar el Reglamento Bruselas II bis en relación a su redacción mediante la simplificación de medidas, así lo asegura la compañera Gross en el estudio mencionado en el párrafo anterior.

⁶⁷ 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), de 30 de junio de 2016.

⁶⁸ COMISIÓN EUROPEA, “*Propuesta de REGLAMENTO DEL CONSEJO relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución e resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad aprenal, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición)*”, p.5.

⁶⁹ No emplea la expresión “derecho del niño a ser oído” como la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, aunque el concepto debe interpretarse a la luz de esta.

⁷⁰ GROSS, C., & LAZARO GONZÁLEZ, I. (2019). “*Estudio crítico del reglamento bruseles ii bis y su propuesta de refundición en materia de responsabilidad parental*” (TFG/TFM). Universidad Pontificia ICAI ICADE.
<https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/30502/TFG%20Gross.pdf?sequence=1>

Todo lo dicho hasta el momento, «justifica que la voluntad de reforzar y mejorar la virtualidad del derecho de audiencia del menor haya constituido uno de los objetivos paradigmáticos del nuevo Reglamento Bruselas II ter» ⁷¹.

4.2. “Punto y aparte”

El Considerando 2 del nuevo Reglamento Bruselas II bis refundido *Si optar por llamarle Bruselas II ter manten siempre esta denominación establece lo siguiente:

«El presente Reglamento establece normas uniformes de competencia relativas al divorcio, la separación legal y la nulidad matrimonial, así como a los litigios sobre responsabilidad parental con un componente internacional. Facilita la circulación en la Unión de las resoluciones, los documentos públicos y determinados acuerdos, al establecer disposiciones relativas a su reconocimiento y ejecución en otros Estados miembros. Por otra parte, aclara el derecho del menor a que se le brinde ocasión de expresar su opinión en los procedimientos que le afecten y contiene asimismo disposiciones que complementan el Convenio de La Haya, de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (...) en lo referente a las relaciones entre Estados miembros. Por consiguiente, el presente Reglamento debe contribuir a reforzar la seguridad jurídica e incrementar la flexibilidad, y a garantizar un mejor acceso a los procesos judiciales y una mayor eficiencia de dichos procesos.»

En su lectura deja claro que el ámbito de aplicación va a estar en línea con el del Reglamento Bruselas II bis en materia de responsabilidad parental y sustracción internacional.

Al igual que el Reglamento 2201/2003, el Reglamento Bruselas II ter ofrece una definición de responsabilidad parental en su artículo 2.2, apartado 7) ⁷².

⁷¹ MARIMÓN, M. G. (2021). *Menor y responsabilidad parental en la Unión Europea (Monografías)* (1.ª ed.). Tirant Lo Blanch.

⁷² 7) «responsabilidad parental», los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor, incluidos, en particular, los derechos de custodia y visita.

El Reglamento Bruselas II ter introduce un precepto relativo al derecho de audiencia del menor, con carácter general para todos los procesos de responsabilidad parental situado en la Sección 3ª - Disposiciones comunes- del Capítulo II. Concretamente, alude al derecho del menor a expresar su opinión en el artículo 21.

También, el Capítulo III, dedica sus preceptos a la materia de “sustracción internacional” de menores; en base al CH80 ⁷³.

El texto de la Propuesta de 2016 era muy parecido al finalmente recogido en el nuevo Reglamento, exceptuando la referencia a la legislación nacional que no aparecía en el texto originario del precepto en la Propuesta⁷⁴.

Durante el “juicio parlamentario” del Reglamento Bruselas II ter, el Parlamento Europeo⁷⁵ introdujo cambios significativos en el precepto relativo a la audiencia del menor, buscando ofrecer garantías más amplias. Primero, procedió a incorporar legislación nacional de los Estados miembros. También, agregó dos párrafos al entonces artículo 20 de la Propuesta relativos a la audiencia⁷⁶ y a cómo debe desarrollarse. Y finalmente, invocó la necesidad de formar la opinión del menor en base a su interés superior.

El Considerando 39 del Reglamento 2019/1111 resalta el papel fundamental de la audiencia, y la necesidad de que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros sean diligentes en el respeto de este derecho fundamental de los menores:

“(39) Tanto los procedimientos en materia de responsabilidad parental en virtud del presente Reglamento como los procedimientos de restitución en virtud del Convenio de La Haya de 1980 deben, como principio fundamental, dar a los menores que sean objeto de los procedimientos y tengan capacidad para formarse su propio juicio, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia,

⁷³ Véase de nuevo el Considerando 2 del propio Reglamento

⁷⁴ Aunque si aparecía en la explicación de la Propuesta y en los Considerandos.

⁷⁵ PARLAMENTO EUROPEO: “Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta...”, cit., enmienda 44.

⁷⁶ “La audiencia de un menor que ejerza su derecho a expresar sus puntos de vista será efectuada por un Juez o por un experto con formación específica (...). La audiencia del menor (...) será grabada y añadida a la documentación para que las partes y sus representantes puedan tener la oportunidad de consultar la grabación de la audiencia”.

la posibilidad real y efectiva de expresar su opinión y a la hora de valorar el interés superior del menor, debe tenerse debidamente en cuenta dicha opinión. La posibilidad de que el menor exprese su opinión libremente, conforme al artículo 24, apartado 1, de la Carta y a la luz del artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, desempeña un papel importante en la aplicación del presente Reglamento. Sin embargo, la cuestión de quién ha de oír al menor y de la manera en que debe hacerlo no debe regularse en el presente Reglamento sino en la legislación nacional de cada Estado miembro. En consecuencia, el presente Reglamento no debe tener por objeto determinar si el menor debe ser oído por el juez en persona o por un experto con una formación específica que informe seguidamente al órgano jurisdiccional, o si el menor debe ser oído en la sala de audiencia o en otro lugar, o por otros medios. Además, aunque la audición del menor es un derecho de este, no debe constituir una obligación absoluta, sino que debe evaluarse teniendo en cuenta su interés superior, por ejemplo, en los casos que lleven aparejados acuerdos entre las partes.”

En este sentido, el legislador de la UE insiste en que, a pesar de que el artículo 24 de la CDFUE no obliga al órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen a oír al menor en todos los casos, se deben adoptar todas las medidas necesarias para ejercer este derecho con garantías⁷⁷.

En línea con esto, el Considerando 53 del Reglamento alude igualmente, a la posibilidad de recurrir a la videoconferencia u otro medio cuando no sea posible oír al menor al establecer que: « Sin perjuicio de otros instrumentos de la Unión, cuando no sea posible oír a una parte o a un menor en persona, y cuando se disponga de los medios técnicos necesarios, el órgano jurisdiccional puede considerar la posibilidad de celebrar una audiencia mediante videoconferencia o por cualquier otro medio de tecnología de la comunicación, a menos que, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso, el uso de dicha tecnología no fuera adecuado para el correcto desarrollo del proceso.».

⁷⁷ Considerando 39 del Reglamento Bruselas II ter.

Un poco más adelante, en el Considerando 57 fija que corresponde al órgano jurisdiccional de origen decidir el método adecuado para que el menor desarrolle su derecho a expresarse.

Volviendo a la filosofía que incumbe al artículo 24 de la CFDUE y como respuesta a las apuntadas deficiencias, ya el nuevo artículo 21 del Reglamento Bruselas II ter refleja “el derecho del menor a expresar sus opiniones”. Así, este artículo es una nueva disposición que consagra la obligación del tribunal interno de dar a los menores la posibilidad real de expresar libremente sus opiniones⁷⁸.

Se precisa en el artículo 26⁷⁹ que este derecho del menor se aplica igualmente en los procedimientos de restitución del menor. Si bien, esta referencia que también se basa en el CH80 “resulta de alguna manera reiterativa” apunta M. González ⁸⁰, aunque “debe ser acogida positivamente ya que es una reiteración por parte del legislador de la necesidad de escuchar al menor”.

La lectura de estos artículos permite observar como el resultado final supone una mejora de la protección del derecho frente a la regulación del Reglamento Bruselas II bis por distintos motivos. En primer lugar, se hace referencia a la audiencia del menor en todo proceso de sustracción internacional de menores y responsabilidad parental (y no para las excepciones de los artículos 12 y 13 CH80 como disponía el Reglamento Bruselas II bis). En segundo lugar, el Reglamento Bruselas II ter mejora y corrige el sistema de certificados en cuanto al control del respeto de audiencia del menor. Y finalmente, en el Reglamento Bruselas II bis la obligación de oír al menor sólo se mencionaba en el

⁷⁸ Léase artículo 21 Reglamento Bruselas II ter sobre “Derecho del menor a expresar sus opiniones”.

⁷⁹ Artículo 26 Reglamento Bruselas II ter: “*El artículo 21 del presente Reglamento se aplicará igualmente a los procedimientos de restitución con arreglo al Convenio de La Haya de 1980.*”.

⁸⁰ GONZÁLEZ MARIMÓN, M. (2022). *La regulación de la sustracción internacional de menores en el Reglamento Bruselas II Ter y sus principales novedades: hacia una mejor protección del interés superior del menor.* En CUADERNO DE DERECHO TRANSNACIONAL (1.ª ed., Vol. 14, pp. 286–313). CDT. <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6686>

apartado de reconocimiento y ejecución, y ahora en el Reglamento Bruselas II ter aparece reiteradamente en el apartado de competencia.⁸¹

Estos artículos manifiestan dos planos diferenciados en relación con la audiencia del menor y su exigibilidad. Por un lado, establece en qué ocasiones debe darse al menor la posibilidad de ser escuchado (“*quando esté en condiciones de formarse un juicio propio*”); y por otro lado, se regula una obligación del Juez sobre la importancia que se debe atribuir a la opinión del menor (“*el criterio será su edad y madurez*”).

Como resultado, la introducción de la obligación de brindar a los menores la oportunidad de expresar sus opiniones ha sido acogida positivamente por la doctrina⁸², acercando las decisiones a los requisitos del Comité de Derechos del Niño⁸³.

4.3.¿Resultado eficiente?

En este sentido, «esta exigencia del derecho de audiencia podría servir para acelerar el cambio de mentalidad en algunos Estados miembros» afirma Honorati en “*La proposta di revisione del Regolamento Bruxelles II-bis*”⁸⁴.

Pero a pesar de las nuevas soluciones introducidas en el Reglamento Bruselas II ter, quedan dudas sobre el destino final de la propuesta⁸⁵. Por tanto, cabe preguntarse si, en la práctica del nuevo Reglamento Bruselas II ter, se conseguirá superar los problemas generadores del Reglamento Bruselas II bis.

⁸¹ GONZÁLEZ MARIMÓN, M. (2022). La regulación de la sustracción internacional de menores en el Reglamento Bruselas II Ter y sus principales novedades: hacia una mejor protección del interés superior del menor. En *CUADERNO DE DERECHO TRANSNACIONAL* (1.ª ed., Vol. 14, pp. 286–313). CDT. <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6686>

⁸² RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “*La refundición del Reglamento Bruselas II bis*” p. 155; BEAUMONT, P., WALKER, L., HOLLIDAY, J.,: “Parental Responsibility and International Child Abduction...” p.6.

⁸³ COMITÉ DERECHOS DEL NIÑO: “Observación General n.º 12, el derecho del niño a ser escuchado”, 2012, CRC/C/GC/12.

⁸⁴ HONORATI, C. (2017). *La proposta di revisione del regolamento bruxelles II-bis: Più tutela per i minori e più efficacia nell'Esecuzione delle decisioni* (2.ª ed., Vol. 53). Dialnet. ISSN 0035-6174. Disponible en : <https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=15394>

⁸⁵ Afirma GONZÁLEZ MARIMON, M. en su libro “Menor y responsabilidad parental en la UE”. (p.475-486).

«Si bien es verdad, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que el artículo 24 de la Carta y el Reglamento (CE) no 2201/2003 no obligan al órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen a oír en todos los casos al menor en el marco de una audiencia, dejando así cierto margen de apreciación a dicho órgano jurisdiccional, no es menos cierto que, cuando este decide oír al menor, debe adoptar, atendiendo al interés superior del menor y en función de las circunstancias de cada caso, todas las medidas apropiadas para organizar tal audiencia de modo que quede asegurada la eficacia de las mencionadas disposiciones, ofreciendo al menor una posibilidad real y efectiva de expresar su opinión. El órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen debe utilizar, en la medida de lo posible, y siempre teniendo en cuenta el interés superior del menor, todos los medios que pone a su disposición el Derecho nacional, además de los instrumentos propios de la cooperación judicial internacional, incluidos, si ha lugar, los previstos por el Reglamento (CE) n.o 1206/2001 del Consejo (7)»⁸⁶.

Un sector neutral muestra inquietud en cuanto a la existencia de discrepancias entre las normas nacionales, ya que el derecho a ser oído se entiende como una medida armonizadora y no en el interés superior de los menores⁸⁷. Parte de la doctrina está de acuerdo en afirmar que el Reglamento no resuelve los problemas surgidos con relación al derecho de audiencia⁸⁸.

Uberaztti en “*The Child’s Right to Be Heard*”⁸⁹, habla de la triple repercusión negativa que tiene la falta de armonización: «en la confianza entre las Administraciones de Justicia, en el régimen de reconocimiento y ejecución y en el propio interés superior del menor». Por tanto, no se puede afirmar tan fácilmente que el legislador de la UE haya conseguido la respuesta adecuada⁹⁰.

Por el contrario, otro sector de la doctrina sí que considera que la introducción de la obligación expresa de escuchar a los menores, incentiva a que los derechos del niño se

⁸⁶ Considerando 39 in fine del Reglamento de Bruselas II ter.

⁸⁷ RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “*La refundición del Reglamento Bruselas II bis*”, p. 156.

⁸⁸ Entre otros vid. UBERTAZZI, B.: “The hearing of the child in the Brussels IIIa” p. 597; FORCADA, J.: “Comentarios prácticos al Reglamento(UE) 2019/1111”

⁸⁹ Página 71.

⁹⁰ MARIMÓN, M. G. (2021). *Menor y responsabilidad parental en la Unión Europea (Monografías)* (1.ª ed.). Tirant Lo Blanch, p. 499.

tomen más seriamente en ciertos Estados miembros y, que estos confíen en que se ha cumplido tal obligación. ⁹¹

En este sentido, la aclaración de la Propuesta de la Comisión en 2016 ha dejado más que claro que el Reglamento sólo contemplaba explícitamente “*la obligación de dar a los niños (...) la oportunidad de expresar sus opiniones*” ⁹², lo que es común a todos los Estados miembros ya que han ratificado la CDN. ⁹³

⁹¹ KRUGER, T.: “*Brussels III Recast moving forward*”, p.4, ISSN 0167-7594 (2017).

⁹² COMISIÓN EUROPEA: “Propuesta de Reglamento del Consejo...”, p.16.

⁹³ Véase Considerando 23 de la Propuesta.

CONCLUSIONES:

PRIMERA. -. El menor es el epicentro de la nueva regulación sobre el derecho de familia internacional. Esta afirmación se refleja a través de la creación de reglas en responsabilidad parental y sustracción internacional. A pesar de que la protección de los niños ya era exigible por el Consejo de Europea como por el Comité de Derechos del Niño, la práctica demostraba una dificultad de garantizar sus derechos fundamentales.

SEGUNDA. – El Reglamento Bruselas II bis nació con la intención de hacer frente a los retos de la sociedad europea en ese momento. Constituye un eje en los litigios sobre responsabilidad parental y sustracción de menores, pero su puesta en práctica ha demostrado debilidades y ha llevado a la necesidad de mejorarlo. El articulado del Reglamento Bruselas II bis incluía la relevancia de la audiencia del menor, pero de forma escasa.

TERCERA. – Es con la Propuesta de la Comisión en 2016 cuando se da verdadero valor e incorpora el “derecho del menor a expresar sus opiniones” y parece perfeccionar el Reglamento Bruselas II bis conforme a su redacción. De este informe y de un proceso de consulta pública, surge el Reglamento Bruselas II ter.

CUARTA. – En cuanto a los cambios introducidos en el nuevo Reglamento Bruselas II ter, como se indica claramente en su propuesta, los temas de responsabilidad parental y sustracción de menores son los principales en los que se han planteado problemas, y efectivamente, los que se han modificado.

En términos generales, se puede afirmar que los cambios producidos en el nuevo Reglamento Bruselas II ter mejoran la regulación actual. El legislador busca mejorar la protección del interés superior del menor, y refuerza el principio de audiencia del menor como criterio ineludible precisamente, para definir el interés del niño.

La relevancia que adquieren las opiniones de los menores es uno de los aspectos más importantes que añade la nueva normativa. En cuanto al derecho de los menores a ser oídos en el nuevo Reglamento se detalla de forma más concreta que en el anterior.

CONSIDERACIÓN FINAL. –para finalizar, se puede concluir con base al trabajo realizado que el nuevo Reglamento de Bruselas II ter supone un avance en el proceso de integración de la Unión Europea en materia de Derecho de familia en Derecho Internacional Privado, refleja una mejor plasmación del principio del interés superior del menor, es decir; mejora la protección de los menores involucrados en procedimientos transfronterizos en sustracción internacional y responsabilidad parental.

Todas las publicaciones que se han consultado para realizar este trabajo ***revisa redacción nuevo Reglamento Bruselas II ter, denotan conformidad al considerar las mejoras introducidas positivamente, aunque no sean suficientes ya que los efectos que las opiniones de los menores puedan producir en el procedimiento, se dejan a merced de los Estados miembro y su Derecho interno, no habiendo unificación de criterios en este sentido.

En la realización de este trabajo, la parte más difícil para la elaboración del mismo, ha sido entender y exponer la relación de los distintos Reglamentos Bruselas (II bis y II ter) con los Convenios de La Haya tanto de 1996 como de 1980, pues merece un estudio a parte más profundo.

Para terminar, y en apoyo a los legisladores europeos es oportuno recordar la frase del gran Mark Cuban: *“La mayoría de las personas creen que todo se trata de tener una idea, no lo es. Todo el mundo tiene ideas, la parte más dura es la ejecución de una idea”*. Esta frase está bien.

BIBLIOGRAFÍA:

LIBROS Y DOCTRINA:

- GONZÁLEZ MARIMÓN, M. *Menor y responsabilidad parental en la Unión Europea (Monografías)* (1.ª ed.). Tirant Lo Blanch (2021).
- RODRIGUEZ PINEAU, E. *La refundición del reglamento Bruselas II Bis: de nuevo sobre la función del derecho internacional privado europeo*. REDI (2017).
- CARRILLO POZO, L. F. *Responsabilidad parental: un estudio de Derecho Procesal Civil Internacional (Derecho Procesal Práctico)* (1.ª ed.). Tirant Lo Blanch (2021).
- CARRILLO POZO, L. F. *El Reglamento Bruselas II ter y el interés del menor: elementos para un debate*. Nº 14, Bitácora Millennium DIPr, (2021).
- BORRÁS, A. *Bruselas II, Bruselas II bis, Bruselas III ter. . .* Revista Electrónica de Estudios Internacionales, 38. (2019). <https://doi.org/10.17103/reei.38.01>
- BURKHARD HESS et al. *Cuadernos de Derecho Transnacional* (1.ª ed., Vol. 14). Universidad Carlos III de Madrid (2022). EISSN: 1989-4570.

LEGISLACIÓN:

- Convenio de La Haya de 1980 de 25 de octubre, sobre los aspectos civiles de sustracción internacional de menores.
- Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.
- 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.
- Reglamento (CE) N.º 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.
- Reglamento (CE) N.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000.

- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 26 de octubre de 2012.
- Reglamento (UE) N.º 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.
- 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), de 30 de junio de 2016.

JURISPRUDENCIA:

- STJ (Sala 1ª) de 22 de diciembre de 2010. Asunto C-491/10, *Aguirre Zárraga y Simone Pelz*.
- Sentencia del Tribunal europeo de derechos humanos (Gran Sala), de 6 de julio de 2010. *Caso Neulinger y Shuruk contra Suiza*.
- Sentencia 648/2020, de 30 de. Noviembre de 2020, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.