

Istituto Internazionale di Studi Giuridici

L'Istituto ha lo scopo di:

- a) Studiare e dibattere, collaborando anche con altri Enti ed Istituti Internazionali, la soluzione dei problemi che interessano la legislazione di tutti i popoli, in un piano mondiale, attraverso l'organizzazione di convegni, conferenze e manifestazioni culturali al fine superiore della elaborazione dei principi fondamentali comuni. Tale attività si esplica anche a mezzo di pubblicazioni, di raccolte bibliografiche e di informazioni.
- b) Favorire gli studi di diritto comparato, facilitando le relazioni e gli scambi fra gli studiosi di diritto del mondo intero, docenti universitari, magistrati e avvocati.
- c) Realizzare programmi e corsi di formazione, autonomamente o d'intesa con altri Enti ed Istituzioni pubbliche e private.
- d) Effettuare ricerche e studi sulla cooperazione giuridica europea ed internazionale.
- e) Curare la pubblicazione della Rivista della Cooperazione Giuridica Internazionale.
- f) Pubblicare i risultati di ricerche ed attività svolte dall'Istituto in singoli volumi o periodici similari.

Presidente ad Onore: dott.ssa Daniela Veronica Gușă de Dragan.

Consiglio di Amministrazione: prof. N. Cappuccio (P); prof. G.L. Cecchini; prof. A. Mastrangelo; avv. F. Petralia; dott. A. Ricca; prof.ssa E. Spatafora.

Collegio dei Revisori: dott. S. Lollai (P); dott. P. Boni; dott. G.P. Rinaldi.

Fondazione Europea Dragan

La Fondazione Europea Dragan ha lo scopo di contribuire alla formazione, allo sviluppo e alla diffusione di una coscienza europea unitaria, agendo attraverso la cultura e l'educazione e le varie forme di collaborazione tra i popoli europei nel loro processo di integrazione. La Fondazione Europea Dragan crede in un'Europa vicina alla cittadinanza e opera per la formazione dell'Europa unita nella sua interezza.

Gli obiettivi della Fondazione sono i seguenti:

- a) Contribuire allo sviluppo del dibattito culturale sul processo di unificazione europea.
- b) Organizzare forme di dibattito sui temi di attualità europea aperti ai cittadini.
- c) Favorire la creazione di una comunità culturale europea, rispettosa delle varie identità e differenze culturali dei popoli.
- d) Sviluppare e sostenere la scienza e la cultura in Europa nelle loro varie espressioni.
- e) Favorire lo sviluppo armonico delle società in Europa, sia attraverso la cultura, sia tramite progetti, realizzazioni e sovvenzioni di rilievo sociale.
- f) Approfondire gli studi europei, ma in un contesto più ampio e aperto alle problematiche geopolitiche internazionali e al confronto tra le culture e le civiltà.
- g) Promuovere la reciproca conoscenza e il dialogo tra le diverse confessioni e religioni.
- h) Sostenere la formazione permanente e l'educazione per tutto l'arco della vita.
- i) Contribuire, tramite il dialogo e la cultura, alla creazione di un clima di pace tra i popoli.

La Fondazione Europea Dragan crede nella libertà di stampa e di espressione. Le opinioni espresse nella presente Rivista dai relativi Autori non necessariamente corrispondono a quelle della Fondazione Europea Dragan.

INDICE

<i>Per riflettere</i>	6
-----------------------	---

DOTTRINA

I. Blázquez Rodríguez, <i>La competencia judicial internacional en materia de crisis matrimonial y responsabilidad parental: un primer balance sobre la aplicación del reglamento (CE)2201/2003, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE</i>	7
M.G. Belgiorno de Stefano, <i>Il Crocifisso “salvato” dalla Corte europea dei diritti umani</i>	28
F. Vecchio, <i>Il caso Honeywell del Bundesverfassungsgericht: un’occasione persa per far chiarezza sui rapporti tra gli ordinamenti?</i>	43
N. Colacino, <i>La Corte europea dei diritti dell’uomo dopo il Protocollo n. 14: c’è un nuovo Giudice a Strasburgo?</i>	60

NOTE E COMMENTI

G. Giappichelli, <i>Data protection: redress mechanisms and their use</i>	91
F. Vecchio, <i>Il paradossale successo della teoria dei controlimiti e l’espansione delle competenze dei giudici costituzionali</i>	99
M. Berlanda, <i>Il programma nucleare iraniano: profili giuridici e politici. Il ruolo dell’AIEA e le lacune del diritto internazionale</i>	111
A. Della Valle, <i>Il nuovo Diritto dell’Unione europea nella riedizione di un “manuale” italiano</i>	126
C.A. Biggini, <i>Verità e menzogna sul Fascismo</i>	136

DOSSIER STATI – REPUBBLICA CECA

<i>Constitution of the Czech Republic</i> (December 16, 1992) (testo in lingua inglese)	145
---	-----

ACCORDI INTERNAZIONALI

<i>Accordo tra il Governo della Repubblica italiana ed il Governo della Repubblica ceca per lo sviluppo della cooperazione economica</i>	163
--	-----

COMUNICAZIONI

<i>La grandeur autarchica della nuova Istanbul</i> (S. Solinas)	167
<i>Convegno su l'Europa e Cipro</i>	169
<i>Ancora per l'Istria, Fiume e la Dalmazia nostre</i> (C. Montani)	170
<i>Razzismo illuminato – Le origini del razzismo e della schiavitù moderna</i> (G. Ruggiero)	181
<i>Vogliamo la catastrofe!</i> (A.B. Mariantoni)	186
<i>Gli ebrei nel ventennio fascista</i> (F. Giannini)	191
<i>L'11 novembre 2011 ho sentito parlare Benito Mussolini</i> (F. Giannini)	197

GIURISPRUDENZA

<i>Corte di Giustizia dell'Unione europea (terza sezione), sentenza del 5 ottobre 2010</i>	201
<i>Consiglio di Stato (sesta sezione) sentenza del 9 agosto 2011</i>	214

DOCUMENTI

<i>Trattato tra il Regno di Spagna, la Repubblica francese, la Repubblica italiana, il Regno dei Paesi Bassi e la Repubblica portoghese per l'istituzione della Forza di Gendarmeria europea – Eurogendfor</i> (Velsen, 18 ottobre 2007)	223
--	-----

PANORAMA

<i>In memoria di un grande italiano – Ajmone Finestra: presente!</i> (C. Montani)	239
<i>La ferocia dei croati contro gli italiani – i gravissimi fatti di Sussak – negozi e ville devastati</i> (“Il Piccolo della Sera”, 6 settembre 1906)	241
<i>Ungheria, è di nuovo il 1956</i> (M. Veneziani)	242
<i>Un brano dal Diario di Carlo Alberto Biggini: 2 agosto 1943</i>	244
<i>Uno al giorno nel 2012</i>	244
<i>Le solite mistificazione dell'Ambasciatore sloveno in Italia</i> (F. Giannini)	245
<i>Risposta a Giacomo Scotti e alla Kersevan che danno ai Fascisti la “primogenitura” delle Foibe in Istria!</i> (M. Micich)	249
<i>Il saluto col pugno chiuso di Breivik</i> (C. Antonelli)	250
<i>Paul Gentizon – Alfiere di un ideale</i> (F. Giannini)	251

RECENSIONI

- International Institutions And Co-Operation: Terrorism, Migrations, Asylum, 2nd Napoli Colloquium 9-11 December 2010*, a cura di Giancarlo Guarino – Ilaria D’Anna (eds.), voll. I-II, Satura Editrice, Napoli, 2011, pp. 1408 (P. Bargiacchi) 255
- Studi in onore di Claudio Zanghi*, a cura di Lina Panella e Ersiliagrazia Spatafora, voll. I-V, Giappichelli Editore, Torino, 2011, pp. LIX-3353 (P. Bargiacchi) 257
- European Constitutional Law*, di Robert Schütze, Cambridge, University Press, 2012, pp. 484, indice analitico (G. Guarino) 258
- International Humanitarian Law and Terrorism*, di Andrea Bianchi, Yasmin Naqvi, Oxford (Hart), 2011, pp. L, 403 (G. Guarino) 259
- The distinction and relationship between jus ad bellum and jus in bello*, di Keiichiro Okimoto, Hart (Oxford, Portland), 2011, pp. XL, 389, bibliografia e indice analitico (G. Guarino) 260
- The Politics of International Law*, di Martti Koskenniemi, Hart (Oxford Portland), 2011, pp. xv, 371, indice analitico (G. Guarino) 261
- Codice dell’Unione europea operativo. TUE e TFUE commentati articolo per articolo. Con la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, diretto da Carlo Curti Gialdino, Simone, Napoli, 2012, pp. 2560 (A.L. Valvo) 261
- Servizi pubblici internazionali ed europei. Regimi regolatori*, di Francesco Buonomenna, Università degli Studi di Salerno, Dipartimento di Diritto Pubblico Generale e Teoria delle Istituzioni, Salerno, 2010, pp. 251 (A.L. Valvo) 262
- I diritti politici dello straniero*, di Ulrike Haider Quercia, Aracne, Roma, 2012, pp. 97 (A.L. Valvo) 263
- Per l’altra sponda*, a cura dell’Associazione Nazionale Dalmata, Cecchini, Roma, 1922. Ristampa anastatica, Palladino, Campobasso, 2011, pp. 46 (C. Montani) 264
- Io li ho conosciuti*, di Eugenio Benetazzo, Herald Editore, Roma, 2011, pp. 234 (C. Montani) 265
- Il grande esodo, memorie di un’Esule istriana*, di Luciana Rizzotti, Edizioni Comunicazione, Bra, 2012, pp. 64 (C. Montani) 267
- Arrivano gli alleati!*, di Maria Porzio, Mondadori, Milano, 2012, pp. 234 (C. Montani) 268
- Libri ricevuti (e segnalazioni bibliografiche)** 271

Per riflettere

Io non vengo a Itaca, rimango sulle coste di Troia con la memoria di Ettore. Avremmo avuto bisogno di un po' di rigore storico per capire i tempi che vivevamo e le scelte che stavamo facendo, affinché i sogni e i miti non diventassero politicume ottuso.*

* FRANCO CARDINI, in www.totalita.it.

LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN MATERIA DE CRISIS MATRIMONIAL Y RESPONSABILIDAD PARENTAL: UN PRIMER BALANCE SOBRE LA APLICACIÓN DEL REGLAMENTO (CE) 2201/2003, A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UE

Irene Blázquez Rodríguez*

Sumario: I. *Introducción.* – II. *Ámbito de aplicación: hacia una mayor flexibilización conceptual:* 1. *Divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial;* 2. *Responsabilidad parental.* – III. *Competencia judicial: la necesaria labor de concreción realizada por el TJUE:* 1. *Foros en materia de divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial;* 2. *Foros en materia de responsabilidad parental;* 3. *Foros para medidas provisionales y cautelares.* – IV. *Consideraciones finales.*

I. El interés y, por consiguiente, el objetivo básico del Reglamento (CE) 2201/2003, sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad civil, pivota en dos circunstancias en las que nos encontramos inmersos todos los Estados miembros (EEMM) de la Unión Europea (UE). Por un lado, la UE es tierra de recepción de inmigrantes cuyo porcentaje asciende aproximadamente a un 4% de población total¹. Por otro lado, no se puede obviar la creciente movilidad de los propios ciudadanos de la UE, que se sitúa por encima de un 5%.

Todo ello ha dado lugar a un aumento de los matrimonios “internacionales” en que los cónyuges tienen distinta nacionalidad, o viven en EEMM diferentes, o cuya residencia se encuentra en un EM del cual no son nacionales. Si a tales cifras añadimos el alto índice de divorcios en la Unión Europea, la determinación de la competencia judicial internacional en los asuntos matrimoniales y, por ende,

* Profesora Titular de Derecho internacional privado, Universidad de Córdoba.

¹ De ellos, la mayor parte vive en España (7,3% de su población), Italia (7%) y Alemania (5,6%), seguidos de Francia (3,8%) y Reino Unido (3,9%).

la aplicación del Reglamento 2201/2003, es un hecho que afecta anualmente a un número significativo de ciudadanos.

En aras a que el espacio de libre movilidad intra-UE sea un auténtico espacio de libertad, seguridad y justicia, la UE ha fijado entre sus objetivos la puesta en marcha de medidas hacia una cooperación judicial en materia civil. En este contexto, y sobre la base del art. 61.c) del Tratado de la Comunidad Europea (TCE), se aprobó el presente Reglamento (CE) 2201/2003, también conocido como *Reglamento Bruselas II* que, *inter alia*, ha posibilitado la uniformidad de las normas de competencia judicial en materia de divorcio y responsabilidad parental².

El Reglamento 2201/2003 se adoptó el 27 de noviembre de 2003 y entró en vigor el 1 de marzo de 2005, es pues el momento idóneo para realizar un primer balance sobre su aplicación. En primer lugar, durante estos siete años de andadura existe una rica jurisprudencia del TJUE que ha concretado su articulado, al tiempo que ha puesto de relieve los aciertos y lagunas en cuanto a su aplicación práctica. Por otro lado, en este tiempo han visto la luz ciertos instrumentos legales que tienen una estrecha relación con el Reglamento 2201/2003.

En primer lugar, ha entrado en vigor el Convenio de La Haya de 16 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de niños³. En concreto, en el año 2012 este Convenio es de aplicación para la mayoría de EEMM de la Unión, faltando algunos que ni siquiera lo han ratificado (así Italia o Reino Unido). No obstante, es preciso tener en cuenta que si bien la reglamentación UE siempre se aplicará con carácter preferente, el Convenio de La Haya aborda en su articulado cuestiones relativas a ley aplicable y su ámbito de aplicación espacial va más allá del territorio de la UE⁴.

Y, en segundo lugar, fruto de la comunitarización existente en el ámbito del Derecho internacional privado, existe ya una norma armonizada en materia de ley aplicable al divorcio. En concreto, el Reglamento 1259/2010, de 20 de diciembre por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, entró asimismo en vigor el 30 de diciembre

² DO L n.º. 338, 23.12.2003. El Reglamento 2201/2003 ha sido modificado por el Reglamento (CE) n.º. 2116/2004 de 2 de diciembre de 2004 (DO L n.º. 367, 14.12.2004). Dicha modificación tiene escasas implicaciones refiriéndose únicamente a los Tratados suscritos con la Santa Sede a fin de incorporar a ellos el referente a Malta tras su adhesión a la UE el 1 de mayo de 2004.

³ DO L n.º. 48, 21.2.2003. ARMSTRONG, S., *L'articulation du règlement "Bruxelles II bis" et des Conventions de La Haye de 1980 et 1996, Droit & patrimoine*, n.º. 139, juillet/aout 2005, pp. 46 ss. ; SILBERMAN, L., *The New Brussels II Regulation and the Hague Conventions of 1980 and 1996, International Family Law*, March 2004, n.º. 1, pp. 22 ss.

⁴ Según la Decisión 2008/431/CE, de 5 de junio de 2008, por la que autoriza a los EEMM a ratificar o adherirse al Convenio de La Haya en interés de la Comunidad se fija la fecha del 5 de junio de 2010 para que los EEMM que aún no lo han hecho depositen simultáneamente los instrumentos de ratificación o adhesión, DO L n.º. 151, 1.06.2008, pp. 36 ss.

de 2010, y es aplicable a todos los EEMM de la UE a partir del 21 de junio de 2012⁵. El objetivo último de este instrumento UE es asimismo potenciar la libre circulación de personas intra-UE, evitando las dificultades que conlleva la diversidad de normas de conflicto existente en los distintos EEMM. La interrelación entre el Reglamento 2201/2003 con el Reglamento 1259/2010 es evidente, no sólo al aportar un tratamiento con un enfoque global y comunitarizado, sino en tanto que evita el *Forum Shopping*. En efecto, con independencia del EM cuyos tribunales resulten competentes para dictar la sentencia de divorcio o separación judicial, la Ley estatal aplicable al caso será siempre la misma, la ley estatal designada por las normas de conflicto del Reglamento 1259/2010.

En este estudio nos centramos en la primera cuestión que ha de examinarse ante una ruptura de todo matrimonio mixto y sus consecuencias en cuanto a los hijos: la relativa a la competencia internacional de los tribunales. En concreto, para esta materia en la mayoría de los EEMM⁶ existe una triple regulación jurídica, una representada por textos de origen internacional, el Reglamento 2201/2003 y el Convenio de la Haya de 1996, junto con otra, de origen interno dada en el caso de España por la LOPJ, en concreto por su art. 22. Sobre la base de la primacía de la normativa UE, la aplicación de uno u otro régimen va a depender de las dos cuestiones que, a continuación, nos proponemos analizar en torno a este Reglamento 2201/2003: a) el ámbito de aplicación y sus definiciones (Capítulo I); b) los foros de atribución de competencia judicial internacional y el funcionamiento de los mismos (Capítulo II).

II. Tal como hemos referido, el Reglamento 2201/2003 entró en vigor el 1 de marzo de 2005, siendo de aplicación a todas las acciones judiciales ejercidas, a los documentos públicos con fuerza ejecutiva formalizados o registrados y a los acuerdos entre partes celebrados con posterioridad a la referida fecha. Como sabemos, el Reglamento resulta de carácter irretroactivo, si bien ha de tenerse en cuenta que su art. 64 prevé ciertas excepciones en cuanto a las normas relativas al reconocimiento y ejecución⁷. En cuanto a su ámbito territorial, es de obligado cumplimiento para todos los tribunales y autoridades públicas de todos los EEMM de la UE, a excepción de Dinamarca⁸.

El ámbito material del Reglamento 2201/2003 precisa un mayor detenimiento. El art. 1 especifica que dicho Reglamento se aplica, “con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional”, a las “materias civiles” relativas, por

⁵ DO L n° 343, 29.12.2010.

⁶ A excepción de Dinamarca y aquellos EEMM que no han ratificado aún el c. de La Haya de 1996.

⁷ En concreto, *vid.* las STJUE, del 27 de noviembre de 2007, asunto C-435/06, C, y de 16 de julio de 2009, asunto C-168/08, *Hadadi*.

⁸ De conformidad con los arts. 1 y 2 del Protocolo anexo al TUE y el TCE decidió no participar en la adopción del mismo.

un lado, al divorcio, la separación y la nulidad matrimonial y, por otro, a la responsabilidad parental. En este sentido, con anterioridad a un análisis sobre las materias concretas objeto de regulación es preciso realizar dos precisiones. En primer lugar, los “procedimientos” a los que ha sido de aplicación el Reglamento no se han limitado exclusivamente a aquellos que tienen por objeto una sentencia judicial u otra clase de decisión adoptada por los tribunales, sino que han incluido asimismo los no judiciales, es decir los adoptados incluso por autoridades administrativas, algo que es común en determinados EEMM en materia de filiación. En segundo término, a efectos del Reglamento el concepto de “materias civiles” ha sido objeto de una “interpretación autónoma” en Derecho UE, definiéndose en un sentido amplio y cubriendo todos los aspectos enumerados en el apartado 2 del art. 1. Un ejemplo de ello, el TJUE en su sentencia de 27 de noviembre de 2007, asunto C-435/06, C, ya estableció que el empleo de la expresión “en particular” en el artículo 1, apdo. 2 “implica que la enumeración contenida en dicha disposición reviste un carácter indicativo”⁹. Sobre dicha amplitud, la STJUE de 2 de abril de 2009, asunto C-523/07, A, entendió que este art. 1 R. 2201/2003, debe interpretarse en el sentido de que está comprendida dentro del concepto de “materias civiles”, una resolución por la que se decide asumir la guarda inmediata de un menor y ordenar su acogimiento fuera del domicilio de su familia de origen cuando dicha resolución ha sido adoptada en el marco de las normas de Derecho público relativas a la protección de menores¹⁰.

Cuestión más compleja está resultando la determinación del ámbito personal del Reglamento, si bien resulta clave. En efecto, dado que no existe artículo específico al respecto en el ámbito de la competencia judicial internacional, ha de recurrirse a los arts. 6 y 7 R. 2201/2003. No obstante, la dicción de estos artículos es confusa, habiendo resultado de nuevo básico la jurisprudencia del TJUE. En concreto, se deduce de la STJUE 29 de noviembre 2007, asunto C-68/2007, *Sundelind López*, que el artículo 6 constituiría la regla general, mientras que el artículo 7 la regla especial. De este modo, el cónyuge que tenga su residencia habitual en el territorio de un EM o sea nacional de un EM, – o, en el caso del Reino Unido y de Irlanda, tenga su *domicile* en el Reino Unido o Irlanda, – sólo podrá ser requerido ante los tribunales de otro EM en virtud de los foros contenidos en el Reglamento 2201/2003 (*ex. art. 6*).

Sin embargo, en el caso de que de los foros contenidos en el Reglamento no resultasen competentes los órganos de ningún EM, los órganos competentes de un EM podrían declararse competentes mediante los foros fijados en sus normas internas. Tal como se ha encargado de especificar el asunto C-68/2007, *Sundelind López*, el hecho de que el demandado no tenga su residencia habitual en un EM y no sea nacional de un EM, no es suficiente para que los órganos jurisdiccionales

⁹ Apdo. 30.

¹⁰ En este mismo sentido, la STJUE, de 27 de noviembre de 2007, asunto C-435/06, *Grunkil y Paul*.

de un EM puedan fundar su competencia según su Derecho interno, si los órganos jurisdiccionales de otro EM son competentes en virtud del Reglamento 2201/2003.

A continuación, se analizarán las materias concretas que se han incluido en el ámbito de aplicación descrito en el art. 1 R. 2201/2003, al tiempo que se detallarán aquellas que han sido excluidas.

II.1. En el Reglamento 2201/2003, y con diferente criterio que para otras cuestiones como la responsabilidad parental o el secuestro de menores, no existe una definición de las nociones de divorcio, separación o nulidad matrimonial. De este modo, habrá que estar a la definición que cada EM realice al respecto, si bien han de tenerse en cuenta las exclusiones de ciertos tipos de uniones previstas expresamente por el Reglamento 2201/2003. En concreto, éste no se aplica a los procedimientos de divorcios o separaciones de tipo religioso, ni tampoco a disoluciones de otro tipo de uniones estables distintas al matrimonio¹¹. En ambos casos la exclusión alcanzaría exclusivamente a la declaración de la disolución del vínculo, ya que otras cuestiones como las relativas a la responsabilidad parental sí quedarían bajo el ámbito de aplicación del Reglamento 2201/2003 (*ad exemplum*, las STJUE de 22 diciembre de 2010, *Mercrardi*, de 5 de octubre de 2010, *J.MCB*, o de 1 de julio de 2010, *Povse*).

Desde la entrada en vigor del Reglamento 2201/2003 ha existido una mayor complejidad en cuanto a las disoluciones matrimoniales de personas del mismo sexo. Como punto de partida ha de tenerse en cuenta que el Reglamento 2201/2003 no define qué ha de entenderse por “matrimonio”, y es más tampoco la ley aplicable para resolver dicha cuestión¹². Por un lado, la jurisprudencia del TJUE parece optar por una definición según el derecho de familia de los EEMM (sentencia de 7 de enero de 2004, asunto C-117/01, *KV*, o sentencia de 31 de mayo de 2001, asuntos acumulados C-122/99, *P*, y C-125/98, *Suecia /Consejo*)¹³. Ante tal carencia, va a resultar clave el tenor del Reglamento 1251/2010 al indicar que “las cuestiones prejudiciales como la capacidad jurídica y la validez del matrimonio (...) deben ser determinadas por las normas sobre conflicto de leyes aplica-

¹¹ No obstante, las decisiones eclesíásticas dictadas en base a los Concordatos entre la Santa Sede y, respectivamente, Portugal, España, Italia y Malta, una vez incorporadas al Derecho de cada uno de dichos países, pueden ser reconocidas en otros EEMM reconocidas mediante el Reglamento 2201/2003 (STS 24 de octubre de 2007). *Vid. amplius*, CALDELO DE ISA, E., *La eficacia civil de las sentencias canónicas de nulidad matrimonial en la Unión Europea: Reglamento 2201/2003*, Edizione Università della Santa Croce, Roma, 2006.

¹² Sobre esta cuestión la doctrina ha debatido sobre la existencia de un concepto autónomo de conyuge en el marco del Reglamento 2201/2003, *vid.* Urso, E., *Il Diritto di famiglia nella prospettiva europea, Il Diritto di famiglia nell'Unione Europea*, Papua, CEDAM, 2005, pp. 515-611; González Beilfuss, C., *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, *Anuario de Derecho Civil*, nº 3, 2004, pp. 202-205.

¹³ Asunto C-117/01, apdo. 24 y Asuntos C-122/99 y C-125/99, apdo. 26.

bles en el EM participante de que se trate” (Considerando 10). De este modo, los órganos jurisdiccionales de cada EM decidirán si una unión sobre la cual conocen en base al Reglamento 2201/2003 (y que se pretende disolver) es considerada o no matrimonio según su propio derecho interno. Así las cosas, dada la diversidad material existente en los EEMM y el principio absoluto de la libre movilidad intra-UE, habrá que distinguir según estemos ante un caso de competencia judicial o de reconocimiento de resoluciones.

Por un lado, aquellos países que no reconocen el matrimonio entre personas del mismo sexo no basarán su competencia judicial internacional para disolver tal unión en el Reglamento: en primer lugar, porque no lo consideran unión marital y, en segundo lugar, porque si se llegase a asimilar a una unión de hecho, ésta queda excluida del ámbito material del Reglamento. Ahora bien, en el supuesto de la solicitud de reconocimiento de una resolución de disolución de matrimonio entre personas del mismo sexo, la solución está dependiendo de cada EM. Así pues, si atendemos al art. 25 Reglamento 2201/2003, los Estados deberían reconocer tales resoluciones en base al principio de confianza mutua y con el fin de preservar el *favor divortii*. No obstante, y a pesar de que esto sería lo más deseable, nada impediría que los órganos jurisdiccionales de determinados EEMM pudieran denegar el reconocimiento basándose en la excepción de orden público contemplada en el art. 22 a) del Reglamento 2201/2003.

II.2. Junto con los aspectos matrimoniales antes enunciados, el Reglamento 2201/2003 es aplicado a un segundo bloque de materias, “la responsabilidad parental”.

Con carácter previo, hemos de recordar el ámbito limitado del Reglamento 2201/2003 que al ceñirse a la competencia judicial y la validez extraterritorial de decisiones no se ocupa de la determinación del Derecho aplicable. Tal cuestión será precisada a través del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 y, en su caso, por el Derecho interno (art. 9.6 Cc. español). Centrándonos en el Reglamento 2201/2003 y según define su art. 2 bajo esta noción se amparan “los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor”. De este modo, la definición elegida por el Reglamento resulta de gran amplitud

En primer lugar, la responsabilidad parental (art. 2.1 R. 2201/2003), como institución jurídica, resulta más extensa que la tradicional de “patria potestad” del cc. español (así como la *potestà genitoriale* del Derecho italiano o la *autorité parentale* del Derecho francés) al no incluir sólo los derechos de custodia y visita, sino también materias tales como la tutela familiar e institucional o el acogimiento en casos de desamparo.

Y, en segundo lugar, se incluyen no sólo las decisiones judiciales sino también otras actuaciones realizadas incluso por una autoridad administrativa cuyo

objetivo sea la protección del menor, tratándose así de amparar las diversas instituciones de carácter tuitivo existentes en los distintos EEMM.

El TJUE a través de su jurisprudencia ha venido a concretar y caracterizar esta noción de “responsabilidad parental”. En primer lugar, se circunscribe a las “materias civiles” que deben definirse en tanto que concepto autónomo propio del Reglamento y, por ende, ser interpretado a la luz de los derechos nacionales (STJUE 27 noviembre 2007, C.)¹⁴. En segundo lugar, el R. 2201/2003 lleva a cabo una relación de materias enunciativa y no exhaustiva¹⁵. Así, el TJUE ha incluido resoluciones adoptadas en el marco de normas de Derecho público relativas a la protección de menores por la que se decide asumir la guarda inmediata de un menor y ordenar su acogimiento tanto en una familia de acogida (STJUE 27 de noviembre 2007, C.) como en un centro público en casos de abandono de menores (STJUE 2 abril 2009, A). Es más, hay autores que consideran que podrían incluirse en el ámbito material del Reglamento 2201/2003 aquellas medidas con consecuencias patrimoniales que posean un carácter protector, dado que las que carecen de esta función tuitiva serían reguladas por el Reglamento 44/2001. Por otro lado, el Reglamento 2201/2003 excluye expresamente una serie de materias de su ámbito de aplicación, así no resulta de aplicación a la determinación y a la impugnación de la filiación, a las resoluciones sobre adopción y medidas que la preparan, al nombre y apellidos del menor, a la emancipación, a las obligaciones de alimentos, a los fideicomisos y las sucesiones ni a las medidas adoptadas a consecuencia de infracciones penales cometidas por los menores (art. 1.3).

Mediante el art. 2 del Reglamento 2201/2003 se definen ciertas nociones claves que comportan la responsabilidad parental. Por un lado, se considera que el *derecho de custodia*, entre otras prerrogativas, reconoce derechos y obligaciones relativos al cuidado de la persona de un menor y, en especial, el derecho a decidir sobre su lugar de residencia (art. 2.9). Se ha señalado una posible confrontación entre la definición realizada por el Reglamento 2201/2003 y la existente en el Derecho civil sustantivo español. En efecto, según la definición reglamentaria, el derecho de custodia incluye específicamente “el derecho de decidir sobre el lugar de residencia del menor”, prerrogativa que en el Código civil español se ubica en el ámbito de la “patria potestad” y que les corresponde, en principio y con carácter general, a los dos progenitores¹⁶. Por su parte, el TJUE ha considerado

¹⁴ *Cit. supra*, apdo. 40.

¹⁵ PUIG BLANES, F., *Competencia judicial y foros de competencia en el 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, Cooperación judicial en materia de familia y relaciones parentales en la UE*, Madrid, CGPJ (Ed.), p. 31.

¹⁶ LÓPEZ VICENTE, P., *El Reglamento (CE) 2201/2003: el alcance del reconocimiento mutuo de las Decisiones sobre el Derecho de visita y secuestro de menores, Cooperación judicial en materia de familias y relaciones parentales en la UE, cit. supra*, p. 117.

el alcance de este “derecho de custodia” en el marco de supuestos de sustracción de menores. Por un lado, en sus relaciones con el Convenio de La Haya ha considerado que “una resolución judicial sobre la restitución del menor no afectará al fondo del derecho de custodia” (sentencia de 22 diciembre 2010, *Mercredi*)¹⁷. Por otro parte, en cuanto a la titularidad del derecho de custodia, ha consagrado que el Reglamento 2201/2003 “no se opone a que el derecho de custodia se conceda, en principio, exclusivamente a la madre y que un padre biológico sólo disponga de un derecho de custodia en virtud de una resolución judicial” (STJUE 5 de octubre 2010, *J.MCB*)¹⁸. Mientras tanto, el *derecho de visita* conlleva el derecho de trasladar a un menor a un lugar distinto al de su residencia habitual durante un periodo de tiempo determinado (art. 2.10). Por otra parte, se considera que la custodia es ejercida de manera conjunta cuando, en virtud de una resolución judicial o por ministerio de la ley, uno de los titulares de la responsabilidad parental no pueda decidir sin el consentimiento del otro titular sobre el lugar de residencia del menor (art. 2.11)¹⁹.

Asimismo, hemos de indicar que la mencionada responsabilidad parental en el marco del Reglamento 2201/2003 queda circunscrita a los *menores*. Dado que el Reglamento no especifica qué se entiende por “menor”, se ha de estar a lo que determine cada EM de acuerdo con sus normas de Derecho internacional privado, según el derecho español se está a su ley nacional (art. 9.1 cc.). De este modo, no sería de aplicación el Reglamento 2201/2003 a aquellos incapaces que hayan alcanzado la mayoría de edad, aunque sobre ellos se ejerza la responsabilidad parental a través de la tutela u otras figuras análogas, ni tampoco cuando el menor está “emancipado”. Sin duda, esta falta de definición por parte del legislador UE incrementa la “relatividad de soluciones” en la UE, dada la diversidad de derechos conflictuales y materiales existentes²⁰.

Por último y en relación a la noción de “hijo”, el Reglamento 2201/2003 ha puesto fin a una criticada discriminación existente al amparo del anterior Reglamento 1347/2000. En efecto, con el actual Reglamento la noción de hijo se amplía al incluir no sólo a los hijos comunes de una pareja casada, de modo que

¹⁷ Asunto C-497/10 PPU, apdo. 5.

¹⁸ Asunto C-400/10 PPU, apdo 62.

¹⁹ Vid. NOURISSAT, C., *Le règlement “Bruxelles II bis”: conditions générales d’application*, en H. FULCHIRON / C. NOURISSAT (dirs.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, París, 2005, p. 6. Con respecto a la custodia compartida, QUIÑONES ESCÁMEZ, A., *Competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental y sustracción de menores en el Reglamento 2201/2003*, en A. QUIÑONES ESCÁMEZ / P. ORTUÑO MUÑOZ / F. CALVO BABÍO (coords.), *Crisis matrimoniales: protección del menor en el marco europeo*, Jornadas de Cooperación Judicial Europea, celebradas en Madrid los días 25, 26 y 27 de octubre 2004, Madrid, 2005, pp. 120-122.

²⁰ CALVO CARAVACA C. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*, vol. 2, Ed. Comares, Granada, 2011, p. 361.

ya no se distingue si los padres están o no casados o si las partes del proceso son o no ambos padres biológicos del menor. Tal como se advierte en la práctica jurisprudencial se cubren así los numerosos y crecientes supuestos sobre responsabilidad parental cuyos progenitores no están casados (así STJUE de 22 diciembre de 2010 *Mercerdi*, de 5 de octubre de 2010 *J.MCB*, o de 1 de julio de 2010 *Povse*, entre otros) En definitiva, y a modo de balance crítico, sobre el ámbito de aplicación material del Reglamento 2201/2003, coincidimos con algunos autores al afirmar, que el legislador UE parece haberse llevado por una “inercia globalizadora” aglutinando diversidad de situaciones e instituciones cuyos objetivos y particular función es distinta dada la heterogeneidad existente en la UE²¹. No obstante, persiste la denunciada “dispersión jurisdiccional del pleito”, ya que la regulación de determinadas cuestiones estrechamente vinculadas a la crisis matrimonial o a la filiación quedan excluidas²². *Ad exemplum* la cuestión de los alimentos, el régimen económico patrimonial o la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar (Cdos. 8 y 11).

III. Tras la delimitación del ámbito de aplicación y las definiciones, el Reglamento 2201/2003 dedica la primera parte a las normas de competencia judicial internacional (arts. 3-20). Con carácter general, y en relación tanto a los foros relativos a las crisis matrimoniales como a la responsabilidad parental, el Reglamento 2201/2002 fija unas normas comunes en cuanto al inicio del procedimiento, la comprobación de la competencia, la litispendencia y acciones dependientes y las medidas cautelares.

Foros apreciables de oficio. En virtud del art. 17 R. 2201/2002, el órgano jurisdiccional ante el que se presente la demanda debe controlar de oficio su competencia y, en el caso de que ésta correspondiese a los tribunales de otro EM, declararse de oficio incompetente²³. Sobre esta cuestión, se ha planteado al hilo de la STJUE 2 abril 2009, *A*, si un órgano jurisdiccional que según el Reglamento carece de competencia debe acordar simplemente la inadmisión a trámite del asunto o, por el contrario, debe trasladar los autos a un órgano jurisdiccional de otro EM. Acertadamente propone en sus conclusiones la Sra. Abogado General *Juliane Kokott* que según el art. 17 R. 2201/2003 un traslado de los autos a otro órgano jurisdiccional competente de otro EM no está previsto en el Reglamento; ahora bien, el Reglamento no impide al órgano jurisdiccional incompetente informar sobre

²¹ ABARCA JUNCO A. P., et AL., *Derecho internacional privado*, Colex, 2008, pp. 267-268.

²² CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Crisis matrimoniales internacionales y la dispersión del pleito, El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Colex, Madrid, 2004, pp. 216 ss. Retoma esta misma idea refiriéndose al Reglamento 2201/2003 FONT I SEGURA. A., *El progresivo avance del Derecho comunitario en materia de familia: un viaje inconcluso de Bruselas II a Bruselas II bis*, REDI, 2004, p. 276.

²³ Apdo. 19, STJUE de 29 de noviembre de 2007 *Sundelind López*.