

LOS NUDOS PROBLEMÁTICOS Y LA ENSEÑANZA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. CASOS SELECCIONADOS

CRUX OF THE PROBLEMS AND THE TEACHING OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW. SELECTED CASES

ISABEL LORENTE MARTÍNEZ

Abogada Colegiada ejerciente del Ilustre Colegio de Abogados de Murcia

Doctora en Derecho

Profesora Asociada de Derecho internacional privado. Universidad de Murcia

Miembro de la Red Europa-España de Derecho internacional privado

ORCID ID: 0000-0002-8334-8760

Recibido:20.12.2021 / Aceptado:25.01.2022

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6713>

Resumen: El presente trabajo constituye una reflexión sobre la utilización de los nudos problemáticos en la enseñanza del Derecho internacional privado en la actualidad. La exposición clara, directa y sencilla de las cuestiones problemáticas más relevantes del Derecho internacional privado hace que el entendimiento de la asignatura sea mejor por parte del alumnado. En este trabajo se realiza una selección de algunos de los nudos problemáticos que se transmiten en el aula. La exposición y solución de los mismos consigue atraer y motivar al alumnado, y consigue potenciar también su capacidad de argumentación jurídica. Ofreciendo el docente una visión práctica de las soluciones justas que se alcanzan aplicando las normas de Derecho internacional privado.

Palabras clave: nudos problemáticos, innovación, docencia, consumidores, trabajadores, elección de ley, instituciones jurídicas.

Abstract: This paper is a reflection on the use of problem nodes in the teaching of private international law today. The clear, direct and simple exposition of the most relevant problematic issues of private international law makes the understanding of the subject better for the students. In this work a selection is made of some of the problem nodes that are transmitted in the classroom. The exposition and solution of them manages to attract and motivate the students, and also manages to enhance their capacity for legal argumentation. Offering the teacher a practical vision of the just solutions achieved by applying the rules of private international law.

Keywords: crux of the problems, innovation, teaching, consumers, workers, choice of Law, legal institutions.

* Este trabajo se enmarca en las actividades propias de los siguientes Proyectos y Grupos de investigación e innovación docente en Derecho internacional privado: - Proyecto de investigación LOGOS (Fundación BBVA) “Los principios del Derecho romano en el Derecho europeo del siglo XXI” (Proyecto Roma-Europa: IP Javier Carrascosa). <https://proyectoromaeuropa.com/>. - Grupo de Innovación Docente GID 22 “Ciencia jurídica aplicada y docencia creativa” de la Universidad de Murcia (coordinador: Javier Carrascosa). - Grupo de investigación de la Universidad de Murcia E070-05 “Derecho internacional privado europeo” (IP Javier Carrascosa). - Red Europa-España de Derecho internacional privado (coordinador: Javier Carrascosa) (<http://www.redespañaeuropa.es/>). - Grupo Accursio: investigación, docencia y práctica del Derecho internacional privado (www.accursio.com) (www.accursio.com) (www.facebook.com/accursioDIP).

Sumario: II. Enseñanzas de Derecho internacional privado a través de los nudos problemáticos. 1. La labor del docente de Derecho internacional privado. 2. Los nudos problemáticos y su función en la enseñanza del Derecho internacional privado. II. Selección de nudos problemáticos para la explicación del Derecho internacional privado. 1. La doctrina del *forum non conveniens*: inaplicable con la legislación europea. 2. Reestructuración de la norma de conflicto en las obligaciones contractuales. 3. La Ley aplicable a los contratos de consumo y trabajo, arts. 6 y 8 del Reglamento Roma I. La determinación de la regla a interpretar de modo expansivo. 4. El vacío legal ante determinados casos de sustracción internacional de menores. III. Reflexión final.

I. Enseñanzas de Derecho internacional privado a través de los nudos problemáticos.

1. La labor del docente de Derecho internacional privado

1. La labor que enfrentan los docentes que imparten la asignatura de Derecho internacional privado es fascinante, por la materia misma que manejan: actual, práctica, interesante, y a la misma vez comporta el reto de atraer la atención del estudiantado para que conozcan a través de las enseñanzas que se imparten, la ley, la jurisprudencia y la mejor doctrina en la materia. La combinación de estas cuestiones hace que las lecciones adquieran un matiz teórico-práctico que demuestra la gran aplicación que se observa en la realidad de lo que estudian en las aulas.

2. Los recursos a los que pueden acudir los docentes de Derecho internacional privado son variados, como se observará en este trabajo, la legislación de carácter europeo es cada vez mayor, la jurisprudencia que emana de la interpretación y aplicación de esas normas es enorme, y la mejor doctrina plantea soluciones a los casos más complejos que nos trae la realidad basadas en esa legislación y esa jurisprudencia. En muchos casos, anticipándose a la problemática y a la posible solución y ofreciendo vías a las que acudir para solventar las mismas.

3. La óptima enseñanza del Derecho internacional privado, por lo tanto, requiere que el docente conozca con profundidad el programa de la asignatura, que tenga interiorizado qué es el Derecho internacional privado, cuáles son sus fuentes de producción jurídica, cuáles son sus objetivos y cuál es su función. En definitiva, el buen docente de esta materia debe tener muy claro el objeto de su enseñanza, purgarlo de elementos contaminantes y debe también fijar la posición del Derecho internacional privado en el sistema legal español y europeo.

2. Los nudos problemáticos y su función en la enseñanza del Derecho internacional privado.

4. La reflexión que el docente de Derecho internacional privado debe hacer en relación con los nudos problemáticos es fundamental en su enseñanza, evidentemente, esa reflexión se debe realizar de forma previa. La transmisión de esas reflexiones, una vez se ha pensado lo estudiado, se ha debatido jurídicamente sobre cuestiones de Derecho internacional privado, es un *plus* en esas lecciones. Con el estudio y solución de esos nudos problemáticos no solo se transmiten conocimientos legales también se transmiten esas cuidadosas reflexiones jurídicas, aplicadas a cuestiones reales. Se potencia el arte de la argumentación en Derecho internacional privado en el estudiantado y si esa transmisión es clara y precisa el alumnado adquiere competencias que le servirán para aumentar su potencial como operador jurídico¹.

5. En este trabajo se realiza una selección de diversos nudos problemáticos que se explican en la enseñanza del Derecho internacional privado. En muchas ocasiones, esos nudos problemáticos se plantean a través de casos extraídos de la realidad, de películas, obras de arte, etc. Planteando todas estas cuestiones de un modo novedoso, sugestivo y práctico. En concreto, se plantean en este trabajo las

¹ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Enseñanza motivada del derecho internacional privado en el siglo XXI: ethos, pathos y logos". Cuadernos de Derecho Transnacional, 13(2), 2021, pp. 675-692.

cuestiones relativas a la posibilidad de elección de ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, las cuestiones de protección que se pueden ofrecer a un consumidor a través de la legislación europea, la cuestión de cómo se pueden explicar instituciones jurídicas desconocidas en nuestro entorno jurídico, o incluso cuestiones relativas a la inmunidad de jurisdicción. Es éste, el de los nudos problemáticos, un campo muy fértil y casi inagotable de cuestiones para tratar y aproximar a los estudiantes de Derecho internacional privado, al que siempre podrá acudir el buen docente para hacer de sus clases poderosas armas de transmisión del conocimiento y mejora de la argumentación jurídica.

6. Antes de observar pormenorizadamente los nudos problemáticos seleccionados, es muy conveniente exponer que en torno a estas cuestiones no se presenta una verdad absoluta e inmutable, en muchas ocasiones se pueden observar diversas opiniones o argumentaciones en relación a los mismos, la transmisión del carácter abierto de estas cuestiones es fundamental, el mundo es enorme, y los aspectos jurídicos son muy variados dependiendo de la legislación estatal que apliquemos, de la interpretación jurisprudencial que se pueda extraer de la aplicación de esas normas, son muchas las opciones de pensamiento que podemos encontrar. Pero la pregunta clave es: ¿Qué opción vencerá? La respuesta es clara: vencerá la opción mejor argumentada y fundada en Derecho. Este es un fascinante desafío que se debe transmitir al alumnado de Derecho, como futuros operadores jurídicos deberán de enfrentar la compleja y ardua labor de argumentar y fundamentar bien sus pretensiones para obtener óptimos resultados con su trabajo². De este modo, se enfrentan los problemas jurídicos que pueden surgir en esta materia, por lo que se puede afirmar sin ningún género de duda que el Derecho internacional privado enfrenta los problemas y no los evita³.

II. Selección de nudos problemáticos para la explicación del Derecho internacional privado

1. La doctrina del *forum non conveniens*: inaplicable con la legislación europea.

7. El origen de la doctrina del *forum non conveniens* se encuentra en la jurisprudencia de la Corte de Escocia, y actualmente, está muy interiorizada en los ordenamientos jurídicos que continúan la tradición jurídica del *common law*. Entre esos Estados se encuentran los siguientes: Reino Unido, Canadá, Australia, EE.UU., entre otros. La Corte Suprema de los EE.UU. ya estableció en el año 1947 al dar solución al caso “Gulf Oil v. Gilbert”, la Suprema Corte que “*en el derecho de los Estados Unidos, una corte competente no tiene siempre la obligación de resolver una controversia presentada ante ella*”.⁴ El *forum non conveniens* es una institución propia del Derecho anglosajón en virtud de la cual, un juez anglosajón, aun cuando disponga de un concreto «foro de competencia judicial internacional», puede «rechazar» su competencia judicial internacional porque estima que el caso está escasamente vinculado con su país y que los tribunales de otro país están «mejor situados» para conocer del caso.⁵

8. En la precitada sentencia estadounidense, “Gulf Oil v. Gilbert”, se establecieron los principios sobre los que se basa la doctrina del *forum non conveniens*: a) la ponderación del tribunal para desestimar una demanda; b) la atención al foro elegido por el actor; c) la consideración de intereses públicos (como

² J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Enseñanza motivada del derecho internacional privado en el siglo XXI: ethos, pathos y logos”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 13(2), 2021, pp. 687-688.

³ E.J. WOOD, *Problem-Based Learning: Exploiting Knowledge of How People Learn to Promote Effective Learning*, Leeds, Gran Bretaña, School of Biochemistry & Molecular Biology, 2004, disponible en: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.3108/beej.2004.030000006?scroll=top&needAccess=true>. Extraído del trabajo del prof. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Enseñanza motivada del derecho internacional privado en el siglo XXI: ethos, pathos y logos”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 13(2), 2021, p. 675-692.

⁴ “Gulf Oil v. Gilbert” 330 US 501 (1947). Link a la sentencia completa: <https://es.scribd.com/document/269548863/Gulf-Oil-Corp-v-Gilbert-330-U-S-501-1947-docx>

⁵ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, 18ª ed., Ed. Comares, Granada, 2018, p. 740.

por ejemplo: dificultades administrativas, el interés público de que los asuntos nacionales se resuelvan en el Estado en el que se han producido y el imponer la carga de actuar como jurado a personas que no tienen contacto con el asunto, ni el asunto tiene contacto con su país) y de intereses privados (como por ejemplo, la práctica de las pruebas, la posibilidad de acceso a la prueba; la localización de testigos y la facilidad en la ejecución de la sentencia), y d) la concurrencia de foros para evitar una denegación de justicia.

9. Ahora bien, en muchos casos se ha observado que es necesario que el tribunal esté seguro de que otro tribunal es competente y que aceptará conocer del caso, porque de lo contrario se correría el riesgo de una denegación de justicia. Este riesgo es real, ya que cada Estado es el que atribuye la competencia a sus órganos jurisdiccionales, un tercer Estado no puede interferir en esa potestad soberana.

10. Para explicar esta cuestión en las lecciones de Derecho internacional privado se suele recurrir a varios casos: el primero es el célebre caso *Owusu*⁶, que es un caso en el que se producen unos daños corporales a un sujeto nacional inglés y con domicilio en Inglaterra por el uso que hizo de unas instalaciones sitas en la casa de Jamaica que le alquila otro compatriota con domicilio en Inglaterra. Tras ese accidente el sujeto inglés decide demandar a su compatriota en Inglaterra, con arreglo a las normas de competencia judicial internacional de la normativa europea, en ese momento el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO 1972, L 229, p. 32; texto consolidado en DO 1998, C 27, p. 1). En este caso, el TJUE se pronuncia en su interpretación del art. 2 de ese instrumento normativo en el sentido de que el Convenio es de base legal, que no se puede utilizar por parte de los órganos judiciales de los Estados miembros el mecanismo del *forum non conveniens*, esto significa, que si los órganos judiciales son competentes en virtud del Convenio, ahora Reglamento Bruselas I bis, deben de conocer sí o sí del caso si son competentes, no pueden utilizar los mecanismos jurídicos nacionales que podrían hacer que conociesen otros tribunales⁷.

11. Otro caso que se explica es el de la gran película “La dama de oro”, en la misma se observa la resolución de un caso de Derecho internacional privado: la restitución a su legítima propietaria de una obra de arte que fue expoliada por los nazis. Al hilo de esta película se puede considerar que uno de los argumentos que utilizó el gobierno austríaco, fue que hizo valer ante el tribunal de los EE. UU. esa doctrina del *forum non conveniens*. De hecho, en el caso “*Altmann v. Austria*”, la estrategia del gobierno austríaco fue argumentar que el caso que dirimía el tribunal era interno y que, por consiguiente, los tribunales estadounidenses no tenían competencia alguna. Sin embargo, la residencia habitual de la actora, y adicionalmente la actividad comercial del Belvedere en EE.UU. como se explica en este trabajo⁸, constituyeron los puntos de conexión mínimos para que conociese el tribunal.

12. También se trae a colación un interesantísimo caso cuando se explica cuando opera este mecanismo jurídico, *forum non conveniens*, el caso del accidente aéreo del Lago de Constanza. En este caso, finalmente, termina conociendo y aportando una justa solución el Tribunal Supremo español, a pesar, de estar conectados siete países con este caso. El *forum non conveniens* hizo que el tribunal de New Jersey en los EE. UU. determinase que el tribunal español estaba mejor situado para conocer de este asunto. Se interpuso la demanda ante el tribunal de Primera Instancia de Barcelona y el demandante contestó a esa demanda, realizando de ese modo una sumisión tácita, que se contempla en el art. 26 del Reglamento Bruselas I bis. En relación a este caso, se puede consultar el siguiente trabajo⁹.

⁶ STJUE de 1 marzo 2005, asunto C-281/02. ECLI:EU:C:2005:120.

⁷ M. BANDERA, “La sentenza *Owusu*, il *forum non conveniens* e i conflitti di giurisdizione tra Stati membri e Stati terzi”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2007 p.1025-1052. P. FRANZINA, “Le condizioni di applicabilità del regolamento (CE) n. 44/2001 alla luce del parere 1/03 della Corte di giustizia”, *Rivista di diritto internazionale*, 2006 p.948-977.

⁸ I. LORENTE MARTÍNEZ, *La dama de oro. Cine, Derecho internacional privado y la propiedad de las obras de arte, Innovación docente y Derecho Internacional Privado*, Comares, 2019, pp. 63-87.

⁹ I. LORENTE MARTÍNEZ, *Litigación internacional, forum non conveniens y daños punitivos: el caso del accidente aéreo de Spanair, Aportaciones de juristas noveles a la ciencia jurídica*, coord. por Juan Ramón Robles Reyes, Aranzadi, 2015, pp. 115-128.

2. Reestructuración de la norma de conflicto en las obligaciones contractuales

13. A través de diversos casos prácticos, el buen docente de Derecho internacional privado puede conducir al alumnado a que comprenda la importancia de ordenar de forma correcta el contenido de los Reglamentos europeos que contienen normas de conflicto. En concreto, en materia de Derecho aplicable a las obligaciones extracontractuales, que se determina con arreglo a lo que dispone el Reglamento (CE) 864/2007 de 11 julio 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (en adelante “Reglamento Roma II”. El orden aplicativo de los preceptos de dicho Reglamento se debe de respetar, pero no en el orden enumerado que aparece en dicha norma. Esto es, el art. 14 del Reglamento Roma II, debe aplicarse con preferencia al art. 4 de dicho Reglamento. La válida elección de ley de las partes, en virtud de ese art. 14 del Reglamento Roma II prevalece sobre el art. 4 de ese mismo instrumento legal.

14. Con estos casos de determinación de la legislación estatal aplicable a los supuestos de obligaciones extracontractuales, se observa que la conexión del art. 4 del Reglamento Roma II es subsidiaria respecto al art. 14 del mismo Reglamento. En el texto del instrumento legal europeo nada indica que esa reestructuración sea necesaria, y tampoco indica que la solución del párrafo segundo de ese art. 4 (se aplicará la ley del Estado de la residencia habitual común de las partes implicadas prevalece sobre la del párrafo primero (ley estatal del *locus delicti commissi*). Por lo tanto, si hay una elección de ley válida, será aplicable ésta. En defecto de esa elección o si no es una elección válida, se aplicará la ley a la que nos conduce el art. 4.2 del Reglamento Roma II, que es la “conexión más poderosa”, ya que refleja una mayor proximidad y vinculación con el litigio, más que la que demuestra la conexión del art. 4.1 de dicho Reglamento¹⁰.

15. Con agudeza se transmite esa reflexión para que el alumnado, a través de casos que deberá resolver en aplicación de la legislación aplicable, sea capaz de comprender esta importante cuestión, de gran calado teórico y práctico, que le servirá para su futuro profesional.

3. La Ley aplicable a los contratos de consumo y trabajo, arts. 6 y 8 del Reglamento Roma I. La determinación de la regla a interpretar de modo expansivo.

16. La sutil diferenciación que el experto de Derecho internacional privado debe realizar en los casos en los que se ofrece una protección a lo que se pueden considerar partes débiles en el sector de la ley aplicable es fundamental, sobre todo en los casos de contratos concluidos por consumidores y trabajadores. El Reglamento 593/2008 de 17 junio 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, conocido como “Reglamento Roma I” ofrece una solución a estos casos para determinar la ley aplicable, que a priori, puede parecer similar, pero en el fondo alberga ligeras diferencias en relación a la regla que debe de interpretarse de modo expansivo.

17. En los contratos de consumo, la regla que se debe observar es la que contiene el art. 6 del Reglamento Roma I: “1. Sin perjuicio de los artículos 5 y 7, el contrato celebrado por una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional («el consumidor») con otra persona («el profesional») que actúe en ejercicio de su actividad comercial o profesional, se regirá por la ley del país en que el consumidor tenga su residencia habitual, siempre que el profesional: a) ejerza sus actividades comerciales o profesionales en el país donde el consumidor tenga su residencia habitual, o b) por cualquier medio dirija estas actividades a ese país o a distintos países, incluido ese país, y el contrato estuviera comprendido en el ámbito de dichas actividades.” Pero la clave en la reflexión sobre este artículo se observa en el párrafo segundo del art. 6 del Reglamento Roma I “2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, las partes podrán elegir la ley aplicable a un contrato que cumple los requisitos del apartado 1, de conformidad con el artículo 3. Sin embargo, dicha elección no podrá acarrear, para el consumidor, la pérdida de la protección que le proporcionen aquellas dispo-

¹⁰ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado y dogmática jurídica*, Ed. Comares, Granada, 2021, pp. 171-172.

siciones que no puedan excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habría sido aplicable de conformidad con el apartado 1.” La regla general a interpretar de modo expansivo es la de la aplicación de la Ley de la residencia habitual del consumidor¹¹. La ley elegida por las partes únicamente se aplicará si mejora la posición jurídica del consumidor con arreglo a la Ley del país de su residencia habitual¹².

18. Sin embargo, en los contratos individuales de trabajo, art. 8 del Reglamento Roma I, la perspectiva cambia en relación con la posibilidad de elección de ley y que sea este el Derecho estatal que se aplique a las cuestiones que se deben despejar en este ámbito. El *quid* se encuentra en el propio texto de la norma: “1. El contrato individual de trabajo se regirá por la ley que elijan las partes de conformidad con el artículo 3. No obstante, dicha elección no podrá tener por resultado el privar al trabajador de la protección que le aseguren las disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habrían sido aplicables en virtud de los apartados 2, 3 y 4 del presente artículo. 2. En la medida en que la ley aplicable al contrato individual de trabajo no haya sido elegida por las partes, el contrato se regirá por la ley del país en el cual o, en su defecto, a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente.” En estos casos la norma general será la aplicación de la ley elegida por las partes, es ésta la mejor conexión para la mayoría de los casos. Solo deberá matizarse esa elección si recoge condiciones peores para el trabajador que las que fijaría la *Lex Loci Laboris*.

19. La distinción entre el papel determinante que juega la elección de ley en los contratos internacionales de trabajo y la función secundaria que se observa en los contratos internacionales de consumo implica una profunda comprensión del sistema conflictual, que se puede observar y acercar al alumnado a través de casos prácticos.

4. El vacío legal ante determinados casos de sustracción internacional de menores

20. En concreto, al hilo de una reciente sentencia del TJUE de 24 de marzo de 2021, el asunto C 603/20 PPU, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por la High Court of Justice (England & Wales), Family Division (Tribunal Superior de Inglaterra y Gales, Sala de Familia, Reino Unido), mediante resolución de 6 de noviembre de 2020, recibida en el Tribunal de Justicia el 16 de noviembre de 2020, se puede tratar esta cuestión y nudo problemático.

21. En el caso de la STJUE de 24 marzo de 2021 la petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 10 del Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, Reglamento Bruselas II bis. Esta petición se ha presentado en el contexto de un litigio entre el padre de una menor y la madre de esa menor, en relación con una demanda del padre por la que se solicita que se ordene la restitución de la menor al Reino Unido y que se resuelva sobre el derecho de visita.

22. Por lo tanto, se puede resumir del siguiente modo, los tres grandes supuestos que podemos encontrar en estos casos y las soluciones que se pueden aportar al respecto a el régimen jurídico de la sustracción de menores con destino a:

¹¹ Vid. E. CASTELLANOS RUIZ, “Comentario al art. 67 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras Leyes complementarias”, en S. CÁMARA LAPUENTE (DIRS.), *Comentarios a las Normas de protección de los consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, Madrid, Colex, 2011, pp. 590-615.

¹² J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado y dogmática jurídica*, Ed. Comares, Granada, 2021, pp. 172-173.

23. (a) Otro Estado miembro: se aplicará la normativa que contiene el RB II bis. Este instrumento legal internacional prevalece sobre el CH 25 octubre 1980. Por ejemplo, si uno de los progenitores traslada al menor a Irlanda, para solicitar la restitución del menor al Estado de su residencia habitual anterior se aplicará el RB II bis. Tal como sucedió en el célebre y recordado caso de la Sra. Juana Rivas y el Sr. Francesco Arcuri. La señora más famosa de Maracena durante el verano de 2017... En la actualidad paseando en la ciudad granadina con una pulsera telemática para ir al supermercado o a la farmacia. Y sin ver crecer ni vivir con sus hijos, por lo sucedido en aquel verano que todos recordamos: “Juana está en mi casa”.

24. (b) Si el traslado es a un Estado parte en el CH 25 octubre 1980: se aplicará la normativa de dicho Convenio. Por ejemplo, si uno de los progenitores traslada al menor a Marruecos, Túnez, o Filipinas... para solicitar la restitución del menor al Estado de su residencia habitual anterior se aplicará el CH 25 octubre 1980. Siempre que ambos Estados (el Estado de la RH anterior del menor y el Estado al que ha sido trasladado el menor) sean participantes en dicho Convenio¹³.

25. El caso que llega al TJUE es el siguiente, los progenitores de la menor ambos nacionales indios con permiso de residencia en el Reino Unido (no debían ser los únicos en esa situación en el Reino Unido, y tomemos nota porque esta situación puede resultar muy común...), formaban una pareja de hecho cuando, en 2017, nació su hija, nacional británica. El apellido del padre figura en el acta de nacimiento, de modo que, según las apreciaciones del órgano jurisdiccional remitente, es titular de la responsabilidad parental sobre la menor. En octubre de 2018, la madre, se desplazó a la India con la menor. Después de algunos meses, la madre regresó al Reino Unido sin la menor. Salvo una breve estancia en abril de 2019 en el Reino Unido, la menor ha permanecido en la India, donde vive con su abuela materna, donde come curry a todas horas, ve películas de bollywood y lejos queda ya su vida en Reino Unido. Según el órgano jurisdiccional remitente, es probable que el comportamiento de la madre constituya un traslado o retención ilícitos de la menor en la India. El padre desea que P viva con él en el Reino Unido y, con carácter subsidiario, poder contactar con ella en el marco de un derecho de visita. A tal efecto, el 26 de agosto de 2020, el padre presentó una demanda ante el órgano jurisdiccional remitente, solicitando, por una parte, que ordenase la restitución de la menor al Reino Unido y, por otra parte, que resolviera sobre el derecho de visita. Según dicho órgano jurisdiccional, la madre impugnó la competencia de los órganos jurisdiccionales de Inglaterra y Gales al no tener la menor su residencia habitual en el Reino Unido. Antes de pronunciarse, el órgano jurisdiccional remitente considera que procede apreciar su competencia con arreglo al Reglamento n.º 2201/2003. A este respecto, constató que, en el momento de presentarse la demanda, por una parte, la menor tenía su residencia habitual en la India y estaba plenamente integrada en un entorno social y familiar indio, dado que sus vínculos concretos con el Reino Unido eran inexistentes, con excepción de la ciudadanía, y, por otra parte, la madre no había aceptado en ningún momento de manera inequívoca la competencia de los juzgados y tribunales de Inglaterra y Gales para conocer de las cuestiones relativas a la responsabilidad parental en relación con la menor. A raíz de esta constatación, el órgano jurisdiccional remitente consideró que su competencia no podía basarse en los artículos 8 y 12, apartado 3, del citado Reglamento. En cuanto al artículo 10 de dicho Reglamento, que establece las reglas de competencia en caso de traslado o retención ilícitos de un menor (copia las normas del CH 1980 con algunas modificaciones), el órgano jurisdiccional remitente alberga dudas, en particular, sobre si esa disposición puede aplicarse a un conflicto de competencias entre los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro y los de un Estado tercero.

26. En este caso el TJUE expone que: la regla enunciada en el artículo 10 de dicho Reglamento solo se refiere a los conflictos de competencia entre los Estados miembros y no a los conflictos entre un Estado miembro y un Estado tercero. Que el artículo 10 del Reglamento n.º 2201/2003 debe interpretar-

¹³ Para más información, *vid.* A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, vol. II, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 2116-2189.

se en el sentido de que no resulta aplicable en caso de que se constate que un menor ha adquirido, en la fecha de presentación de la demanda relativa a la responsabilidad parental, su residencia habitual en un Estado tercero como consecuencia de una sustracción con traslado a dicho Estado.

27. Aquí es donde se debe observar una triste situación que en realidad no cumple con una de las reglas generales que se deben de observar: La protección del interés superior del menor.

28. (c) Un tercer país, que no es Estado miembro UE ni Estado parte en el CH 1980: El dato clave: la “discriminación procesal”. Ni acción, ni procedimiento en el Derecho español para la restitución de un menor sustraído ilegalmente con residencia habitual en un país que no es parte del Convenio de La Haya de 1980. Se hace patente una lamentable realidad: la discriminación procesal que se produce según sea el país desde el que se traslada al menor parte en el Convenio de La Haya de 1980. Si el menor es trasladado desde un país que no es parte en el citado Convenio, en España no existe tan siquiera acción, ni procedimiento para poder instar la acción de retorno directo que tiene como regla principal el Convenio siempre que el traslado no se haya producido hace más de un año y no se alegue y se pruebe alguna de las causas del art. 13 del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980.

29. El art. 778 quater LEC sólo permite iniciar el procedimiento de retorno del menor a su país de residencia habitual en el caso de que resulte aplicable “un convenio internacional o las disposiciones de la Unión Europea”. Este artículo de la LEC establece de forma cristalina que ese procedimiento “no será de aplicación a los supuestos en los que el menor procediera de un Estado que no forma parte de la UE ni sea parte de algún convenio internacional”. De este modo se produce una grave discriminación hacia estos supuestos, y finalmente, lo que se produce es la legalización de esa sustracción, que rompe con lo que la normativa internacional establece con carácter general.

30. En realidad, esta discriminación no tiene ningún punto positivo, no se gana nada con ella, porque a pesar de que España no incumple sus obligaciones internacionales, aunque no acepte que exista esta acción, el interés del menor se ve seriamente perjudicado. Esta solución adoptada por el legislador español no encaja con el principio de suprema tutela que se ha de defender en los casos de sustracción internacional de menores: el interés superior del menor.

31. El legislador impide incluso la aplicación por analogía de las normas que se podrían aplicar en el resto de casos de sustracción. Y lo solución que el legislador español deja al progenitor que no es el sustractor es una solución muy deficiente: litigar en el país de la anterior residencia habitual de la menor. Se debe resaltar que todo esto comporta tiempo, esfuerzo y mucho desgaste emocional y económico para conseguir lo que los instrumentos legales internacionales (Reglamento Bruselas II bis y Convenio de La Haya de 1980) desarrollan como base general para evitar la legalización de los secuestros internacionales de menores.

32. La regla general del Reglamento Bruselas II bis y del Convenio de La Haya de 1980 es el retorno inmediato del menor al Estado de su previa residencia habitual. Esta legislación internacional no ordena que el retorno de los menores sea a una persona, sino lo que se pretende es que los menores regresen a su residencia habitual, y que no sean cosificados y trasladados como si fueran un equipaje. Esto es lo que garantiza el interés superior del menor. El menor debe ser restituido a su residencia habitual siempre y cuando no existan razones para evitar ese retorno¹⁴.

¹⁴ Para un desarrollo más profundo de la cuestión, vid. I. LORENTE MARTÍNEZ, I. “Competencia judicial internacional de los tribunales españoles en los casos de sustracción de menores. El trato desigual en situaciones similares”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 11(1), 2019, 825-833.

III. Reflexión final

33. La enseñanza del Derecho internacional privado es un reto fascinante y sugestivo, por parte del docente que tiene entre sus manos la labor de aproximar la materia de un modo práctico y claro. Sin duda alguna, esto se consigue con un estudio constante de la materia, dilucidando cuáles son esos nudos problemáticos y aportando las soluciones que pueden obtener los mismos, siempre utilizando la mejor argumentación jurídica. El estudiante de Derecho debe tener una motivación intrínseca para estudiar la asignatura, pero también una motivación extrínseca que corre a cargo de cómo se plantea la asignatura por parte del docente. Esta motivación extrínseca se puede conseguir presentando una materia, como es el Derecho internacional privado, que aporta soluciones a casos reales, prácticos, y que esas soluciones son justas. De este modo, el reflejo de la labor del docente de hoy se observará en el desempeño de la profesión en un mañana cercano de los operadores jurídicos que reciben estas enseñanzas.