

Y el Reglamento de filiación lo hizo: primera propuesta legislativa europea de concreción de los criterios de la residencia habitual en menores*

And the cross-border parenthood Regulation did it: first European legislative proposal to specify the criteria for habitual residence in minors EU

LUCAS ANDRÉS PÉREZ MARTÍN

*Profesor Contratado Doctor de Derecho internacional privado
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*

ORCID ID: 0000-0001-6340-0528

Recibido: 14.05.2024 / Aceptado: 02.07.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8972

Resumen: En el momento del homenaje al gran maestro Calvo Caravaca quien suscribe debe honrar la ayuda y apoyo de quien nos abre el camino reflexionando sobre la obra académica que me ha unido a Cuadernos de Derecho Transnacional y a su figura. Desde que un reconvertido Doctor en Derecho Civil amante del derecho europeo y procesal llegó al área de Derecho Internacional Privado contó con la complicidad del profesor Calvo y del Profesor Carrascosa. Desde aquel primer encuentro en Murcia en mayo de 2016, varias de mis reflexiones académicas publicadas en CDT apostaban por la recepción de los criterios para concretar la residencia habitual de los menores en los Reglamentos Europeos. Y por fin, el Reglamento de filiación lo hizo: ha aportado la primera propuesta legislativa europea de concreción de los criterios de residencia habitual en los menores. Sirva mi reflexión al respecto como muestra de agradecimiento y homenaje al gran profesor Calvo Caravaca, a nuestro querido Alfonso.

Palabras clave: Residencia habitual, criterios en menores, Reglamento de filiación, presencia física, relaciones personales.

Abstract: When it comes to honor the great teacher Calvo Caravaca, the undersigned must underline the help and support of the person who paved the way for us and made us reflect on the academic work that has led me to Cuadernos de Derecho Transnacional and to his person. Since a converted Doctor in Civil Law, a lover of European and procedural law, came to the area of Private International Law, counted on the complicity of Professor Calvo and Professor Carrascosa. Since that first meeting in Murcia in May 2016, several of my academic reflections published in Cuadernos de Derecho Transnacional focused on the reception of the criteria to define the habitual residence of minors in the European Regulations. And finally, the Regulation on cross-border parenthood achieved this goal: it provided the first European legislative proposal to define the criteria for habitual residence for minors. My reflection on this matter serves as a token of gratitude and tribute to the great Professor Calvo Caravaca, to our beloved Alfonso.

Keywords: habitual residence, criteria in minors, Regulation on cross-border parenthood, physical presence, personal relationships.

*El presente trabajo se adscribe al Proyecto PID2020-114611RB-I00, "Protección del menor en las crisis familiares internacionales (análisis del Derecho internacional privado español y de la Unión Europea)" concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

Todas las páginas web citadas han sido consultadas el 15 de diciembre de 2021.

Sumario: I. Experiencias de un reconvertido, el Profesor Calvo, conocimiento y cercanía. II. El porqué de un tema, ¿reiteración o innovación? III. Y el Reglamento de filiación lo hizo, estado de la cuestión. 1. La situación legislativa y jurisprudencial. 2. El resumen de una doctrina. 3. La necesidad de una definición. IV. El Reglamento de filiación y la residencia habitual. 1. Contenido básico. 2. La residencia habitual en la determinación de la competencia. 3. La residencia habitual como punto de conexión de la ley aplicable. V. Motivos el cambio de posición del legislador europeo. 1. Ámbito de aplicación del Reglamento. 2. Consolidada jurisprudencia previa, criterios asentados. 3. La importancia y conflictividad del objeto de la regulación. VI. Criterios concretados. 1. La presencia física en el Estado. 2. El tipo de presencia física en el Estado. 3. Las circunstancias personales específicas del hijo o hija. 4. Las relaciones familiares y sociales. VII. Criterios no valorables. VIII. Conclusiones.

I. Experiencias de un reconvertido, el Profesor Calvo, conocimiento y cercanía

1. Quien escribe estas líneas le debe al Profesor Calvo Caravaca y a Javier Carrascosa un aterrizaje a la disciplina del Derecho Internacional Privado suave, amigable y lleno de visión de futuro, y es de justicia agradecerlo. Cuando uno llega a una disciplina más o menos novedosa espera ilusionado un mundo nuevo. Pero todas las actividades humanas, y desde luego la universitaria, pueden mostrar varias caras. La del trabajo conjunto, unido y generoso o la de la competitividad llena de sospechas al recién llegado. La llegada de quien suscribe al DIPr fue afortunadamente la primera, y el profesor Calvo, junto a muchos otros compañeros y compañeras, claro está, ayudó mucho a esto. Comencé a impartir la docencia en Derecho Internacional Privado a finales de 2012 como profesor a tiempo parcial, a finales de 2013, a tiempo completo. Mi primera salida a una jornada exclusiva sobre docencia en la disciplina se produjo a las jornadas de innovación educativa de la Universidad de Murcia, el 26 de mayo de 2016. Pues bien, como recepción al reconvertido recién llegado, los anfitriones me “regalaron” una cena previa a las jornadas con los Profesores de DIPr, Alfonso Calvo Caravaca, Javier Carrascosa González y Andrés Rodríguez Benot, todos ellos catedráticos. Quien conoce el DIPr se puede imaginar la escena del recién llegado en su primera relación con la disciplina y cenando con semejantes maestros... Fue una cena inolvidable, seguida de una jornada de innovación educativa de gran interés docente y de unos días de convivencia para recordar. No se podía tener mejor inicio.

2. A partir de ahí he desarrollado una parte de mi actividad profesional acudiendo y proponiendo comunicaciones en los Congresos de DIPr de la Universidad Carlos III y publicando trabajos de investigación en Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT), y varios de ellos han sido sobre este tema que nos trae aquí hoy, el concepto de residencia habitual¹. Estos encuentros y revista gozan de un prestigio inigualable en la disciplina, como demuestran algunos de los últimos trabajos realizados al respecto², y han permitido a quien escribe y al resto de investigadores en DIPr hacer mostrar nuestros trabajos y evolucionar como académicos. Todo este amigable ecosistema de desarrollo profesional se le debe al profesor Calvo Caravaca y al equipo de investigadoras e investigadores que han trabajado con él y que ha formado, y por ello quien suscribe rinde homenaje al gran maestro en estas páginas, con el último paso evolutivo legislativo de la residencia habitual en menores.

¹ Solicitando disculpas por la necesaria autocita, el último de estos trabajos sobre la residencia habitual en los supuestos de matrimonios, en L. A. PÉREZ MARTÍN, “Concreción de la residencia habitual de los cónyuges en las crisis matrimoniales europeas, episodio 1: aún con vida en varios Estados, solo hay una residencia habitual, *CDT* (marzo 2022), Vol. 14, Nº 1, pp. 422-443, y anteriormente, también en; L. A. PÉREZ MARTÍN, “Trascendencia de la residencia habitual en las crisis familiares en el Derecho europeo. Comentario de la Sentencia de 24 de julio de 2019 de la Sección segunda de la Audiencia Provincial de Girona, *CDT* (marzo 2020), Vol. 12, Nº 1, pp. 657-672.

² Ranking de la Conferencia de Decanas y Decanos de las Facultades de Derecho de España sobre revistas jurídicas por especialidades en el que se puede apreciar el lugar que ocupa CDT; *vid en*, <https://ad8716085f.clvaw-cdnwnd.com/13d6f4b9e15814f28646c25a696df0e3/200000059-2552025524/Ranking%20Revistas2.pdf?ph=ad8716085f>.

II. El porqué de un tema, ¿reiteración o innovación?

3. Hemos defendido en diversos trabajos que es necesario que la legislación europea concretase el concepto de la residencia habitual y los criterios por medios de los cuales debía fijarse. Todo ello desde 2018³. Hasta ahora, solo el Reglamento europeo de sucesiones había concretado en sus considerandos 23 y 24 cuáles eran los criterios de concreción de la residencia habitual, y el legislador europeo no había vuelto a hacerlo. Sin embargo, en diciembre de 2012 la Comisión ha publicado su propuesta de Reglamento de filiación y en ella ha fijado en un considerando del Reglamento los criterios por medio de los cuales se debe establecer la residencia habitual de los menores⁴.

4. Una vez se ha producido aquello por lo que tanto hemos abogado y sobre lo que ciertamente dudábamos que ocurriese, entendíamos que era muy oportuno poder reflexionar sobre el porqué de esta inclusión y sobre los propios criterios propuestos en la propuesta de Reglamento. No creemos que estemos ante una reiteración de nuestro tema anteriormente trabajado, todo lo contrario. Estamos ante una gran innovación legislativa, digna de ser destacada y estudiada incluso aunque el Reglamento de filiación pueda no ser aprobado en el futuro. Ya existe una propuesta, negro sobre blanco, de la existencia de unos criterios de determinación de la residencia habitual en menores y debe ser analizada. Y qué mejor momento en el del homenaje a un maestro como el profesor Calvo. Por otro lado, este es un tema de gran actualidad, que sigue provocando diversos y numerosos trabajos que lo estudian en el ámbito de la ciencia jurídica⁵. Así pues, estudiemos esta innovación. Para ello dividimos nuestro estudio en dos partes. En la primera exponemos brevemente el estado del arte del tema, y resumimos los aspectos básicos del Reglamento. En la segunda reflexionamos del porqué de ese cambio legislativo justo ahora y analizamos los criterios.

III. Y el Reglamento de filiación lo hizo, estado de la cuestión

5. En nuestra opinión concretar los criterios y definir el concepto de la residencia habitual son pasos diferentes de la institución jurídica. Sin embargo, estos dos pasos, independientes entre sí, están absolutamente interrelacionados, y ambos deben darse, y de hecho creemos que ambos empiezan a darse y a aceptarse, aunque sea de forma implícita. Los criterios son aquellos hechos de la vida que nos determinan dónde está la residencia habitual, y el concepto los define de forma general y a la vez los informa, y creemos consolidada la visión de la jurisprudencia y la doctrina europea definiéndolo como el centro de vida e intereses de la persona.

1. La situación legislativa y jurisprudencial

6. Hasta el momento el legislador europeo nunca ha definido el concepto de residencia habitual, y es admitido que lo ha hecho de forma voluntaria, para que se concrete caso a caso por la jurisprudencia⁶.

³ En *CDT*, por ejemplo, en L. A. PÉREZ MARTÍN, “El interés superior de los niños y niñas, de nuevo sobre la necesidad de creación de un concepto autónomo de su residencia habitual. Auto de 24 de octubre de 2019, sección decimosegunda de la Audiencia Nacional”, *CDT* (octubre 2020), Vol. 12, N° 2, pp. 1119-1127. Anteriormente, y de forma transversal en L. A. PÉREZ MARTÍN, “Propuesta de un concepto europeo de residencia habitual en derecho de familia internacional”, *AEDIPR*, T. XVIII, 2018, pp. 469 a 494, pp. 487 a 491.

⁴ Se puede consultar la propuesta en: https://commission.europa.eu/document/928ae98d-d85f-4c3d-ac50-ba13ed981897_en

⁵ Solo en los últimos números de *CDT*, por ejemplo, los trabajos que han analizado la residencia habitual, muchos de ellos como objeto central del estudio, han sido: 6 trabajos de 2019, 6 de 2020, 11 de 2021, 6 en 2022, 4 en 2023 y 3 en 2024.

⁶ *Vid.* B. CAMPUZANO DÍAZ, “El nuevo Reglamento (UE) 2019/1111: análisis de las mejoras en las relaciones con el Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 sobre responsabilidad parental”, *CDT*, marzo 2020, vol. 12, n° 1, pp. 97-117, pp. 110; M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “Crisis familiar, responsabilidad parental y alimentos: revisando las cuestiones generales de un divorcio transnacional”, *CDT*, marzo 2020, Vol. 12, N° 1, pp. 784-794, p. 787R. ESPINOSA CALABUIG y L. CARBALLO PIÑEIRO, “Child Protection in European Family Law”, en T. PFEIFFER, Q. LOBACH y T. RAPP, ed, *Facilitating Cross-Border Family Life – Towards a Common European Understanding*, Heidelberg University Publishing, Heildeberg, 2021, pp. 49-90, p. 66.

Solo el Reglamento de sucesiones, de 2012, si bien no definió el concepto⁷, sí que fue el primero que concretó en sus considerandos 23 y 24 los criterios para fijar la residencia habitual del causante. Sin embargo, el Reglamento Bruselas II ter, de 2019, que regula tanto las crisis matrimoniales como la responsabilidad parental, a pesar de aportar nuevas definiciones y de fijar la residencia habitual como criterio inicial y central para establecer la competencia en materia de crisis familiares y de menores, en ningún momento aportó ni una definición ni los criterios para establecerla⁸. No conocemos la motivación del legislador europeo para no aportar esta definición, ya que nunca nos la señaló, pero esta posición cambió con la propuesta de Reglamento de filiaciones.

7. Esta concreción la ha afrontado la jurisprudencia. Numerosos han sido los casos en los que el TJUE ha debido pronunciarse, en concreto en casos sobre menores. Desde 2009 hasta ahora, en 9 supuestos⁹. Este número acredita la importancia del asunto y la dificultad de la resolución de los casos que surgen en el devenir diario de la filiación en situaciones de internacionalidad y con ello la necesidad de concretar criterios y definir el concepto. Hay dos sentencias más que han resuelto sobre la residencia habitual, una de matrimonios y otra en sucesiones¹⁰.

2. El resumen de una doctrina

8. En lo relativo a la residencia habitual en menores la posición del TJUE está consolidada, y la doctrina la ha asumido como propia¹¹. El Tribunal ha expuesto que en las instituciones jurídicas en las que no existe una definición legal y el legislador europeo no se remite al Derecho de los Estados miembros para regularlas, se debe realizar una interpretación autónoma y uniforme del concepto en el ámbito del derecho europeo, aplicable en toda la Unión¹².

9. En cuanto a los criterios que deben emplearse para fijar esta residencia habitual, a partir de la sentencia de 2 de abril de 2009, *caso A*¹³, seguida por las siguientes resoluciones, los hechos a valorar son los de la duración, regularidad, condiciones y razones de la permanencia en el territorio de un Estado miembro y del traslado de la familia a dicho Estado. También la nacionalidad del menor, el lugar y las condiciones de escolarización, sus conocimientos lingüísticos y las relaciones familiares y sociales que el menor mantiene en el referido Estado. Algunos supuestos han ido concretando esta doctrina general con puntualizaciones. Por ejemplo, que la presencia física del menor es criterio inicial imprescindible sin el que no se puede considerar que tiene residencia en la UE, aunque no es un criterio suficiente, debiendo concretar el tipo de residencia que se tiene¹⁴. O que en la valoración entre criterios, la nacio-

⁷ Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El concepto de residencia habitual del causante en el Reglamento sucesorio europeo”, *BARATARIA, Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, N° 19, 2015, pp. 15-35, p. 19.

⁸ Y pudo hacerlo, porque en 62 ocasiones se nombra la residencia habitual en la propuesta de la Comisión, 56 en el texto de las modificaciones y 6 en la exposición de motivos, y en ninguna de ellas se cita la conveniencia o no de aportar una definición.

⁹ Son las STJUE; 2 abril 2009, caso A, asunto C-523/07, ECLI:EU:C:2009:225; 22 diciembre 2010, caso *Mercredi*, asunto C-497/10, ECLI:EU:C:2010:829; 9 octubre 2014, caso M, asunto C-376/14, ECLI:EU:C:2014:2268; 8 junio 2017, caso *OL*, asunto C-512/17, ECLI:EU:C:2017:436; 28 junio 2018, caso *HR*, asunto C-512/17, ECLI:EU:C:2018:513; 17 octubre 2018, caso *UD*, asunto C-393/18, ECLI:EU:C:2018:835; 12 de mayo de 2022, caso *LJ y JJ*, asunto C-644/20, ECLI:EU:C:2022:371; 1 de agosto de 2022, caso *MPA*, asunto C-501/20, ECLI:EU:C:2022:619; 14 de julio de 2022, caso M, C-572/21, ECLI:EU:C:2022:562.

¹⁰ En crisis matrimoniales, la sentencia de 25 de noviembre de 2021, caso *IB-FA*, asunto C-289/20, ECLI:UE:C:2021:955. En sucesiones, la sentencia de 16 de julio de 2020, caso *EE*, asunto C-80/19, ECLI:EU:C:2020:569.

¹¹ Vid. N. MAGALLÓN ELÓSEGUI, “La difícil determinación de la residencia habitual del menor en los supuestos de responsabilidad parental”, *CDT*, octubre 2021, Vol. 13, N° 2, pp. 819-828, p. 822.

¹² Vid. S. SÁNCHEZ LORENZO, “El principio de coherencia en el Derecho internacional privado europeo”, *REDI*, Vol. 70/2, 2018, pp. 30 y 31.

¹³ Asunto C-523/07, ECLI:EU:C:2009:225. El 23 de febrero de 2005, los servicios sociales del municipio de L (Suecia) asumieron la guarda inmediata de los menores A y B nacidos en 1999 y 2001, de nacionalidad finlandesa. El 1 de marzo de 2005 la madre se traslada a Finlandia. Cuando se fue a ejecutar la resolución sueca en Finlandia la madre se negó. Finalmente, el TJUE estimó que la residencia habitual era la de Suecia.

¹⁴ Sentencia de 17 de octubre de 2018, asunto C-393/18, ECLI:EU:C:2018:835.

nalidad y los orígenes de los menores decaen frente a una mayor presencia física en otro Estado que no es el de su nacionalidad¹⁵.

3. La necesidad de una definición

10. No podemos continuar este trabajo sin exponer nuestros motivos para apostar por esta definición. Buena parte de la doctrina es contraria a que se cree un único concepto de residencia habitual en el Derecho Internacional Privado europeo¹⁶. Otros autores afirman que, si bien no debe existir un concepto concreto de residencia habitual, sí es necesario que se concreten los criterios para establecerla como hace el Reglamento de filiaciones¹⁷.

11. Los juristas debemos estudiar las instituciones jurídicas sin olvidar que somos teóricos, pero que nuestras teorías se deben aplicar en la práctica. Y si en esta aplicación nuestra labor puede aportar seguridad jurídica a los operadores estaremos cumpliendo una de las funciones del Derecho. Más en asuntos de gran litigiosidad¹⁸. Estos conflictos provocan grandes dilaciones en la determinación del Estado competente para conocer el asunto y por ello en el simple acceso de los casos al procedimiento que intente resolverlo. Y este hecho es más grave aún que se produzca en un concepto autónomo de derecho europeo que regula a los menores¹⁹. Ante esta institución es necesario que el legislador le otorgue al ciudadano y al jurista práctico, sea defensor o juzgador, instrumentos y herramientas con las que aplicarla y concretarla. Con esto evitaría los aspectos más negativos de su carácter fáctico afectado por la transnacionalidad. Una institución sin concreción y compleja de aplicar en los supuestos más difíciles se convierte en una institución oscura y poco útil para el ciudadano. Esta institución, así configurada, favorece los retrasos en el acceso a la justicia, una peor tutela judicial efectiva, la posibilidad de que aparezca el *Forum Shopping* con la única finalidad de alargar los procesos, o situaciones de litispendencia²⁰, que siempre perjudican a la parte más débil²¹.

12. Por otro lado, para aportar la definición existe ya una consolidada doctrina jurisprudencial admitida por la doctrina de un concepto teórico general, “el centro habitual de vida e intereses” de las

¹⁵ Sentencia de 28 de junio de 2018, asunto C-512/17, ECLI:EU:C:2018:513.

¹⁶ Opinan que esta definición es especialmente difícil y en nada beneficiaría en los supuestos de los menores, M. GUZMÁN PECES, “Problemática en la coordinación de los instrumentos normativos aplicables a la sustracción de menores y en particular a la interpretación de la residencia habitual”, *AEDIPr*, T. XIV-XV, 2014-2015, pp. 489 a 522, p. 519; I REIG FABADO, “La construcción del concepto autónomo de residencia habitual del menor en los supuestos de sustracción internacional de menores”, *CDT*, marzo 2019, Vol. 11, n°1, pp. 877-888; I ANTON JUÁREZ, “La residencia habitual del cónyuge en un divorcio transfronterizo: ¿Una residencia habitual múltiple podría preservar la seguridad jurídica? A propósito de la STJUE de 25 de noviembre de 2021, C-289/20 IB C. FA”, *CDT*, marzo 2022 Vol. 14, n°1, pp. 578-590, p. 586.

¹⁷ Vid. B. HESS, “Towards a Uniform Concept of Habitual Residence in European Procedural And Private International Law?”, *Polski Proces Cywilny*, 4/2021, pp. 523-542, pp. 540-541.

¹⁸ Vid. P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS en “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*, N° 21, año II, mayo de 2014, pp. 5 a 22, p. 17.

¹⁹ También lo opina J. CARRASCOA GONZÁLEZ en “Litigación internacional, responsabilidad parental y foro de la residencia habitual del menor en un estado miembro. Un estudio jurisprudencial”, en A. CEBRIÁN SALVAT e I. LORENTE MARTÍNEZ, *Protección de menores y Derecho Internacional Privado*, Granada, Comares, 2018, pp. 305 a 323, p. 315.

²⁰ Vid. J. MASEDA RODRÍGUEZ, “Procesos paralelos en materia de crisis matrimoniales: régimen de la litispendencia (y acciones dependientes) intracomunitarias” *REEI*, diciembre 2019, n° 38, pp. 1-80.

²¹ Los Tribunales que dudan de su competencia ni siquiera entran a aplicar medidas cautelares y dejan la situación conyugal “congelada” hasta el conocimiento de la competencia judicial internacional, lo que paraliza durante años la adopción de guarda y custodia, de régimen de visitas, de alimentos, de relaciones con el resto de la familia y un largo etcétera. Vid. A. DEL SER LÓPEZ y D. CARRIZO AGUADO, “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”, *Aranzadi Unión Europea*, n° 19, octubre 2019, pp. 49-74, pp. 57-61; M. A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “La remisión y la transferencia de competencia en materia de responsabilidad parental en el Reglamento 2019/111”, *CDT*, octubre 2020, Vol. 12 N° 2, pp. 706-723, p. 710; R. LAMONT, “Habitual Residence and Brussels IIbis: Developing Concepts for European Private International Family Law”, *Journal of Private International Law*, octubre 2007, Vol. 3 No. 2, pp. 261-281, p. 274; M. ZHANG, “Habitual Residence v. Domicile: A Challenge Facing American Conflicts of Law”, *Maine Law Review*, 2018, Vol 70, n° 2, pp. 160 a 197, p. 177

personas y criterios en menores. Además, tenemos un Reglamento, el de sucesiones, y una propuesta de Reglamento, el de filiación, que han concretado los criterios. Uniendo todos estos factores creemos que estamos en un momento ideal para, de una vez por todas, apostar por esta definición²², que no debe ser una definición cerrada, cuantitativa, estableciendo un tiempo concreto de estancia²³, sino abierta, con criterios concretos a valorar caso a caso. Esta definición permitiría servir mejor a la defensa del interés superior del menor²⁴, otorgando a los operadores jurídicos previsibilidad y seguridad jurídica desde su configuración teórica a la resolución de los casos prácticos concretos.

IV. El Reglamento de filiación y la residencia habitual

1. Contenido básico

13. En este estudio cuyo objeto es el concepto de residencia habitual en el Reglamento de filiaciones no podemos centrarnos en el contenido de una propuesta que ya ha despertado gran debate doctrinal no exento de críticas²⁵. Por ello solo citaremos muy brevemente sus aspectos generales y sus contenidos directamente relacionados con la residencia habitual. El Reglamento es complejo por la propia naturaleza de la materia regulada y su amplio ámbito de aplicación²⁶. El aspecto material de la filiación es competencia de los Estados miembros y afecta claramente a su concepción de la sociedad y por ello de su identidad nacional. El Reglamento regula la determinación de la filiación ab initio y la reclamación a lo largo de la vida de la persona, así como su impugnación²⁷. La determinación puede ser por ministerio de la ley, por adopción o por gestación por sustitución. Estamos ante una propuesta legislativa amplia, con 99 considerandos y 72 artículos. Regula la competencia judicial en sus artículos 6 a 15, la ley aplicable en los preceptos 16 a 23, y demuestra que el inicio del mismo es la doctrina de la sentencia Pancherevo y el auto Rzecznik y falta de reconocimiento pleno de la filiación reconocida en un Estado de la Unión en todos ellos²⁸ ya que el reconocimiento de documentos entre Estados está regulado en nada menos que 20 artículos, del 24 al 43. En los artículos 44 y 45 se regula la validez de

²² En esta línea, favorable a la defensa de la existencia de una definición de la residencia habitual, *vid.* M. A. GANDÍA SELLENS, “La responsabilidad parental y la sustracción de menores en la propuesta de la Comisión para modificar el RB II Bis: algunos avances, retrocesos y ausencias”, *AEDIPr*, T. XVII, 2017, pp. 799 a 820, p. 814.

²³ Al respecto, *vid.* E. CLIVE, “The concept of Habitual Residence”, *Juridical Review*, 1997, pp. 137 a 143, p. 142.

²⁴ En el caso de los niños y las niñas ese interés se plasma, entre otros aspectos, en la necesidad de acceder a la tutela judicial efectiva sin demoras indebidas. Sobre el interés superior del menor, *vid.* L. VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, “El interés superior del menor de edad en situación de desprotección como principio rector de la actuación de los poderes públicos”, *BMJ*, año LXXIII, julio 2019, núm. 2.221, pp. 1 a 89; M. P. GARCÍA RUBIO, “Aproximación al significado, contenido y alcance del interés del menor”, en VARIOS, *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho, homenaje al profesor Dr. José Carlos, Fernández Rozas*, Pamplona, Aranzadi, 2020, pp. 1175 a 1090.

²⁵ Se puede apreciar un excelente análisis sobre el Reglamento en los trabajos desarrollados por el Grupo de Marburg: “Comments on the European Commission’s Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law, recognition of decisions and acceptance of authentic instruments in matters of parenthood and on the creation of a European Certificate of Parenthood”. En: <https://jimdo-storage.global.ssl.fastly.net/file/92b8b532-f0ad-4068-8792-4a9e3fa16891/Marburg%20Group%20Comments%2010%20Mai%202023.pdf>.

²⁶ En cuanto al ámbito de aplicación material, el mismo no queda muy claro. El considerando 24 recoge que “A efectos del presente Reglamento, la filiación puede ser biológica, genética, por adopción o por ministerio de la ley”. Solo regula la filiación transfronteriza (art. 3.1), pero como suele ser habitual en los Reglamentos europeos no se define qué se entiende por tal. La adopción está inicialmente fuera del ámbito de regulación, pero solo la internacional, y sí se regula la interna que pueda tener después una relación con otro Estado miembro. *Vid.* A. DURÁN AYAGO, “La propuesta de normas de competencia judicial internacional en materia de filiación: entre lo conocido y lo desconocido”, *CDT* (octubre 2023), Vol. 15, N°2, PP. 1400-1409; E. RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “La propuesta de Reglamento europeo sobre filiación en situaciones transfronterizas”, *CDP*, 6, pp. 148-180.

²⁷ No podemos entrar en un aspecto debatido y esencial en el Reglamento, como es que la inicial exclusión de la filiación de terceros Estados pretendía evitar los problemas que puede provocar la gestación por sustitución proveniente de los mismos. En todo caso se debe valorar que la misma se puede producir, por ejemplo, en Portugal y que el Reglamento debe tener vocación de regular la situación si en el futuro se admite en otros Estados miembros.

²⁸ Siendo un tema conocido no podemos detenernos en él. Los analizamos ambos en nuestro trabajo L. A. PÉREZ MARTÍN, “Doctrina del TJUE en Pancherevo y Rzecznik: un paso atrás en el ejercicio de los derechos europeos”, *AEDIPr*, T. XXII, 2022, PP. 483-514. VII, 2017, pp. 799 a 820, p. 814.

los documentos auténticos no vinculantes. Finalmente, en este interés de lograr la identificación de la filiación de forma homogénea en toda la Unión, crea el Certificado Europeo de Paternidad, regulado en los artículos 46 a 57 regulando con amplitud varias disposiciones finales en los artículos 58 a 72.

2. La residencia habitual en la determinación de la competencia

14. Siguiendo los anteriores Reglamentos aprobados por la Unión Europea en la materia, como son los de regímenes económicos familiares o las crisis familiares y responsabilidad parental, la residencia habitual de los menores es el criterio inicial para determinar la competencia judicial internacional en el ámbito de la determinación de la filiación. Para justificarlo, el considerando 39 cita con claridad que “la competencia debe determinarse en función del criterio de proximidad. Por consiguiente, cuando sea posible, la competencia debe recaer en el Estado miembro de residencia habitual del hijo o de la hija”²⁹. Este es el lugar que mejor atiende a su interés superior³⁰. Sin embargo, como señala el considerando, en la intención de facilitar el acceso del hijo o de la hija a la justicia en un Estado miembro, también concede la competencia alternativa a una cantidad de foros significativos, como son los del Estado miembro de su nacionalidad, al Estado miembro de residencia habitual del demandado, al Estado miembro de residencia habitual de cualquiera de los progenitores, al Estado miembro de nacionalidad de cualquiera de los progenitores o al Estado miembro de nacimiento del hijo o de la hija. No podemos detenernos en su análisis, aunque el último de los criterios puede ser considerado exorbitante³¹.

3. La residencia habitual como punto de conexión de la ley aplicable

15. Los criterios para determinar la ley aplicable a la filiación han sido con claridad uno de los aspectos de la propuesta de Reglamento más cuestionados. Desde luego que quizás lo más llamativo del texto es el resultado final del artículo 17 y los criterios de la ley aplicable, más en relación al segundo progenitor. Establece como primer criterio para determinar la ley aplicable a la determinación de la filiación de nuevo la ley de la residencia habitual de la persona que dé a luz en el momento del nacimiento. Si esta residencia habitual no pudiese determinarse, la ley del Estado de nacimiento del hijo o de la hija. El apartado segundo del artículo recoge que cuando la ley aplicable con arreglo al párrafo primero dé lugar a la determinación por parte de un solo progenitor, podrá aplicarse para la determinación de la filiación de la otra persona progenitora la ley del Estado de la nacionalidad de cualquiera de los dos progenitores, o la ley del Estado del nacimiento del hijo o de la hija.

V. Motivos del cambio de posición del legislador europeo

16. El legislador europeo no nos señala en la propuesta de Reglamento de filiaciones los motivos que le han llevado a incluir los criterios de determinación de la residencia habitual en este texto normativo cuando no lo hizo en el Reglamento Bruselas II ter³². Creemos que tres pueden ser los motivos que

²⁹ Criterio de proximidad esencial para determinar la Competencia Judicial. *Vid.* S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Competencia judicial internacional para la modificación de sentencia en materia de responsabilidad parental y de obligaciones alimenticias. STJUE de 15 de febrero de 2017, asunto C-499/15: W y V”, *La Ley Unión Europea*, Nº 47, abril de 2017, pp. 1 y ss.

³⁰ *Vid.* M. HERRANZ BALLESTEROS, “El Reglamento (UE) 2019/1111 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental y sobre sustracción internacional e menores (versión refundida): principales novedades”, *REDI*, Vol. 73/2, 2021, pp. 229-260, p. 234.

³¹ Lo expusimos con más detenimiento, y a ese trabajo nos remitimos en L. A. PÉREZ MARTÍN, “La competencia judicial internacional en la propuesta de Reglamento de filiación: de los criterios razonables a los claramente exorbitantes”, *La Ley UE*, nº 121, Año XI, enero de 2024, pp. 1-20.

³² Para un estudio transversal del Reglamento y su finalidad de renovación del derecho de familia y filiaciones europeo, *vid.* E. RODRÍGUEZ PINEAU, “La refundición del Reglamento Bruselas II bis: de nuevo sobre la función del Derecho internacional privado europeo”, *REDI*, vol. 69/1, enero – junio 2017, pp. 139-165.

llevaron a dar este salto evolutivo. El propio amplio ámbito de aplicación del Reglamento, la existencia de la jurisprudencia anteriormente señalada, o la importancia y controvertido del tema en debate. No se trata más que de una opinión, o quizás elucubración, pero a falta de posición clara del legislador, este es nuestro análisis.

1. Ámbito de aplicación del Reglamento

17. El Reglamento tiene un ámbito de aplicación muy amplio y delicado, competencia en la regulación de su derecho material de los Estados miembros. Hasta ahora el legislador había regulado sobre la responsabilidad parental en el Reglamento Bruselas II ter, dejando fijada la competencia inicial en el Estado de su residencia habitual en el artículo 7. Hasta ahora nunca había regulado la ley aplicable en ningún aspecto de la relación de filiación. El Reglamento regula la determinación de la filiación ab initio, la reclamación a lo largo de la vida de la persona, así como su impugnación. La determinación puede ser biológica, genética, por adopción o por ministerio de la ley, lo que provoca que regule la filiación natural, la adopción interna, la obtenida por reproducción asistida e incluso, posiblemente, la obtenida por gestación por sustitución³³. Como vemos, son aspectos especialmente delicados para la vida de una persona, regulados en el derecho material de los Estados y que afecta lleno a situaciones en las que la filiación reconocida en un Estado no es reconocida en otro, con clara relación con el interés superior de niños y niñas. El legislador ha podido pensar que esta regulación requiere mayor concreción aún que el de la responsabilidad parental, y dado los conflictivos supuestos de gestación por sustitución en la UE y de reconocimiento de la filiación de personas del mismo sexo el legislador, ahora sí, ha querido aportar más seguridad jurídica a las partes³⁴.

18. Esta mayor seguridad se une a la que consideramos como absolutamente insuficiente de la jurisprudencia del TJUE para reconocer la filiación de las personas del mismo sexo en toda la Unión que ha propuesto en Pancharevo y Rzeckhnik, que a nuestro juicio pone en cuestión el ejercicio de los derechos europeos a la plena libertad de circulación, a la intimidad familiar y a la no discriminación³⁵. EL Tribunal solo reconoce de manera instrumental los documentos sobre la filiación respecto a dos personas del mismo sexo emitidos en un Estado para poder circular en otro, sin reconocer en absoluto ningún otro derecho vinculado a la filiación, jurisprudencia a juicio de la propuesta legislativa y de las asociaciones defensoras de los derechos de las familias arcoíris, insuficiente.

2. Consolidada jurisprudencia previa, criterios asentados

19. El momento de madurez de la doctrina del TJUE sobre los criterios para determinar la residencia habitual puede haber sido otro motivo importante. Es admitida la definición que ha propuesto la Jurisprudencia como el “centro habitual de vida e intereses” de la persona, lo que nos ofrece un primer paso en la propuesta de definición³⁶. Y en lo relativo a los criterios, se admite que se debe vincular esta

³³ Como hemos visto esta es una realidad por ahora controvertida, que admiten los considerandos, pero no expresamente el texto, y que aún no ha quedado muy claro. De hecho, el Parlamento ha abogado porque sea incluida (Informe del Parlamento Europeo que puede consultarse en; [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2023/746632/IPOL_STU\(2023\)746632_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2023/746632/IPOL_STU(2023)746632_EN.pdf)). Como vemos, es un contenido que excede con mucho el reconocimiento de la filiación igualitaria en toda la Unión de la primera frase de la Presidenta de la Comisión en su discurso del Estado de la Unión en septiembre de 2020, *vid.*, en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/speech_20_1655.

³⁴ La previsibilidad en materia de determinación de la competencia es un requisito esencial en la regulación del concepto de residencia habitual. Al respecto, *vid.*, C. I. CORDERO ÁLVAREZ, “Delimitación de la residencia habitual como principal criterio de competencia en el derecho europeo de familia y normas de aplicación en defecto de Estado miembro competente ante la reciente doctrina del TJUE. Desde un posible foro de la nacionalidad del demandado encubierto a supuestos claudicantes”, *CDT* (marzo 2023), Vol. 15, Nº 1, pp. 257-274, p. 260.

³⁵ Lo que desarrollamos en L. A. PÉREZ MARTÍN, “Doctrina del TJUE en Pancharevo y Rzeckhnik...” *op. cit.*, pp. 483-514.

³⁶ Admitido así en todos los ámbitos de aplicación regulados por el Derecho europeo. Así, *vid.*, M. J. SÁNCHEZ CANO, “Divor-

residencia habitual al criterio de proximidad, y con ello a dos aspectos esenciales. El primero, la presencia física en un determinado lugar, que es determinante, aunque no suficiente. El segundo, la voluntad de que sea un Estado u otro en el que la persona desarrolle esa vida e intereses de forma más intensa y con una mayor vinculación³⁷. Tras esto, los indicios según la materia y la concreción de los mismos en el ámbito de menores están muy consolidados.

3. La importancia y conflictividad del objeto de la regulación

20. La conflictividad del Reglamento y lo delicado de su ámbito de aplicación pueden haber llevado al legislador a no dejar aspectos sin concretar, en la finalidad de ofrecer mayores certezas en las futuras negociaciones entre Estados miembros para la final aprobación del texto legal. A nadie se le esconde que la Comisión tiene muy en cuenta el carácter político de este Reglamento y la enfrentada posición de los países del Este para el reconocimiento de la filiación homoparental y de la práctica totalidad de los Estados de la Unión para reconocer la gestación por sustitución. Esta situación provocó una clara reacción de los países del Este, en especial Polonia³⁸, y el inicio de una tensión entre la Comisión y algunos Estados que se seguirá manifestando en la futura negociación del Reglamento en la próxima legislatura³⁹. La Comisión tiene la firme intención de lograr el reconocimiento de una misma filiación en toda la Unión. Siendo la residencia habitual de los niños y niñas el criterio inicial para determinar la competencia judicial, dejarlos claros blanco sobre negro puede darle argumentos a la Comisión frente a los Estados contrarios a la regulación en el sentido de evitar el *fórum shopping* de sus ciudadanos buscando Estados más convenientes que no cumplan el principio de proximidad, logrando así una posición negociadora más firme.

VI. Criterios concretados

21. El considerando 40 es un texto completo, que tiene varios tipos de criterios diferente, e incluso cuáles sí deben ser considerados y cuáles no. Comienza el texto señalando que propone estos criterios de conformidad con la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia, y analizando todas las circunstancias específicas de cada caso. Categorizamos las circunstancias recogidas por el legislador en cuatro tipos de criterios distintos, si bien absolutamente relacionados entre sí. El primer tipo, vinculado a la presencia física del niño o niña en el Estado de que se trate. El segundo, el tipo de presencia física en ese Estado. El tercero, las circunstancias personales específicas del hijo o hija. El último de ellos las relaciones familiares que presenta. Tenemos que tener en cuenta que estos criterios siempre los aplicaremos para saber si el niño o niña tiene residencia habitual en un Estado o en otro cuando haya alternado la residencia entre varios Estados. Si solo ha vivido en uno de ellos no habrá conflicto⁴⁰.

cio en España y cónyuges sin residencia habitual en nuestro país: ¿Cómo han de proceder los tribunales españoles? Comentario del AAP Murcia 11 febrero 2021”, *CDT* (octubre 2022), Vol. 14, N° 2, pp. 904-914, p. 909.

³⁷ *Vid.* M. SABIDO RODRÍGUEZ, “La residencia habitual como foro de competencia judicial internacional en algunos sectores del derecho de familia internacional”, *CDT* (octubre 2023), Vol. 15, N° 2, pp. 1324-1344, p. 1346.

³⁸ *Vid.* <https://www.europapress.es/internacional/noticia-polonia-avisa-vetara-propuesta-ue-reconocer-filiacion-hijos-parejas-lgtbi-20221209185601.html>, aunque el nuevo gobierno polaco tiene en la actualidad una posición menos combativa.

³⁹ Por los tiempos de lanzamiento de la propuesta del Reglamento, lo complicado de su negociación y por la finalización de la actual legislatura, era obvio que el mismo no vería la luz en este mandato. Desde luego que la configuración del Parlamento en la legislatura 2024-2029, y la consecuente elección de la nueva Comisión marcará el impulso de la legislación en la tensión existente entre Comisión y Parlamento, por un lado, más proclives a lograr una regulación al respecto que algunos Estados del Consejo que pueden paralizarla y finalmente vetarla por la base jurídica del artículo 81.3 del TFUE que exige para su aprobación la unanimidad del Consejo Europeo.

⁴⁰ Siempre afirmamos que estos criterios se dan para aclarar residencias habituales no claras porque el menor ha estado físicamente en varios Estados. Cuando ha vivido en un solo país no hay dudas. Siempre hay una “competición” entre dos Estados (o más) que podrían ser hipotéticamente los de su residencia habitual y alguno de ellos tiene que ganar el debate de la aplicación de los criterios.

1. La presencia física en el Estado

22. Sin presencia física en un determinado Estado el niño o niña no puede tener residencia habitual en el mismo. Este criterio es lógico e imprescindible, y de él debemos partir. Tras esto analizaremos cómo es esa residencia. Es cierto que en el caso de menores puede haber un traslado presente o futuro del menor por cualquier motivo, por el parto, por salud, por asistencia familiar, por obligaciones laborales o económicas. Pero en todo caso, si el menor nunca vivió en un Estado miembro no se puede considerar que haya tenido en él la residencia habitual⁴¹. El Tribunal así lo ha resuelto incluso en un supuesto en el que había acusaciones entre ambos de posibles situaciones de imposición de vivir en un determinado Estado⁴². Consideramos que este criterio es lógico, imprescindible que responde al criterio de proximidad. La residencia habitual es un criterio fáctico, y por lo tanto, en los hechos se debe acreditar que ese niño o niña ha estado físicamente viviendo en dicho Estado⁴³.

23. Esta presencia física debe tener un cierto grado de estabilidad en el tiempo. Esa estabilidad dependerá de la edad del menor y de los motivos que han provocado que el menor haya estado en varios Estados a la vez. Un menor que ha nacido en un lugar y no se ha movido de él siempre tendrá la residencia habitual en dicho sitio, incluso aunque el procedimiento se inicie pocos meses después de su nacimiento. Incluso aunque el menor tenga otra nacionalidad, emplee otra lengua con sus padres, o mantenga las tradiciones de su Estado de origen, si nunca ha vivido en él no se puede argumentar que tiene la residencia habitual en dicho lugar⁴⁴. Un menor que ha nacido en un lugar, ha estado varios meses en dicho país y se desplaza al otro, puede tener presencia física en ambos sitios, lo que nos lleva a valorar el segundo grupo de criterios.

2. El tipo de presencia física en el Estado

24. Una vez que un niño o niña ha estado viviendo en varios Estados debemos analizar cuál ha sido el contenido de dicha vida para poder aclarar cuál es el de su residencia habitual. Y para concretar dicho tipo de residencia habitual o de vida lo que debemos analizar es la integración social en dicho Estado⁴⁵. Para ello estudiamos los “signos externos” de vida del menor, más allá de su presencia física. El primero, la duración y regularidad de la presencia física. Aunque el tiempo no sea el factor básico, no puede olvidarse en absoluto que el tiempo que ha estado en menor en cada uno de los Estados debe ser tenido en cuenta, para añadirlo al resto de criterios. La duración y la regularidad se completan con las condiciones y las razones de la permanencia. Si la permanencia es ocasionada por un motivo puntual, concreto y temporal, un tratamiento médico, unas vacaciones, una visita familiar, el tiempo en el que esté en dicho Estado tendrá menor valor cualitativo que el tiempo de una estancia por motivos más estables que le integren mejor con el lugar, como la vida junto a sus familiares, la escuela a la que acude, su

⁴¹ Sentencia de 8 de junio de 2017, OL, asunto C-111/17, ECLI:EU:C:2017:436. Los padres se desplazan a Grecia por el parto y, a pesar de haberlo acordado previamente, no vuelven a Italia tras el parto, lugar anterior de residencia común porque la madre cambia de opinión. El niño nunca residió en Italia, donde sí lo hicieron los padres.

⁴² Sentencia de 17 de octubre de 2017, asunto C-393/18, ECLI:EU:C:2018:835. Mujer bangladesí con hijo con un británico que vive en Bangladesh y alega que está allí retenida por sus familiares con la aquiescencia de su marido. El TJUE afirma que ese menor no puede tener residencia habitual en el Reino Unido.

⁴³ *Vid.* S. GOYENECHÉ ECHEVARRÍA, “Residencia habitual del menor en un supuesto de responsabilidad parental: la compleja concreción de un concepto jurídico indeterminado”, *CDT* (octubre 2022), Vol. 14, N° 2, pp. 1100-1107, p. 1105.

⁴⁴ Sentencia de 28 de junio de 2018, OL, asunto C-512/17, ECLI:EU:C:2018:513. Los padres debatían sobre qué aspectos primaban más, si la estancia física y escolarización en un Estado, Bélgica, o la nacionalidad y la lengua que conocía la menor, y se decantaron por el lugar de la residencia física.

⁴⁵ Hablamos de integración social, no necesariamente de criterios objetivos de tipo jurídico que puedan valorarse, ni al concepto integración del derecho de la nacionalidad, sino al de un derecho civil internacional que aprecia los signos externos de relación del menor con el Estado que es su “centro de vida e intereses”.

actividad habitual extraescolar o con amigos. Para valorar todos estos aspectos es esencial que al inicio del procedimiento se acrediten estas circunstancias⁴⁶.

3. Las circunstancias personales específicas del hijo o hija

25. El tercer grupo de criterios a tomar en cuenta, que siempre tendrán una menor valoración que los dos primeros grupos, se centra en las circunstancias personales del hijo o de la hija. El primero que cita el considerando es la nacionalidad del menor. No creemos que esta inclusión sea acertada en este lugar del considerando. Y esto es así porque el criterio provoca una clara disfunción si lo valoramos antes de las relaciones familiares y sociales. Además, es extraño a la jurisprudencia del TJUE que el legislador señala seguir. En efecto, el Tribunal ha restado valor a la nacionalidad del menor cuando “competía” con su presencia física⁴⁷. Por ello estimamos que la nacionalidad puede ser valorada, pero siempre como último de los criterios, y supeditada a la vida diaria del menor en un Estado. En el último inciso del considerando y con una muy dudosa sistematización, este afirma que es insuficiente para fijar la residencia habitual el hecho de que el hijo o la hija haya nacido en ese Estado miembro y posea su nacionalidad, lo que se combina con esta valoración de la nacionalidad de forma secundaria o subsidiaria respecto al lugar de la residencia física del mismo.

26. Otra de las circunstancias citadas, que sí que consideramos muy acertada porque destaca la integración social de un menor es el de tener en cuenta el lugar y las condiciones de la asistencia a la escuela. Para nosotros, si el menor está en edad de escolarización este criterio es muy importante para decantar cuál es su residencia habitual. La escuela es el centro habitual de actividad de los menores, en especial en los sistemas europeos que exigen legalmente esta formación. Por otro lado, es un lugar de presencia diría y constante a lo largo del año, y el de mayor socialización de los menores hoy en día. El último de los aspectos de estos criterios que cita el legislador debe ser entendido como un criterio transversal que le afecta a todos ellos y es el que señala que la valoración de todos estos criterios debe variar según la edad⁴⁸. Efectivamente, la lengua, la escolarización, la socialización del menor no es la misma a una edad que a otra. Todos los demás criterios deben valorarse diferenciando según la edad de los menores.

4. Las relaciones familiares y sociales

27. El último grupo de criterios se centra en las relaciones familiares y sociales de los niños y niñas. Estas relaciones nos conducen a concretar dónde tienen estos la plasmación práctica de la proximidad con su centro de vida e intereses y dónde su integración personal. Es un criterio especialmente combinable con la escolarización. Si ambas circunstancias están en el mismo Estado, nos debe decantar a pensar en dicho lugar como su residencia habitual⁴⁹.

⁴⁶ Es muy importante valorar trascendencia de la vertiente de derecho procesal probatorio en esta determinación. En gran cantidad de los procedimientos que hemos podido analizar se apreciaba con claridad que los Tribunales no habían resuelto los procedimientos con todos los datos en la mano, ya que las partes no los habían aportado al inicio del procedimiento, y cuando hay que completar los aspectos que “enriquecen” la vida física en un Estado los mismos no constaban en autos.

⁴⁷ Ya citamos que, en la Sentencia de 28 de junio de 2018, OL, asunto C-512/17, ECLI:EU:C:2018:513, los padres debatían sobre si la menor residía en Bélgica, lugar en el que había vivido más tiempo, trabajaban sus dos padres y estaba escolarizada, o en Polonia, país en el que vivían sus abuelos, era nacional y manejaba mejor el idioma por su corta edad, y afirmaron que la misma tenía su residencia habitual en el lugar en el que vivía, no en el que era nacional.

⁴⁸ *Vid.* M. J. SÁNCHEZ CANO, “El sempiterno problema de la determinación de la residencia habitual del menor a los efectos de una sustracción internacional de menores: Una visión desde la SAP de Salamanca nº 844/2022, de 2 de noviembre”, *CDT* (octubre 2023), Vol. 15, Nº 2, pp. 1343-1355, p. 1346.

⁴⁹ Porque con ellos es donde debemos descansar la decisión de resolver una situación compleja sin dudar. El lugar en el que el menor ni está escolarizado ni tiene relación con su familia y amigos difícilmente puede ser el lugar en el que situemos su centro de vida e intereses como menor. Y estas situaciones complejas son en las que más interés debemos tener por aportar luz

28. Una última consideración que hace el legislador para concretar la residencia habitual del menor es la de tener en cuenta la intención de los progenitores de instalarse con su hijo o hija en un Estado miembro determinado, lo que se debería valorar según hechos concretos, como la compra o el arrendamiento de una residencia en el Estado miembro de que se trate. Creemos que dichos criterios deben ser valorados con ciertas reservas y la forma de citarlos es un error. Y no solo porque hayan sido ya descartados por la jurisprudencia acuerdos previos entre los progenitores que finalmente no se ejecutasen por un cambio de opinión de una de las partes en el acuerdo, sino porque puede suponer una contradicción de raíz con el criterio principal de los que recoge el considerando, esto es, la presencia física. Si en el lugar al que aspiran a trasladarse sus padres el menor nunca ha residido no podrá ser en ningún caso su residencia habitual. En dichas circunstancias este criterio ni cumple el principio de proximidad ni el de integración en dicho Estado⁵⁰.

29. Antes de finalizar este apartado queremos señalar algo que no ha destacado el considerando por obvio y por no ser necesario, pero que creemos que conviene destacarlo. Y es que todos estos criterios deben ser tenidos en cuenta en el momento en el que surge el conflicto entre las partes, pero que pueden estar muy afectados por el momento en el que se interpone la demanda en el procedimiento judicial. Si este momento es muy posterior a la ruptura y el cambio de lugar de vida del menor, todos los aspectos que hemos citado pueden ir tomando perfiles diferentes y pueden afectar a la valoración final del juzgador⁵¹.

VII. Criterios no valorables

30. El legislador incluye una gran novedad en la legislación que muy pocas veces ha realizado el TJUE, y es establecer los criterios que no se deben tener en cuenta para concretar la residencia habitual de los niños o niñas⁵². Esta es una opción que nos parece acertada siempre que se centre en criterios que tengan que ver con el menor, y que por lo tanto nos parece positivo realizar, pero no como lo ha enfocado el legislador europeo en esta propuesta. Porque se ha centrado, para regular la filiación, que es un tema especialmente amplio, en la falta de reconocimiento de las filiaciones de padres del mismo sexo en algunos Estados miembros. Y para ello señala que no se debe tener en cuenta para determinar la residencia habitual de los hijos la nacionalidad de la persona que da a luz. La inclusión, desde luego, es absolutamente innecesaria, porque dicha nacionalidad no tiene nada que ver con la residencia habitual del menor⁵³. La misma consideración nos merece que el considerando señale que tampoco se valorará la residencia anterior de la persona que da a luz en el Estado miembro.

a las partes. Un estudio especialmente interesante sobre situaciones complejas en materia de sucesiones lo podemos encontrar en J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Reglamento sucesorio europeo y residencia habitual del causante”, *CDT*, marzo 2016, Vol. 8, nº1, pp. 47-75, en concreto y señalando supuestos complejos, en pp. 65 a 74.

⁵⁰ Sobre jurisprudencia en los distintos Estados miembros para establecer mayor o menor valor a las posiciones de los padres, *vid.* M. C. CHÉLIZ INGLÉS, *La sustracción internacional de menores y la mediación. Retos y vías prácticas de solución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 46 y ss.

⁵¹ Sobre los efectos del cambio de residencia del menor, *vid.* L. F. CARRILLO POZO, “Cambio de residencia de un menor durante el proceso y *perpetuatio iurisdictionis*. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta de 14 de julio de 2022 asunto C572-21)”, *CDT* (marzo 2023), Vol. 15, Nº 1, pp. 924-935, p. 932. Es contraria a tal valor de los hechos y su consideración como institución fáctica, A. DURÁN AYAGO, “Concreción de la conexión “residencia habitual” en el Protocolo de La Haya sobre alimentos ante un traslado o retención ilícitos según el Reglamento (CE) 2201/2003. Aclaración propuesta por la STJUE de 12 de mayo de 2022, asunto C-644/20, W. J.”, *CDT* (marzo 2023), Vol. 15, Nº 1, pp. 948-959, p. 954.

⁵² Solo la Sentencia de 28 de junio de 2018, OL, asunto C-512/17, ECLI:EU:C:2018:513, lo hizo.

⁵³ Esta nacionalidad no tiene ninguna relación ni con el principio de proximidad, ni el de integración, ni con la presencia física del niño o niña ni con su escolarización... No tiene ningún sentido incluirla en esta regulación, a salvo el claro condicionamiento del legislador por la situación de los Estados del este en casos como Pancharevo y Rzecznik. Si ni la nacionalidad del hijo tiene gran valor para determinar dónde está la residencia habitual, cuando menos valor tendrá la nacionalidad de la persona que da a luz.

VIII. Conclusiones

31. A pesar de la importancia de la materia, el legislador europeo nunca había concretado hasta el momento los criterios de determinación de la residencia habitual de los menores en ninguna de sus regulaciones, ni sobre la responsabilidad parental, ni sobre alimentos, ni sobre sustracción internacional. Ha sido el Reglamento de filiación el primero que lo ha hecho. Para ello ha seguido inicialmente los criterios jurisprudencialmente establecidos, si bien también ha incorporado algunos criterios propios, creemos que con poca fortuna. Los motivos de esta primera regulación pueden ser la importancia de la materia y tener ya el respaldo de una jurisprudencia del TJUE muy consolidada. Pero también pueden existir motivaciones más políticas, como la conflictividad actual del objeto de la regulación del Reglamento de filiación. En todo caso, y aunque el Reglamento no vea finalmente la luz, es una propuesta que ya existe, negro sobre blanco, y que consideramos un gran avance del legislador europeo.

32. Una vez aportados los criterios, estos deberán ser valorados por los Tribunales caso a caso. Nos parece muy acertado que se destaque que los criterios varían según la edad de los niños y niñas. Los categorizamos en cuatro grupos diferentes interrelacionados entre sí. La presencia física del niño o niña en el Estado de que se trate, el tipo de presencia física en ese Estado, las circunstancias personales específicas del menor, y las relaciones familiares que presenta. Nos parecen más acertados, la presencia física, la regularidad y duración de la misma, las razones de esa permanencia y circunstancias como la escolaridad y sus relaciones familiares y personales. La nacionalidad debe ser tomada en cuenta, aunque con menor intensidad. Creemos poco acertado y que puede llevar a confusión citar la intención de los progenitores de desplazarse a otro Estado sin relacionarlo con la efectiva vida en el mismo. Las referencias a la residencia o la nacionalidad de la persona que da a luz son absolutamente irrelevantes y ni siquiera debieron ser citadas.

33. De cara al futuro estimamos que esta propuesta debería implementarse en todos los Reglamentos europeos, y concretar estos criterios también en las crisis familiares, en las relaciones económicas familiares, en la responsabilidad parental, en la reclamación de alimentos y en la sustracción de menores. Cada ámbito de aplicación y materia puede requerir criterios diferenciados, como lo demuestra el hecho de que los criterios de esta propuesta son diferentes a los de los considerandos 23 y 24 del Reglamento de sucesiones. Si esta propuesta se generalizase los operadores jurídicos tendrían más criterios para determinar dicha residencia habitual y con ello se podría ir configurando los parámetros de la futura definición de ese concepto autónomo de derecho europeo.