

BRUSELAS II, BRUSELAS II *BIS*, BRUSELAS II *TER*...

ALEGRÍA BORRÁS*

El pasado día 2 de julio de 2019 se publicó en el *Diario Oficial de la Unión Europea* (número L 178) el Reglamento 2019/1111 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental y sobre la sustracción internacional de menores, conocido habitualmente como Reglamento Bruselas II *ter* o Bruselas II *bis recast*, aunque en castellano debiera decirse en este último caso “versión refundida”, como se califica en el propio *Diario Oficial*, si bien, como luego veremos no es exactamente eso. De acuerdo con su art. 105, no se aplicará con carácter general hasta 1º de agosto de 2022, ya que a partir de 22 de julio de 2019 sólo se aplican sus arts. 92, 93 y 103 (relativos a los actos delegados y a la información a la Comisión). A pesar de ello, es un buen momento para plantearse una serie de cuestiones, que permiten valorar y, me atrevería a decir, comprender la necesidad de este nuevo texto.

Si nos remontamos a la historia, la aplicación de textos europeos a materia familiar es relativamente reciente. En efecto, el Convenio de 28 de mayo de 1998 sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y la protección de los hijos comunes con motivo de las crisis matrimoniales (publicado juntamente con el denominado “Informe Borrás” en el *DO C 221*, de 16 de julio de 1998) fue el primer texto en ocuparse de estas materias, aunque no llegara a aplicarse como consecuencia de la entrada en vigor el 1 de mayo de 1999 del Tratado de Amsterdam, que invirtió la lógica intergubernamental que había prevalecido hasta entonces en materia civil. Ello condujo a que el Convenio de 1998 se transformara en el Reglamento 1347/2000, de 29 de mayo (el denominado “Reglamento Bruselas II”), relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes, dictadas con ocasión de las acciones judiciales en materia matrimonial, que introdujo pocas modificaciones en relación al mencionado Convenio (*DO L 160*, de 30 de junio de 2000). Poco iba a durar la vigencia del Reglamento Bruselas II. En efecto, un elemento nuevo iba a añadirse a lo expuesto. En el Consejo Europeo de Tampere se estableció que el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales constituye la piedra angular de un verdadero espacio judicial, destacando en el ámbito del Derecho de familia el derecho de visita como prioritario. Este dato llevó a que, tras diversos avatares, se adoptara el Reglamento 2201/2003, de 27 de noviembre (publicado en el *DO L 338*, de 23 de diciembre 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 1347/2000, denominándose normalmente a

* Catedrática de Derecho internacional privado, Profesora Emérita de la Universidad de Barcelona, Miembro del *Institut de Droit international*, Miembro y expresidenta del GEDIP.

este nuevo Reglamento como “Bruselas II *bis*”. Este nuevo Reglamento, aplicable desde 1º de marzo de 2005, no modifica las normas relativas a las crisis matrimoniales, sino únicamente las relativas a la protección de los hijos, de tal forma que no queda limitada a la protección de los hijos de dicho matrimonio con motivo de la crisis matrimonial. Para completar el panorama, debe recordarse que, por el sistema de cooperación reforzada, se adoptó el Reglamento 1259/2010 sobre ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (*DO L* 343, de 29 de diciembre de 2010, denominado Reglamento Roma III), en la que España es uno de los participantes.

De acuerdo con el art. 65 del Reglamento Bruselas II *bis*, la Comisión debía presentar al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación del Reglamento, acompañado, en su caso, de una propuesta “encaminadas a su adaptación”. La Comisión adoptó un informe el 15 de abril de 2014, en el que concluía que el Reglamento “estaba funcionando correctamente y había aportado a los ciudadanos beneficios importantes, pero que las normas vigentes podían mejorarse” (Considerando 1 del Reglamento Bruselas II *ter*). A partir de ese momento se ha desarrollado una intensa actividad encaminada a la realización de esta modificación, que ha desembocado en el Reglamento ahora considerado, el Reglamento 2019/1111 o Reglamento Bruselas II *bis recast* o Reglamento Bruselas II *ter*. Es, por tanto, un momento adecuado para preguntarse si tal modificación ha valido la pena y cuáles son los elementos más destacados.

En primer lugar, debe hacerse referencia a su ámbito material de aplicación, que continúa siendo la materia matrimonial y la responsabilidad parental, lo cual según el Considerando 8 se debe a que “dado que la aplicación de las disposiciones en materia de responsabilidad parental se produce a menudo en el marco de un procedimiento en materia matrimonial, resulta apropiado tener un único instrumento en materia de divorcio y de responsabilidad parental”. Este argumento no parece justificado, ya que podría utilizarse para otras materias como, por ejemplo, los alimentos, que son objeto de una regulación autónoma en el Reglamento 4/2009, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos (publicado en el *DO L* 7, de 10 de enero de 2009), respecto al cual se ha querido resaltar precisamente su autonomía tanto respecto al divorcio como respecto a la responsabilidad parental, como le demuestra la reciente y discutida Sentencia de 5 de septiembre de 2019 (asunto C-468/18, R. c. P., y comentario en *Revista Jurídica de Catalunya*, 2020.1, en prensa). Por otra parte, hubiera sido más lógico separar las dos materias, crisis matrimoniales y responsabilidad parental, teniendo en cuenta que ambas materias siguen desarrollos distintos y que, en el nuevo Reglamento, las cuestiones matrimoniales permanecen casi sin cambios. Por ello parece más adecuada la construcción del GEDIP (Grupo Europeo de Derecho Internacional privado) que en su reciente sesión en Katowice (septiembre de 2019) ha concluido la preparación de un sugerente texto de propuesta de Reglamento relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de decisiones y la cooperación en materia de divorcio. El texto resulta práctico, en cuanto se refiere únicamente a las materias matrimoniales pero incluye todas ellas, partiendo de la regulación existente en los Reglamentos Bruselas II *ter* y Roma III. Sería positivo

que este texto se tomara en consideración, puesto que, además, proporciona soluciones imaginativas para diversos problemas que el nuevo Reglamento Bruselas II *ter* tiene, siguiendo a sus antecesores.

Como se ha indicado, la parte del Reglamento relativa a la materia matrimonial permanece casi sin cambios respecto a los textos anteriores y se mantienen, por tanto, los problemas que han planteado y que concentran gran parte del debate doctrinal. Se trata de la inclusión de los matrimonios entre personas del mismo sexo y de la inclusión de los divorcios privados, además de otras cuestiones, como podría ser, por ej., la utilización de la excepción de orden público y su peligrosa relación con la litispendencia, como se ha visto en la discutida Sentencia de 16 de enero de 2019, en el asunto *Liberato* (asunto C-386/17, nota en *Revista Jurídica de Catalunya*, 2019.3, en prensa), sin que el nuevo Reglamento ni el Considerando 56 den una solución satisfactoria para un caso similar.

En lo que se refiere a los matrimonios del mismo sexo, nada dice el nuevo Reglamento, siguiendo así lo que han hecho sus predecesores desde el Convenio de 1998 y puede añadirse que ya en la elaboración de aquel Convenio el problema se planteó y la única solución fue no decir nada, ni en el texto ni en el Informe explicativo. La ausencia de una definición de matrimonio da lugar a interpretaciones diversas, cuando los Estados miembros tienen planteamientos tan diferentes en la materia. No hay ninguna respuesta en el texto y el Considerando 90 tampoco proporciona una salida que, en algún momento, tendrá que dar el Tribunal de Justicia. A mayor abundamiento, resulta cuando menos curioso que no haya una definición de matrimonio ni aquí ni en el Reglamento 2016/1103 sobre regímenes económicos matrimoniales, mientras que el Reglamento 2016/1104 sobre efectos patrimoniales de las uniones registrales contiene en su art. 3, a) una definición de lo que es una “unión registrada”.

En segundo lugar, en lo que se refiere a los denominados divorcios privados, su introducción es reciente en algunos Estados miembros (por ej., en España con la función de los notarios). Pero así como en tales casos interviene una autoridad aunque no sea un juez, otros son puramente privados, sin intervención de ninguna autoridad. Para los primeros no existe problema mayor si reúne las condiciones previstas y, como dice el Considerando 70, “los documentos jurídicos y los acuerdos entre partes relativos a la separación legal y al divorcio que tengan efecto jurídico vinculante en un Estado miembro deben asimilarse a ‘resoluciones’”. Pero nada se dice de los puramente privados o de las situaciones complejas que pueden darse, como fue la del famoso caso de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de diciembre de 2017 (asunto C-372/18, *Soha Sahyouni c. Raja Mamisch*, en *Revista Jurídica de Catalunya*, 2018.2, pp. 524 ss), en que la cuestión se plantea en relación al reconocimiento en Alemania de un divorcio obtenido ante el tribunal religioso de la *Sharia* en Siria y como consecuencia, en definitiva, de la buena voluntad de la normativa alemana.

Si nos trasladamos a la otra parte del Reglamento, es decir, la relativa a las cuestiones de responsabilidad parental, incluyendo también los temas de la sustracción internacional de menores, la situación es muy distinta, puesto que las modificaciones

introducidas son muchas, pero en una parte importante, son modificaciones de pequeña entidad, con lo que pretende, sin duda mejorar tanto el funcionamiento del Reglamento como su aplicación conjunta con los Convenios de La Haya, especialmente el Convenio de 1980 sobre sustracción de menores, pero no facilita precisamente el trabajo de los operadores jurídicos que pueden tener dificultades para identificar precisamente cuales sean esos cambios y cual deba ser su actuación al respecto. No es este el lugar oportuno para examinar las modificaciones realizadas sino que, igual que se ha hecho en el caso de las crisis matrimoniales, se considera preferible destacar algunos aspectos.

Quizás lo que debe subrayarse, en primer lugar, como aspecto más relevante el derecho del niño a ser oído, mereciendo destacarse que no es una mera posibilidad del juez, sino que se trata de un verdadero derecho del niño. Así, el art. 21 es una nueva disposición que consagra la obligación del tribunal interno de dar “a los menores que tengan capacidad para formarse sus propios juicios la posibilidad real y efectiva de expresar libremente sus opiniones”, y el tribunal “prestará la debida importancia a las opiniones del menor de acuerdo con su edad y madurez”. Se precisa en el texto (art. 26) que este derecho del menor se aplica igualmente en los procedimientos de restitución del menor, lo que es particularmente importante. En relación con esta materia, debe tratarse de la relevancia que el nuevo Reglamento da a la mediación, como procedimiento alternativo al judicial y que, en principio, debe recomendarse (art. 25), pese a los problemas que introduce en tiempo y en dinero.

En lo que se refiere a las causas de denegación del reconocimiento, debe decirse que, en esencia, la norma actual contenida en el art. 39 reproduce el art. 23 del Reglamento Bruselas II bis, pero incorpora en su apartado 2 como causa de no reconocimiento que el niño no haya tenido posibilidad de expresar su opinión de acuerdo con el art. 21, siempre que no sea un procedimiento que afecte únicamente a los bienes del menor o existan motivos basados esencialmente en la urgencia del asunto. Además, debe señalarse que hay un nuevo motivo para suspender o incluso rehusar la ejecución si ésta puede exponer al menor a un riesgo grave de carácter psíquico o físico por impedimentos que hayan surgido con posterioridad al momento en que la resolución fue dictada (art. 56, apartados 4 y 6 del Reglamento Bruselas II *ter*). Sin duda alguna, permanece el riesgo que siempre presenta la contrariedad con el orden público y, en tal sentido, no puede dejar de mencionarse la discutida Sentencia 16 de enero de 2019, en el asunto *Liberato* (asunto C-386/17, en *Revista Jurídica de Catalunya*, 2019.3, en prensa), en relación a que la litispendencia no puede por sí sola dar lugar al no reconocimiento, pero admite que pueda ser un elemento a tomar en consideración a tal respecto para integrar el orden público.

En materia de sustracción internacional de menores, se mantienen esencialmente las normas anteriores, pero reagrupadas en un nuevo capítulo III. No obstante, merece destacarse especialmente la importancia que se ha dado a la causa que ha sido siempre más discutida en relación al Convenio de La Haya de 1980 y que es la prevista en su art. 13, en cuanto permite la no restitución si el menor quedara expuesto con el retorno a un peligro físico o psíquico o de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable. Aunque la norma se mantiene, es objeto de una detallada regulación en el

art. 29, a la que hay que añadir que el antes mencionado art. 56, apartado 4, también se aplica en este caso, con lo que una decisión que ordena el regreso en esta situación ya no es la última palabra.

Queda, finalmente, una cuestión que siempre es problemática, cual es la de la fijación de cual sea la residencia habitual del niño, algo que siempre se ha discutido en la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado y que se ha visto que no puede ser objeto de una definición de carácter general, pues ello le haría, precisamente, perder su carácter. En este sentido, la Sentencia de 17 de octubre de 2018 (asunto C-393/18, nota en *Revista Jurídica de Catalunya*, 2019.2, pp. 561 ss) en relación a la existencia de residencia en un Estado miembro o en un tercer Estado, un concepto abierto que permite al Tribunal referirse a la conocida Sentencia de 22 de diciembre de 2010 (asunto C-497/10, *Mercredi*, nota en *Revista Jurídica de Catalunya*, 2011.2, pp. 569 ss.) o la Sentencia de 8 de junio de 2017 en relación a la situación de un lactante (asunto C-111/17 PPU, OL. c. PQ, nota en *Revista Jurídica de Catalunya*, 2017.4, pp. 1117 ss).

No es este el lugar oportuno para examinar todos y cada uno de los cambios puntuales que el Reglamento realiza con el objetivo de ayudar a la aplicación de normas no siempre fáciles y teniendo en cuenta, esencialmente, la necesidad de proteger el interés superior del menor, sobre todo en los supuestos de sustracción internacional de menores, teniendo en cuenta que se producen anualmente unos 1.800 casos. Y no es obvio recordar que anualmente hay unos 140.000 casos de divorcios con elementos vinculados a diferentes Estados miembros de la Unión Europea. La intención, sin duda, ha sido buena, pero no es fácil ver las modificaciones y su significado respecto a los textos anteriores. El Considerando 90 pretende que se mantenga la continuidad entre el antiguo texto y el nuevo en tanto que las disposiciones no se cambien y las disposiciones transitorias se utilicen correctamente, cosa no siempre fácil y a la que ayudará, sin duda, el Tribunal de Justicia, pese a sus limitaciones en el ámbito del Derecho internacional privado. Ello lleva aún a considerar hasta qué punto ayudan los Considerandos del Reglamento y cual sea, realmente su valor, a lo que hay que añadir la dificultad de aplicar conjuntamente el texto con algunos Convenios de la Haya. Y a todo ello se podría aún añadir la incidencia del Brexit sobre estas cuestiones y las medidas adoptadas o a adoptar para tratar de responder lo mejor posible a la nueva situación.

Nos hallamos, pues, ante un texto lleno de buenas intenciones, pero difícil de aplicar y que, juntamente con los demás textos en materia de Derecho de familia, proporciona un panorama complejo, fraccionado e incompleto, que nos deja aún muy lejos del *desiderátum* de un Reglamento único para todo el Derecho de familia o, al menos, de textos completos y claros para cada una de las materias.