

TEMA 8

FOROS EN EL ÁMBITO DE DERECHO DE FAMILIA

- A) Introducción
- B) Matrimonio: Relaciones entre cónyuges. Nulidad, separación y divorcio.
- C) Filiación y relaciones paterno-filiales

A) Introducción

Para determinar la CJI en los foros especiales de Derecho de familia, tenemos que recordar que el texto europeo de referencia es el

El **Reglamento 2019/1111** o “**Bruselas II ter**” [BOE.es - DOUE-L-2019-81122](https://boe.es/boe/L-2019-81122.html)
Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores.

El RB II ter se aplica a partir de 1 de agosto de 2022, a excepción de los artículos 92, 93 y 103, que fueron aplicables a partir de 22 de julio de 2019.

El anterior era, el **Reglamento 2201/2003**, Reglamento (CE) número 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, **Reglamento de Bruselas 2 Bis**. Este nombre viene porque hubo un previo de Bruselas que era el 2 que era el Reglamento en materia de crisis matrimoniales, que fue un fracaso. En concreto, derogó el **Reglamento (CE) número 1347/2000**, cuya existencia fue muy corta (ni tres años), entre otras cosas por su carácter discriminatorio y conservador que excluía a los hijos extramatrimoniales en materia de responsabilidad parental.

El Reglamento (CE) n.º 2201/2003 seguirá aplicándose a las resoluciones dictadas en procedimientos ya incoados, a los documentos públicos formalizados o registrados y a los acuerdos que hayan adquirido fuerza ejecutiva en el Estado miembro en el que hayan sido **celebrados antes del 1 de agosto de 2022** y que entren dentro del ámbito de aplicación de dicho Reglamento (artículo 100 RB II bis recast).

Se aplica en los siguientes ámbitos materiales:

- Matrimonial
- Responsabilidad parental y protección de menores

- Sustracción internacional de menores
- Solicitud de adopción de medidas cautelares en otro Estado
- Reconocimiento y ejecución de medidas cautelares (Derecho de familia)

El Reglamento, conocido coloquialmente como la versión refundida del Reglamento Bruselas II bis o Bruselas II ter, es la **piedra angular de la cooperación judicial en asuntos de familia que tengan implicaciones transfronterizas en la UE**.

El RBII ter es un instrumento que se ocupa de la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, incluidas la sustracción internacional de menores y la cooperación en materia de responsabilidad parental. Ahora bien, no unifica la determinación de la legislación aplicable ni el Derecho de familia sustantivo nacional.

Para más información, *vid.*, [*Guía práctica para la aplicación del Reglamento Bruselas II ter - Comisión Europea*](#) en el Prontuario de Auxilio Judicial del Ministerio de Justicia.

B) Matrimonio: Relaciones entre cónyuges. Nulidad, separación y divorcio.

El Reglamento Bruselas II-ter tiene las normas (las pistas legales/jurídicas) para determinar la competencia internacional para declarar el divorcio, la separación legal y la nulidad matrimonial

Con el RBII ter cambiaron las reglas que se venían aplicando al ámbito de aplicación personal de los foros operativos para el divorcio, separación legal y nulidad matrimonial.

Para concretar el Estado miembro cuyos tribunales son competentes para dictar una sentencia de divorcio, es aplicable el art. 3 RB II-ter, que contiene **siete foros de competencia internacional** al efecto.

CAPÍTULO II

COMPETENCIA EN MATERIA MATRIMONIAL Y DE RESPONSABILIDAD PARENTAL

SECCIÓN 1

Divorcio, separación legal y nulidad matrimonial

Artículo 3 Competencia general

En los asuntos relativos al divorcio, la separación legal y la nulidad matrimonial, la competencia recaerá en los órganos jurisdiccionales del Estado miembro:

- a) en cuyo territorio se encuentre:
 - i) la residencia habitual de los cónyuges,

- ii) el último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí,
 - iii) la residencia habitual del demandado,
 - iv) en caso de demanda conjunta, la residencia habitual de uno de los cónyuges,
 - v) la residencia habitual del demandante si ha residido allí durante al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda, o
 - vi) la residencia habitual del demandante en caso de que haya residido allí al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda y de que sea nacional del Estado miembro en cuestión;
- b) o de la nacionalidad de ambos cónyuges

Ejercicio práctico: Un matrimonio de españoles que viven en Francia pretende separarse ¿Dónde podrían presentar la demanda de separación?

Los siete foros de competencia de art. 3 RB II-ter y la jurisprudencia: El art. 3 RB II-ter recoge siete foros de competencia internacional para declarar el divorcio, la nulidad y la separación legal. Es suficiente con que concurra uno de tales los foros, para que los tribunales del Estado miembro de que se trate deban declararse competentes. Así lo indica la jurisprudencia del TJUE (Auto TJUE 3 octubre 2019, C-759/18, *OF vs. PG*, FD 27; STJUE 29 noviembre 2007, C-68/07, *Sundelind*; STJUE 16 julio 2009, C-168/08, *Hadadi* y STJUE 13 octubre 2016, C-294/15, *Czarnecka*).

En el caso de que con arreglo a dicho precepto no resulte competente ningún tribunal de ningún Estado miembro, la competencia se determinará, en cada Estado miembro, con arreglo a la Ley de dicho Estado (= remisión al Derecho nacional). En el caso español, se aplicará el art. 22 LOPJ.

Artículo 22.3 LOPJ: “En el orden civil, los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes: 3. En materia de relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges, nulidad matrimonial, separación y divorcio, cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España al tiempo de la demanda o el demandante sea español y tenga su residencia habitual en España, así como cuando ambos cónyuges tengan la nacionalidad

española, cualquiera que sea su lugar de residencia siempre que promuevan su petición de mutuo acuerdo o uno con el consentimiento del otro".

Un cónyuge con residencia habitual en un Estado miembro o nacional de un Estado miembro **sólo puede ser demandado** ante los tribunales de otro Estado miembro **en virtud de los foros recogidos en el Reglamento Bruselas II-ter** (arts. 3, 4 y 5 RB *II-ter*). Esta regla especial (art. 6.2 RB *II-ter*) prevalece sobre la regla general (art. 6.1 RB *II-ter*).

Artículo 6

Competencia residual

1. Con sujeción al apartado 2, si de los artículos 3, 4 o 5 no se deduce la competencia de ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro, la competencia se determinará, en cada Estado miembro, con arreglo a las leyes de dicho Estado.
2. Un cónyuge que tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro, o sea nacional de un Estado miembro, solo podrá ser requerido ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro en virtud de los artículos 3, 4 y 5.
3. Todo nacional de un Estado miembro que tenga su residencia habitual en el territorio de otro Estado miembro podrá, al igual que los nacionales de este último, invocar en dicho Estado las normas sobre competencia que sean aplicables en el mismo contra una parte demandada que no tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro y que no tenga la nacionalidad de un Estado miembro

Un ejemplo: cónyuge canadiense presenta, ante tribunales de Madrid, una demanda de divorcio contra cónyuge español. Ambos residen en México DF. Los tribunales españoles analizan el art. 3 RB *II-ter* y comprueban que carecen de competencia internacional al efecto: ninguno de los cónyuges reside habitualmente en España y no existe nacionalidad española común de los cónyuges. Tampoco son competentes los tribunales de ningún otro Estado miembro. En consecuencia, los tribunales españoles no pueden recurrir a los foros de competencia recogidos en el art. 22 LOPJ, porque el demandado por divorcio es un **cónyuge español**, que sólo puede ser demandado ante los tribunales españoles en virtud de los foros de competencia recogidos en el Reglamento Bruselas *II-ter*. Por tanto, **los tribunales españoles deben declararse incompetentes para conocer de este divorcio**. Este divorcio no es posible en España.

C) Filiación y relaciones paterno-filiales

Concepto y efectos: Básicamente, la filiación es la relación jurídica por la cual una persona es descendiente de otra. Es decir, implica ser hijo de alguien y, a la inversa, ser padre o madre de alguien. La filiación viene a proporcionar un reconocimiento jurídico a esta relación y provoca una serie de efectos que se pueden agrupar en tres categorías:

- **Efectos protectores**, en los que se engloban la patria potestad, la representación legal, derechos de convivencia y asistenciales.
- **Efectos patrimoniales**, en los que se incluyen el derecho de alimentos y las sucesiones.
- **Efectos personales**, que incluyen el derecho a los apellidos y a la nacionalidad.

Determinación de la filiación: Puede ser determinada bien a partir del hecho biológico del **nacimiento**, bien mediante la **adopción**.

El **Código civil**, en su **artículo 9.4**, opta por una ley única para todo el régimen de la filiación por naturaleza o por adopción: el carácter y contenido de la filiación, incluida la adoptiva y las relaciones paterno-filiales, se regirán por la ley personal del hijo, y si no pudiera determinarse ésta se estará a la de la residencia habitual del hijo.

9.4. La determinación y el carácter de la filiación por naturaleza se regirán por la ley de la **residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación**. A falta de residencia habitual del hijo, o si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación, se aplicará la **ley nacional del hijo en ese momento**. Si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación o si el hijo careciere de residencia habitual y de nacionalidad, se aplicará la **ley sustantiva española**. En lo relativo al establecimiento de la filiación por adopción, se estará a lo dispuesto en el apartado 5.

La ley aplicable al contenido de la filiación, por naturaleza o por adopción, y al ejercicio de la responsabilidad parental, se determinará con arreglo al **Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños**.

Tanto en la filiación por naturaleza, matrimonial o extramatrimonial, como en la adoptiva, los modos de determinación (presunciones de matrimonialidad, reconocimiento de la extramatrimonial, acciones de filiación, etc.) y los efectos (que son iguales: **art. 108 C.c.**), quedan regidos por la ley personal del hijo, y si ésta no puede determinarse, por la ley de la residencia habitual del hijo.

Es un criterio con la ventaja de la sencillez y con el inconveniente, destacado por la doctrina internacionalista, de que aplicar una misma ley a todos los aspectos de la filiación puede, en ocasiones, revelarse inadecuado o insatisfactorio.

La realidad es que una cuestión, a priori sencilla, puede dar origen a numerosas complicaciones cuando se desconocen a los progenitores o, cuando el conflicto se internacionaliza.

En la Unión Europea nos dotamos de instrumentos, en forma de Reglamentos, que tratan de armonizar la regulación de determinadas materias y consolidar un derecho internacional privado en materia de familia y si bien es cierto que la filiación está siendo objeto de desarrollo a través del **Reglamento del Consejo sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento de resoluciones y aceptación de documentos públicos en materia de paternidad**, este reglamento se encuentra en fase de tramitación, aún no ha sido aprobado, ni ha entrado en vigor.

Breve referencia al Reglamento hasta su aprobación: El día 7 de diciembre 2022 la Comisión Europea aprobó la propuesta de Reglamento del Consejo sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento de resoluciones y aceptación de documentos públicos en materia de paternidad y sobre la creación de un certificado sucesorio europeo de paternidad.

La competencia judicial internacional se atribuye de manera alternativa, a elección por tanto del demandante, al juez del Estado miembro de residencia habitual del niño, de la nacionalidad de este, de la residencia habitual del demandado (por ejemplo, la persona con respecto a la cual el menor reclama la paternidad), de la residencia habitual de cualquiera de los progenitores, entre otros.

También se prevé la posibilidad de que conozca en determinadas circunstancias el juez del lugar donde se encuentre el menor, así como un foro de necesidad para casos excepcionales.

Dado que, en la mayoría de los Estados miembros los derechos relativos a la paternidad no pueden ser objeto de transacción o de renuncia, la propuesta de Reglamento no prevé la posibilidad de elección de tribunal competente.

Tal y como señala la Exposición de motivos de la propuesta de Reglamento, la Unión Europea pretende garantizar que la paternidad establecida en un Estado miembro sea reconocida en todos los demás Estados miembros a todos los efectos, siguiendo el lema de «**si se es padre en un país, se es padre en todos los países**».

En cuanto a la ley aplicable al establecimiento de la paternidad, el Reglamento recoge como aplicable la ley del Estado de residencia habitual de la persona que da a luz en el momento del nacimiento.

No obstante, para garantizar que la ley aplicable se pueda establecer en cualquier circunstancia, cuando la residencia de la persona que ha dado a luz no se puede determinar (caso de una madre refugiada o desplazada madre desplazada internacionalmente, por ejemplo), debe aplicarse la ley del Estado de nacimiento del niño.

Se prevén también conexiones para regular cuestiones como el establecimiento de la

filiación respecto de un solo progenitor (normalmente el progenitor genético en una pareja del mismo sexo) siguiendo los objetivos de la UE para la igualdad de las personas LGBTIQ 2020-2025. [EUR-Lex – 52020DC0698 – EN – EUR-Lex \(europa.eu\)](#)

Eficacia extraterritorial de las sentencias y documentos públicos

En cuanto al reconocimiento, al igual que en el resto de los Reglamentos, las resoluciones judiciales y los documentos públicos con fuerza ejecutiva deben reconocerse en otro Estado miembro sin ningún procedimiento especial, incluida la actualización del registro civil del menor.

Creación de un certificado sucesorio europeo

La propuesta prevé la creación de un certificado europeo (facultativo) de paternidad, siguiendo el camino iniciado por el Reglamento 650/2012 con el certificado sucesorio europeo. Este certificado uniforme está concebido específicamente para facilitar el reconocimiento de la paternidad dentro de la Unión. El niño, o un representante legal, pueden solicitar y utilizar un certificado europeo de paternidad para demostrar la filiación en todos los Estados miembros.

En este sentido, de momento y en tanto dicho instrumento entra en vigor, hemos de acudir a nuestro derecho internacional privado para responder a los conflictos de filiación internacional.

En primer lugar, la competencia internacional viene determinada por los foros que se reconocen en el **art. 22 quáter d) de la Ley Orgánica del Poder Judicial**, que determina que los Tribunales españoles serán competentes en materia de filiación y de relaciones paterno-filiales, protección de menores y de responsabilidad parental, cuando el hijo o menor tenga su residencia habitual en España al tiempo de la interposición de la demanda o el demandante sea español, o resida habitualmente en España o, en todo caso, al menos desde seis meses antes de la presentación de la demanda.

«Artículo 22 quáter. En defecto de los criterios anteriores, los Tribunales españoles serán competentes:

d) En materia de filiación y de relaciones paterno-filiales, protección de menores y de responsabilidad parental, cuando el hijo o menor tenga su residencia habitual en España al tiempo de la interposición de la demanda o el demandante sea español o resida habitualmente en España o, en todo caso, al menos desde seis meses antes de la presentación de la demanda.

Estos **foros** son **alternativos**, de tal forma que lo que se pretende por el legislador es atraer la competencia de los tribunales españoles en materia de filiación a fin de garantizar la **protección del interés superior de los niños**.

En cuanto a la ley aplicable, el **artículo 9.4 del Código Civil** establece una serie de puntos de conexión jerárquicos a fin conocer la ley que se debe aplicar a la filiación, señalando tres puntos de conexión que serán la ley del lugar de residencia habitual del menor, a falta de esta -o si esta no permitiera el establecimiento de la filiación- la de la ley nacional del hijo y, en última instancia, la ley nacional del menor no permitiera el establecimiento de la filiación o si careciera de residencia habitual y de nacionalidad, se aplicará la ley sustantiva española.

Nuevamente, el legislador lo que pretende es proteger al menor a fin de que, en última instancia pueda acudir a la ley sustantiva española para la determinación de su filiación. Si bien es cierto que la redacción del artículo puede inducir a diferentes interpretaciones y que hubiera sido preferible una mayor concreción en la redacción, toda vez que el artículo señala que estos puntos de conexión se deberán valorar "en el momento de determinación de la filiación", sin determinar expresamente cuándo ocurre (¿al momento de interposición de la demanda? ¿al momento de dictar sentencia? ¿al momento del nacimiento?) lo cierto es que el **criterio mayoritario es que se valore cuál es la ley aplicable al momento de interposición de la demanda.**

En este sentido, aunque pudieran parecer supuestos inhabituales, con un ejemplo queda claro cuál es la voluntad del legislador: En países musulmanes no existe la filiación extramatrimonial, esto es, un menor nacido fuera del matrimonio no va a poder ser reconocido como hijo de su padre.

En el supuesto en el que una mujer marroquí con residencia en España, de a luz a un hijo en Marruecos fruto de una relación extramatrimonial con un nacional marroquí, nos encontraríamos ante un supuesto de aplicación del derecho sustantivo español: Los tribunales españoles serían competentes por la residencia habitual de la demandante, y no permitiéndose la determinación de la filiación a través de la residencia habitual del hijo (vive en Marruecos) ni tampoco de su nacionalidad (marroquí), tendría que aplicarse la ley sustantiva española a fin poder establecer la filiación de ese menor.

En definitiva, la complejidad de los procesos de filiación se ve incrementada cuando se internacionaliza y, si bien se está trabajando en un instrumento internacional que, al menos a nivel europeo, nos dote de unos criterios comunes, en tanto el mismo se aprueba y entra en vigor, tendremos que seguir acudiendo a nuestro ordenamiento jurídico interno para resolver estos casos.