

**LA SUPERACIÓN DEL EXEQUATUR EN EL ESPACIO  
JUDICIAL EUROPEO: DECISIONES RELATIVAS  
A DERECHO DE VISITA Y A OBLIGACIÓN  
DE ALIMENTOS**

por MÓNICA GUZMÁN ZAPATER  
Profesora titular de DIPr.  
Habilitada para catedrática  
UNED

## SUMARIO

0. INTRODUCCIÓN
- I. APROXIMACIONES AL PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO
  1. **Las claves económicas**
  2. **Las claves jurídico-políticas**
  3. **Aproximación jurídica: significado del reconocimiento mutuo en el ámbito del reconocimiento de decisiones extranjeras**
- II. RESOLUCIONES OBJETO DE RECONOCIMIENTO MUTUO
  1. **El concepto de resolución**
  2. **Por el ámbito geográfico**
  3. **Por el ámbito material:**
    - A) DECISIONES RELATIVAS AL DERECHO DE VISITA
    - B) DECISIONES SOBRE RESTITUCIÓN DE MENORES
    - C) DECISIONES SOBRE ALIMENTOS
- III. CONDICIONES PARA LA EJECUCIÓN
- IV. LA DESAPARICIÓN DE LA CLÁUSULA DE ORDEN PÚBLICO COMO PROBLEMA: LAS ZONAS DE CONFRONTACIÓN
  1. **Derecho comunitario v. normativa sobre Derechos humanos**
  2. **La incidencia del Derecho internacional público: reconocimiento mutuo e inmunidad de los diplomáticos**
- V. CONSIDERACIÓN FINAL

## 0. INTRODUCCION

**1.** Si hubiera que mencionar un sector del Derecho recalcitrante a la unificación supranacional éste sería sin duda el Derecho de familia. Dato que no debe extrañar al ser éste resultante de avatares políticos, ideológicos y religiosos imperantes en cada Estado en un momento histórico. En la órbita de los países europeo-comunitarios esta perspectiva cambia a partir de dos hechos fundamentales que se suceden en 1999: la aprobación de la tercera reforma de los Tratados constitutivos por el *Tratado de Amsterdam* (mayo 1999) y casi simultáneamente las Conclusiones que arroja la reunión del Consejo europeo de Tampere (octubre 1999) van a cimentar un cambio de óptica cristalizando en un nuevo plan de acción de la Comisión de consecuencias muy significativas desde la perspectiva del DIPr. La reforma del *Tratado* aporta como avance más llamativo la introducción del Espacio de libertad, seguridad y justicia como objetivo propio (art.2 *TUE*) con el que supuestamente se aspira a la conformación de un verdadero Espacio de Justicia común en este ámbito geográfico<sup>1</sup>. A tal fin se articula una base competencial nueva en el *Tratado de la Comunidad Europea* en sede de los artículos

---

<sup>1</sup> Sobre el Espacio de Libertad, seguridad y justicia pueden consultarse desde la perspectiva del DIPr, J.J. ÁLVAREZ RUBIO, «El futuro espacio judicial europeo», *La constitucionalización del proceso de integración europea*, Colección Escuela Diplomática, nº 9, Madrid, 2005, pp. 169-193; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, «El espacio de libertad, seguridad y justicia en el proyecto de Constitución», *Europa ante su futuro. Una visión desde Euskadi*, Consejo Vasco del Movimiento europeo, 2004, pp. 169-220. Desde la perspectiva comunitaria, J. MARTIN y PÉREZ DE NANCLARES, «El nuevo Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en el Proyecto de Constitución para Europa», *Soberanía del estado y Derecho Internacional. Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*. Univ. Córdoba/Sevilla/Málaga, 2005, t. II, pp. 858-877; A. DEL VALLE GALVEZ, «La refundación de la libre circulación de personas, Tercer Pilar y Schengen: el Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia», *RDCE*, 1998, nº 3, pp. 41-78.

61 y 65<sup>2</sup>, ubicados bajo el Título IV relativo a *Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas*. Esta última referencia nos sitúa ante un primer elemento distorsionador o, cuando menos, equívoco y es que del propio título se infiere la necesaria vinculación entre las medidas a adoptar y la Libre circulación de personas. O lo que es igual, las medidas a adoptar tienen su sentido en la medida en que afronten problemas vinculados con el ejercicio de la Libre circulación de personas derecho del que son titulares los Ciudadanos europeos y con restricciones, algunos grupos de extranjeros legalmente establecidos en Europa<sup>3</sup>. Luego, primera premisa, el Espacio de libertad seguridad y justicia no es tanto un objetivo autónomo y propio del TCE cuanto un objetivo vinculado con las necesidades derivadas del correcto funcionamiento del mercado. Así, cuando se acude a los instrumentos uno se encuentra con que el artículo 3 h) se refiere a la aproximación de las legislaciones nacionales «*en la medida necesaria para el funcionamiento del mercado común*», locución que, por una parte, marca el límite máximo de integración jurídica y, por otra, sugiere una clara subordinación del «Espacio» al «Mercado». Reiterada en el artículo 65.1 del *Tratado de Amsterdam* se ha mantenido en el *Proyecto por el que se establece una Constitución para Europa de 2004*<sup>4</sup>. Este dato condiciona el desarrollo del DIPr en su dimensión *intra* comunitaria. Explicaría, tal vez, la confusa situación reinante en el interior de las instituciones comunitarias (y apuntamos también al Tribunal de Justicia) en cuanto a los posibles ámbitos de desarrollo de un DIPr comunitario a la vista de la concurrencia de métodos y técnicas de reglamentación que por el momento impiden una visión coherente<sup>5</sup>.

El segundo hecho significativo tiene lugar en el siguiente año 2000 con la aprobación del «*Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconoci-*

<sup>2</sup> Sobre el cambio operado en el sistema de DIPr la literatura es muy amplia pero destacan con carácter general: S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Derecho internacional privado y Derecho Privado Europeo», *Derecho Privado Europeo*, (coord. S. CÁMARA LAPUENTE), Colex, Madrid, 2003 pp. 157-187; BORRÁS RODRÍGUEZ, «Derecho internacional privado y Tratado de Amsterdam», *REDI*, 1999, nº2, pp. 385-426; *idem*. «Significado y alcance del espacio judicial europeo en materia civil : hacia la reforma del Título IV TCE», *Noticias de la Unión Europea*, nº 225, octubre 2003, pags. 11-20; P. DE MIGUEL, «Integración europea y Derecho internacional privado», *RDCE*, 1997, 2, pp. 413-445; E. PÉREZ VERA, «El Derecho internacional privado y la Unión Europea», *La Unión Europea ante el siglo XXI. Los retos de Niza, Actas XIX Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales* (coord. C. ESCOBAR), BOE, Madrid, 2003, pp. 174-187.

<sup>3</sup> *Directiva 2004/38*, del Parlamento y del Consejo, de 29 de abril de 2004, *relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los estados miembros*, *DOUE*, nº L 158/77, de 30 abril 2004

<sup>4</sup> *Vid.* art. III-269. 2. Sosteniendo que la relación Espacio-Mercado es una relación de complementariedad, *vid.* J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, «La Constitución Europea y El Derecho internacional privado comunitario: ¿Un Espacio Europeo de Justicia e materia civil complementario del mercado interior?», *REEI*, nº 9, pp. 1-5, espec. p. 2 ([www.reei.org](http://www.reei.org))

<sup>5</sup> *Vid.* Ch. KOHLER, «Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e il diritto internacionales privato comunitario», *Diritto Internazionale Privato e Diritto comunitario* (coord. P. PICONE) Cedam, 2004, pp. 65-94, espec. pp. 86-90.

miento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil»<sup>6</sup> en ejecución del mandato del Consejo europeo de Tampere. Por este acuerdo el principio de reconocimiento mutuo de decisiones se levanta como «piedra angular» de la creación de un verdadero Espacio judicial<sup>7</sup>, cuya presencia se ha visto reforzada en el *Proyecto por el que se establece una Constitución para Europa* y en el *Programa de La Haya sobre la «Consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea»*, adoptado por el Consejo Europeo en su reunión de 4 y 5 de noviembre de 2004.

Con independencia de lo que el destino depare a esta última gran reforma de los Tratados, no es aventurado prever la dificultad que entraña dar marcha atrás en algunas de las propuestas más arriesgadas por el soporte económico y político sobre el que se sustentan, como veremos. Frente a las evidentes ventajas contrastaremos algunas de sus dificultades, en particular, las que pueden derivarse en la práctica de la implantación del principio de reconocimiento mutuo en lo que se refiere a las decisiones sobre derecho de visita y restitución de menores tal y como se configura en los artículos 40 y siguientes del *Reglamento 2201/2003 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*<sup>8</sup> y, próximo a su aprobación, en la *Propuesta de Reglamento del Consejo 2005/0259 relativo a la competencia, ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos*, de 15 de diciembre 2005<sup>9</sup>. A nadie se le oculta hoy que la expansión del principio de reconocimiento mutuo como eje vertebrador del Espacio judicial puede no resultar siempre adecuada. Siendo una técnica de superación de obstáculos que originariamente procede del Comercio internacional<sup>10</sup> y penetra en el ámbito de las Libertades (derecho material comunitario), su utilización como técnica alternativa a las técnicas propias del DIPr puede poner en peligro los mecanismos conflictuales clásicos de DIPr sustituidos por éste (*vid.* n° 15).

<sup>6</sup> DOCE, Serie C 12 de 15 enero de 2001

<sup>7</sup> Sobre el principio de reconocimiento mutuo en general, M. LÓPEZ ESCUDERO, «La aplicación del principio de reconocimiento mutuo en el Derecho comunitario», *Gaceta J.*, Serie D-19, 1993, pp. 119 ss.; A. BERNEL, *Le principe d'équivalence ou de reconnaissance mutuelle en droit communautaire*, Sculthess Verlag, Zurich, 1996 ; desde la perspectiva del DIPr, M. GARDEÑES SANTIAGO, *La aplicación de la regla del reconocimiento mutuo y su incidencia en el comercio de mercancías y servicios en el ámbito comunitario e internacional*, Eurolex, Madrid, 1999; yo misma me he ocupado del tema en «El principio del reconocimiento mutuo: ¿Un nuevo modelo para el Derecho internacional privado comunitario?», *RDCE*, 1998, n° 3, pp. 137-170; «Un elemento federalizador para Europa: el reconocimiento mutuo en el ámbito del reconocimiento de decisiones judiciales», *RDCE*, 2001, n° 10, pp. 405-438.

<sup>8</sup> DOUE n° L 338, de 23 de diciembre de 2003. El ordenamiento español se ha adaptado a algunos de sus extremos por *Ley 19/2006*, de 5 de junio, *por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios*, Disposición final cuarta, art. 2, *BOE* n° 134, de 6 de junio 2006

<sup>9</sup> Doc. n° 2005/0259 (CNS), *Doc. COM* (2005) 649 final

<sup>10</sup> P. PICONE/A. LIGUSTRO, *Diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, Cedam, Padua, 2002.

Un principio que, insisto, procedente del ámbito del Comercio internacional, realiza una «preasignación» de competencias entre el país de origen y el país de destino. Bastaría con que el producto o la mercancía hayan cumplido las exigencias técnicas de producción en el país de origen con independencia de lo dispuesto por el país de destino. En sentido estricto se entiende que el Estado miembro de destino debe permitir la comercialización en su territorio de productos procedentes de otros países si, cumplidas las exigencias técnicas del país de origen, tales exigencias se adecúan o son equivalentes a las del país de destino<sup>11</sup>. Hace su entrada en la estructura normativa comunitaria en un primer momento, en la STJCE de 20 de febrero de 1979 en el célebre asunto del *Cassis de Dijon* como impulso a la Libre circulación de mercancías y posteriormente en el sector del Derecho de establecimiento y de la Libre prestación de servicios<sup>12</sup>.

2. Pero en el *Proyecto de medidas de 2000*, despunta como novedad su proyección sobre el ámbito procesal internacional y, particularmente, sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias a los fines de agilizar la ejecución de determinadas decisiones judiciales y asimiladas en distintos ámbitos. En primer lugar, se proyecta sobre las materias civil y mercantil que ya estaban contempladas por los *Convenio de Bruselas I- Reglamento comunitario 44/2001*, como los créditos no impugnados, las obligaciones de alimentos o ciertos litigios de menor cuantía. En segundo término, incide sobre algunos de los problemas contemplados por el *Convenio de Bruselas II- Reglamento comunitario n° 2201/2003*, como el derecho de visita y de restitución de menores. En tercer lugar, va a afectar a otras materias excluidas de los textos anteriores, como pudieran ser las resoluciones sobre las consecuencias patrimoniales de los procesos de disolución del vínculo matrimonial (excluidas del R2201/2003), así como las relativas a las consecuencias patrimoniales de la separación de parejas no casadas o el propio reconocimiento de las parejas no casadas inscritas en Registros<sup>13</sup>. Finalmente, también dentro del ámbito familiar, está prevista su activación para el reconocimiento de decisiones referentes a testamentos y sucesiones. Materias todas que afectan directamente a los operadores no en su condición de tales sino en su condición de personas. Por no mencionar la nota de urgencia que puede concurrir en algunas de las situaciones o derechos contemplados (p.ej. el reconocimiento de un crédito no impugnado o la ejecución de una decisión judicial sobre restitución de un menor).

En suma, materias todas éstas respecto de las que no era previsible la unificación material dado el acantonamiento nacional de las diferencias normativas. La

---

<sup>11</sup> Pese al tiempo transcurrido desde su publicación sigue siendo un trabajo fundamental, M. LÓPEZ ESCUDERO, «La aplicación del principio de reconocimiento mutuo en el Derecho comunitario», *loc.cit.supra*. nota n° 7.

<sup>12</sup> Los momentos claves de la inserción del principio de reconocimiento mutuo en la estructura comunitaria los recogí en «Un elemento federalizador para Europa» *loc.cit.supra*. nota n° 7, espec. pp. 410-415.

<sup>13</sup> De momento en fase de consulta (*vid. Libro verde sobre el reglamento de los conflictos de leyes en materia de régimen matrimonial, relativo a la cuestión de la competencia judicial y al reconocimiento mutuo*, de 17 julio 2006, *Doc. COM (2006) 400 final*)

ausencia de una base competencial específica hasta el *Tratado de Ámsterdam* se ha visto ampliamente compensada por el *Proyecto de Medidas de 2000*, en el entendimiento de que cualquier iniciativa comunitaria presente o futura, debe situarse dentro de los parámetros de los principios de *subsidiariedad* (la acción comunitaria es más adecuada que la intervención estatal) y de *proporcionalidad* (la intervención comunitaria debe ajustarse o ser proporcional a la finalidad perseguida) (ex. art. 5 TCE). Y es que la aspiración a un Espacio de Libertad, seguridad y justicia en el interior de los Estados miembros resulta incompatible con un Espacio judicial sustentador de unas diferencias normativas materiales que hacen difícil o disuaden de la libertad de circulación de las personas.

3. Pues bien, estos dos grandes cambios experimentados por en la estructura normativa comunitaria nos sitúan ante una doble consecuencia. En primer lugar, una consecuencia de índole general y es que la introducción de bases competenciales propias en este sector de problemas abre una posibilidad real de erosión de las fronteras jurídicas nacionales en ámbitos íntimamente vinculados con la vida de las personas (p.ej. el matrimonio y las múltiples consecuencias derivadas de la crisis de la institución o las sucesiones) y en este sentido, se ha dado un gran paso en la superación de la eterna crítica al proceso de integración que, desde sectores políticos, han hecho el centro de su crítica el supuesto desinterés de las instituciones comunitarias hacia los problemas que más directamente afectan a la vida de las personas. En segundo término, una consecuencia de índole particular que directamente incide sobre el DIPr y es que, por una parte, se está forjando un DIPr de factura comunitaria, al mismo tiempo que el DIPr de origen interno queda definitivamente subordinado a los objetivos del proceso de integración cuando la norma de DIPr interna se proyecte sobre situaciones vinculadas con el ámbito geográfico y material del ordenamiento comunitario<sup>14</sup>.

4. Dicho esto, el objeto de esta exposición lo hemos centrado en el significado que cobra el principio de reconocimiento mutuo (en adelante PRM) en el ámbito del Espacio judicial y en particular en la dimensión del reconocimiento de decisiones extranjeras. Es también el ámbito más próximo a la esfera vital de la persona y a sus intereses razón ésta por la que debe ser estudiado desde el DIPr, atento a los intereses privados en el tráfico externo y no tanto porque sea un sector acabado en el momento actual.

## I. APROXIMACIONES AL PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO

5. En el proceso de integración económica europeo habría dos métodos para la eliminación de obstáculos jurídicos derivados de la diversidad material. Uno, requiere una acción positiva de las instituciones consistente en remover los obstáculos mediante armonización legislaciones (directiva) o armonización material (re-

---

<sup>14</sup> Y en este sentido, las normas de DIPr dejan de ser normas neutras, *cfr.* C. GONZÁLEZ BEILFUSS, «Relaciones e interacciones entre Derecho comunitario, Derecho internacional privado y Derecho de familia europeo en la construcción de un espacio judicial común», *AEDIPr*, t. IV, 2004, pp. 117-186, espec. p. 132.

glamento). Paralelamente otro, comportaría una acción negativa que permitiría la supervivencia de las diferencias y, establecida una cierta equivalencia (vía armonización material), las divergencias normativas se superarían reconociendo la legislación o decisión dictada por el país de origen en el país de destino. Como es sabido, el primero ha sido el método dominante. Tras *Cassis de Dijon* (1979) se impone el segundo o, por lo menos se abre paso toda una teoría (económica) explicativa de las ventajas de este nuevo modelo comparando el modelo europeo de mercado con el modelo norteamericano, basado en el paradigma de la competencia entre sistemas jurídicos<sup>15</sup>.

Son sus méritos económicos, a los que me refiero a continuación, los que en su día fomentaron y propiciaron el cambio de perspectiva política que se apuntala en el *Libro Blanco sobre el mercado Interior* base del *Acta Unica Europea* (1986) ceñido al ámbito de los servicios financieros. A finales de los años noventa hemos visto cómo se proyecta sobre ámbitos materiales muy alejados de las necesidades financieras de un Mercado interior, como son las diferencias normativas en el ámbito personal y familiar. Pero si sus ventajas económicas son cuantificables (1), más evidentes son, si se piensan las ventajas desde una perspectiva estrictamente política (2) justificando unas y otras su extrapolación al ámbito procesal (3).

## 1. Las claves económicas

6. La premisa de partida es obvia: hay divergencias normativas entre los sistemas jurídicos de los Estados miembros de la Unión Europea que dificultan e incluso disuaden del tráfico de bienes, personas o servicios. En la teoría sobre la que se apoya el PRM la diversidad no es negativa en si dado que las normas son «productos» que los operadores pueden escoger y en este sentido los sistemas jurídicos nacionales pueden resultar más o menos competitivos<sup>16</sup>. Si nos detenemos sobre sus objetivos más inmediatos tendremos que, visto así, todo son ventajas.

1º En primer lugar, allá donde se proyecta el PRM o control por el país de origen las condiciones de productos y actividades económicas queden sujetas a un mismo régimen jurídico (el del país de origen de la mercancía o de la actividad) abstracción hecha de que el producto o la actividad vayan dirigidas a un Estado miembro distinto (país de destino). Esta iniciativa da ventajas a vendedores y compradores de bienes y servicios. Es lógico: el prestador-vendedor realiza miles de

<sup>15</sup> Vid. en general M. BALLBE/C. PADROS, *Estado competitivo y armonización europea*, Ariel, Barcelona, 1997, espec. pp. 97-161 y 227-253; M. LÓPEZ ESCUDERO, «La aplicación del principio de reconocimiento mutuo en el Derecho comunitario», *Gaceta J. CE*, Serie D-19, 1993, espec. p. 126.; desde el DIPr, F.J. GARCIMARTIN ALFEREZ, «La racionalidad económica de Derecho internacional privado», *Cursos de Derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2001, pp. 87-154; H. MUIR-WATT, «Aspects économiques du droit international privé», *R. des C.*, 2004, t. 307, pp. 39-357.

<sup>16</sup> Anticipo la consecuencia final de este planteamiento explicado en España por F.J. GARCIMARTIN ALFEREZ: «La función del DIPr en ese mercado de productos normativos sería asegurar una competencia libre y leal entre los estados cuando el objeto de la competencia es el derecho privado», *cfr.* «La racionalidad económica...», *loc. cit.* pp. 118-120.

operaciones. El consumidor, algunas menos o circunstancialmente. Luego, de entrada es el prestador/vendedor quien necesita mayor seguridad jurídica para el desenvolvimiento de su actividad. De lo contrario no comercia fuera, no «exporta». Se dirá que favorece a los «fuertes» del Mercado. En cambio, hay que añadir que también es positivo para el adquirente pues le permite conocer antemano que el producto/servicio queda sometido a los estándares de un país extranjero pero determinado: el país de origen del bien o del servicio. Sólo excepcionalmente el producto/servicio se verán sometidos a ley país destino. Así, en la *Directiva de servicios*, pese a que en la *Propuesta modificada de la Comisión* (abril 2006) formalmente haya desaparecido el diálogo país de origen v. país de destino<sup>17</sup> por razones de sobra conocidas, de hecho se reconoce la obligación de los Estados miembros de respetar «el derecho de los prestadores de servicios a prestar servicios en un estado miembro distinto de aquel en el que están establecidos» sin más restricciones de las que tendrían los operadores nacionales (art. 16. 1 y 2), aun cuando se mantiene la intervención de la ley del país de destino «por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente.» (art. 16.3).

7. 2º En su implantación aspira a la integración positiva de mercados eludiendo el recurso al lento proceso de armonización de legislaciones. Bien opere desde dentro, bien desde fuera del Derecho derivado es un principio que responde a una impronta claramente desreguladora y, como veremos, más cómodo para las Instituciones comunitarias por la descarga de trabajo que conlleva desde una óptica negociadora.

8. 3º Como corolario de lo anterior, se asume que la integración económica no requiere uniformidad jurídica. La diversidad, incluso la contradicción entre sistemas jurídicos nacionales no es una realidad a evitar sino un objetivo deseable. Desde esta perspectiva el PRM sirve para incentivar la competencia entre sistemas jurídicos<sup>18</sup>. Si conforme al PRM, el servicio o el producto circulan libremente y según los *standares* del país de origen, cuanto más abiertos sean los mercados nacionales y, sobre todo, mejor regulen la actividad económica más empresas atraerán.

Dicha competencia presupone, como lo ha explicado F.J. Garcimartin en una edición anterior de estos mismos Cursos: 1º Movilidad operadores/ factores de producción; 2º Autonomía voluntad pues el reconocimiento de la libertad de elección contribuye a la acción normativa-dimensión política y a la eficiencia-dimensión económica; 3º Los ciudadanos tienen información suficiente para elegir la regulación de sus operaciones, para poder «salir»; 4º Las leyes son productos que los operadores pueden «escoger».

-Si los operadores pueden «escoger» los sistemas jurídicos de los Estados miembros de la Unión Europea pugnarán entre sí por ofrecer las mejores condiciones económicas y/o jurídicas con el fin de atraer el establecimiento principal de

<sup>17</sup> Vid. Doc. 2004/0001 (COD), *Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los servicios en el mercado interior*, de 4 de abril 2006, Doc. COM (2006) 160 final

<sup>18</sup> Cfr. además de los trabajos *cit. supra* en nota nº 15, vid. J. BASEDOW «Le Marché unique, programme de déréglementation», *Rev.Internationale Droit Comparé*, 1993, nº 3, pp. 619 y ss.

las sociedades a su territorio, y desde ahí, controlar conforme a sus parámetros la prestación de servicios en otros Estados miembros. O establecerán las mejores condiciones de producción con el fin de vender mejor sus productos en otros Estados miembros.

Por vía de consecuencia, se contribuye a la armonización/unificación desde abajo<sup>19</sup>. En un primer momento el sistema jurídico que por su eficiencia absorba mayor volumen de una determinada actividad (p.ej. aseguradora) forzará a los demás Estados miembros a adoptar reglamentaciones similares en la medida en que sus condiciones de establecimiento o producción vayan perdiendo credibilidad para los operadores frente a la oferta de otros Estados miembros. En esta fase el mercado decide, fomentando la competencia entre sistemas jurídicos. Funciona también el proceso decisional del Estado: el Estado es receptor de las «evaluaciones» que hacen los ciudadanos. En un segundo momento, el mercado armoniza, pues el modelo triunfante en cualquier actividad económica de prestación de bienes o servicios será tendencialmente imitado por los demás sistemas nacionales

9. Este planteamiento tiene otras consecuencias de índole económica. Parece realista pensar que desvía la inversión directa en régimen de establecimiento hacia plazas o mercados extranjeros—comunitarios con bajos costes de instalación/producción. Es el problema que ha puesto en evidencia la famosa *Propuesta de Directiva de Servicios* (último texto, abril 2006). Los inconvenientes, expresados y «castigados» en clave de política interna por parte de algunos Estados miembros (Francia, p.ej, con el triunfo del no en el referéndum para la ratificación de la Constitución europea), se vinculan con el desplazamiento de empresas de prestación de servicios hacia países en los que los costes de empleo, producción y distribución resultan más bajos precios que en el ámbito de otros apuntando hacia los nuevos países miembros tras la última ampliación<sup>20</sup>. Inconveniente: la deslocalización empresas dedicadas a la prestación servicios. Además, la citada *Propuesta* parte de una noción amplia de obstáculo: los servicios comprendidos bajo su ámbito no pueden encontrar obstáculos en su desenvolvimiento, entendiéndose por obstáculo cualquier medida nacional restrictiva.

## 2. Las claves jurídico-políticas

Otro interesante ángulo de análisis se ofrece desde una perspectiva más política.

<sup>19</sup> Vid. desde esta perspectiva J. ALFARO AGUILA REAL, «La unificación del Derecho Privado en la Unión Europea», *Derecho Privado Europeo*, (coord. S. CÁMARA LAPUENTE), Colex, Madrid, 2003 pp. 107-127, espec. p. 113

<sup>20</sup> La *Directiva de servicios* en su redacción originaria (y el criterio de sumisión a control por el país de origen) ha desatado una polémica sin precedentes, que condujo a su retirada por la Comisión, en el curso del proceso de ratificación nacional del *Proyecto de Tratado constitucional*, por el componente destructor de puestos de trabajo en la medida en que se afirma que incentiva la deslocalización de empresas hacia países con costes sociales más bajos, vid. C. TAIBO, *No es lo que nos cuentan. Una crítica de la Unión Europea realmente existente*, Ediciones B, 2004, pp. 48-49.

**10.** Entendido en los términos apuntados el PRM expresa la renuncia a la primigenia idea de una «constitución económica» para Europa limitándose la intervención comunitaria a las exigencias mínimas, mientras que los Estados miembros mantienen intactas sus competencias normativas dentro del límite general de no obstrucción de la realización de las Libertades básicas del Mercado interior. Implica, en definitiva, el abandono del proyecto de un Mercado único (llamado a funcionar como un mercado nacional) para tender hacia un Mercado interior dentro del cual los principales factores de producción circulen con el menor número de trabas posible pero renunciando al objetivo de la total uniformidad vía armonización de legislaciones o unificación material.

El resultado es, como señalara A. Mattera, que se abandona así la concepción de una Comunidad Europea legisladora a ultranza que aspiraba a un denominador común europeo para tender hacia una Comunidad más preocupada por salvaguardar las particularidades y las tradiciones nacionales, regionales y locales, en consonancia tal vez con el artículo 6.3 del TUE conforme al cual «*La Unión respetará la identidad nacional de sus Estados miembros*». Conceptualmente se movería ente dos polos de tensión: si reconocimiento mutuo es un instrumento realmente integrador o, por el contrario, como han afirmado especialistas desde el ángulo de las relaciones internacionales es el menos integrador de todos pues permite la intervención directa de los Estados miembros<sup>21</sup>.

**11.** Como *método alternativo* a la armonización de legislaciones ofrece innegables ventajas. Es alternativo por cuanto que conlleva una reducción —declarada— del ámbito de actuación de las Instituciones, en cuanto que descarga a las Instituciones europeas del trabajo de lograr acuerdos para una armonización material y, más aún, en sectores tan resistentes como sería el Derecho de familia. Excluye concentración de competencias para la regulación de la producción y comercialización de mercancías/servicios asumido que los Estados preservan sus competencias.

**12.** Responde a un *esquema descentralizador* de la acción normativa comunitaria. La distribución de competencias encaja perfectamente con la supervivencia de los Estados nacionales, finalidad no declarada de muchos de sus defensores a nivel político. Se compadece bien con el principio de subsidiariedad (art. 5 TCE): el nivel de intervención comunitario sólo debe activarse cuando no funcione el nivel más bajo (estatal). Preserva la diversidad (art. 6.3 TUE) y, no intactas, las competencias normativas de los Estados miembros en la materia intervenida. Descarga a las Instituciones europeas del trabajo de lograr acuerdos para una armonización material y, más aún, en sectores tan resistentes como sería el Derecho de familia. Desde este ángulo se ha criticado su escasa o nula potencia unificadora, aun cuando no se alcanza a ver hasta qué punto una técnica que posibilita la supervivencia de los modelos nacionales es incompatible con una estructura política federal: como ejemplo contrario ahí está el modelo federal norteamericano.

---

<sup>21</sup> En este sentido, Ph. SCHMITTER, «La Comunidad Europea como forma emergente de dominación política», *Las transformaciones de lo político* (dir. J. BENEDICTO / F. REINARES), Alianza, Madrid, 1992, p. 178.

**13.** Es también un *método complementario* de la armonización «tradicional». La propia Comisión en su *Comunicación de 1980* que sigue a la STJCE en el *asunto del Cassis de Dijon*, entendió que armonización de legislaciones y reconocimiento mutuo son distintos vehículos de intervención que pueden y de hecho aparecen en un mismo instrumento jurídico<sup>22</sup>. Por ejemplo, si retenemos ahora la *Directiva sobre comercio electrónico*<sup>23</sup> el ámbito armonizado son los «servicios de la sociedad de la información» y el reconocimiento mutuo se proyecta sobre dicho ámbito armonizado. También el *Reglamento 2201/2003* y la *Propuesta de Reglamento sobre alimentos*, la ejecución automática de decisiones extranjeras se proyecta sobre la base de un mínimo material uniforme.

**14.** Resulta *fácil de aplicar* por los Estados miembros por cuanto que sólo plantea problemas puntuales de transposición. En cambio, cabe imaginar que complica enormemente todo *proceso de negociación* en la medida en que encierra una cesión máxima de soberanía nacional o por lo menos muy superior a la que conlleva cualquier proceso de unificación o armonización material. Veámoslo con un ejemplo. Si yo quiero 5 y tu me pides 10, un resultado bueno será 7 = armonización vía Reglamentos y Directivas. Aquí no: el resultado es la imposición directa a través de un acto normativo comunitario de la norma o la intervención de una autoridad judicial extranjera, aunque sometida a unos parámetros previos de control comunitarios. Luego no responde al patrón de la armonización material como tampoco a un esquema de total confianza mutua: al límite, este supuesto fundamento llevaría a prescindir de la equivalencia previa entre legislaciones que aporta el mínimo material uniforme sobre el que normalmente reposa y, como veremos, no es así; la confianza se extiende mientras la intervención comunitaria garantice una cierta equivalencia entre las legislaciones nacionales.

### 3. Aproximación jurídica: significado del reconocimiento mutuo en el ámbito del reconocimiento de decisiones extranjeras

**15.** Desde la perspectiva de las situaciones objeto del DIPr las ventajas señaladas deben ponderarse. Sobre todo las que se sustentan en las bondades de un sistema jurídico europeo basado en la premisa de la *competencia entre sistemas jurídicos*. En primer término, básicamente se ha proyectado sobre normas jurídico públicas extranjeras, una vez operada una cierta armonización materia (p.ej. Directiva sobre comercio electrónico). Opción que no es casual y conduce a pensar que es dudosa la información-capacidad de los operadores para escoger normas reguladoras de instituciones íntimamente vinculadas con el estado de las personas y por ende en ocasiones sustraídas al derecho dispositivo<sup>24</sup>. En segundo lugar, no habría que perder de vista el componente corrosivo respecto de los instrumentos clá-

<sup>22</sup> *Comunicación interpretativa de la Comisión* de 3 de octubre de 1980, *vid. JOCE*, n° C 256/2

<sup>23</sup> *Directiva 2000/31*, de 8 de junio de 2000, *DOCE* n° L 178, de 17 de julio de 2000, p. 1.

<sup>24</sup> Como tampoco es casual que los especialistas hayan descartado este planteamiento para el ámbito de los contratos, *cfr. J. BASEDOW*, «A Common contract law for the European Market», *Common M.L.Rev.*, 33, 1996, pp. 1169-1195, *espec. pp. 1184-1186*.

sicos de DIPr. El ejemplo más elocuente se ha visto en la amenaza de la (futura) *Directiva de servicios* respecto de los mecanismos conflictuales «clásicos» en materia de obligaciones contractuales y no contractuales. En el esquema de la *Propuesta de Directiva* 0001/2004, de 13 de enero 2004, *relativa a los servicios en el mercado interior*, con un ámbito de aplicación material aparentemente omnicomprendivo de todos los servicios, el PRM (o cláusula de mercado interior) llevaría a someter prácticamente todos los servicios y en todas sus fases a control por el país de origen de la prestación. En *clave jurídica*, esta opción supone un avance de la técnica unilateral (sumisión a la ley del país de origen) que, de afianzarse pone en peligro el propio sentido de la unificación conflictual, como advirtiera la delegación sueca en el curso de las negociaciones sobre el futuro *Reglamento Roma I* y en la Propuesta de *Reglamento Roma II* para las obligaciones no contractuales. Afortunadamente, la propuesta fue retirada y modificada por lo que concierne al DIPr<sup>25</sup> haciéndose explícita la exclusión de la responsabilidad contractual y extracontractual y por consiguiente sujetas a los (futuros) mecanismos conflictuales.

**16.** Ahora bien, la conformación de un verdadero Espacio judicial exigía probablemente un cambio de enfoque. La tendencia que se abre paso con el PRM responde a la idea de que el DIPr en la vertiente del reconocimiento de decisiones judiciales por los parámetros tradicionales (reconocimiento + *exequátur*) no son lo suficientemente potentes como para superar la contradicción normativa en materia de Derecho privado vigente en el interior de los Estados miembros cuestión ésta (la de si los mecanismo clásicos son adecuados a las exigencias de un Espacio de justicia común) cuando menos polémica en el propio debate interior entre las instituciones comunitarias<sup>26</sup>. Lo cierto es que el reconocimiento mutuo de normas o decisiones extranjeras, puede compadecerse correctamente con el objetivo propio del Espacio de justicia, esto es, puede servir para impulsar y profundizar en la Libre

<sup>25</sup> Sujeta al procedimiento de codecisión fue sometida a una severa revisión (*vid. Resolución legislativa del Parlamento europeo* 0069/2004-2004/001, *sobre la propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo relativa a los servicios en el mercado interior*) recogidos en una nueva Propuesta modificada (*vid. Doc. 2004/0001, COM (2006) 160 final*, presentado en Bruselas el 4 de abril 2006).

<sup>26</sup> Resulta elocuente al respecto la visión encontrada de las propias instituciones comunitarias. La función del DIPr como instrumento de integración se daba por acabada en la *Resolución del PE sobre Aproximación del Derecho civil y mercantil de los Estados miembros*, de 15 de noviembre de 2001 (*Doc. COM (2001) 398 – C5 0471 – 2001/2187 (COS)*, pp. 11-14) en la que se afirma que «*el Derecho internacional privado ya no es un instrumento adecuado para el mercado interior europeo, que ya está muy integrado*» y por consiguiente la alternativa es/era «*crear un ordenamiento jurídico común en vez de aplicar distintas normativas nacionales o internacionales*». Opinión que no parece compartir la Comisión, al menos con posterioridad a la citada *Resolución* vista su *Comunicación sobre un Derecho contractual europeo más coherente, de 12 de febrero de 2003 (DO, n° C 63, de 15 de marzo de 2003, n° 13)* al afirmar que «*las normas de Derecho internacional privado incluidas en el Convenio de Roma o en cualquier otro posible instrumento comunitario futuro tienen una importancia fundamental porque determinan la legislación aplicable*». E insiste (en relación con la propuesta de crear instrumentos opcionales superpuestos a la legislación comunitaria) cuando señala que «*el papel de las reglas de Derecho internacional privado sigue siendo fundamental porque determinan la aplicación de dichos instrumentos cuando se eligen como la legislación aplicable al contrato*».

circulación de personas (objetivo propio de la integración) asegurando la continuidad de las relaciones jurídico-privadas en el interior de este marco regional (objetivo típico de DIPr).

Sin entrar a juzgar sobre si existe o no una «comunidad de valores» entre los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y de admitirse, sin calibrar su alcance, el mandato de aplicación de la *ley del país de origen* (a la actividad, al producto o la decisión extranjera) es una de las claves de la integración que más puede llegar a afectar al DIPr. Mandato que reposa sobre la confianza (matizada) hacia el derecho vigente o hacia el comportamiento de las autoridades de los demás Estados miembros dada una previa equivalencia normativa resultante (o no) de la intervención comunitaria. Respondiendo a exigencias materiales de la integración, evoca un objetivo de *favor recognitionis* que nos resulta familiar en términos de DIPr: es la continuidad de las relaciones jurídico-privadas consolidadas en un Estado miembro el objetivo a lograr o lo que es igual, la armonía internacional de soluciones<sup>27</sup>. Dentro de estas coordenadas debe entenderse el desarrollo espectacular del PRM en sectores hasta ahora sujetos a normas típicas de DIPr.

17. En el ámbito del reconocimiento de decisiones cobra un particular significado: la penetración de esta técnica tiene por efecto el establecimiento de un *sistema de reconocimiento generalizado* como vehículo infinitamente más potente en orden a facilitar la eficacia de la decisión extranjera que el previsto en el régimen general de *exequatur* en los *Reglamentos* 44/2001 y 2201/2003<sup>28</sup>. La medida clave reside la supresión de prácticamente todos los mecanismos de control en el Estado requerido incluido el orden público. No hay control previo por *exequatur* entendido éste como control previo de ejecutividad en el Estado requerido. Constituye además una radical manifestación de la llamada *teoría de extensión de los efectos*: el país de origen dicta la resolución judicial o administrativa y una vez certificada, el país de destino tiene que ejecutarla «tal cual»: como se ejecutan las decisiones del mismo tipo en el Estado requerido. En este sentido el PRM emerge como un mecanismo superador del *exequatur* tal y como se contempla en todos los instrumentos comunitarios anteriores.

Al día de hoy cristaliza en el *Reglamento* 805/2004, sobre *Título ejecutivo europeo relativo a créditos no impugnados*<sup>29</sup>, así como en los artículos 40 y si-

<sup>27</sup> A este aspecto me he dedicado más ampliamente en «Sobre la función del Derecho internacional privado y técnicas de reglamentación», *Pacis Artes. Obra Homenaje al Profesor J.G.González Campos*, Eurolex, Madrid, t. II, pp. 1619-1643, espec. pp. 1632-1634.

<sup>28</sup> Otros prefieren denominarlo «declaración de ejecutividad automática» (cfr. F. GARAU SOBRINO, «La declaración de ejecutividad automática. ¿Hacia una nueva teoría general del *exequatur*?», *AEDIPr*, t. IV, 2004, pp. 91-116, p. 95). La bibliografía sobre este procedimiento al hilo del R. 2201/2003 es enorme. Destacan, además del trabajo anteriormente citado, M. HERRANZ BALLESTEROS, «El reglamento n° 2201/2003: Alcance de la reforma en materia de sustracción internacional de menores en el espacio judicial europeo», *Aranzadi civil*, n° 13, noviembre 2004, pp. 13-35; E. RODRÍGUEZ PI-NEAU, «Algunas cuestiones sobre la aplicación del reglamento CE 2201/2003 en España», *AEDIPr*, 2004, pp.261-286.

<sup>29</sup> *Reglamento del PE y del Consejo por el que se establece un Título Ejecutivo Europeo para créditos no impugnados*, de 21 de abril 2004, *DOUE* n° 143/15, de 30 de abril 2004.

güentes del *Reglamento 2201/2003 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*»(en adelante, *Reglamento 2201/2003*) y, próximo a su aprobación, en la *Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos*, de 15 de diciembre 2005 (en adelante, *Propuesta Alimentos*)<sup>30</sup>. Es previsible su extensión al plano del reconocimiento de las parejas no casadas así como a las consecuencias patrimoniales de su separación, cuestiones éstas en estadio poco avanzado<sup>31</sup>.

**18.** El esquema de funcionamiento común a los instrumentos adoptados es sencillo: una autoridad nacional (judicial o no judicial según los casos) dicta una resolución en un Estado miembro y una vez observadas las exigencias de control previstas por los respectivos *Reglamentos*, procede a «certificar» esa decisión utilizando el impreso uniforme anexo. La *segunda* novedad reside en el traslado de la sede de control desde el país del reconocimiento hacia el país de origen de la decisión<sup>32</sup>, como veremos a continuación. La resolución acompañada de su certificado son aportados por el interesado en el país donde se pretende hacer efectiva dicha resolución. En tal Estado deberá ser ejecutada tal y como se reconocen las resoluciones del mismo tipo, sin que resulten admisibles medidas intermedias. Nosotros nos vamos a centrar únicamente en las decisiones directamente vinculadas con la esfera personal y familiar dado el importante número de trabajos ya dedicado al Título Ejecutivo europeo<sup>33</sup>.

**19.** El *procedimiento para la certificación* en origen de las resoluciones contempladas queda sujeto a unas «*normas procesales comunes*». De modo que afirmada la competencia judicial internacional con alcance uniforme en cuanto a los tres grupos de decisiones, la protección material y sobre todo procesal de la parte demandada en el procedimiento desarrollado en el país de origen aparece vertebrada en torno a tres tipos de medidas.

1º Posición procesal. El escrito de *notificación* de incoación del procedimiento tiene que haber sido dirigido a las partes con tiempo útil («suficiente antelación») para defenderse o, de no haber sido respetada esta condición, que conste de

<sup>30</sup> Doc. N° 2005/0259 (CNS), *Doc. COM* (2005) 649 final.

<sup>31</sup> *Vid. Libro verde sobre el reglamento de los conflictos de leyes en materia de régimen matrimonial, relativo a la cuestión de la competencia judicial y al reconocimiento mutuo, loc.cit.supra.* nota 13.

<sup>32</sup> *Cfr. J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, «Reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales extranjeras y respeto de los derechos humanos relativos al proceso», Soberanía del Estado y Derecho internacional. Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo, Sevilla, 2005, t. II, pp. 695-716, p. 706.*

<sup>33</sup> *Vid. sobre la Propuesta C. BAKER, «Le Titre exécutoire européen. Une avance pour la libre circulation des décisions?», La Semaine Juridique, n° 22, 28 mai 2003, pp. 985-991.* En la doctrina española, F.J. GARCIMARTIN ALFEREZ, *El Título Ejecutivo Europeo*, Civitas, 2006; F.J. GARCIMARTIN/M.J. PRIETO JIMÉNEZ, «La supresión del exequatur en Europa: El Título ejecutivo europeo», *La Ley*, Año XXV, n° 6151, 21 diciembre 2004; J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, «Reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales extranjeras y respeto de los derechos humanos relativos al proceso», espec. 706-716; M.A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *El Título Ejecutivo Europeo*, Colex, 2005.

manera inequívoca que ha aceptado la resolución (art. 41.2 a) y 42.2 R. 2001/2003). Subyace, por una parte, una cuestión fáctica que ha de ser objeto de prueba. Por otra, una cuestión jurídica, la de saber si hubo notificación regular. La parquedad en la regulación conduce a pensar que el *Reglamento* 2201/2003 se complementa en este punto con lo dispuesto por el *Reglamento* 1348/2000, de 29 de mayo de 2000, *relativo a la notificación y al traslado en los estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil*<sup>34</sup>.

En cambio, en relación con las *decisiones sobre alimentos*, se agregan reglas especiales uniformes: 1º Sobre la *notificación* del procedimiento en origen (postal, personal, fax, electrónicos, con acuse de recibo), previéndose un plazo de tiempo útil para organizar la defensa que se extiende por un periodo de 30 días a partir de la recepción del documento de notificación (ex. art. 23, 1 y 2). 2º Sobre verificación de la competencia judicial, cuestión central en la decisión sobre si prosigue o suspende el procedimiento en atención a la incomparecencia del demandado. Suspenderá el procedimiento cada vez que el demandado con residencia habitual en un Estado distinto del tribunal que entiende de la reclamación o en un país tercero no comparezca y se acredite que no ha recibido el escrito de incoación del procedimiento (art. 23 *Propuesta Alimentos*). 3º Se reconoce y las autoridades centrales tendrán que asegurarse de recabar la *información* para el acreedor para facilitar el cobro de su deuda (art. 44) y debiendo trasladar al deudor la información que suministraron al acreedor (art. 47). 4º Finalmente al demandado se le reconoce un derecho de *reeexamen* de la resolución cuando no haya comparecido y se demuestre, bien que no ha recibido el escrito de interposición de la demanda, bien que no ha podido impugnar la deuda alimentaria por fuerza mayor (art. 24.1 *Propuesta alimentos*), solicitud de reexamen que paraliza todas las medidas de ejecución (art. 24.3).

2º En el caso de la certificación de las decisiones sobre derecho de visita y sobre restitución, se requiere haber dado *audiencia* a todas las partes interesadas como también al menor, mandato este último que queda abierto a una cierta discrecionalidad judicial (ex. art. 41.2 b) y c) y 42.2 a) y b) R. 2201/2003).

3º *Derecho a los recursos*. Se reconoce un *derecho la rectificación* del certificado sujeto al derecho nacional (art. 43.1 R. 2201/2003). No cabe oponer recurso contra los certificados «correctamente» expedidos (o en los términos de los arts. 41.1 y 42.1) en este sentido el certificado es inatacable en el *Reglamento* 2201/2003<sup>35</sup>. Nada se dice al respecto en la *Propuesta sobre alimentos* omisión deliberada y probablemente vinculada con los amplios cauces de oposición en la fase de ejecución que sorprendentemente asisten al deudor (*vid. infra*. nº 44)

<sup>34</sup> DOCE nº L 160, de 30 de junio de 2000

<sup>35</sup> No obstante téngase en cuenta la Disposición final cuarta, de la Ley 19/2006. 1º El art. 2.4 prevé como procedimiento de *rectificación de errores* del certificado el contemplado en los tres primeros apartados del art. 267 LOPJ. 2º El art. 2.5 abre la posibilidad de *recurir contra la denegación* del certificado que «podrá impugnarse por los trámites del recurso de reposición».

## II. RESOLUCIONES OBJETO DE RECONOCIMIENTO MUTUO

**20.** Si nos colocamos en la perspectiva del juez español como autoridad a la que se dirige la solicitud de ejecución de la resolución extranjera certificada tendrá que verificar el cumplimiento de determinadas condiciones. Repárese que nada impide que una decisión sobre derecho de visita, restitución o alimentos sea ejecutada por el cauce ordinario o general del *exequátur* (art. 40.2). El *Reglamento 2201/2003* abre una opción y en este sentido se ha hablado de desdoblamiento de las vías de ejecución en el *Reglamento*<sup>36</sup>. Pero si se opta por la vía más expeditiva del reconocimiento mutuo el número de condiciones será menor.

### 1. El concepto de resolución

**21.** Objeto de ejecución son los efectos asignados que constan en el *certificado* que acompaña a «sentencias» o «resoluciones». Entendidas éstas como acto de una jurisdicción extranjera dictadas en ejercicio de la función jurisdiccional, esto es, actos soberanos de un Estado extranjero no pueden tener efectos más allá del ámbito territorial en el que desarrolla sus funciones la autoridad nacional. El término «sentencia» es más restringido que el término «resolución» al ser aquella una modalidad de éstas. Los Reglamentos comunitarios optan por la expresión «*resolución judicial ejecutiva*» en materia de derecho de visita o de restitución (arts. 41 y 42 .44/2001) y por el término «*resolución...que sea ejecutiva*» en el caso de las obligaciones de alimentos (arts 25 y 25 *Propuesta alimentos*).

En cuanto a las primeras, la propia locución nos sitúa frente a una decisión en la que culmina un procedimiento judicial contencioso, aun cuando el artículo 1 da entrada a otras autoridades distintas de las judiciales, quedando despejada toda duda en torno a la posibilidad de que la decisión en origen pueda proceder de una autoridad administrativa, como puede darse en sede matrimonial (art. 1 R 44/2001). Por lo que se refiere a las segundas, es claro que el legislador se está refiriendo a sentencias condenatorias al pago de alimentos. Pero tal vez no se excluye el reconocimiento de deuda alimenticia contenida en documento público, dado que los «documentos públicos con fuerza ejecutiva» quedan homologados al régimen de ejecución de las «resoluciones» (arts. 37 -38 *Propuesta Alimentos*). Será irrelevante la clase de documento público que se aporte (p.ej. alguno de los contemplados art. 317 *LEC* 1/2000) por cuanto que a efectos de ejecución se requiere simplemente que tengan fuerza ejecutiva y sean ejecutivos en un Estado miembro (art. 37 *Propuesta Alimentos*), en principio coincidente con el de la autoridad notarial ejerce sus funciones.

**22.** Las decisiones contempladas tienen que haber sido declaradas «ejecutivas» en origen (arts 41.1 y 42.1 R. 2201/2003 y 25 *Propuesta alimentos*). Sin duda porque, como se ha dicho, «es inconcebible que a una decisión no ejecutiva según el ordenamiento del Estado de origen, se le conceda ese efecto en el Estado re-

---

<sup>36</sup> Cfr. E. RODRÍGUEZ PINEAU, «Algunas cuestiones sobre la aplicación del reglamento CE 2201/2003 en España», *loc.cit.* nota 28, espec. n.º 28

querido»<sup>37</sup>. La fuerza de dicha exigencia es tal, que el *Reglamento 2201/2003* permite al juez de origen que las declare como tales incluso si su sistema *ex lege* no dota de tal carácter a las decisiones relativas a derecho de visita y sobre restitución (art.41.1, último inciso y 42.1 último inciso, R. 2201/2003). Un interesante mandato dado que no constituye una remisión al derecho procesal interno de los Estados miembros sino que va más allá de lo esperado de una unificación de normas de DIPr al imponer a los jueces nacionales un comportamiento hasta cierto punto transformador de un sistema procesal interno.

23. Finalmente, que se exija la fuerza «ejecutiva» a las resoluciones no implica que sean «firmes» en el sentido de que se haya agotado la vía de recursos internos previstos en el ordenamiento del país de origen (efecto de cosa juzgada). Al contrario, sin perjuicio de la interposición de recursos en el país que entiende del proceso principal, cabe la ejecución de medidas «provisionales» susceptibles de ser ulteriormente modificadas por una decisión firme (*vid.* Arts.47.2 último inciso y 48.2, R. 2201/2003 y art. 26 *Propuesta alimentos*). Al dotarlas de fuerza ejecutiva se pretende evitar que una decisión que finalmente llegue a ser firme pueda quedar sin ejecución. La firmeza no es pues presupuesto para la ejecución<sup>38</sup>

24. Cabe también la ejecución de medidas «cautelares». Respecto de éstas tanto el artículo 20 del *Reglamento 2201/2003* como el artículo 10 de la *Propuesta sobre alimentos*, plantean idéntica duda: la cuestión de saber si dichas disposiciones abren otro foro de competencia especial o simplemente indican una jurisdicción nacional distinta de la que está conociendo el asunto principal ante la que se pueden solicitar las medidas<sup>39</sup>: mientras un juez está conociendo del proceso principal y con la finalidad de impedir maniobras fraudulentas, otro tribunal puede adoptar las medidas de aseguramiento que permitan hacer efectiva una eventual sentencia firme de condena. El procedimiento para la adopción de medidas cautelares puede consistir en activar dicha norma como foro de competencia judicial determinante de un segundo proceso en España. Cabe también que el tribunal que entiende del proceso principal promueva en el Estado requerido la realización de tal acto procesal. Finalmente cabe solicitar la ejecución de la medida cautelar<sup>40</sup>. La cuestión estriba en decidir si pueden reconducirse (*ex officio* o a instancia de parte) al régimen de ejecución sin control por *exequatur*; particularmente, sin conceder audiencia al demandado en origen contra el que se piden las medidas, cuestión que ha suscita-

<sup>37</sup> Cfr. M. AMORES CONRADI, «Eficacia de resoluciones extranjeras en España: pluralidad de regímenes, unidad de soluciones», *Cursos de derecho internacional y Relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 1995, pp. 267-31, p.303.

<sup>38</sup> Cfr. M.A. FERNÁNDEZ BALLESTEROS, *La ejecución forzosa y las medidas cautelares*, Iurgium, 2001, p. 149.

<sup>39</sup> Sobre esta cuestión en general, *vid.* F.J. GARCIMARTIN ALFEREZ, *El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional*, Madrid, 1996; en particular, en el R. 2201/2003, A.P. ABARCA JUNCO/M. GÓMEZ JENE, «Medidas cautelares y provisionales en materia matrimonial: cuestiones de competencia judicial internacional», *Anales de la Facultad de Derecho, Universidad de La Laguna*, nº 18, 2001, pp. 15-32.

<sup>40</sup> Sobre esta triple vía, *vid.* F.J. GARCIMARTIN ALFEREZ, *El régimen de las medidas cautelares...*, *loc. cit. supra*, pp.133-134.

do un debate mucho más amplio que excede de nuestro propósito. En todo caso me parece que no hay razón de peso para sustraerlas al régimen especial de ejecución.

Las normas comunitarias estarían designando territorialmente competentes a los órganos del lugar de situación del bien o de la persona respecto de la que se pretenden adoptar las medidas cautelares. La activación de dicho foro en España estaría condicionada por la constatación de una cierta urgencia (art.20 R.2201/2003 y no así en art. 10 *Propuesta alimentos*), aunque el juez español solo podrá adoptar las «previstas en su propia legislación en relación con personas o bienes presentes en dicho Estado miembro» (art. 20 R. 2201/2003 y art. 10 *Propuesta alimentos*).

Ahora bien, el *tipo* de medidas a adoptar puede condicionar la opción por una vía (cooperación judicial) u otra (instancia de parte activando el foro especial): si las dicta el juez que entiende de la cuestión principal de conformidad con las categorías de su ordenamiento puede suscitarse el problema de la *equivalencia o falta de equivalencia* entre instituciones<sup>41</sup>, razón por la cual, para evitarlo, las medidas a adoptar serían las previstas en el ordenamiento jurídico del tribunal donde se hayan solicitado<sup>42</sup>.

## 2. Por el ámbito geográfico

**25.** Objeto del reconocimiento mutuo son decisiones de autoridades judiciales o no judiciales pero dictadas en los Estados miembros<sup>43</sup>. Como *regla general* serán

---

<sup>41</sup> Nótese que la ejecución sin *exequatur* plantea con toda agudeza el *problema de la equivalencia entre instituciones jurídico-reales y su dis-continuidad*. La práctica española es oscilante en este sector de problemas y no hay elementos que permitan afirmar una tendencia a la apertura de nuestro sistema. Así, en la *Res. DGRN de 12 de mayo de 1992*, se rechaza la pretensión de inscripción como anotación preventiva de un derecho real del derecho francés (por ser el nuestro un sistema de *numerus clausus* *vid. Res. DGRN de 12 de mayo de 1992 (RAJ, (1992), n° 4847, vid. «Nota» R. RUEDA VALDIVIA/A. LARA AGUADO, REDI, (1994), n° 1, p.335*). A idéntica conclusión negativa se llega en la *Res. DGRN de 23 de febrero de 2004 (BOE de 14 de abril 2004)* denegando con una argumentación más que discutible la inscripción de una «hipoteca asegurativa» del derecho alemán, sobre un inmueble sito en España. En otro caso, en el que se solicitaba la inscripción de una medida cautelar del derecho francés desconocida en nuestro derecho, aunque finalmente niegue la inscripción al verificar que en fase de *exequatur* de la (futura) decisión judicial española no se reconocerá en Francia, tiene interés pues la autoridad desciende a un análisis funcional para verificar la equivalencia con el «embargo preventivo (*vid. Auto AP Barcelona, de 16 de enero 1999, RGD n° 661-662, (1999), vid. «Nota» P. JIMÉNEZ BLANCO, REDI (2000), n° 1, pp. 161 y ss*). Cuestión ésta que enlaza con otra, más compleja y en plena ebullición, que es la de la *dis-continuidad de los actos notariales* otorgados ante fedatarios públicos extranjeros sobre bienes sitios en España (como últimos elementos para la polémica *vid. Sent. J 1ª Instancia de Tenerife de 9 de marzo de 2006, declarando nula la Res. DGRN de 7 de febrero de 2005 (BOE de 6 de abril)* y la procedencia de inscribir en el Registro de la Propiedad el acto a que se refiere la resolución).

<sup>42</sup> Favorables a esto último, A.P. ABARCA JUNCO/M. GÓMEZ JENE, «Medidas cautelares y provisionales... *loc. cit.* nota 39, p. 22.

<sup>43</sup> Recuérdese que el Título IV del TCE por el que se rige la materia objeto de los presentes reglamentos, requiere la opción expresa de Reino Unido, Irlanda y Dinamarca, en virtud de sus respectivos Protocolos.

objeto de ejecución sin *exequatur* las decisiones dictadas en los Estados miembros con independencia de que el fundamento de la competencia judicial internacional resida en las reglas uniformes o por las reglas de competencia judicial internacional internas, corroborándose una cierta autonomía del régimen de *exequatur* que también posee en los demás instrumentos comunitarios. *Excepcionalmente* uno de los supuestos de restitución (aquel en el que la decisión de restitución se imponga sobre otra anterior denegatoria basada en el *Convenio de La Haya de 1980*, ex. art. 11.8 R. 2201/2003) si requiere que la decisión haya sido dictada sobre la base de los foros uniformes.

Ahora bien, el PRM opera, claro está, en un ámbito geográfico cerrado que es el constituido por los Estados miembros de la Unión Europea, un elemento también común a los restantes instrumentos en esta materia aun cuando aquí viene reforzado por el carácter expeditivo de la ejecución: es natural que la «confianza» del país de ejecución sólo se extienda hacia lo actuado por otras autoridades soberanas juzgan sobre unos parámetros de justicia más o menos homogéneos. Es más, precisamente en las zonas en las que existe una mayor disparidad (*vbgr.* Normas reguladoras del proceso) y donde ha sido posible alcanzar un acuerdo, dichos Reglamentos incorporan un *mínimo material uniforme*, de contenido obligatorio para todos<sup>44</sup> como hemos visto. En este sentido el PRM es un instrumento exclusivamente operativo en un ámbito geográfico cerrado: país de origen de la decisión sólo puede ser un Estado miembro de la Unión Europea.

**26. Relaciones con otros Convenios.** La premisa señalada (alcance «cerrado» del PRM) excluye como regla general que una decisión dictada en un tercer Estado pueda finalmente ser objeto de ejecución sin *exequatur* en el interior del territorio comunitario. El paso por el filtro del reconocimiento (*exequatur*) en un Estado miembro de conformidad con las reglas (internas, convencionales) de cada Estado miembro no posibilitaría su ulterior ejecución sin *exequatur* en un segundo país comunitario. Así por ejemplo, una decisión de divorcio con un pronunciamiento sobre alimentos, dictada en un tercer Estado, puede haber alcanzado fuerza ejecutiva en un Estado miembro en el que residía el deudor, de conformidad con lo dispuesto por el *Convenio de La Haya*, de 2 de octubre de 1973, *referente al reconocimiento y a la ejecución de las resoluciones relativas a obligaciones alimentarias*, del que son partes casi todos los Estados miembros de la Unión y subsiste en las relaciones con terceros Estados. El traslado del deudor con su patrimonio a otro Estado miembro podría hacer conveniente e interesante el mecanismo contemplado en el futuro *Reglamento sobre alimentos*. Pues bien, el artículo 49 de la *Propuesta* establece la prevalencia del *Reglamento* sobre los convenios y tratados que se refieran a esta materia (obligación de alimentos). *En sus relaciones con los demás Estados miembros* el futuro *reglamento* se impone sobre cualquier otro instrumento general o especial que suscrito con anterioridad forme parte del ordenamiento del Estado miembro: sustituye a los anteriores

---

<sup>44</sup> Precisamente uno de los frentes en los que se trata de avanzar reside en las reglas sobre proceso monitorio europeo (*vid.* Doc. 2004/0055 (COD) sobre *Propuesta modificada de Reglamento por el que se establece un proceso monitorio europeo*, de 7 febrero 2006, *Doc. COM (2006) 57 final*) complementarias del R 805/2004 sobre Título ejecutivo europeo

(art. 48 *Propuesta alimentos*) y se impone en las relaciones intracomunitarias. La finalidad de la cláusula de compatibilidad contemplada en su artículo 49 reside en asegurar un régimen único y uniforme en el interior del territorio comunitario. En sus relaciones con países terceros serán de aplicación las normas internas o convencionales por las que cada Estado miembro se halle vinculado con terceros.

A idéntica razón obedecen los artículos 60 y 61 del *Reglamento 2201/2003* en relación con las decisiones sobre *derecho de visita y restitución de menores*. La regla general es la prevalencia del *Reglamento 2201/2003* sobre los Convenios multilaterales que formaran parte del ordenamiento interno de los Estado miembro, refiriéndose como es lógico al *Convenio de La Haya* de 19 de octubre 1996 sobre protección de menores. Hay un segundo nivel de coordinación respecto de dicho *Convenio de 1996*: excepcionalmente a los fines de la ejecución de una decisión dictada en un Estado miembro que deba ser ejecutada en otro Estado miembro, el *Reglamento 2201/2003* prevalece como regla general (art. 61.1 a), incluso si el menor afectado tiene su residencia habitual en un país tercero (art. 61.b) : en este segundo caso, el *Reglamento* se está proyectando respecto de situaciones ciertamente vinculadas con países terceros, aunque la situación del menor haya sido juzgada por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro<sup>45</sup>, reforzando la idea de que lo definitivo a los efectos del procedimiento de ejecución sin *exequatur* es la intervención de una autoridad (resolución + certificado) de país comunitario.

### 3. Por el ámbito material

27. El *Reglamento 2201/2003* y la *Propuesta 2005/0259* someten a ejecución sin *exequatur* las decisiones relativas al derecho de visita y las referentes a restitución de menores en los supuestos de desplazamiento ilícito y las relativas a obligaciones de alimentos, respectivamente. Cualquier problema de calificación tendrá que resolverse por la autoridad competente ante la que se ventila el procedimiento principal. En fase de ejecución a la autoridad del Estado requerido básicamente no le queda más opción que ejecutar la decisión judicial o administrativa certificada. No obstante, conviene detenerse sobre algunos extremos.

#### A) DECISIONES RELATIVAS AL DERECHO DE VISITA

28. Las decisiones sobre derecho de visita pueden aparecer como uno de los pronunciamientos dentro de una sentencia de divorcio o nulidad como también pueden ser objeto de una decisión autónoma. De donde se infiere la intervención bien de los foros previstos para la disolución del vínculo (art.3 R. 2201/2003), bien

---

<sup>45</sup> Tendencia que se ha criticado aduciendo como razón fundamental la idea de que los intereses de las personas que no viven en la Comunidad pueden no haber sido tomados en cuenta, *cf.* E. JAYME, «Il diritto internazionale privato nel sistema comunitario e i suoi resenti suilippi normativi nei rapporti con stati terzi», *Riv. Dir. Int. p. e p.*, 2006, n° 2, pp. 353 y ss. espec. 359.

de los foros previstos con carácter autónomo para las cuestiones derivadas de la autoridad parental (arts. 8 ss. R. 2201/2003). En principio la competencia en materia de derecho de visita (como en cualquier cuestión referente a la autoridad parental) es asumida por los tribunales del lugar de la residencia habitual del menor (art. 8), asignación que se mantiene durante los tres meses siguientes al traslado legal del menor a otro Estado miembro si el titular del derecho de visita sigue residiendo en el Estado miembro anterior al traslado (art. 9 R. 2201/2003).

29. Ahora bien, si la decisión sobre el derecho de visita constituye uno de los pronunciamientos de una sentencia de nulidad, separación o divorcio y la competencia judicial se ha fundamentado sobre las reglas especialmente previstas para la cuestión de la disolución del vínculo (art. 3) la competencia judicial internacional en origen puede condicionar la acción del reconocimiento mutuo. En primer término, si se contempla la posibilidad, no remota, de que la decisión sea dictada por un foro exorbitante si se entiende que algunos de los foros uniformes expresan la asunción de un volumen excesivo de competencia judicial internacional<sup>46</sup>. Un segundo problema se deriva de la posible incidencia de las llamadas *reglas de inmunidad de jurisdicción* de las que son beneficiarios los representantes de los Estados en el exterior, esto es, diplomáticos y cónsules. Que este *Reglamento 2201/2003* es inaplicable para activar la competencia judicial internacional de tribunales de los Estados miembros sobre personas que gozan de dicha inmunidad (p.ej. la esposa que demanda al otro cónyuge titular de la inmunidad o viceversa) es cuestión que queda meridianamente clara en el considerando n° 14 pòrtico del *Reglamento 2201/2003*<sup>47</sup>; como también es obvio el corolario de dicha inmunidad: las personas adscritas al servicio diplomático sólo pueden ser juzgadas por las autoridades del Estado acreditante<sup>48</sup>.

<sup>46</sup> Téngase en cuenta que en materia matrimonial el art. 3.1 a, apartados 5° y 6° parecen designar foros exorbitantes de competencia sobre la base del domicilio del demandante (cuestión que no es pacífica en la doctrina: afirmando su carácter exorbitante y por tanto, contrario al derecho fundamental a la tutela judicial, M.A. AMORES CONRADI, «Constitución española y proceso civil internacional. Un balance», *Pacis Artes. Obra Homenaje al Profesor J.D.González Campos*, Eurolex, Madrid, t. II, espec. p. 1191; en contra, A.P. ABARCA JUNCO, «El Convenio europeo sobre competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial», *Disyuntivas en los pleitos matrimoniales de separación y divorcio*, Madrid, 2000, p. 279). Cabe que la competencia (exorbitante) se extienda a las cuestiones sobre autoridad parental si uno ejerce la responsabilidad (el residente en país tercero, p.ej.) y la competencia es expresamente aceptada por los cónyuges o por los titulares... (art. 12. 1 a) y b)

<sup>47</sup> «Los efectos del presente reglamento no debe afectar a la aplicación del Derecho internacional público en materia de inmunidad diplomática. Si el órgano jurisdiccional competente en virtud del presente Reglamento no puede ejercer su competencia debido a la existencia de una inmunidad diplomática con arreglo al Derecho internacional, la competencia debe determinarse en el Estado miembro en el que la persona de que se trate no goce de inmunidad, con arreglo a la legislación de ese Estado». En cambios, en la *Propuesta n° 2005/0259* nada se dice al respecto aunque no hay que descartar que dicha inmunidad, pese a la evidencia, pueda recordarse en un texto posterior

<sup>48</sup> *Vid. Convenio sobre relaciones diplomáticas, hecho en Viena el 16 de abril de 1961*. Art. 31.1 «El Agente diplomático gozará de inmunidad... de su jurisdicción civil»; 4.»La inmunidad de jurisdicción de un Agente diplomático en el Estado receptor no le exime de la jurisdicción del Estado acreditante». No obstante, Art.32.1 «El Estado acreditante puede renunciar a la inmunidad de jurisdicción de sus Agentes diplomáticos ...». *Vid.* asimismo, art. 43.1 *Convenio sobre Relaciones consulares*, hecho en Viena el 24 de abril de 1963.

En tal caso, supuesto que el proceso se hubiera desarrollado y concluido en una decisión judicial con esta falta de fundamento, la sanción se verificaría en la fase posterior de reconocimiento y ejecución sin *exequatur* de la decisión judicial en el Estado requerido. En el régimen general de *exequatur* es regla general en éste y en todos los instrumentos precedentes (*Convenio de Bruselas I, Convenio de Bruselas II, Convenio de Lugano, Reglamento 44/2001*) que las resoluciones procedentes de los Estados miembros y comprendidas dentro del ámbito material se reconocerán *sin control* de la competencia del juez de origen<sup>49</sup>. Un requisito que cobra su sentido en el entendimiento de que los tribunales nacionales resuelven conforme a los *foros uniformes* del *Reglamento 2201/2003*. La fundamentación de la competencia sobre (presuntos) foros exorbitantes o la falta de fundamentación en los supuestos de inmunidad de jurisdicción vulnerando las reglas de Derecho internacional público en la materia, llevarían a reconducir estos supuestos a la cláusula de orden público. Bien que tal vía queda cerrada a la vista de lo dispuesto por el artículo 24<sup>50</sup>. Sanción que, por lo demás, en fase de ejecución es inimaginable en esta sede de ejecución sin *exequatur* una de cuyas características reside, como se ha indicado, en la supresión de la cláusula de orden público resultando imposible su activación en el Estado requerido. Volveremos sobre estas cuestión.

#### B) DECISIONES SOBRE RESTITUCIÓN DE MENORES

**30.** Las decisiones sobre restitución de menores no plantean serios problemas de calificación por cuanto que parece obvio que comportan siempre una vulneración del derecho de guarda y visita y la práctica convencional internacional ha ido delimitando los contornos de esta institución de protección del menor. Sí reviste mayor complejidad y hay que tener en cuenta, por una parte, el juego de los foros de competencia judicial internacional uniforme (el tribunal de origen para dictar la orden de restitución es el del lugar al que el menor fue trasladado por cuanto que básicamente se mantiene la de los tribunales de la residencia habitual del menor anterior al traslado ilícito hasta que el menor haya adquirido una nueva, *ex. art. 10*), así como las distintas consideraciones y pruebas a practicar por el juez de origen<sup>51</sup>. Por otra, el mecanismo de restitución que ha de activar la autoridad competente será el previsto por *el Convenio de la Haya de 1980 sobre secuestro internacional de menores*, apareciendo un tercer nivel de coordinación entre el *Reglamento 2201/2003* y éste instrumento convencional que ha sido exitoso en su aplicación

<sup>49</sup> Sobre el alcance de *no control*, *vid. M.A. AMORES CONRADI*, «Eficacia de las resoluciones extranjeras en España...», *loc.cit.supra*, nota 37, espec. 287-288; M. VIRGOS SORIANO/F.J. GARCIMARTÍN, *Derecho procesal civil internacional*, 2000, pp. 444 y ss.

<sup>50</sup> En el régimen general de *exequatur* al establecer que «*no podrá procederse al control de la competencia del órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen. El criterio de orden público .no podrá aplicarse a las normas de competencia establecidas en los artículos 3 a 14*».

<sup>51</sup> *Vid. M. HERRANZ BALLESTEROS*, «El reglamento nº 2201/2003: Alcance de la reforma en materia de sustracción internacional de menores en el espacio judicial europeo», *loc. cit.*, nota 28, pp. 13-35.

práctica<sup>52</sup> aunque no falten correctivos respecto de dicho *Convenio*: la detracción de la materia y la especialización de algunos de sus extremos en consideración de las situaciones intracomunitarias son manifiestas en el propio *Reglamento 2201/2003*. Así por ejemplo, conforme a su artículo 11.4 no pueden invocarse los motivos excepcionales que el *Convenio de 1980* tenía previstos (Art. 13) para impedir la restitución del menor (p.ej. grave perjuicio para el menor desplazado) asumido que en un Espacio judicial integrado no se pueden permitir ese tipo de excepciones<sup>53</sup>.

**31.** El *Reglamento 2201/2003* avanza respecto del mecanismo del *Convenio de La Haya* de 1980 en la hipótesis en que el menor es trasladado de EM (Austria) a EM (España), y en este segundo país (España) se rechaza la restitución conforme al artículo 13 del *Convenio de La Haya*. El titular de la guarda insta nuevo procedimiento en país residencia habitual menor (Austria). En el supuesto en que gane, esa decisión obtendrá la ejecución sin *exequatur* en España (país que habría rechazado la restitución) y la restitución del menor se hará efectiva<sup>54</sup>. Este era el problema pendiente o que dejaba abierto el *Convenio de La Haya* y que ahora resuelve el *Reglamento 2201/2003* para el ámbito intracomunitario: la imposibilidad de actuar contra una decisión de no restitución conforme al artículo 13. Cabe imaginar que tenga lugar un traslado desde un EM (Austria) a EM (España). El país al que fue ilícitamente trasladado (España) concede restitución y se pide la ejecución sin *exequatur* para un tercer EM a donde el menor ha sido de nuevo trasladado (p.ej. Italia).

### C) DECISIONES SOBRE ALIMENTOS

**32.** Las decisiones sobre obligación de alimentos presentan muchas más aristas desde el ángulo de su calificación. La *Propuesta 2005/0259 sobre alimentos* parte de una concepción amplia de esta categoría, al prever en su artículo 1.1 que se aplicará a «*obligaciones de alimentos derivadas de relaciones familiares o de relaciones que, en virtud de la ley que les sea aplicable, produzcan efectos similares*». Caracterización que no va a dejar de plantear problemas dadas las diferencias en la materia entre los sistemas jurídicos de los Estados miembros<sup>55</sup> polarizadas no tanto en la cuestión alimentos si - alimentos no en el ámbito de las obligaciones que

<sup>52</sup> Razones tan poderosas como la no duplicidad de esfuerzos entre distintas instancias supranacionales o la no interferencia en mecanismos demostradamente efectivos y, probablemente, el ahorro de esfuerzos que supone partir de una plataforma uniforme, han militado a favor del mantenimiento del *Convenio de La Haya* en el interior del *Reglamento 2201/2003*.

<sup>53</sup> Sobre el interés del menor en el *Convenio de 1980* y en general en la eficacia extraterritorial de decisiones, vid. M. HERRANZ BALLESTEROS, *El interés del menor en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado*, Lex Nova, 2004.

<sup>54</sup> El procedimiento puede concluir en *no restitución*. En tal caso, la autoridad del país a que ha sido trasladado debe ponerse en contacto/conocimiento autoridad país residencia habitual del menor y si posteriormente recayera una decisión de restitución «*dictada por un órgano jurisdiccional competente en virtud del presente reglamento*» ésta podrá ser objeto de reconocimiento mutuo (art. 11.8).

<sup>55</sup> Para un examen detallado de los problemas que suscita la calificación de estas obligaciones puede consultarse P. DOMÍNGUEZ LOZANO, «La determinación de la ley aplicable a las obligaciones de alimentos en el derecho internacional privado español», *REDI*, 1989, nº 2, pp. 433-485.

hallan su fundamento en la esfera estrictamente familiar, como en el sector de los alimentos entre adultos, en el que falta universalidad en los valores<sup>56</sup>. En todo caso es este un sector en el que las divergencias normativas afloran en cuanto a las personas obligadas al pago, la forma de cumplimiento de la obligación, la toma en consideración o no de la posición económica del deudor, etc.<sup>57</sup>.

Cualquiera de éstas sería irrelevante a los fines de la ejecución. No cabe el control de ley aplicada y en consecuencia sólo incumben al juez del procedimiento principal, bien que las divergencias se minimizan en esta *Propuesta* dado que incorpora normas uniformes para la determinación de la ley aplicable. No hay que olvidar que el futuro Reglamento como parte de la estructura normativa comunitaria está doblemente condicionado, por una parte, por los pronunciamientos que el TJCE ha efectuado precisamente en torno al problema de la calificación de la obligación de alimentos, estableciendo (al hilo del artículo 5.2 del *Convenio de Bruselas* de 1968) que dicha noción comprende las obligaciones *ex lege*, así como las establecidas por un juez, independientemente de la forma de pago<sup>58</sup>. Está condicionado también, como es lógico, por la tendencia del TJCE a propugnar la búsqueda de significados «autónomos» para los conceptos y categorías jurídicas utilizadas en dicho instrumento<sup>59</sup> como vía para asegurar una interpretación lo más uniforme posible.

33. Esta amplia caracterización posee sin embargo una doble justificación. En primer término, cuanto más amplia sea la caracterización de la noción de obligación de alimentos embebida en la *Propuesta* mayor será el número de supuestos comprendidos y sujetos a ejecución sin *exequatur*. En segundo lugar y en conexión con lo anterior, no hay que olvidar la aspiración de esta *Propuesta* a instaurar un régimen único en el interior del territorio de la Unión y omnicompreensivo de todas las facetas (competencia judicial, ley aplicable y reconocimiento).

34. De modo que en sus *relaciones con otros instrumentos*, la *Propuesta* 2005/0259 prevalece en tanto que *ius specialis* sobre los Reglamentos 44/2001 cuyo artículo 5.3 contempla estas obligaciones<sup>60</sup> y 805/2004 *por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados* (art. 48.1), como también prevalece sobre otros instrumentos internacionales vigentes en la materia (art.49) y entre estos, sobre el *Convenio de La Haya* de 2 de octubre de 1973 *sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones relativas a obligaciones alimenticias* del que son parte mu-

<sup>56</sup> Cfr. P. DOMÍNGUEZ LOZANO, «La determinación de la ley aplicable...», p. 470.

<sup>57</sup> Vid. M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO/H. AGUILAR GRIEDER, «Alimentos y orden público», *BIM Justicia*, nº 211, de 15 abril 2006 y nº 212, de 1 de mayo 2006.

<sup>58</sup> As. 120/79, *Cavel*, STJCE de 6 de marzo 1980.

<sup>59</sup> Entre otras muchas, as. 220/95, *van den Boogaard*, STJCE de 27 febrero 1997. Sobre esta cuestión en general, S. BARIATTI, «Qualificazione e interpretazione nel Diritto internazionale privato comunitario: prime riflessioni», *Riv. Dir.int.p.e p. 2006*, nº 2, pp. 361 y ss.

<sup>60</sup> La multiplicidad de regímenes convencionales en esta materia viene reforzada por el propio art. 71 del *Reglamento* 44/2001 que permite la subsistencia de «los convenios en que los Estados miembros fueren parte y que, en materias particulares, regularen la competencia judicial, el reconocimiento o la ejecución de las resoluciones», con una incidencia particular en sede de reconocimiento al añadir que «cuando un convenio relativo a una materia particular en el que fueren parte el estado miembro de origen y el Estado miembro requerido estableciere las condiciones para el reconocimiento y la ejecución de resoluciones, se aplicarán dichas condiciones».

chos de los Estados miembros de la Unión<sup>61</sup>. De donde se infiere, claro es, que el *futuro Reglamento* ha de absorber todas las obligaciones de alimentos tanto las derivadas de relaciones de parentesco y las más estrictamente familiares así como aquellas que obedecen a una causa netamente patrimonial o económica (p.ej. la entidad bancaria que se queda con la vivienda de personas mayores y a cambio da una pensión).

35. A estos argumentos el Considerando nº 9 agregaría otro, basado en la idea de igualdad de trato de todos los acreedores en el territorio de la Unión como plasmación del *principio de no discriminación* en este ámbito material argumento que, evocando la vinculación de la materia con las exigencias del Mercado, ofrece aspectos discutibles. La igualdad sería efectiva en lo que se refiere al procedimiento en origen y en cuanto al procedimiento especial de ejecución en el país de destino. Pero como la *Propuesta* no acaba con las divergencias de derecho material dado que la unificación alcanza a las normas de conflicto de leyes, en definitiva se desplaza a la ley designada (de modo uniforme) la cuestión de saber si el acreedor tiene derecho a percibir alimentos, si el presunto deudor está obligado a prestarlos, el *quantum*, sus posibilidades reales de satisfacer la deuda, etc. Las normas de conflicto uniformes prevén un juego de conexiones en cascada en función de un resultado material (la obtención de alimentos) típico en esta materia<sup>62</sup>. En consecuencia las disonancias afloran en función del país donde se solicite la ejecución y dependiendo de que el derecho material de dicho Estado coincida o no con la ley conforme a la que se resolvió el litigio principal. Las variables son múltiples. Incluso es imaginable que la obligación se halle finalmente sujeta a la ley de un tercer Estado (no comunitario). Ahora bien, si por acusadas que sean las divergencias materiales o incluso las que arrancan de los diferentes niveles de vida entre los Estados miembros no pueden ser motivo para impedir la ejecución en el Estado requerido<sup>63</sup>, tampoco

<sup>61</sup> Con la particularidad de que dicho instrumento deja a los Estados amplias posibilidades de introducir *reservas* en orden al derecho a no reconocer y/o a no declarar ejecutivas una serie de decisiones como las relativas a *alimentos adeudados a adultos o entre colaterales o afines*.

<sup>62</sup> Prevén en primer término, la competencia de la *ley de la residencia habitual del acreedor* (art. 13.1) normalmente coincidente con el país de ejecución. Pero subsidiariamente entra en escena la *ley del tribunal competente*, tanto si dicha ley no permite la obtención de alimentos (art. 13.2 a) como si lo solicita el acreedor y dicha ley coincide con el país de la residencia habitual del deudor (art. 13.2 b). Finalmente, entra en escena *cualquier otra ley* cuando las anteriores no permitan al acreedor obtener alimentos si además la obligación de alimentos presenta *vínculos estrechos* con ese otro país o señaladamente el de la común nacionalidad del deudor y el acreedor (art. 13.3).

<sup>63</sup> Sólo es previsible la oposición en el curso de procedimiento principal. La ley designada conforme a las reglas de conflicto uniformes puede quedar desactivada en dos circunstancias: 1ª «Cuando se trate de obligaciones de alimentos que no sean a favor de menores, adultos vulnerables, o ente cónyuges o ex cónyuges, *el deudor podrá oponer a la reclamación del deudor la inexistencia de obligación de alimentos a su cargo en virtud de su ley nacional común o, a falta de nacionalidad común, de la ley del país en que tenga su residencia habitual*» (art. 15.1); 2ª «Con independencia del contenido de la ley aplicable, *deben tenerse en cuenta las necesidades del acreedor y los recursos del deudor en la determinación del importe de la prestación alimentaria*» (art. 17.2), previsión ésta que tiene su antecedente al menos en el Convenio de la Haya de 1973, sobre ley aplicable a las obligaciones de alimentos (art. 11.2); sobre ésta se ha dicho que tiene la función de «forzar un reajuste» al que podría no llegarse si no hay iniciativa del foro por la vía de la cláusula de orden público, *cfr.* P. DOMÍNGUEZ LOZANO, «La determinación de la ley aplicable...», *loc.cit.* nota 55, p. 472.

es cierto que la *Propuesta* responda en términos absolutos al principio de no discriminación: la no discriminación opera en el tratamiento procesal pero no evita que subsistan situaciones idénticas con diferente trato material en el interior del Espacio de Justicia. Lo cual no es criticable pues este régimen especial de ejecución responde al patrón del PRM como hemos visto. Simplemente no es exacto afirmar que la *Propuesta* y la acción del PRM contribuyan a la no discriminación entre situaciones con sustrato fáctico idéntico.

En suma, la *Propuesta 2005/0259* contempla las obligaciones de alimentos basadas en una relación familiar fuerte (filiación por naturaleza o adopción, por matrimonio o por disolución y en general entre la línea directa), por relaciones de parentesco (entre colaterales o afines), como también las que tengan su fundamento en otros actos *inter vivos* (p.ej. donaciones o contratos) y *mortis causa* (sucesiones).

36. Para el juez español, como es lógico, al no haber *control de ley aplicable* como juez de ejecución son irrelevantes las disposiciones del Código civil (arts. 142-153). En principio, cualquier reclamación de alimentos de ejecución de condena al pago de alimentos quedaría cubierta por esta *Propuesta de alimentos*, quedando a expensas de la ley rectora los eventuales límites o restricciones. Todavía quedaría por despejar la cuestión de saber si entran dentro de su ámbito las reclamaciones contra entidades públicas, cuestión sobre la que el texto no incluye referencia alguna de la que pueda deducirse su aplicabilidad. Desde luego en el antecedente inmediato en la materia, el *Reglamento 44/2001* excluye de su ámbito (la materia «civil y mercantil») los litigios referentes a la materia «administrativa» (art.1.1 *in fine*) y salta a la vista que una reclamación de esas características, por su naturaleza asistencial, participaría de la naturaleza jurídico-pública. Cuando precisamente, por ejemplo tratándose de menores, normalmente la institución asistencial corresponderá a la del lugar de residencia habitual del menor, de modo que cuesta imaginar los supuestos de tráfico intracomunitario. En cambio, el argumento de la protección del menor y/o la urgencia dominante en este tipo de situaciones abogarían por su inclusión aun cuando no tiene antecedentes claros en el ámbito de los trabajos de la Conferencia de La Haya<sup>64</sup>.

### III. CONDICIONES PARA LA EJECUCIÓN

Las decisiones recaídas en materia de derecho de visita y de restitución así como las relativas a alimentos, han de reunir determinadas condiciones para que pueda prosperar la solicitud de ejecución sin *exequatur* sobre la decisión certificada en origen.

37. 1º El procedimiento queda sujeto al derecho procesal del Estado requerido para la ejecución (arts. 47.1 R. 2201/2003 y 27 *Propuesta alimentos*).

Se iniciará *a instancia de parte* y la parte interesada deberá aportar la certificación uniforme distinta según que se trate del derecho de visita o de una restitu-

<sup>64</sup> Cfr. P. DOMÍNGUEZ LOZANO, «La determinación de la ley aplicable...», *loc. cit.*, nota 55, pp. 438-439.

ción y una copia de la resolución (art. 45 R. 2201/2003 y art. 28.1 *Propuesta alimentos*).

En principio sólo es necesario que el certificado haya sido expedido en la lengua de la resolución pero no se exige *traducción* a la lengua del Estado requerido (art. 45 R. 2201/2003 y art. 28.2 *Propuesta alimentos*). Ahora bien, esta regla quiebra cuando se trate de las modalidades especiales de ejercicio del derecho de visita, en cuyo caso, se requiere la traducción a la lengua o a alguna de las lenguas oficiales del Estado requerido (art. 45.2, inciso primero R. 2201/2003). Igualmente se exige la traducción cuando se trate de los «pormenores de las medidas adoptadas para garantizar la restitución del menor» (art. 45.2, inciso segundo R.2201/2003).

**38.** 2º La resolución tiene que tener fuerza ejecutiva (arts. 41.1 y 42.1 R. 2201/2003 y 25 *Propuesta alimentos*), comprendiendo las no firmes y las medidas cautelares, por lo que valgan las consideraciones y especificidades ya expresadas más arriba (nºs 21-23).

**39.** 3º La parte contraria no podrá oponerse a la ejecución (arts.41.1 y 42.1 R. 2201 y 25 *Propuesta alimentos*). Este es un elemento clave y singular en este procedimiento especial. La *regla general* es el no control de la competencia judicial de origen.

Como *excepción*, un solo supuesto requiere la verificación del fundamento de la competencia en origen: aquel en que se dicta una resolución de restitución contraria a otra anterior dictada sobre la base del *Convenio de la Haya* (ex. art. 11.8). El no control se extiende a los foros uniformes de competencia. Pero este supuesto presupone una decisión judicial de no restitución dictada sobre la base de las reglas convencionales y una decisión posterior de restitución dictada sobre los foros uniformes. Para asignarle la ejecutividad sin *exequatur* a esta segunda decisión (que, recordémoslo, tiene en su centro a un menor envuelto en una situación de traslado ilícito) hay que asegurar la intervención de la autoridad de origen dentro de los parámetros de control «comunitarios».

También es regla general el no control de fondo. En origen el juez ha tenido que asegurar las notificaciones y verificar su competencia, así como ha de dar audiencia al menor y a todas las partes afectadas pues, de lo contrario no puede expedir el certificado (arts.41.2 y 42.2 R. 2201/2003). Más garantista con la posición procesal del demandado es la *Propuesta en alimentos* (vid. p. ej. arts. 22.2) y el *derecho a reexamen* que asiste al demandado, ex. art. 24) o el derecho a la información.

Por consiguiente la normativa comunitaria en análisis traslada toda la sede de el control desde el Estado requerido (sede tradicional en el régimen general de *exequatur*) al Estado de origen centralizándolo.

**40.** 4º *Organo competente para la ejecución*. De conformidad con el mandato impuesto por el artículo 68 del *Reglamento 2201/2003* los Estados miembros lo comunicarán a la Comisión. Solicitada la ejecución en España, la normativa comunitaria debe complementarse con las reglas sobre competencia territorial. Tratándose de la ejecución de resoluciones extranjeras, dos reglas entran en escena. Una, la contemplada por el artículo 955 de la vieja *LEC de 1881*, aun en vigor, conforme a la cual «la competencia para conocer de las solicitudes de reconocimiento y ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales corresponde a los *Juzgados*

de primera instancia del domicilio o lugar de residencia de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o ejecución», criterio que será operativo tanto cuando el menor resida (derecho de visita) o haya sido ilícitamente trasladado a España (restitución). Regla general en la materia, coincidente con la *regla de competencia territorial interna* en los *procesos sobre menores*, esto es, con el artículo 769 *LEC I/ 2000*, conforme al cual «En los *procesos que versen exclusivamente exclusivamente sobre guarda y custodia de los hijos menores o sobre alimentos* reclamados por un progenitor contra otro en nombre de los hijos menores, será competente el Juzgado de Primera instancia del lugar del último domicilio común de los progenitores. En el caso de residir los progenitores en distintos partidos judiciales, será tribunal competente, a elección del demandante, el del domicilio del demandado o el de la residencia del menor».

**41.** Por lo que se refiere a la ejecución de resoluciones sobre alimentos distintas de las anteriores, es decir, todas las derivadas de relaciones diversas de las paterno filiales, dado que la *Propuesta sobre alimentos* contiene una remisión al Derecho procesal interno de los Estados miembros (art. 27) con carácter general habrá que estar al criterio contemplado por el artículo 955 *LEC 1881*, sin perjuicio de que pueda activarse la competencia de los Tribunales españoles por la vía de las medidas cautelares (*vid. supra* n° 24) y sin perjuicio también de una regla procesal especial introducida en la *Propuesta* en lo que concierne a las llamadas «*medidas especiales de ejecución*» (arts. 34 y 35 *Propuesta Alimentos*): respecto de éstas, el acreedor puede solicitarlas dirigiéndose al órgano jurisdiccional de su *residencia habitual*, aunque deban ejecutarse en el lugar donde el deudor desempeñe su trabajo o donde sea titular de una cuenta bancaria (en la llamada «*orden de retención automática mensual*»), criterio este último también operativo en la llamada «*orden de embargo temporal de una cuenta bancaria*».

**42.** 5° En cuanto a las *modalidades de ejecución*, la regla general es que las resoluciones certificadas se ejecutarán en los mismos términos e idénticas condiciones que si se hubiera dictado en el Estado requerido (art. 47.2 R. 2201/2003). El procedimiento se rige por la ley del Estado requerido para la ejecución.

**43.** El *Reglamento 2201/2003* prevé no obstante la intervención directa del juez de ejecución para organizar las «*modalidades necesarias del derecho de visita*» bien si no vinieran establecidas, bien si no lo están de modo suficiente, la actuación judicial ha de estar enmarcada dentro de los límites que marquen los «elementos esenciales» de dicha resolución (art. 48). En suma, se diseña un supuesto de intervención judicial del Estado requerido con la finalidad de suplir o completar la intervención del juez de origen. Estamos de nuevo ante una disposición que sobrepasa lo esperado en una unificación de normas procesales de DIPr en la medida en que está imponiendo un determinado comportamiento procesal esta vez al juez del Estado requerido.

**44.** La ejecución de las decisiones relativas a obligación de alimentos merece otras observaciones. La regla general es, como es lógico, el no control de fondo (art. 32.1 *Propuesta alimentos*), exclusión tanto más justificada si se tiene en cuenta que las reglas de ejecución están precedidas por normas de conflicto uniformes en la materia. No obstante se prevé un margen de apreciación judicial: se aconseja

(«podrá») a la autoridad del Estado requerido la posibilidad de que intervenga *ex officio* procediendo a una *ejecución parcial* para proteger la parte inembargable de los bienes del deudor (ex. art. 32.2 *Propuesta*). Poder de apreciación cercenado por una lista de motivos tasados por los que a *petición del deudor* cabe la *denegación* o la *suspensión total o parcial* de la ejecución de la resolución (art. 33 *Propuesta*<sup>65</sup>). En suma, asignan al deudor una oportunidad última o una última posibilidad de *oposición a la ejecución* en esta fase.

Al margen de la valoración que merezca una disposición que abre tantas posibilidades de hacer inefectiva la decisión de origen, en el caso de que fuera España el Estado requerido, es interesante contrastar estas normas procesales uniformes con las previsiones de nuestro Derecho procesal en la materia, esto es, con los artículos 607 y 608 de la *LEC* 1/2000. El primero declara inembargables los ingresos (salario, sueldo, pensión) que no excedan de la cuantía para el salario mínimo interprofesional, al tiempo que establece una escala para los ingresos superiores al salario mínimo interprofesional. En cambio, cuando se proceda por ejecución de sentencia que condene al pago de alimentos, el artículo 608 fija una regla especial, de modo que «*en estos casos, así como en los de las medidas cautelares correspondientes, el tribunal fijará la cantidad que puede ser embargada*». Es decir, la propia *LEC* española reconoce al juez enfrentado a la ejecución de una sentencia de condena al pago de alimentos un poder de apreciación pero en términos infinitamente más amplios que la previsión de la *Propuesta* a este respecto.

La previsión del artículo 608 *LEC* y el artículo 33 de la *Propuesta* aunque inciden en idéntica fase procesal (procedimiento de ejecución forzosa) y se designa competente a idénticas autoridades (Juzgados de 1ª instancia) están orientados en dirección opuesta: el primero, decidido a asegurar el cumplimiento de la sentencia de condena sin contemplaciones; el segundo, orientado a tutelar la posición personal y procesal del deudor. Pero como ocurre que estamos en el ámbito estricto de los litigios intracomunitarios, la segunda prevalece necesariamente sobre la primera. Y en este sentido, una vez más la unificación vía *Reglamento* responde a un planteamiento mucho más ambicioso que el de la simple unificación de normas de *DIPr* procesal: indica o sugiere un determinado comportamiento al juez quien debe atenerse a los parámetros del artículo 32 de la *Propuesta*. No puede proceder a la ejecución sin más de la sentencia extranjera sino que tiene que atender, si así lo solicita el deudor, a las razones que eventualmente justifiquen la denegación o la suspensión total o parcial de la ejecución.

---

<sup>65</sup> En las circunstancias siguientes : «...si: a) el deudor alega nuevas circunstancias o circunstancias que el órgano jurisdiccional de origen desconocía cuando dictó su resolución; b) el deudor solicitó el reexamen de la resolución del órgano jurisdiccional de origen de acuerdo con el artículo 24 y aún no se ha adoptado ninguna nueva resolución; c) el deudor ya ha pagado su deuda; d) el derecho a obtener la ejecución de la resolución del órgano jurisdiccional ha prescrito total o parcialmente; e) la resolución del órgano jurisdiccional de origen es incompatible con una resolución dictada en el Estado miembro de ejecución o que reúne las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado miembro de ejecución».

#### IV. LA DESAPARICIÓN DE LA CLÁUSULA DE ORDEN PÚBLICO COMO PROBLEMA: LAS ZONAS DE CONFRONTACIÓN

**45.** Una valoración rápida de los *Reglamentos 2201/2003* y de la *Propuesta sobre alimentos* en lo que se refiere a la acción del PRM lleva a una estimación positiva: instaura un punto de encuentro entre la lógica internacional (asegurar la fluidez del tráfico y evitar las situaciones claudicantes) y la lógica de la integración (agilización y profundización en las Libertades en el ámbito intracomunitario). Dos técnicas que parecen sintonizar bien pues en el sector del reconocimiento de decisiones la evolución de los sistemas jurídicos nacionales es unidireccional: históricamente siempre dirigida a la supresión de obstáculos (condiciones) en el Estado requerido que al impedir o restringir el reconocimiento o la ejecución fomentan situaciones claudicantes. El mandato de reconocimiento mutuo supone un giro copernicano si en clave histórica se contrasta con lo que fue el reconocimiento por *comitas* o cortesía internacional. Desde esta perspectiva la evolución resulta impresionante.

Ahora bien, este sistema de reconocimiento generalizado ha suscitado críticas. Unas esencialmente dirigidas contra la *eliminación del control del orden público*, condicionando la viabilidad de los certificados sobre resoluciones ejecutivas a que las normas materiales aplicadas en origen así como las procesales, cumplan los *stándares* del Estado de Derecho. Vienen también provocadas, por otra parte, por quienes entienden que la Comisión está sobrepasando el mandato competencial en sus propuestas<sup>66</sup>, críticas éstas que no parecen significativas en las claves del Espacio de justicia como objetivo muy vinculado con las exigencias del Mercado interior.

##### 1. Derecho comunitario v. Normativa sobre derechos humanos

En cambio, la primera, sí resulta más convincente. Es cierto que la preocupación por mantener la cláusula de orden público halla en los ámbitos no patrimoniales mayor justificación.

**46.** Curiosamente en el sector de la ejecución de resoluciones certificadas *relativas a obligación de alimentos* la eliminación de la cláusula de orden público se nos antoja casi irrelevante, dadas las amplias posibilidades de tutela de la posición material y procesal del deudor de prosperar las previsiones del artículo 33 de la *Propuesta*. No obstante, las modalidades especiales de ejecución como la «orden de retención automática mensual» dirigida al empleador o a la entidad bancaria, por efectivas que puedan ser, resultan aterradores por lo que comporta la transmisión de datos personales y la necesaria protección de la esfera privada de las personas frente a potenciales invasiones. Que el tema preocupa a las instituciones comunitarias desde la óptica de los derechos fundamentales de la persona, me parece claro a tenor de la referencia a la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Eu-*

<sup>66</sup> Cfr. F. FERRAND, «La procédure civile internationale et la procédure civile transnationale: l'incidence de l'intégration économique régionale», *ULR*, vol. VII, 2003-1/2, pp. 397-437, espec. p. 408, n° 54.

*ropea* y, en especial de su artículo 8, que aparece además en los Considerandos del reciente *Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos* hecho en Bruselas el 15 de mayo de 2006, a la presente *Propuesta sobre alimentos*<sup>67</sup>.

Si la *Propuesta* la leemos desde la perspectiva del ordenamiento español como país de ejecución, no creo sin embargo que estas medidas especiales de ejecución puedan suscitar problemas de vulneración de derechos fundamentales. En efecto a tenor de la *LO 15/1999*, de 13 de diciembre, de *Protección de datos de carácter personal*, regla general es que «no podrán realizarse transferencias temporales ni definitivas de datos de carácter personal...» (art. 33). Pues bien, lo dispuesto en el artículo anterior «*no será de aplicación... i) cuando la transferencia sea precisa para el reconocimiento, ejercicio o defensa de un derecho en un proceso judicial*», excepción reforzada en el supuesto en que «*b) se haga a efectos de prestar o solicitar auxilio judicial internacional*». De modo que al menos cuando se solicite la ejecución de condena por una reclamación planteada en el extranjero contra bienes del deudor en España, no parece que las medidas especiales previstas por el futuro *Reglamento* vayan a tener dificultades de anclaje con la normativa sobre derechos humanos (o derechos fundamentales).

Por lo demás, la posición procesal del deudor vendría asegurada en el procedimiento de origen (normas sobre notificación + sobre verificación de la competencia en los supuestos de falta de comparecencia del demandado + motivos de oposición a la resolución) y en el procedimiento en ejecución (posibles motivos a estimar por el juez susceptibles de desembocar en una suspensión o denegación total o parcial de la ejecución).

47. En sede de decisiones relativas a derecho de visita y de restitución la vulneración de derechos fundamentales puede cristalizar en la falta o insuficiente garantía de los derechos de la defensa. Una confrontación que opondría el objetivo de la Libertad de circulación *v.* Garantía de los derechos de la defensa como derecho fundamental. En principio a esa preocupación responden las reglas relativas al procedimiento de *notificación* del escrito de incoación y verificación de la competencia en los supuestos de falta de comparecencia del demandado, el tiempo útil para organizar la defensa) o las preceptivas audiencias al menor y a las partes interesadas así como en el reconocimiento de un derecho de rectificación del certificado aunque finalmente no pueda ser atacado. Aparentemente no hay una disminución de controles que potencie la desprotección del demandado pues los controles se mantienen. La innovación reside, insisto, en el traslado de la sede tradicional de control desde el Estado requerido al Estado de origen de la decisión<sup>68</sup>.

48. Las reservas emergen dado el importante número de *remisiones* a derecho nacional que contiene estos instrumentos y la *falta de recursos* contra el certificado<sup>69</sup>, así como contra su ejecución en el Estado requerido (salvo las previsiones es-

<sup>67</sup> Doc 2006/C 242/14, *vid.* *DOUE* n° C242, de 7 de octubre de 2006.

<sup>68</sup> *Cfr.* J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, «Reconocimiento y ejecución», p. 706.

<sup>69</sup> Recuérdese que en Derecho español, por Ley 19/2006, de 5 de junio, cabe recurso de rectificación de errores del certificado así como recurso contra la denegación del certificado, *vid. supra* nota 35.

pecíficas en las resoluciones sobre alimentos, como hemos visto). Las remisiones conducen a los sistemas jurídicos nacionales (y a sus divergencias) entre las que no faltan disposiciones contrarias a la normativa europea regional relativa a derechos humanos como se ha demostrado en la práctica del TJCE<sup>70</sup>. Si por paradójico que resulte hay que asumir que tales vulneraciones están latentes en algunas disposiciones procesales nacionales resulta temerario eliminar la cláusula de orden público. Aunque de menor calado, parece preocupante la escasez o incluso la falta de recursos particularmente en el *Reglamento 2201/2003*, en lo que concierne a la falta de un derecho a recurso contra el certificado ya expedido. También se ha denunciado la imposibilidad de bloqueo de la jurisdicción nacional en ejecución por un recurso prejudicial previo ante el TJCE<sup>71</sup>. Nótese que el *derecho a los recursos* aunque estaría implícito en el derecho a la tutela judicial (*ex. art. 24 CE*) en su vertiente de derecho a un procedimiento con las garantías debidas (*ex. art. 24.2*), aparece configurado en nuestro ordenamiento como un derecho de naturaleza prestacional y de configuración legal. Así por ejemplo, tampoco son recurribles las decisiones sobre *exequatur* dictadas por los Juzgados de 1ª instancia en nuestro país. Significa esto que en el *ámbito civil* el legislador es dueño para la configuración de los recursos, no nacen de la Constitución como es jurisprudencia reiterada de nuestro Tribunal Constitucional<sup>72</sup>.

**49.** Ahora bien, no resulta siquiera dudoso que en los sistemas jurídicos que contamos con una Constitución formal, el orden público podrá aparecer *ex ante* (como país de origen) o *ex post* (si es España el país donde se pide la ejecución)<sup>73</sup>. De manera que su mención en el instrumento comunitario de desarrollo casi resulta superflua o indiferente: la activación del orden público cuando España sea país requerido para la ejecución puede llegar a ser inevitable y a pesar de que en ejecución se excluya todo control, con las excepciones señaladas en la *Propuesta sobre alimentos*.

**50.** Y es que la lógica de la integración difícilmente se impone en este ámbito sobre la lógica internacional. En esta sede la lógica internacional viene cualificada por los efectos que sobre el sistema comunitario irradie la *lógica de los Derechos humanos* tutelados por una estructura regional legítimamente superior a la comunitaria: la del *Convenio europeo sobre Derechos humanos*, hecho en Roma en

<sup>70</sup> La vulneración del derecho a la tutela judicial como motivo de excepción a la ejecución de sentencias activando la cláusula de orden público en distintas ocasiones, entre las que destacarían las SSTJCE de aristas múltiples, en las que desembocan los asuntos *Eco Swiss China Time Ltd c. Benetton International NV*, As. C 126/97, STJCE de 1 de junio de 1999 y *Régie nationale des usines Renault c. Maxicar SpA y Orazio Formento*, As. C 38/98, STJCE de 11 de mayo de 2000; siendo la más ilustrativa *Dieter Krombach c. André Bamberski*, As. C 7/98, STJCE de 28 de marzo de 2000.

<sup>71</sup> Cfr. L. D'AVOUT, «La circulation automatique des tigres exécutoires imposée par le règlement 805/2004 de 21 avril 2004», *Rev.cr.dr.int.pr.*, 2006, n°1, espec. p. 41.

<sup>72</sup> Vid. sobre esto con abundante jurisprudencia, N. DIAZ MÉNDEZ/V. GIMENO SENDRA, *Proceso Civil Práctico*, t. V (dir. V. GIMENO SENDRA), p. 684.

<sup>73</sup> En modo alguno reticente a la supresión de la cláusula de orden público y con potente argumentación, F.J. GARCIMARTIN ALFEREZ, *El Título ejecutivo europeo*, *loc. cit.*, nota 33, pp. 186-198.

1950<sup>74</sup>. La vulneración de garantías esenciales del procedimiento puede ser un obstáculo al reconocimiento como es jurisprudencia del Tribunal de Derechos Humanos<sup>75</sup>. De modo que la *lógica de los Derechos humanos* puede encajar mal con los principales instrumentos procesales europeos (*Convenio de Lugano, Reglamentos 44/2001, 2201/2003, y la presente Propuesta sobre alimentos*). Formalmente sustentados todos sobre el *principio de la confianza mutua*, culmina en la práctica eliminación de los controles en el Estado requerido, absorbiendo el país de origen todas las funciones de control de regularidad de la decisión.

La *lógica de los Derechos humanos* no puede quedar subordinada a la *lógica de la integración* por una razón esencial. Una cosa es asegurar la libertad de circulación de las personas y otra bien distinta es que el objetivo de la integración se haga con menoscabo de los derechos fundamentales de la persona o, al menos del derecho fundamental por excelencia: el derecho a la tutela judicial. La *eliminación del cauce* que hacía posible la efectividad de la tutela de los derechos fundamentales (cláusula de orden público) resulta a nuestro entender irrelevante: esa legitimidad superior y común a los Estados europeos que es el *Convenio Europeo de 1950* se impondrá antes o después.

51. De ahí que, en un plano más general, no estaría de más reflexionar sobre la oportunidad e idoneidad de una técnica precedente del Comercio internacional y precisamente incorporada en la estructura material comunitaria a partir de la jurisprudencia sobre Libre circulación de mercancías. Por lo demás, hace visibles las dificultades para cohesionar un mecanismo de distribución o preasignación de competencia concebido con técnicas de Derecho público cuando lo que está en juego en este ámbito es el interés privado de los particulares.

## 2. La incidencia del Derecho internacional público: reconocimiento mutuo e inmunidad de los diplomáticos

52. La Exposición de motivos que precede al texto del *Reglamento 2201/2003* recoge en su número 14 la inmunidad diplomática en términos de exclusión de la aplicabilidad de dicho *Reglamento* a los titulares del privilegio. En efecto, al disponer que «*los efectos del presente Reglamento no deben afectar a la aplicación del Derecho internacional público en materia de inmunidad diplomática*», está implícita una remisión a Derecho internacional, concretamente, al *Convenio de Viena sobre Relaciones diplomáticas*, de 16 de abril de 1961. Lo cual nos sitúa ante una dosis de complejidad adicional derivada de la opacidad de esta información teniendo en cuenta la ubicación sistemática de la «advertencia». Pero en cuanto al fondo de la cuestión, los efectos del reconocimiento de la inmunidad no son nada desdeñables.

<sup>74</sup> Aunque conforme al art. 6 del TUE el Derecho comunitario será interpretado de conformidad con el *CEDH* de 1950, la realidad es que ambas estructuras normativas e institucionales se mantienen separadas.

<sup>75</sup> Cfr. F. MATSCHER, «Le droit international privé face à la Convention européenne des droits de l'homme», *Travaux com.fr.dr.int.pr.*, 1996-1997, Paris, 1999, pp. 211-234, espec. pp. 222-223.

Dicha inmunidad tiene carácter absoluto tanto en lo relativo a la jurisdicción como a la ejecución de decisiones<sup>76</sup>. De manera que, en relación con los titulares del derecho-privilegio, el *Reglamento 2201* sin necesidad de una regla especial de recepción del régimen jurídico internacional sobre inmunidades desactiva sus reglas de competencia en lo que concierne a los litigios matrimoniales y demás cuestiones derivadas de la autoridad parental aportando al mismo tiempo un «motivo» de oposición a la ejecución de las sentencias. Desde este segundo plano, como motivo de oposición a la ejecución de las decisiones referentes al derecho de visita y a las de restitución de menores (art. 40), no hay cauce para que prospere en el Estado miembro de ejecución dado que, como se ha visto, la sede de control en dicho expediente reside en el país de origen por lo que se hace más visible la falta de una cláusula de orden público.

53. Y es que el traslado de la sede de control al país de origen presupone un diálogo armónico entre los diferentes subsistemas normativos coexistentes en la sociedad internacional que puede no funcionar. Téngase en cuenta que el fundamento de la ejecución sin *exequatur* de decisiones en materia de visita y de restitución tiene o debiera tener en su centro de gravedad al menor y, como también es sabido, la tutela del «interés superior del menor» es el objetivo prioritario del *Convenio de Naciones Unidas sobre Derechos del Niños* de 1990. El *Reglamento 2201/2003* no elimina sino que fomenta el choque dos plataformas de Derecho internacional público: por una parte, la *Convención sobre Derechos del Niño*, que puede aconsejar la ejecución en aras del interés superior del niño y, por otra, la *Convención sobre Relaciones diplomáticas*, basada en un privilegio histórico pero plenamente vigente. Dos lógicas enfrentadas, la de los derechos humanos y la de la soberanía del Estado, como primer problema. Además, segundo problema, ni una ni otra puedan ser formalmente invocadas en el país de la ejecución cuando va dirigida contra quien ostenta el privilegio<sup>77</sup>. El tema, que planteamos en sus términos más esquemáticos, evidencia las distorsiones derivadas de la concurrencia de subsistemas normativos y la falta de mecanismos reales de solución cuando el juez se vea enfrentado a ellos.

<sup>76</sup> En cambio, tanto el *Reglamento 805/2004*, de 21 abril 2004, sobre *Título Ejecutivo Europeo para créditos no impugnados*, como la *Propuesta de Reglamento por el que se establece un proceso monitorio europeo*, 2004/0055, (Doc. COM 2006, 57 final) excluyen de su ámbito de aplicación los supuestos de inmunidad del Estado. Una inmunidad distinta y *relativa* por cuanto que en éstos lo que se excluye es que el Estado o sus bienes deban responder de una sentencia de condena en el extranjero, corroborando la tendencia a restringir la inmunidad estatal. Vid. J. QUEL LÓPEZ, *Los privilegios e inmunidades de los agentes diplomáticos en el Derecho internacional y en la Práctica española*, Civitas, Madrid, 1993; L.I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, «Inmunidad de jurisdicción civil de los agentes diplomáticos en España versus tutela judicial efectiva. A propósito de una sentencia de nuestro Tribunal Constitucional», *Derecho Privado y Constitución*, n° 9, 1996, pp. 365-385; aunque relativo a la inmunidad del Estado, hay observaciones importantes en H. FOX, *The Law of State Immunity*, Oxford Int.Library, 2002.

<sup>77</sup> El mismo Cdo. 14 deja abierta la vía alternativa de plantear la demanda en el Estado miembro en el que persona de que se trate no goce de inmunidad.

## V. CONSIDERACIÓN FINAL

**54.** En suma, el reconocimiento mutuo de decisiones judiciales en los sectores en los que se proyecta hasta el momento implica un sistema de reconocimiento generalizado coherente con los planteamientos de la integración y con un Espacio judicial europeo basado en el principio de la confianza mutua entre autoridades nacionales. Pero como el DIPr debe atender al interés de los particulares, se detectan zonas de tensión, particularmente con la estructura normativa regional sobre Derechos humanos, respecto de la cual, la lógica de la integración no puede prevalecer. Nos hallamos ante un mecanismo, la ejecución sin control previo por *exequatur* al que sería conveniente articular algún límite

La relación entre reconocimiento mutuo y DIPr procesal comunitario es una *relación de complementariedad* especialmente en materias en las que la urgencia en la ejecución es el imperativo dominante (p.ej. ejecución de decisión de restitución).

Finalmente, desde la perspectiva del nivel de unificación alcanzado, se detectan puntos que van más allá de una simple unificación de normas de DIPr procesal: aparecen verdaderas normas procesales uniformes en la medida en que imponen comportamientos a los jueces nacionales que permiten vaticinar más avances en esta dirección.