

UN PASO MÁS EN EL PROCESO DE ARMONIZACIÓN DEL
DERECHO PRIVADO EUROPEO: LA CONCRECIÓN POR EL
TJUE DEL CONCEPTO DE RESIDENCIA HABITUAL DEL MENOR
RECOGIDO EN EL REGLAMENTO BRUSELAS II BIS

*A STEP FORWARD IN THE EU PRIVATE LAW ARMONISATION: THE
CJEU CONCRETION OF THE CHILD'S HABITUAL RESIDENCE IN THE
BRUSSELS IIA REGULATION*

Rev. Boliv. de Derecho N° 30, julio 2020, ISSN: 2070-8157, pp. 470-495



María
GONZÁLEZ
MARIMÓN

ARTÍCULO RECIBIDO: 23 de marzo de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 28 de mayo de 2020

RESUMEN: La noción de residencia habitual del menor ocupa un lugar central en el sistema de competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental diseñado por el Reglamento Bruselas II bis. La ausencia en el Reglamento de una definición del concepto nos lleva a definir la residencia habitual del menor como un concepto autónomo del Derecho de la Unión que el TJUE ha ido clarificando. En términos generales, el TJUE ha considerado la residencia habitual del menor como una cuestión de hecho que debe ser concretada en el caso concreto. Ahora bien, a su vez, ha ido estableciendo unos criterios interpretativos que son precisamente el objeto de análisis del presente artículo.

PALABRAS CLAVE: Residencia habitual del menor; Reglamento Bruselas II bis; TJUE.

ABSTRACT: *The notion of habitual residence of the child plays a central role in the in Brussels II A Regulation system of jurisdiction in matters of parental responsibility. The lack of a definition in the Regulation leads us to define the habitual residence of the child as an autonomous concept of UE Law that the CJEU has clarified. In general terms, the CJEU has considered the child's habitual residence as a matter of fact that must be specified in the specific case. However, at the same time, it has established interpretative criteria that are precisely the object of analysis of this article.*

KEY WORDS: *Habitual residence of the child; Brussels II A; CJEU.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA RELEVANCIA DEL CONCEPTO DE RESIDENCIA HABITUAL DEL MENOR EN EL MARCO DEL REGLAMENTO BRUSELAS II BIS.- 1. La residencia habitual del menor como noción esencial para la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental.- 2. La residencia habitual del menor como noción esencial en supuestos de sustracción ilícita internacional.- III. LA RESIDENCIA HABITUAL DEL MENOR COMO CONCEPTO AUTÓNOMO DEL DERECHO DE LA UNIÓN Y SUS IMPLICACIONES.- IV. LOS CRITERIOS INTERPRETATIVOS DISEÑADOS POR EL TJUE PARA LA DETERMINACIÓN DE LA RESIDENCIA HABITUAL DEL MENOR.- 1. La integración social y familiar del menor como cuestión de hecho central en la determinación de la residencia habitual del menor.- 2. Factores específicos susceptibles de influir en la determinación de la residencia habitual del menor al amparo de la jurisprudencia del TJUE.- A) La edad del menor.- B) Relación del menor con el otro progenitor.- C) Otros criterios que modulan esta regla general.- D) La voluntad o intención del progenitor de establecerse con el menor en otro Estado.- E) La circunstancia geográfica objetiva de presencia física del menor en un Estado miembro.- 3. Una jurisprudencia en constante evolución.- V. LA STJUE DE 17 DE OCTUBRE DE 2018: LA PRESUNTA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES FRENTE AL REQUISITO DE PRESENCIA FÍSICA DEL MENOR.- VI. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN.

El Reglamento n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental¹ (en adelante Reglamento Bruselas II bis) supuso, en su día, un paso decisivo en el proceso de armonización del Derecho privado e internacional privado europeo. Su práctica durante estos tres lustros de vigencia ha dado lugar a una jurisprudencia amplia por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE). Uno de los aspectos relevantes abordado por ésta ha sido la determinación del significado de la noción de residencia habitual del menor. Un concepto que deviene clave para el funcionamiento del Reglamento.

La práctica jurisprudencial en la materia es muy amplia. Sólo en los años 2017 y 2018, el TJUE ha conocido de cuatro cuestiones prejudiciales en relación con este tema que han servido, o deberían haber servido según se aproxime la jurisprudencia del Alto Tribunal, para clarificar el concepto de residencia habitual

¹ DO L 338 de 23 de diciembre de 2003, cde DO L 82, de 22 de marzo de 2013.

• María González Marimón

Personal Investigador en Formación (F.P.U.). Ayuda financiada por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades. Departamento de Derecho Internacional "Adolfo Mijangos de la Muela", Área de Derecho Internacional privado, Universitat de València. Correo electrónico: maria.gonzalez-marimon@uv.es.

del menor. En este sentido, la más reciente, la STJUE de 17 de octubre de 2018, en el asunto C-393/18 PPU, *UD c./ XB²* (en adelante asunto *UD*), lejos de zanjar la problemática en relación con esta noción, ha puesto a prueba la línea interpretativa mantenida por el TJUE en la materia en sus anteriores resoluciones.

Es patente que no estamos ante una cuestión pacífica y, en consecuencia, entendemos que resulta necesario recapitular los elementos interpretativos que ha ido proporcionando el TJUE, no sólo en relación con estas últimas cuatro sentencias, sino también con referencia a las anteriores con objeto de clarificar la situación exacta en que se encuentra el debate en torno a esta cuestión, aportando un análisis crítico de la misma. Para ello, el presente artículo sigue la siguiente estructura: en primer lugar, se contextualiza la importancia de la noción de residencia habitual del menor en el Reglamento Bruselas II bis, para, a continuación, analizar de forma crítica los criterios que el TJUE ha ido estableciendo en su jurisprudencia hasta llegar a la reflexión sobre los “nuevos” criterios que ha introducido, o reforzado, el asunto *UD*.

II. LA RELEVANCIA DEL CONCEPTO DE RESIDENCIA HABITUAL DEL MENOR EN EL MARCO DEL REGLAMENTO BRUSELAS II BIS.

La residencia habitual del menor es una noción esencial en las normas en materia de responsabilidad parental diseñadas por el Reglamento Bruselas II bis. Como se analiza a continuación, el concepto de residencia habitual del menor ocupa un lugar central no sólo en relación con el diseño y funcionamiento de las reglas de competencia judicial en la materia, sino también en la fijación y entendimiento de los conceptos recogidos y definidos por el propio Reglamento, y que resultan determinantes, por ejemplo, en la materia específica de la sustracción internacional de menores. La residencia habitual cumple, así, una doble función legal en el Reglamento Bruselas II bis³.

I. La residencia habitual del menor como noción esencial para la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental.

Las normas de competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental del Reglamento Bruselas II bis se articulan en torno al criterio de la residencia habitual del menor en un determinado Estado miembro.

El Reglamento (CE) n° 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en

² ECLI:EU:C:2018:835.

³ CHALAS, C.: “Précisions sur la résidence habituelle et la procédure de retour de l'enfant dans le règlement Bruxelles II bis”, *Revue Critique de Droit International privé*, núm. 1, 2018, párr. 7.

materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes⁴, derogado por el actual Reglamento Bruselas II bis, ya empleaba el criterio de residencia habitual. Sin embargo, al estar limitado a la responsabilidad parental ligada a un litigio matrimonial, se exigían unas condiciones diversas dependiendo de si el menor residía en el mismo Estado donde se resolvía el litigio (art. 3.1), o en otro (art. 3.2)⁵.

La opción del legislador de la UE de emplear la residencia habitual del menor como criterio principal de competencia judicial internacional se ubica en la tendencia generalizada de utilizar este elemento de todas las normas de protección del menor, tanto en el sector de competencia como en el de ley aplicable. Frente al antiguo criterio de la nacionalidad, actualmente se entiende que la residencia habitual permite proteger mejor a la persona, y en este caso, al menor⁶.

La referencia a la residencia habitual del menor empezó a ganar protagonismo con el Convenio sobre competencia de las Autoridades y la Ley aplicable en materia de protección de menores, hecho en La Haya el 5 de octubre de 1961⁷ (en adelante Convenio de La Haya de 1961). Más adelante, el Convenio relativo a la competencia, ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños⁸ (en adelante Convenio de La Haya de 1996) consolidó el criterio de la residencia habitual del menor⁹. Considerando, algo que se mantiene en la actualidad, que la residencia habitual del menor es el criterio de competencia judicial internacional que mejor garantiza la protección del interés superior del menor¹⁰.

4 DO L 160 de 30.6.2000.

5 ESPINOSA CALABUIG, R.: *Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 123.

6 HERRANZ BALLESTEROS, M.: *El interés del menor en los Convenios de La Haya de Derecho Internacional Privado*, Lex Nova, Valladolid, 2004, pp. 35 y ss.

7 BOE de 20.7.1987.

8 BOE de 2.12.2010.

9 ANCEL, B. y MUIR WATT, H.: "L'intérêt supérieur de l'enfant dans le concert des juridictions: le Règlement Bruxelles II bis", *Revue Critique de Droit International privé*, vol. 94, núm. 4, 2005, pp. 579 y 580.

10 Sobre la importancia de la noción de la residencia habitual en general en el Derecho de familia véase RICHEZ-PONS, A.: *La résidence en droit international privé (conflits des juridictions et conflits de lois)*, Thèse, Université Jean-Moulin, Lyon III, 2004; HILBIG-LUGANI, K.: "'Habitual Residence' in European Family Law: the Diversity, Coherence and Transparency of a Challenging Notion", en BOELE-WOELKI, K., DETHLOFF, N. Y GEPHART, W. (eds.): *Family Law and Culture in Europe*, Intersentia, Cambridge, 2014; RODRÍGUEZ BENOT, A.: "El criterio de conexión para determinar la ley personal: un renovado debate en Derecho Internacional Privado", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, núm. 1, 2010; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: "Litigación internacional, responsabilidad parental y foro de la residencia habitual del menor en un Estado miembro. Un estudio jurisprudencial", en CEBRIÁN SALVAT, A. Y LORENTE MARTÍNEZ, I.: *Protección de menores y Derecho Internacional Privado*, Comares, Granada, 2019; PÉREZ MARTÍN, L. A.: "Determinación y trascendencia de la residencia habitual en las crisis familiares internacionales", en GUZMÁN ZAPATER, M. y HERRANZ BALLESTEROS, M. (Dirs.): *Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos: derecho español y de la Unión Europea: estudio normativo y jurisprudencial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018; PÉREZ MARTÍN, L. A.: "Propuesta de un concepto de residencia habitual de ámbito europeo en situaciones conflictivas de derecho de familia y sucesiones", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, núm. 18, 2018; CARO GÁNDARA, R.: "La determinación de la residencia habitual del demandante y de los menores en litigios sobre crisis matrimoniales y responsabilidad

Precisamente, esta idea es la que subyace en el texto reglamentario. El legislador de la UE es consciente de la necesidad de fundamentar toda norma relativa a un menor sobre la base del principio del interés superior del menor. Así se ha manifestado en el considerando 12 del Reglamento Bruselas II bis, en el que se afirma que las normas de competencia judicial internacional del Reglamento, en materia de responsabilidad parental, están concebidas en base al interés superior del menor, ligado al criterio de proximidad¹¹. Esto es, se entiende que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro más cercanos al menor son los mejores situados para determinar el interés superior de éste, y que esta cercanía se fija a través del lugar en que se encuentra la residencia habitual del menor¹². Por tanto, se parte de una determinada concepción del interés superior del menor, según la cual la proximidad geográfica es un elemento primordial para determinar el órgano jurisdiccional competente en materia de responsabilidad parental.

Este es el fundamento de todo el sistema de competencia judicial internacional en asuntos relativos a la responsabilidad parental diseñado en el Reglamento Bruselas II bis. Por este motivo, con carácter general los órganos jurisdiccionales competentes en materia de responsabilidad parental serán los del Estado miembro de residencia habitual del menor. El TJUE ha reflejado esta idea en múltiples ocasiones, así lo hace, por ejemplo la STJUE de 15 de febrero de 2017 en el asunto C-499/15, *W. y V. c./ X.*¹³ (en adelante asunto *W. y V.*), en la que señala que el objetivo del Reglamento es proteger el interés superior del menor: “Como indica el considerando 12 del Reglamento no. 2201/2003, este Reglamento se ha adoptado con el objetivo de responder al interés superior del menor y, para ello, privilegia el criterio de proximidad. En efecto, el legislador ha estimado que el órgano jurisdiccional geográficamente próximo a la residencia habitual del menor es el mejor situado para apreciar las medidas que han de adoptarse en interés de éste (sentencia de 15 de julio de 2010, *Purrucker*, C-256/09, EU:C:2010:437, apartado 91). Según los términos de este considerando, son por lo tanto los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor tiene su residencia habitual los que deben ser competentes en primer lugar, excepto en ciertos casos de cambio de residencia del menor o en caso de acuerdo entre los titulares de la responsabilidad parental”¹⁴.

parental accesoria”, en ROBLES GARZÓN, J. A. (dir.): *Reflexiones jurídicas sobre cuestiones actuales*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017.

11 Sobre el criterio de proximidad véase, entre otros: LAGARDE, P.: “Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain”, *RCADI*, 1986-I, t. 196; MAYA BOUYAHIA, S.: *La proximité en droit international privé de la famille*, L’Harmattan, Paris, 2015.

12 MAGNUS, U. Y MANKOWSKI, P.: *Brussels IIbis Regulation*, Sellier European Law Publishers, Munich, 2012, p. 111.

13 ECLI:EU:C:2017:118.

14 Asunto *W. y V.*, ap. 51.

Como también el TJUE ha recordado, este objetivo del Reglamento de protección del interés superior del menor a través del criterio de proximidad se refleja en el artículo 8 del texto reglamentario; el precepto central en las normas de competencia en materia de responsabilidad parental. Con carácter general, precisa el precepto, en materia de responsabilidad parental serán competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor tenga su residencia habitual en el momento de presentación de la demanda.

Ahora bien, el sistema del Reglamento prevé a su vez una serie de foros especiales diseñados para accionarse/actuar ante determinadas circunstancias. Con ello, se flexibiliza el sistema, que resulta acorde con la necesaria comprensión que ha de acompañar al principio del interés superior del menor, un concepto jurídico indeterminado que, por su propia naturaleza, debe concretarse atendiendo a cada caso; esto es, se debe dejar margen para la apreciación de dicho interés en el caso concreto. Por lo tanto, y sin perjuicio de la mencionada regla general del art. 8, el Reglamento introduce ciertos foros de competencia especiales que la completan y flexibilizan, permitiendo su mayor y mejor adaptación al caso concreto. Se observa como, en última instancia, el interés superior del menor constituye la base teórica de todas las normas en materia de competencia judicial internacional previstas en el Reglamento¹⁵.

Las situaciones particulares contempladas en el articulado reglamentario vienen recogidas en los artículos 9 a 15 del Reglamento. Esquemáticamente, estos foros son los siguientes: en primer lugar, encontramos dos foros de competencia articulados sobre la residencia habitual del menor en los artículos 9 y 10 del Reglamento, que se ocupan respectivamente del cambio legal de la residencia habitual del menor; o, por el contrario, de un traslado o retención ilícita a otro Estado miembro¹⁶. Por su parte, el art. 12 prevé una prórroga de la competencia por causas matrimoniales, y el art. 13 recoge la mera presencia del menor en un Estado miembro como criterio de competencia para aquellos supuestos en los que no se pueda determinar la residencia habitual del menor. Si aun así no se dedujera competencia de los artículos anteriores, el art. 14 del Reglamento introduce un foro residual, por el cual los órganos jurisdiccionales podrán basarse en su derecho interno para declararse competentes. Finalmente, el art. 15 permite al órgano jurisdiccional competente sobre el fondo apreciar que otro Estado miembro está mejor situado para conocer el asunto porque el menor tiene una vinculación especial con dicho Estado miembro y responde al interés superior del menor.

15 BIAGIONI, G.: "Jurisdiction in matters of parental responsibility between legal certainty and children's fundamental rights", *European Papers*, vol. 4, núm. 1, 2019, p. 289.

16 Véase OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P.: "Diez años de aplicación e interpretación del Reglamento Bruselas II bis sobre crisis matrimoniales y responsabilidad parental (análisis de los aspectos de competencia judicial internacional)", *La Ley Unión Europea*, núm. 21, 2014, p. 16.

2. La residencia habitual del menor como noción esencial en supuestos de sustracción ilícita internacional.

Sin embargo, como ya hemos avanzado, el papel esencial del concepto de residencia habitual del menor no queda constreñido a determinar la competencia judicial internacional de los tribunales de los Estados miembros de la UE en materia de responsabilidad parental, sino que está estrechamente ligado a ciertos conceptos contenidos en el Reglamento como son los de derechos de custodia o visita o el de traslado o retención ilícita, la denominada “sustracción ilícita internacional”¹⁷.

Efectivamente, el art. 2.11 del Reglamento Bruselas II bis define el traslado o retención ilícita en base a la infracción de los derechos de custodia según la legislación del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes del traslado o retención. Por su parte, el art. 11.1 del Reglamento delimita el mecanismo de restitución del menor para los supuestos en los que un menor haya sido trasladado o retenido de forma ilícita en un Estado miembro distinto del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual, inmediatamente antes de su traslado o retención ilícita. Consecuentemente, la fijación de la residencia habitual resulta determinante para activar la aplicación de las normas de sustracción internacional de menores¹⁸.

El carácter central del concepto de residencia habitual del menor en relación con los supuestos de traslado o retención ilícita de un menor ha sido igualmente destacado expresamente por el TJUE. Precisamente porque, tal como señala la STJUE de 8 de junio de 2017 en el asunto C-111/17 PPU, *OL c./ PQ*¹⁹ (en adelante asunto *OL*), de los arts. 2.11, y 11.1 del Reglamento se infiere que la demanda de restitución prosperará únicamente si el menor tenía su residencia habitual en el Estado miembro al que se pide su restitución. En palabras del tribunal: “La razón es que, con arreglo a la definición de “traslado o retención ilícitos” que figura en el art. 2, punto 11, de dicho Reglamento y en el art. 3 del Convenio de La Haya de 1980, mencionada en el apartado 36 de la presente sentencia, la licitud o ilicitud de un traslado o una retención se aprecia en función del derecho de custodia atribuido con arreglo al Derecho del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención. Por lo tanto, en el marco de la apreciación de una demanda de restitución, la determinación del

17 Sobre este aspecto véase REIG FABADO, I.: “La construcción del concepto autónomo de residencia habitual del menor en los supuestos de sustracción internacional de menores”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, núm. 1, marzo 2019, pp. 877-888.

18 Así lo destaca CHÉLIZ INGLÉS, M.C.: *La sustracción internacional de menores y la mediación. Retos y vías prácticas de solución*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, p. 45.

19 ECLI:EU:C:2017:436.

lugar de la residencia habitual del menor precede a la identificación del derecho de custodia eventualmente vulnerado”²⁰.

Desde un primer momento, la trascendencia que encuentra la noción de residencia habitual del menor, un concepto –recordemos – jurídicamente indeterminado, en el marco del Reglamento aventuraba la presencia de potenciales futuros conflictos en relación con su entendimiento. La práctica ha demostrado la realidad de esta previsión y, como se verá en las siguientes páginas, el papel jugado por el TJUE deviene decisivo hasta el momento.

III. LA RESIDENCIA HABITUAL DEL MENOR COMO CONCEPTO AUTÓNOMO DEL DERECHO DE LA UNIÓN Y SUS IMPLICACIONES.

El criterio de residencia habitual del menor constituye, como hemos visto, un elemento nuclear de las normas de competencia diseñadas por el Reglamento. Sin embargo, al igual que en el resto de los instrumentos de la UE, el Reglamento Bruselas II bis no contiene ninguna definición del concepto de residencia habitual del menor. Tampoco el nuevo Reglamento Bruselas II ter entra a concretar la noción de la residencia habitual del menor²¹.

Esta ausencia de definición dificulta el trabajo de los operadores jurídicos al aplicar e interpretar el Reglamento, puesto que no siempre es sencillo determinar cuál es la residencia habitual del menor en un determinado caso concreto. La dificultad de concreción de este concepto se aprecia en las diversas cuestiones prejudiciales planteadas ante el TJUE relativas a la interpretación del concepto en algunas de las normas de competencia judicial internacional.

En tal sentido, la aproximación a la noción realizada por el TJUE ha sido esencial para clarificar la noción de residencia habitual del menor y su encaje en los instrumentos de la Unión. A pesar de que, como hemos anticipado, el Reglamento no contiene ninguna definición del concepto, tampoco ningún precepto del Reglamento contiene una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros a efectos de proceder a su fijación²². Por esta razón el TJUE, en su jurisprudencia afirma que: “Según jurisprudencia reiterada, se desprende de las exigencias tanto de la aplicación uniforme del Derecho de la Unión como del principio de igualdad que el tenor de una disposición de Derecho de la Unión que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido

20 Asunto OL, aps. 38, 52 y 53.

21 Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, 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 (versión refundida), DO L 178/1, 2.7.2019. El nuevo Reglamento Bruselas II ter entrará en aplicación el 22.8.2022.

22 STJUE de 22.10.2010, en el asunto C-497/10 PPU, *Mercredi*, ECLI:EU:C:2010:829 (en adelante asunto *Mercredi*), ap. 46; asunto OL, ap. 39; asunto UD, ap. 47.

y su alcance debe ser objeto normalmente en toda la Unión Europea de una interpretación autónoma y uniforme que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de dicha disposición y el objetivo que la normativa de que se trate pretende alcanzar²³.

En el caso particular del concepto de residencia habitual del menor, el contexto y el objetivo de las disposiciones del Reglamento son, como se ha apuntado en el apartado anterior, asegurar la protección del interés superior del menor a partir del criterio de proximidad, tal y como establece el considerando 12 del texto reglamentario. Es decir, el legislador de la UE partió de una determinada concepción –estática– del interés superior del menor a efectos de atribuir competencia judicial internacional a un concreto órgano jurisdiccional, en la que es esencial la proximidad geográfica del órgano jurisdiccional, entendiendo que son los órganos jurisdiccionales más cercanos al menor en el ámbito geográfico los que generalmente están mejor capacitados para apreciar su interés superior²⁴.

Como concepto autónomo del Derecho de la Unión, es sabido que la interpretación de su contenido y alcance corresponde al TJUE. Con carácter general, ello implica que, como ha afirmado el TJUE en su jurisprudencia, el concepto de residencia habitual del menor no deba ser necesariamente coincidente con lo previsto en los distintos ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados miembros²⁵. Pero, es más, el TJUE ha, igualmente, clarificado que la jurisprudencia dictada en otros Reglamentos en materia de residencia habitual tampoco es de aplicación para la fijación de la residencia habitual del menor²⁶.

A partir de estas dos premisas, el concepto de residencia habitual del menor sí debe ser común y uniforme respecto de los distintos preceptos que incorporan esta noción en el Reglamento Bruselas II bis²⁷. En este sentido, el TJUE ha insistido en el carácter uniforme del concepto de residencia habitual del menor del Reglamento Bruselas II bis. Es decir, tanto para la competencia genérica del art. 8 del Reglamento, como para las competencias establecidas para situaciones especiales. Lo que supone incluir, recordemos, los artículos 2.11 y 11 del Reglamento, respecto de aquellos supuestos en los que se haya producido un

23 Asunto *Mercredi*, ap. 45; y asunto *UD*, ap. 46.

24 STJUE de 2.4.2009, en el asunto C-523/07, A., ECLI:EU:C:2009:225 (en adelante asunto A.), aps. 34 y 35; asunto *Mercredi*, ap. 46; asunto *W. y V.*, ap. 60; asunto *OL*, ap. 40; STJUE de 28.6.2018, en el asunto C-512/17, *HR*, ECLI:EU:C:2018:513 (en adelante asunto *HR*), ap. 40, y asunto *UD*, ap. 47.

25 LIMANTE, A. Y KUNDA, I.: "Jurisdiction in Parental Responsibility Matters (Articles 8, 9 and 13, 14)", en Honorati, C. (ed.): *Jurisdiction in Matrimonial Matters, Parental Responsibility and International Abduction. A Handbook on the Application of Brussels IIa Regulation in National Courts*, Giappichelli-Peter Lang, Torino-Frankfurt-Main, 2017, p. 65.

26 Asunto A., ap. 36.

27 Esta interpretación se desprende directamente de la STJUE de 9.10.2014, en el asunto C-376/14, C. c./ M., ECLI:EU:C:2014:2268, (en adelante asunto C. c./ M.).

traslado o retención ilícita de un menor en otro Estado miembro, tal como señaló el TJUE en su sentencia en el (así lo señaló en asunto *C. c./ M.*²⁸).

IV. LOS CRITERIOS INTERPRETATIVOS DISEÑADOS POR EL TJUE PARA LA DETERMINACIÓN DE LA RESIDENCIA HABITUAL DEL MENOR.

Todas estas precisiones se acompañan de la fijación de un conjunto de elementos guía por parte del TJUE, a efectos de que los órganos jurisdiccionales nacionales puedan determinar el específico significado de la conexión “residencia habitual del menor” en una concreta situación transfronteriza. Varios y diversos son estos indicadores utilizados por el Tribunal de Justicia, que se hacen, además, dependientes de las concretas circunstancias del supuesto planteado.

I. La integración social y familiar del menor como cuestión de hecho central en la determinación de la residencia habitual del menor.

El primer indicador genérico que opera, como punto de partida, en la jurisprudencia del TJUE a la hora de determinar el significado de la noción de residencia habitual del menor, es que éste posea un cierto grado de integración social y familiar en el Estado miembro en cuestión. Desde un primer momento, en la ya mencionada STJUE de 2 de abril de 2009, en el asunto *C-523/07, A.*, el TJUE afirma que la residencia habitual del menor “se corresponde con el lugar en el que el menor tenga una cierta integración en un entorno social y familiar”²⁹. El TJUE entiende, en suma, que el adjetivo “habitual” se refiere a cierta estabilidad o regularidad de la residencia³⁰. Y ello se plasma en la especificación de ciertos factores que permitan deducir que la presencia del menor en un determinado lugar no es meramente temporal u ocasional³¹.

En particular, para concretar el criterio anterior el TJUE cita los siguientes factores “la duración, la regularidad, las condiciones y las razones de la permanencia en el territorio de un Estado miembro y del traslado de la familia a dicho Estado, la nacionalidad del menor, el lugar y las condiciones de escolarización, los conocimientos lingüísticos y las relaciones familiares y sociales del menor en dicho Estado”³².

De lo anterior se deriva que la noción de residencia habitual del menor se diseña por parte del TJUE, esencialmente, como una cuestión de hecho, que debe

28 Vid. nota anterior. También se desprende del asunto *OL*, ap. 41.

29 Asunto *A.*, ap. 44; asunto *Mercredi*, ap. 47; asunto *W. y V.*, ap. 60; asunto *OL*, ap. 42.

30 Asunto *Mercredi*, ap. 44.

31 Asunto *A.*, ap. 38; asunto *Mercredi*, ap. 49.

32 Asunto *A.*, ap. 39.

determinarse en función de las circunstancias del caso concreto³³. Además, el TJUE ha recordado en reiteradas ocasiones que es competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales determinar el lugar de residencia habitual del menor; esto es, el lugar en el que se sitúa el centro de vida del menor; teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias de hecho particulares del caso concreto³⁴.

Consecuentemente, y de acuerdo con el TJUE, el concepto de residencia habitual del menor se corresponde, en la práctica, con el lugar en el que se encuentra su centro de vida³⁵. Y ello exige, con vistas a su concreción, proceder a realizar un análisis global de las circunstancias particulares que acompañan al menor en cada caso concreto. Circunstancias que, además, deben ser esencialmente objetivas³⁶. Lo que conlleva como consecuencia directa, y tal como advierte el Tribunal de Luxemburgo, que las valoraciones realizadas en el marco de un asunto sólo pueden extrapolarse a otro asunto con cautela³⁷.

Lo dicho hasta el momento, por otra parte, debe modularse atendiendo a criterios temporales. El factor temporal es relevante dada la incidencia que un cambio de localización puede tener sobre el menor. En este sentido, el TJUE ha señalado que la residencia habitual del menor debe determinarse en el momento en que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional en cuestión, tal y como establece el artículo 8 del Reglamento Bruselas II bis³⁸.

En definitiva, el TJUE parte del interés superior del menor para la determinación de su residencia habitual, entendiendo que ésta se encontrará en aquel lugar con el que el menor posea cierta integración social y familiar. Por tanto, el TJUE opta por un concepto flexible de residencia habitual del menor; acomodando el principio de seguridad jurídica a las exigencias del principio del interés superior del menor; y teniendo presente que un concepto estanco de residencia habitual del menor no garantizaría el interés del menor en todo caso concreto³⁹.

Correlativamente, corresponderá a los órganos jurisdiccionales nacionales determinar la integración social y familiar del menor; sopesando el conjunto de circunstancias del caso concreto. Ahora bien, para la ponderación de esta noción, la jurisprudencia del TJUE ha ido identificando tanto elementos fácticos que actúan como indicios positivos de la integración del menor; como elementos que afectan

33 Asunto *OL*, ap. 51.

34 Asunto *A.*, ap. 44; asunto *Mercredi* ap. 47; asunto *W. y V.*, ap. 60; asunto *OL*, ap. 42; asunto *HR*, ap. 66.

35 Asunto *HR*, aps. 42 y 66.

36 Asunto *HR*, ap. 64.

37 Asunto *HR*, ap. 54.

38 Asunto *Mercredi*, ap. 42.

39 LENAERTS, K.: "The best interest of the child always come first: the Brussels II bis Regulation and the European Court of Justice", *Jurisprudencia/Jurisprudence*, vol. 4, núm. 20, 2013, p. 1307.

negativamente a la misma⁴⁰. A continuación, se detallan aquellos elementos fácticos que han adquirido mayor protagonismo en la jurisprudencia del TJUE.

2. Factores específicos susceptibles de influir en la determinación de la residencia habitual del menor al amparo de la jurisprudencia del TJUE.

Esta exigencia genérica de atender al grado de integración social y familiar del menor en el momento en que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional como indicador de la residencia habitual de éste, se concreta en cada caso a través de la evaluación de un conjunto de circunstancias fijadas por el propio TJUE en su jurisprudencia. En este sentido, y a partir de los asuntos analizados por el TJUE, se pueden extraer tres factores esenciales que entran en juego en la determinación de la residencia habitual del menor, y que han sido particularmente problemáticas en la práctica: la edad del menor, la voluntad o intención de los progenitores de establecer su residencia habitual en un Estado, y la presencia física del menor en un determinado Estado miembro.

En función de las circunstancias del caso concreto, estos factores se conjugarán de forma diferente, modulándose la relevancia de uno u otro, como a continuación se explicará más detalladamente.

A) La edad del menor.

La edad del menor ha resultado ser un criterio esencial a tener en cuenta en la fijación de la residencia habitual del menor. Esta variable fue por primera vez introducida en el asunto *Mercredi*. Un asunto que presenta dos circunstancias singulares: en primer lugar, concurre la peculiaridad de ser un menor lactante quien es trasladado lícitamente por la madre a otro Estado miembro. Un segundo dato relevante es que ambos –madre e hijo– se encuentran en dicho Estado solo desde unos días antes de que el padre inicie un procedimiento solicitando la responsabilidad parental en el Estado de la residencia habitual anterior.

Ante esta situación, el Tribunal reconoce que la edad del menor adquiere una especial trascendencia en la determinación de su residencia habitual. La relevancia reside en que el criterio general del entorno familiar y social del menor incluye diversos factores que pueden variar en función de la edad del menor. Es decir, los factores que habrá que tomar en consideración en un determinado caso concreto variarán en función de la edad del menor, de tal forma que la integración social y

40 GUZMÁN PECES, M.: "Problemática en la coordinación de los instrumentos normativos aplicable a la sustracción de menores y en particular a la interpretación de la residencia habitual", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XIV-XV, 2014-2015, pp. 511 y 512.

familiar de un menor lactante no tiene por qué coincidir con la de otro menor; por ejemplo, en edad escolar, u otro que ya haya finalizado sus estudios⁴¹.

En el caso de un menor de corta edad, su “entorno” será necesariamente coincidente con su entorno familiar; determinado por la persona o personas de referencia que viven con el menor, guardándolo y cuidándolo. Y ello más aún si se trata de un menor lactante, debiendo entenderse que éste comparte necesariamente el contexto social y familiar de la persona de la que depende. En otras palabras, será la concreción del entorno de esta persona de la que el menor lactante depende la que determinará, a su vez, la situación de aquél.

Por tanto, en el asunto *Mercredi*, en el que el menor estaba bajo la guarda de la madre, el TJUE considera que debe evaluarse la integración de la madre en su entorno social y familiar para fijar, a su vez, el entorno del menor lactante. En dicho proceso, el TJUE subraya la necesidad de tomar en consideración y valorar factores tales como “la duración, la regularidad, las condiciones y las razones de la estancia en el territorio de ese Estado miembro y del traslado de la madre a este último Estado, por una parte, y por otra, a causa en particular de la edad del menor, los orígenes geográficos y familiares de la madre, así como las relaciones familiares y sociales que mantienen esta y el menor en el mismo Estado miembro”⁴².

Por todo lo expuesto, en el asunto *Mercredi* el Tribunal de Luxemburgo concluye que, teniendo en cuenta que el menor lactante había sido trasladado lícitamente, y que la madre tenía voluntad de permanencia en el Estado miembro en el que se encontraban, la residencia habitual del menor estaba en dicho Estado y no procedía la resolución de retorno del menor⁴³.

Esta idea, sin embargo, viene modulada por el propio Tribunal en su jurisprudencia posterior atendiendo a diversos datos adicionales.

B) Relación del menor con el otro progenitor.

En primer lugar, es necesario atender al grado de relación del menor con el otro progenitor. Así ocurre, por ejemplo, en la STJUE de 28 de junio de 2018, en el asunto C-512/17, *HR*. El TJUE considera que, sin perjuicio de que el entorno del menor de un lactante está determinado por el progenitor con quien reside diariamente, no se trata ésta, sin embargo, de una regla absoluta. El otro progenitor también forma parte de este entorno, siempre que el menor siga manteniendo un

41 Asunto *Mercredi*, ap. 53.

42 Asunto *Mercredi* aps. 52 a 56.

43 Estas ideas serán reproducidas con posterioridad en el asunto *OL*, un asunto que versaba sobre una demanda de restitución de un menor lactante, que había nacido y vivido durante sus primeros meses de vida en un Estado distinto al de la residencia habitual de sus progenitores, por voluntad de los mismos (Asunto *OL*, aps. 45 y 46).

contacto regular con éste, lo que matiza la relevancia y rigidez de la aseveración anterior.

La vinculación entre el entorno del menor lactante y la persona de quien depende no es ni absoluta ni exclusiva, por mucho que pueda calificarse de preponderante. Consecuentemente, si dicha relación entre el menor y el otro progenitor existe, se convierte en un elemento más a tener en cuenta para la determinación de la residencia habitual del menor, concretando su importancia en función de las específicas circunstancias del caso. Concretamente, en el asunto *HR* se tiene en cuenta favorablemente el hecho de que el menor resida en la misma ciudad que el progenitor con el que no convive, y mantenga contacto semanalmente con aquel⁴⁴.

C) Otros criterios que modulan esta regla general.

Junto a la relación del menor con el otro progenitor, el TJUE también procede a valorar otros factores que potencialmente pueden modular la regla general anterior.

Así, en primer lugar, refiere a los orígenes geográficos del progenitor que ejerce efectivamente el cuidado del menor. En el asunto *HR* también se señala que este criterio no puede ganar prioridad frente a las circunstancias objetivas del caso concreto, esto es, que el menor reside de manera estable con el progenitor en otro Estado miembro⁴⁵.

Tampoco los vínculos de carácter cultural del menor o su nacionalidad pueden contar con una importancia preponderante en perjuicio de consideraciones geográficas objetivas⁴⁶. Todo ello responde, en suma, a la lógica de la específica concepción del interés superior del menor adoptada por el legislador de la UE, vinculada, recordemos, al criterio de proximidad⁴⁷.

D) La voluntad o intención del progenitor de establecerse con el menor en otro Estado.

El TJUE ha señalado, en segundo lugar, y específicamente respecto de los supuestos en los que se pretende determinar la residencia habitual de un menor de corta edad, lactante, el gran protagonismo con que cuenta la voluntad o intención del progenitor que se ocupa del cuidado de dicho menor de establecerse con éste en otro Estado. En efecto, el TJUE ha destacado en el asunto *A.*, que “la intención

44 Asunto *HR*, aps. 48 y 49.

45 Asunto *HR*, ap. 56.

46 Asunto *HR*, ap. 60.

47 Asunto *HR*, ap. 59.

del responsable parental de establecerse con el menor en otro Estado expresada a través de circunstancias externas, como la compra o alquiler de una vivienda en el Estado miembro de destino, pueden ser un indicio del traslado de la residencia habitual⁴⁸.

En esta línea, como hemos visto en el apartado anterior, en el asunto *Mercredi* el Tribunal de Luxemburgo otorga prioridad a la voluntad de la madre a fijar en dicho Estado su centro de intereses, frente a la duración mínima de la estancia⁴⁹.

De nuevo, empero, estamos ante un criterio que es objeto de modulación por parte del TJUE atendiendo a las propias circunstancias del caso planteado. En tal sentido, en asuntos posteriores el TJUE ha matizado el criterio de la voluntad del progenitor en relación con situaciones de menores lactantes. A pesar de ser el criterio determinante para fijar la residencia habitual del menor en el supuesto de hecho concreto del asunto *Mercredi*, no se puede extrapolar dicha preeminencia a todas las situaciones que involucren a menores lactantes.

Así pues, el TJUE ha matizado en su jurisprudencia posterior que la intención de los padres de establecerse con el menor en un Estado miembro no puede ser decisiva, por sí sola, para determinar la residencia habitual del menor en el sentido del Reglamento Bruselas II bis, sino que constituye un indicio que, aunque relevante, puede llegar a completar otros elementos concordantes. En el asunto *HR*, el Tribunal de Luxemburgo considera que la voluntad del progenitor que ejerce, en la práctica, la guarda del menor, de establecerse en el futuro en el Estado de residencia del que es nacional este progenitor, no puede por sí sola considerarse suficiente para concretar la residencia habitual del menor en dicho Estado miembro⁵⁰.

Una vez más, se insiste en que el peso atribuible a la intención de los padres en un determinado asunto deberá determinarse en función de las circunstancias del caso concreto⁵¹. Y en tal sentido, la titularidad de la responsabilidad parental, y el ejercicio de los derechos de guarda y custodia son, lógicamente, un primer punto que matiza la voluntad del progenitor.

A. Por un lado, la circunstancia de que el menor se encuentre, en la práctica, bajo la guarda y custodia de uno de los progenitores, no quiere decir que la intención parental se limite en todo caso a la voluntad de este progenitor. En aquellos casos en que ambos progenitores sean titulares de la guarda y custodia

48 Asunto A., ap. 40. Vid., igualmente, asunto *Mercredi*, ap. 50.

49 Asunto *Mercredi*, aps. 41 a 51.

50 Asunto *HR*, ap. 65.

51 Asunto *HR*, aps. 47 y 48.

del menor, en el sentido del art. 2.9 del Reglamento Bruselas II bis, deberá tomarse en consideración la voluntad de ambos progenitores⁵².

B. Por otro lado, en los procedimientos de responsabilidad parental, también influye el carácter provisional – pero ejecutivo – de la sentencia que otorga la responsabilidad parental a uno de los progenitores. En el asunto *C. c./ M.*, la sentencia ejecutiva –pero provisional– otorgaba la responsabilidad parental a la madre y la habilitaba a trasladar al menor a dicho Estado miembro, no obstante, posteriormente la sentencia es revocada, otorgando la responsabilidad parental al padre.

El hecho de que el cambio de Estado miembro se base en una resolución provisional y recurrida no favorece a la constatación de un cambio de residencia, ya que el progenitor no podía tener la certeza de que dicho traslado no iba a ser temporal. Por ello, a pesar de que en el asunto *Mercredi* el TJUE afirmó que la voluntad del progenitor es un factor a considerar para determinar la residencia habitual, mediante esta sentencia se matiza dicho criterio. En efecto, el Tribunal de Luxemburgo añade que la voluntad de uno de los progenitores no puede ser el único factor determinante para fijar la residencia habitual, ya que el interés del menor exige ponderar todas las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto⁵³.

E) La circunstancia geográfica objetiva de presencia física del menor en un Estado miembro.

El tercer y último factor de referencia esencial que entra en juego a la hora de determinar la residencia habitual del menor es la presencia física del menor en el Estado miembro en cuestión. De hecho, el dato de la presencia física del menor ha sido el criterio abordado por el TJUE en sus últimas sentencias en relación con esta materia, y el que, además, ha matizado significativamente el criterio de la voluntad de los progenitores.

Recordemos, como se ha reiterado en varias ocasiones, la importancia de la proximidad geográfica para proteger el interés superior del menor, objetivo sobre el que se asienta el Reglamento Bruselas II bis⁵⁴. Este tercer factor va a suponer una matización del criterio anterior de la voluntad del progenitor, limitando su alcance y convirtiéndolo en un mero indicio, insistiendo el TJUE en que la determinación de la residencia habitual del menor debe realizarse esencialmente mediante circunstancias objetivas⁵⁵.

52 Asunto *HR*, ap. 63.

53 OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P.: “Diez años”, cit., p. 18.

54 Asunto *W. y V.*, ap. 51.

55 Asunto *HR*, ap. 64.

En un primer momento, el Alto Tribunal se limitó a apuntar que, además de la presencia física de menor en un Estado miembro, es necesario que existan otras circunstancias que indiquen que dicha presencia no tiene en absoluto carácter temporal u ocasional⁵⁶. Sin embargo, de manera más tajante, en el asunto *W. y V.*, el Tribunal de Luxemburgo clarificó que la determinación de la residencia habitual del menor en un Estado miembro requiere, como mínimo, que el menor haya estado presente en ese Estado. De forma que la residencia habitual de un menor no podrá determinarse en un Estado miembro en el que éste nunca ha estado presente, por mucho que una de las nacionalidades del menor sea la de tal Estado miembro en cuestión⁵⁷.

En el asunto *OL* se aborda una situación en esta línea en la que, además, entran en juego los factores de la corta edad del menor y la voluntad de los progenitores. El menor nace en un determinado Estado miembro – distinto al de la residencia habitual de los padres – por voluntad común de los mismos, y permanece allí con la madre ininterrumpidamente durante sus primeros cinco meses de vida. Sin embargo, los padres habían acordado que después del nacimiento, el menor retornaría al Estado de residencia habitual de los progenitores, y por este motivo, ante la negativa de la madre de volver con el menor, el padre entiende que se ha producido una retención ilícita y exige su retorno.

Ante este supuesto, el Tribunal argumenta que: “en tales circunstancias, adoptar como criterio preponderante la intención inicial de los progenitores de que la madre regresase acompañada de la menor a un segundo Estado miembro, que era el de la residencia habitual de aquéllos antes del nacimiento de la menor, estableciendo con ello de hecho una regla general y abstracta de que la residencia habitual de un lactante es necesariamente la de sus padres, iría más allá de los límites del concepto de «residencia habitual», en el sentido del Reglamento n.º 2201/2003, y sería contrario a la lógica interna, a la eficacia y a la finalidad del procedimiento de restitución. Por último, el interés superior del menor no conduce a una interpretación como la propuesta por el órgano jurisdiccional remitente”⁵⁸. En consecuencia, como la residencia habitual del menor es una cuestión de hecho, darle prioridad a la intención inicial de los padres de que el menor resida en un Estado miembro, frente al dato de que el menor haya permanecido de manera ininterrumpida en otro Estado miembro iría en contra de este concepto⁵⁹.

56 Asunto *A.*, ap. 38; asunto *Mercredi*, ap. 49; asunto *C. c./ M.*, ap. 51; asunto *W. y V.*, ap. 60; asunto *OL*, ap. 43; y asunto *HR*, ap. 41.

57 Asunto *W. y V.*, aps. 61-63.

58 Asunto *OL*, ap. 50.

59 Asunto *OL*, ap. 51.

3. Una jurisprudencia en constante evolución.

A la vista de todo lo anterior, pareciera que la cuestión de fijación de la residencia habitual del menor estaba resuelta. Con los diversos pronunciamientos del TJUE sobre la materia en los dos últimos años, los órganos jurisdiccionales nacionales ya contaban con suficientes criterios de valoración para concretar la residencia habitual en un determinado caso concreto, aunque el menor fuera lactante, concurriera una determinada voluntad del progenitor custodio y hubiera, o no, presencia física del menor.

Sin embargo, estamos ante un tema complejo objeto de una jurisprudencia amplia y, a la vez, compleja. Y, así, cuando la interpretación parecía clara y sin resquicios, se plantea una nueva cuestión prejudicial cuya resolución cuestiona directamente el sistema diseñado por el TJUE: la STJUE de 17 de octubre de 2018, en el asunto C-393/18 PPU, *UD c./ XB*, a la que nos venimos refiriendo en el texto como asunto *UD*. Y ello, fundamentalmente, porque en este supuesto concurren unas circunstancias excepcionales que pueden implicar la vulneración de los derechos fundamentales tanto del menor como de su madre.

V. LA STJUE DE 17 DE OCTUBRE DE 2018: LA PRESUNTA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES FRENTE AL REQUISITO DE PRESENCIA FÍSICA DEL MENOR.

El núcleo central del asunto *UD* se articula, una vez más, en torno a la circunstancia objetiva de la presencia física de menor una cuestión que, como se ha visto, se había planteado en el asunto *W. y V.* Sin embargo, en el supuesto de hecho que da lugar a la STJUE de 17 de octubre de 2018 en el asunto *UD* es aún más extremo por dos circunstancias: en primer lugar, porque al estar el menor en un Estado tercero, la residencia habitual de aquel en el Estado miembro de la UE es determinante para la aplicación del Reglamento Bruselas II bis. Y, en segundo lugar, porque se alega una vulneración de derechos fundamentales de la madre y del menor.

Concretamente, en el supuesto objeto de valoración por el TJUE se plantea si el requisito de presencia física de un menor en un concreto Estado miembro, como requisito previo para determinar su residencia habitual en dicho Estado, se aplica igualmente ante la concurrencia de ciertas circunstancias excepcionales. En particular, por un lado, las presiones ejercidas por el padre sobre la madre, que tienen como consecuencia que ésta diera a luz a la menor en un Estado tercero (Bangladés) –y no en el Reino Unido como hubiera sido lo previsible atendidas las circunstancias de los progenitores-, y que ésta permaneciera en dicho Estado

desde su nacimiento. Y, además, por otro, la eventual vulneración de los derechos fundamentales de la madre o de la menor⁶⁰.

El TJUE comienza repasando la jurisprudencia anterior en la materia, llegando a la conclusión de que “la presencia física del menor en el Estado miembro en el que el menor está supuestamente integrado es un requisito necesariamente previo a la apreciación de la estabilidad de dicha presencia”. Y, por tanto, la residencia habitual del menor, en el sentido del Reglamento Bruselas II bis, no puede establecerse en un Estado miembro en el que el menor nunca ha residido⁶¹.

A pesar de que el Alto Tribunal reconoce que, seguramente, si las presiones del padre no se hubieran producido, la menor hubiera nacido en el Reino Unido, el TJUE mantiene su argumentación respecto a la intención del progenitor frente a las circunstancias objetivas del caso. Esto es, que la intención del responsable parental de establecerse con el menor en otro Estado miembro puede actuar como indicio ante la concurrencia de determinadas circunstancias externas, como la compra o alquiler de un piso⁶². Sin embargo, y aun asumiendo lo anterior como premisa, la intención del progenitor no se puede ver atribuida una importancia preponderante frente a otras “consideraciones geográficas objetivas”, como es la ausencia del requisito de la presencia física del menor en el Estado miembro en cuestión⁶³. Y, en definitiva, que la falta de presencia física del menor impide tomar en consideración tales circunstancias, llegando a afirmarse por parte del TJUE que esta interpretación es más conforme con el principio de proximidad y con la idea misma del interés superior del menor.

El TJUE refuerza su interpretación afirmando que “la protección del interés superior del menor garantizada por el artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el respeto de sus derechos fundamentales, como los consagrados en los artículos 4, 6 y 24 de dicha Carta”⁶⁴ no obligan a realizar una interpretación diferente a la expuesta, esto es, la necesidad de presencia física del menor. Y ello por varios motivos, por un lado, porque el interés superior del menor ya fue tenido en cuenta en la redacción del Reglamento Bruselas II bis, identificándolo con el criterio de proximidad⁶⁵. Por otro, por cuanto el TJUE argumenta que el Reglamento ya prevé un mecanismo para cuando ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro resulte competente en virtud de los artículos 8 a 13 del propio Reglamento. En este caso se puede acudir al artículo 14, según el

60 Asunto *UD*, ap. 43.

61 Asunto *UD*, ap. 53.

62 Asunto *Mercredi*, ap. 50 y asunto *UD*, ap. 61.

63 Asunto *HR*, ap. 60; y asunto *UD*, ap. 62.

64 Asunto *UD*, ap. 64.

65 Asunto *UD*, ap. 65.

cual los Estados miembros pueden, con carácter residual, atribuir la competencia a sus órganos jurisdiccionales en virtud de su derecho nacional⁶⁶.

A mayor abundamiento, el TJUE señala que el interés superior del menor no requiere que el artículo 8 del Reglamento Bruselas II bis se interprete de modo diferente, ni siquiera ante las circunstancias concurrentes, puesto que esta interpretación iría más allá de los límites del concepto de residencia habitual del menor establecido en el texto reglamentario, así como del papel atribuido a este concepto en el marco de las disposiciones en materia de responsabilidad parental recogidas en él⁶⁷.

Por lo expuesto, el Tribunal de Luxemburgo concluye que, ante la ausencia del requisito de presencia del menor, circunstancias como el comportamiento ilícito del padre, que ha tenido como consecuencia que la madre dé a luz a la menor en un Estado tercero y ésta haya permanecido allí desde su nacimiento, o la vulneración de derechos fundamentales de la madre y de la menor, en caso de ser demostradas, carecen de pertinencia a efectos de determinar la residencia de la menor en un Estado miembro de la UE⁶⁸.

Con esta interpretación, el TJUE zanja definitivamente, al menos hasta ahora y a la espera de futuros supuestos susceptibles de ser planteados ante el Alto Tribunal, cualquier resquicio que permita determinar la residencia habitual del menor sin una previa circunstancia geográfica objetiva. En otras palabras, sin una previa presencia física del menor en dicho Estado miembro⁶⁹. Con ello, se pretende asegurar el carácter fáctico que acompaña a la noción de residencia habitual del menor, reforzando la seguridad jurídica y la previsibilidad del concepto.

La pregunta que cabe plantearse es si la aparición de una presunta vulneración de los derechos fundamentales del menor y de la madre, en caso de demostrarse, no podrían entenderse como una circunstancia objetiva más a tener en cuenta en el caso concreto. Entonces, cabría preguntarse que tiene mayor peso, la presencia física del menor en un Estado miembro, o la necesidad de protección de los derechos fundamentales de una menor y de su madre que, precisamente, no están físicamente presentes en dicho Estado miembro por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales.

66 Asunto UD, ap. 66.

67 Asunto UD, ap. 68.

68 Asunto UD, ap. 70 y 71.

69 Coincide en destacar el evidente predominio del elemento fáctico de la presencia física del menor DEL SER LÓPEZ, A. Y CARRIZO AGUADO, D.: "Reglas de competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental: análisis del foro de la "residencia habitual del menor" y estudio de la "competencia residual"', *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 10, 2019.

En el supuesto de que el problema se hubiera suscitado entre dos Estados miembros de la UE, se podría haber resuelto fácilmente alegando el igual estándar de protección de los derechos fundamentales en todos los Estados de la UE. Lamentablemente, quizá esta afirmación no se pueda hacer tan fácilmente extensiva a terceros Estados. Y, por tanto, se podría reflexionar si, ante una situación como la descrita, no hubiera sido pertinente una interpretación diferente del concepto de residencia habitual del menor, en aras a la protección del interés superior del menor y de sus derechos fundamentales⁷⁰. Pregunta muy delicada, que el TJUE ha preferido eludir acogiéndose a su interpretación anterior, basada en circunstancias geográficas objetivas y demás argumentos enumerados. En esta línea, quizá se podría haber amparado en una delimitación de la noción de residencia habitual del menor no solo en base a factores de hecho, sino también en base a factores o matices jurídicos que actúan como condicionantes, tal y como ya sugieren algunos sectores de la doctrina⁷¹.

Sin duda, esta interpretación favorece a la seguridad jurídica y a la claridad del concepto. Sin embargo, en la práctica, una interpretación tan estricta puede llevar a que la única opción real de la madre sea trasladar por la vía de hecho a la menor al Estado miembro en cuestión. Y en relación con esta idea, como último apunte debemos reflexionar sobre el cambio de tratamiento de una madre que se traslada –voluntariamente o presionada como en el asunto presente– antes del nacimiento del menor, en cuyo caso la residencia del menor se determinará por donde nazca; a si el progenitor se traslada con el menor una vez éste ya ha nacido, en cuyo caso ya entraremos en la valoración de si el traslado ha sido lícito o ilícito. Cuestión que en la práctica deben tener muy presente los afectados, así como los operadores jurídicos.

VI. CONCLUSIÓN.

La noción de residencia habitual del menor ocupa un lugar central en el sistema de competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental diseñado por el Reglamento Bruselas II bis. La ausencia en el Reglamento de una definición del concepto o una remisión expresa a las legislaciones nacionales de los Estados miembros, nos lleva a definir la residencia habitual del menor como un

70 En esta línea, PÉREZ MARTÍN, L. A.: “Residencia habitual de los menores y vulneración de derechos fundamentales. Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 2018, asunto c-393/18, PPU”, *La Ley Unión Europea*, núm. 66, enero de 2019, p. 8, coincide en señalar que hubiera sido recomendable “un análisis más sosegado” de unos hechos tan alarmantes como una presunta vulneración de derechos fundamentales, sobre todo de cara a futuros supuestos de hecho similares. En la línea contraria véase BIAGIONI, G.: “Jurisdiction in matters of parental responsibility between legal certainty and children’s fundamental rights”, *European Papers*, vol. 4, núm. 1, 2019, pp. 294 y 295, el autor respalda la decisión del TJUE, argumentando que esta decisión refuerza el principio de seguridad jurídica, además de respetar la voluntad del legislador de la UE.

71 FORCADA MIRANDA, J.: “Complejidad, carencias y necesidades de la sustracción internacional de menores en el siglo XXI y un nuevo marco legal en España”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVI, 2016, pp. 699-743.

concepto autónomo del Derecho de la Unión. El nuevo Reglamento Bruselas II ter mantiene la ausencia de una noción del concepto de residencia habitual del menor, por lo que los criterios interpretativos del TJUE continuarán sirviendo de guía.

El TJUE ha optado por un concepto flexible de residencia habitual, establecido un conjunto de criterios en el intento de clarificar este concepto. Así, con carácter general, la residencia habitual del menor deberá identificarse con el lugar en el que el menor tenga una integración social y familiar, esto es, el lugar en el que se encuentre el centro de vida del menor. Al tratarse de una cuestión de hecho, este lugar deberá determinarse por los órganos jurisdiccionales nacionales atendiendo a las circunstancias del caso concreto, realizando un análisis global de la situación.

A título orientativo, el TJUE ha utilizado factores como la duración y estabilidad de la permanencia, la nacionalidad, la escolarización, los conocimientos lingüísticos, las relaciones familiares y sociales y similares a la hora de fijar la residencia del menor. En caso de menores de corta edad o lactantes, será entonces muy relevante la persona de la que depende su cuidado, y en este sentido, la intención de este progenitor puede ser un factor más a tener en cuenta. Sin embargo, el TJUE ha sido muy exigente en tener siempre presente las circunstancias objetivas de cada caso, y en particular, el requisito previo de que el menor haya estado presente físicamente en un Estado miembro para poder fijar su residencia habitual en dicho Estado.

Consecuentemente, ni la voluntad –pasada, presente o futura– del progenitor cuidador, ni la voluntad común inicial de ambos, pueden prevalecer frente a la circunstancia geográfica objetiva de que un menor nunca haya residido en un Estado miembro en concreto. Por extensión, y centrándonos en el asunto *UD*, la presión sobre la madre por parte del padre, que, en caso de demostrarse, habría supuesto la vulneración de sus derechos fundamentales, y el motivo por el que la menor naciera y estuviera sus primeros meses de vida en un Estado tercero, tampoco pueden superar la ausencia del requisito de partida, esto es, de presencia del menor en el Estado miembro en cuestión.

Esta interpretación es consecuente con la jurisprudencia anterior del TJUE, cerrando definitivamente –al menos a la espera de futuros desarrollos jurisprudenciales– la opción a interpretaciones que pudieran desvirtuar el concepto de residencia habitual del menor como noción de hecho. A pesar de que es cierto que, sin duda, esta interpretación firme proporciona seguridad jurídica en la determinación de este concepto, la intervención de los derechos fundamentales merece una reflexión sobre si el TJUE no podría haber adoptado una interpretación que pudiera haber protegido suficientemente tales derechos vulnerados. Y más cuando, el requisito de la presencia física del menor no concurre, precisamente, por haberse vulnerado, aparentemente, los derechos fundamentales de la madre y del menor.

BIBLIOGRAFÍA

ANCEL, B. y MUIR WATT, H.: "L'intérêt supérieur de l'enfant dans le concert des juridictions: le Règlement Bruxelles II bis", *Revue Critique de Droit International privé*, vol. 94, núm. 4, 2005.

BIAGIONI, G.: "Jurisdiction in matters of parental responsibility between legal certainty and children's fundamental rights", *European Papers*, vol. 4, núm. 1, 2019.

CARO GÁNDARA, R.: "La determinación de la residencia habitual del demandante y de los menores en litigios sobre crisis matrimoniales y responsabilidad parental accesoria", en ROBLES GARZÓN, J.A. (Dir.): *Reflexiones jurídicas sobre cuestiones actuales*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: "Litigación internacional, responsabilidad parental y foro de la residencia habitual del menor en un Estado miembro. Un estudio jurisprudencial", en CEBRIÁN SALVAT, A. Y LORENTE MARTÍNEZ, I.: *Protección de menores y Derecho Internacional Privado*, Comares, Granada, 2019.

CHALAS, C.: "Précisions sur la résidence habituelle et la procédure de retour de l'enfant dans le règlement Bruxelles II bis", *Revue Critique de Droit International privé*, núm. 1, 2018.

CHÉLIZ INGLÉS, M. C.: *La sustracción internacional de menores y la mediación. Retos y vías prácticas de solución*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.

DEL SER LÓPEZ, A. y CARRIZO AGUADO, D. : "Reglas de competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental: análisis del foro de la "residencia habitual del menor" y estudio de la "competencia residual"', *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 10, 2019.

ESPINOSA CALABUIG, R.: *Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

FORCADA MIRANDA, J.: "Complejidad, carencias y necesidades de la sustracción internacional de menores en el siglo XXI y un nuevo marco legal en España", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVI, 2016.

GUZMÁN PECES, M.: "Problemática en la coordinación de los instrumentos normativos aplicable a la sustracción de menores y en particular a la interpretación de la residencia habitual", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XIV-XV, 2014-2015.

HERRANZ BALLESTEROS, M.: *El interés del menor en los Convenios de La Haya de Derecho Internacional Privado*, Lex Nova, Valladolid, 2004.

HILBIG-LUGANI, K.: "'Habitual Residence' in European Family Law: the Diversity, Coherence and Transparency of a Challenging Notion", en BOELE-WOELKI, K., DETHLOFF, N. Y GEPHART, W. (eds.): *Family Law and Culture in Europe*, Intersentia, Cambridge, 2014.

LAGARDE, P.: "Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain", *RCADI*, 1986-I, t. 196.

LENAERTS, K.: "The best interest of the child always come first: the Brussels II bis Regulation and the European Court of Justice", *Jurisprudencija/Jurisprudence*, vol. 4, núm. 20, 2013.

LIMANTE, A. y KUNDA, I.: "Jurisdiction in Parental Responsibility Matters (Articles 8, 9 and 13, 14)", en HONORATI, C. (ed.): *Jurisdiction in Matrimonial Matters, Parental Responsibility and International Abduction. A Handbook on the Application of Brussels IIa Regulation in National Courts*, Giappichelli-Peter Lang, Torino-Frankfurt-Main, 2017.

MAGNUS, U. Y MANKOWSKI, P.: *Brussels IIbis Regulation*, Sellier European Law Publishers, Munich, 2012.

MAYA BOUYAHIA, S.: *La proximité en droit international privé de la famille*, L'Harmattan, Paris, 2015.

OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P.: "Diez años de aplicación e interpretación del Reglamento Bruselas II bis sobre crisis matrimoniales y responsabilidad parental (análisis de los aspectos de competencia judicial internacional)", *La Ley Unión Europea*, núm. 21, 2014.

PÉREZ MARTÍN, L. A.:

- "Determinación y trascendencia de la residencia habitual en las crisis familiares internacionales", en GUZMÁN ZAPATER, M. Y HERRANZ BALLESTEROS, M. (Dirs.): *Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos: derecho español y de la Unión Europea: estudio normativo y jurisprudencial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.
- "Propuesta de un concepto de residencia habitual de ámbito europeo en situaciones conflictivas de derecho de familia y sucesiones", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, núm. 18, 2018.

- “Residencia habitual de los menores y vulneración de derechos fundamentales. Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 2018, asunto c-393/18, PPU”, *La Ley Unión Europea*, núm. 66, enero de 2019.

REIG FABADO, I.: “La construcción del concepto autónomo de residencia habitual del menor en los supuestos de sustracción internacional de menores”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, núm. 1, marzo 2019.

RICHEZ-PONS, A.: *La résidence en droit international privé (conflits des juridictions et conflits de lois)*, Thèse, Université Jean-Moulin, Lyon III, 2004.

RODRÍGUEZ BENOT, A.: “El criterio de conexión para determinar la ley personal: un renovado debate en Derecho Internacional Privado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, núm. 1, 2010.