
Cooperación civil y tratado de Lisboa: ¿cuánto hay de nuevo?

Mónica GUZMÁN ZAPATER

Catedrática de Derecho Internacional Privado. UNED (1)

Diario La Ley, Nº 7479, Sección Doctrina, 30 Sep. 2010, Año XXXI, Editorial LA LEY

LA LEY 8435/2010

El propósito con este comentario es destacar los cambios más significativos experimentados en el ámbito de la cooperación judicial civil. Cambios que podrían ser determinantes de un nuevo sistema de DIPr. para las relaciones de Derecho privado intracomunitarias.

I. PRESENTACIÓN

Uno de los ámbitos que se han visto más afectados por la entrada en vigor, el 1 de diciembre de 2009, del Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007 ⁽²⁾ es sin duda el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (ELSJ) ⁽³⁾. El art. 3.2 del Tratado de la Unión Europea (TUE), sin ser nuevo en su dicción literal ⁽⁴⁾ , proclama su establecimiento como objetivo propio de la Unión Europea y diferenciado del Mercado. Su desarrollo, dentro del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), aparece dentro del nuevo Título V configurándolo en términos más amplios (absorbe la cooperación penal y policial) y mucho más sistemático. El Capítulo 3 está dedicado a la cooperación judicial en materia civil. Concentrado en un único artículo 81 reproduce en términos prácticamente idénticos el que fuera art. III.269 del Proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa de 2004 ⁽⁵⁾ y resulta continuista respecto de lo que ya regulaba el antiguo artículo 65 (introducido por el Tratado de Ámsterdam) ⁽⁶⁾ . La innovación reside en la incorporación al Tratado de las tendencias que han marcado buena parte de los resultados alcanzados en desarrollo de aquella disposición.

Desde una perspectiva general, destacan dos datos. Por una parte, la afirmación del ELSJ como objetivo propio y diferenciado del Mercado ha cristalizado en un grado más avanzado de organización del primero y en una cierta autonomía funcional de ese Título V que lo regula ⁽⁷⁾ . Por otra parte, todas las materias que constituyen los objetivos concretos del ELSJ son ámbitos de interés o muy próximos a la persona y en ese sentido el desarrollo del Espacio entraña un potencial enorme desde el ángulo de la «visibilidad» de las ventajas de la Unión Europea y, por tanto de su legitimidad, tan buscada por los responsables del proceso de integración europeo en todas las épocas. Que el ciudadano como persona pasa a ocupar una posición central en el sistema europeo parece un elemento fundamental como se corrobora en el Programa de Estocolmo, aprobado por el Consejo Europeo los días 10 y 11 de noviembre de 2009, que prevé el desarrollo del ELSJ para los próximos años está contenido ⁽⁸⁾ .

II. SOBRE LA NOCIÓN DE COOPERACIÓN JUDICIAL CIVIL

La cooperación judicial civil aparece como objetivo en sede del 67.4 TFUE, pótico del ELSJ y desarrollada en el art. 81 TFUE. Comparados el art. 81 TFUE y su precedente el art. 65 en el Tratado de Ámsterdam, una primera lectura indica continuidad o, a lo sumo, consolidación de lo existente. Las innovaciones vendrían dadas por la especificación del objetivo perseguido así como en la ampliación de su ámbito material. Pero una lectura más atenta sugiere la emergencia de un sistema de DIPr. diferente, marcado por la fuerte incidencia del principio de reconocimiento mutuo reformulado: con una base competencial clara y más amplia que la vigente (art. 81.1) y muy preciso en sus contornos (art. 81.2), determinados éstos por su segura combinación con la armonización procesal material [art. 81.1 letra f)] y con la cooperación entre autoridades nacionales que van a actuar conforme a una suerte de deontología común [art. 81.2 h)]. Además, es previsible una cierta complementariedad entre el reconocimiento mutuo y normas de conflicto de jurisdicciones y conflicto de leyes uniformes [art. 81.2 c)], y finalmente queda sujeto a posible evaluación en su desarrollo por parte de la Comisión (art. 70). El desarrollo de la libertad de circulación habrá modificado sustancialmente los mecanismos tradicionales de DIPr. para las relaciones privadas intraeuropeas, en particular, al instaurar la sede de control de las decisiones contempladas en el país de origen de la decisión.

Cabe anticipar por tanto un equilibrio entre continuidad e innovación que pasamos a examinar.

1.º El primer elemento de cambio respecto de la regulación anterior reside en la propia caracterización de la noción de cooperación civil, especificándose su contenido. El art. 67 TFUE con el que se abre el Título V contiene las materias incluidas como objetivos del ELSJ y, entre éstos, se refiere a la cooperación judicial civil estableciéndose que:

«La Unión facilitará la tutela judicial, garantizando en especial el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales en materia civil.»

En concordancia con éste, el art. 81.1 TFUE configura la cooperación civil en los siguientes términos:

«La Unión desarrollará una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza basada en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales. Esta cooperación podrá incluir la adopción de medidas de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros.»

Salta a la vista una cierta falta de simetría entre ambos preceptos denunciada ya por J. D. GONZÁLEZ CAMPOS al hilo del fallido Proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa ⁽⁹⁾. Por el primero, el legislador se coloca en la perspectiva de los intereses particulares o del ciudadano: supone garantizar el acceso a la justicia (cuestión en la que insiste el Programa de Estocolmo) y el derecho a la ejecución de los actos y decisiones regulados por el Derecho europeo ⁽¹⁰⁾; en contraposición con el segundo, atento los intereses estatales: disposición que focaliza el método o procedimiento conforme al cual se desarrollará fundamentalmente la cooperación civil. Una y otra perspectiva se compadecen, por último, con el interés de la Unión: preservar la diversidad conforme a lo exigido por el art. 67.1 TFUE.

Cabe, no obstante, una lectura coherente si se afirma que el objetivo de la cooperación civil es facilitar la tutela judicial (art. 67.4). Objetivo que, vinculado con la optimización de la libre circulación de personas (por referencia al art. 3.2 TUE), presupone una adecuada protección judicial de los derechos derivados del ordenamiento comunitario: de los que se deriven a partir de ahora y de los ya existentes en materia civil ⁽¹¹⁾. Al tiempo que el medio prioritario, o el cómo se puede articular esa adecuada protección, queda establecido: garantizando el

reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales en materia civil (art. 67.4 y 81.1 TFUE). No es el único medio: es uno, el más relevante, entre otros.

2.º El mandato de desarrollar una cooperación judicial civil experimenta además una transformación radical con respecto a la regulación anterior (arts. 61 y 65 del Tratado de Ámsterdam) determinada por un cambio de «tono» o «registro». El antiguo art. 65 instaba a promover una serie de medidas que podían fomentar la cooperación en materia civil [por ejemplo art. 65. 2 letras b y c)]. En el Tratado de Lisboa la intervención combinada de los arts. 67.4 y 81.2 letra e) TFUE y la referencia específica a las «medidas para garantizar... una tutela judicial efectiva» hace exigible la garantía de determinados ámbitos de actuación, siendo así que fomentar y garantizar no son términos sinónimos o idénticos⁽¹²⁾.

3.º Se mantiene invariable sin embargo un aspecto inadecuado, por restrictivo, y es el propio empleo del término «judicial» que acompaña a la noción de cooperación, que ya aparecía en el antiguo art. 65⁽¹³⁾. Restrictivo y ahora además contradictorio, a nuestro entender, en relación con las medidas enunciadas por ejemplo en la letra a) (relativa al reconocimiento de resoluciones extrajudiciales) o en la letra b) (sobre notificación y traslado de resoluciones judiciales y extrajudiciales), o incluso c) si se entiende que la previsión de unificación de normas de conflicto de leyes trasciende obviamente de la esfera «judicial». En este sentido la denominación del Capítulo 3 no se compadece con algunas de las medidas previstas en el art. 81 TFUE.

III. LÍMITES DE LA INTERVENCIÓN DE LA UNIÓN EN MATERIA DE COOPERACIÓN JUDICIAL CIVIL

Además de los derivados de la propia fragmentación política con la que nace el ELSJ o de la intervención de los parlamentos nacionales en el control previo de subsidiariedad y en las propuestas en el ámbito del Derecho de familia (ex art. 81.3 TFUE), el desarrollo de la cooperación civil se prevé, como viene siendo hasta ahora, para las «situaciones con repercusión transfronteriza», exigencia expresada en el art. 81.1 TFUE y reiterada en el art. 81.3 TFUE para las «medidas relativas al Derecho de familia». Una precisión claramente orientada a restringir el campo de la intervención europea.

1.º En realidad se trata ésta de una exigencia que establece la correspondencia con el ámbito de aplicación de las normas reguladoras de la libre circulación de personas ⁽¹⁴⁾ . Sustancialmente comprendería aquellas situaciones típicamente objeto del DIPr. porque implican, por la dispersión de sus elementos, el paso de fronteras nacionales o situaciones privadas vinculadas con dos o más sistemas jurídicos estatales. Conceptualmente la precisión no aporta nada nuevo, incluso respecto a la situación anterior al Tratado de Ámsterdam, por cuanto que los derechos derivados de las libertades comunitarias tradicionalmente han podido ser invocados concurriendo un elemento de extranjería generalmente caracterizado por el «paso de frontera» intracomunitario. Quedan excluidas, pues, las situaciones puramente internas.

Persiste sin embargo en zona de penumbra la cuestión de la aplicabilidad del DIPr. europeo a situaciones internacionales en las que aparecen involucrados nacionales de países terceros establecidos en el territorio de un Estado miembro ⁽¹⁵⁾ , faltando o no quedando suficientemente acreditado el dato del paso de frontera intracomunitario. Supuestos que ponen de manifiesto las dificultades en su concreción práctica, como evidencian algunas decisiones de la jurisprudencia española en orden a escoger el fundamento de la competencia judicial internacional en situaciones en las que estaban involucrados nacionales de terceros países. La cuestión no es sólo teórica, pues posee implicaciones prácticas derivadas del dato del coincidente ámbito material entre el Reglamento CE núm. 2201/2003 y el art. 22 Ley Orgánica Poder Judicial de 1985 que sirven de fundamento a la competencia judicial internacional en las causas matrimoniales ⁽¹⁶⁾ .

Dificultades de interpretación que quedan por tanto a la discreción de la autoridad nacional. Es una cuestión irrelevante cada vez que el acto normativo se declare de aplicación universal pues la norma europea modifica el sistema interno de DIPr. (por ejemplo Reglamentos Roma I y Roma II). En general, la pauta a seguir sólo puede ser el entendimiento de que las normas de DIPr. europeo están orientadas a facilitar la realización de la libre circulación de las personas en el interior del territorio del ELSJ ⁽¹⁷⁾ . Por consiguiente, en la decisión en cuanto a su aplicación a nacionales de países terceros no parece tan relevante el elemento de la nacionalidad de las partes como la verificación del dato de si ha tenido lugar (o puede tener lugar) desplazamiento intracomunitario entre los litigantes, como exige el art. 81.2 TFUE. En todo caso parece que la imprecisión en cuanto al ámbito personal de aplicación es la

tónica que se impone, como se deriva por ejemplo de la (última) Propuesta de Reglamento relativo a la competencia, la ley aplicable y el reconocimiento y ejecución de decisiones y documentos auténticos en materia de sucesiones, presentada el 14 de octubre de 2009.

2.º La intervención comunitaria se veía limitada por una condición adicional que, manteniéndose, pierde rigor en la redacción actual del art. 81.2 TFUE: la necesidad de que dicha intervención estuviera justificada «cuando resulte necesaria para el buen funcionamiento del mercado interior». Equivaldría a afirmar que no hay más «medidas» a adoptar que aquellas que sean necesarias para el funcionamiento del Mercado interior y, por consiguiente, esta lectura entraría en contradicción con cualquier esfuerzo por afianzar un Espacio de justicia europeo disociado del Mercado. Pues bien, al aparecer precedido por la locución «en particular», se entiende que sirve para exemplificar algunos de los supuestos en que dicha intervención puede estar justificada ⁽¹⁸⁾. No hay, por tanto, una subordinación del «Espacio» al «Mercado» ⁽¹⁹⁾. Al contrario, hace real la dualidad Espacio y Mercado como objetivos diferenciados en el art. 3 aps. 2 y 3 TUE; de tal suerte que la intervención debiera tener por finalidad facilitar el ejercicio de las libertades en el Mercado interior y, además, el desarrollo de un Espacio europeo de justicia en materia civil ⁽²⁰⁾ más allá del ejercicio de las libertades económicas, esto es, aun cuando no exista una amenaza sobre las libertades fundamentales (y tampoco se constate falseamiento del Derecho de la competencia).

Se mantiene, sin embargo, sin restricción alguna en sede del art. 81.3 TFUE en relación con el Derecho de familia, sin duda como contrapartida a la perspectiva de avanzar en este ámbito del Derecho civil que ⁽²¹⁾, resultante de avatares históricos, religiosos y en definitiva culturales, resulta tan resistente a cualquier proceso de unificación o coordinación internacional o, por lo menos, esa es la posición de algunos Estados miembros.

En suma, si bien la competencia en materia de cooperación judicial civil se ha alineado con el sistema general de atribución de competencias (codecisión y mayoría cualificada) estas dos excepciones, determina un procedimiento de decisión más rígido marcando así la singularidad de este sector.

IV. EL RECONOCIMIENTO MUTUO COMO PRINCIPIO DEL DERECHO COMUNITARIO

Para alcanzar el objetivo (la tutela judicial de los derechos) la idea-fuerza reside en promover el reconocimiento mutuo de decisiones judiciales y no judiciales (art. 81.1 y 81.2 a TFUE). Un planteamiento superador del reconocimiento «automático»: del reconocimiento de decisiones judiciales basado en la confianza mutua (R 44/2001 y R 2201/2003) al mutuo reconocimiento como mecanismo general y sin control adicional alguno en el Estado requerido (por ejemplo R 805/2004). Un método que se compadece bien con la finalidad de apuntalar un Espacio de justicia europeo y, dentro de éste, un espacio judicial común. Si la lógica subyacente ha de ser la de un único espacio judicial de una eficacia similar al ámbito interno, ello presupone equivalencia de las administraciones nacionales y confianza mutua.

El art. 81.1 TFUE posee distintos ángulos de interés:

- 1.º En primer lugar, destaca su componente innovador precisamente por introducirse en el interior del TFUE en el ámbito del reconocimiento de decisiones. Como principio-eje sobre el que ha de articularse el reconocimiento de las decisiones, supera el equívoco estadio de «piedra angular» [a impulso del «Programa de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales»⁽²²⁾ que recogía las Conclusiones del Consejo de Tampere de 1999], para reaparecer en la estructura normativa europea como verdadero Principio del Derecho comunitario primario. Éste y no otro es el valor de su proclamación en sede del art. 67.3 TFUE para la cooperación judicial penal y 67.4 TFUE para la cooperación judicial civil. Un cambio radical en sus consecuencias derivadas de la posibilidad de intervención del TJUE en su modulación en los actos normativos europeos y eventualmente sobre el derecho nacional de desarrollo⁽²³⁾.

Es de sobra conocido que penetra en la estructura normativa europea en la célebre STJUE en el asunto *Cassis de Dijon*, pasa al Libro Blanco del Mercado Interior que sigue al Acta Única Europea de 1986 y condiciona seriamente el desarrollo de un DIPr. europeo a partir del conclusiones del Consejo de

Tampere de 1999 en el «Programa de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil» y de las conclusiones extraídas por la Comisión. Hasta entonces su ámbito, por así decir, natural, discurrió en el interior de la libre circulación de mercancías y en un momento posterior, en los servicios⁽²⁴⁾. De modo que el primer paso «revolucionario» vino determinado por su extrapolación al ámbito del proceso con elemento extranjero y señaladamente, al reconocimiento de decisiones⁽²⁵⁾. De hecho, en cumplimiento del mandato de los Programas de medidas de 2001 y en la misma dirección por el «Programa de La Haya sobre la consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea 2005-2010», adoptado por el Consejo Europeo en su reunión de 4 y 5 de noviembre de 2004, ha tenido un desarrollo significativo en el campo del reconocimiento de decisiones judiciales tanto en materia civil⁽²⁶⁾ como penal⁽²⁷⁾.

Como quiera que lleva implícito en su dinámica un reparto competencial entre autoridad de origen y autoridad del país de destino, a la primera le corresponderá decidir el alcance de la cosa juzgada y si la decisión es o no ejecutiva, en tanto que a la segunda se le asigna la materialización de los efectos de la decisión extranjera conforme a lo que disponga su propia ley. El gran cambio, respecto al procedimiento de exequáтур, reside en el traslado de la sede de control⁽²⁸⁾ ya que tradicionalmente corresponde al Estado requerido la fiscalización total de la regularidad de la decisión. El reconocimiento mutuo supone la supresión de todo control adicional (exequáтур) en el Estado requerido, en la confianza de que en el país de origen hayan sido observadas las normas materiales mínimas uniformes relativas a la garantía del derecho de defensa.

Donde se introduce instaura un sistema de reconocimiento generalizado: por ejemplo en el Reglamento 805/2004, sobre Título Ejecutivo europeo para créditos no impugnados⁽²⁹⁾, reconocida una deuda ante autoridad (de origen) y expedido el «certificado» sobre esa decisión, al deudor no le queda

(prácticamente) motivo alguno de oposición a la decisión en el país en el que el acreedor solicita la ejecución. De ahí que suscite un principal foco de tensión (sobre todo a nivel doctrinal) y es el relativo a la supresión de la cláusula de orden público, posiblemente ahora corregido por su vinculación con el derecho fundamental a la tutela judicial (art. 67.4 TFUE) ⁽³⁰⁾.

- **2.º** Por otra parte, el ámbito en el que tal vez mejor puede funcionar es éste, caracterizado por sustentarse en el acto de una autoridad pública ⁽³¹⁾. Dato que explicaría tal vez otra novedad introducida por el Tratado de Lisboa y es la extensión de esta técnica a la eficacia de «resoluciones extrajudiciales, así como su ejecución» [art. 81.2 a) TFUE]. Una medida que, no siendo desconocida (por ejemplo está en el R 805/2004 o en el R 4/2009), supone que con el Tratado de Lisboa cristaliza una tendencia a la extensión del «título europeo» hacia materias sin trascendencia económica pero que afectan al ejercicio de la libertad de circulación ⁽³²⁾. Adquiere por tanto mayor relieve dado el potencial ámbito material. No es impensable su proyección al ámbito del reconocimiento de documentos públicos pertenecientes al ámbito estricto del estado civil. Por ejemplo, el certificado de capacidad matrimonial o el certificado sobre nombre, documentos que, por otra parte, son objeto de unificación por la Comisión Internacional del Estado Civil. Y es que la eficacia extraterritorial de las actas y documentos públicos extranjeros suscita un problema análogo a las resoluciones judiciales dado que todas las decisiones de una autoridad extranjera son la resultante del ejercicio de una función soberana del Estado y su eficacia se agota dentro de las fronteras de la autoridad que lo interviene. Visto así, es un campo éste, el del estado civil, en el que la extensión del reconocimiento mutuo podría facilitar enormemente la vida de los ciudadanos.
- **3.º** La generalización del reconocimiento mutuo coloca en el primer orden de la reflexión si el reconocimiento mutuo presupone necesariamente un ámbito material procesal

uniforme (A) y reglas de competencia judicial internacional y normas de conflicto uniformes (B).

(A) De la lectura conjunta de los art. 81.1 y 81.2 letra f) TFUE no parece exigible la concurrencia de un vínculo entre el reconocimiento mutuo y (una cierta) armonización material. Lo cierto es que un núcleo procesal uniforme (no sobre cuestiones sustantivas) se aprecia en prácticamente todos los instrumentos hasta el momento presente. Ejemplo paradigmático es el procedimiento contemplado por Reglamento 805/2004 sobre Título Ejecutivo Europeo ⁽³³⁾ como en los dos posteriores, sobre proceso monitorio ⁽³⁴⁾ y reclamaciones de pequeña cuantía ⁽³⁵⁾ , y en el más reciente Reglamento 4/2009, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligación de alimentos ⁽³⁶⁾ . El reconocimiento mutuo opera sobre la base de un ámbito armonizado o uniforme dirigido a reforzar la tutela de la parte demandada en el proceso principal (por ejemplo notificación regular y reconocimiento de un derecho de reexamen al deudor de la obligación de alimentos). La excepción hasta ahora serían las decisiones sobre restitución de menores en el marco del Reglamento 2201/2003 ⁽³⁷⁾ , cuya ejecución debe tener lugar con la única exigencia (material uniforme) de garantía del derecho de audiencia del menor y de las partes (art. 42.2 R 2201/2003). Una armonización material «menor» y, por cierto, desproporcionada respecto a las consecuencias a que da lugar. En efecto, no se alcanza a comprender la razón por la cual el Reglamento 2201/2003, en aras de la integración europea, permite volver sobre la decisión de no restitución dictada por un juez nacional (sobre la base del Convenio de La Haya relativo al secuestro internacional de menores de 1980), para provocar la orden contraria en el país en el que el menor fue sustraído, susceptible de reconocimiento sin control adicional alguno en el Estado requerido ⁽³⁸⁾ .

Cosa distinta es el alcance de la armonización material-procesal introducida en cada instrumento, pues a la vista de los resultados existentes es muy desigual e incluso sobresalen las

remisiones a los derechos nacionales, cuestión clave de cara a futuros desarrollos. Es previsible que la armonización sólo resulte tolerable en la medida en que lo requiera el objetivo perseguido o, dicho de otro modo, tanta armonización procesal como requiera el objetivo perseguido.

Pero la presencia de ese núcleo uniforme estará siempre justificada. Se ha pasado, o estamos en la transición, de un sistema de reconocimiento de decisiones basado en la confianza mutua (ejs. R 44/2001 y R 2201/2003) a un sistema de mutuo reconocimiento de una decisión «certificada» y sin control adicional alguno. Éste presupone confianza en la actuación de las demás autoridades nacionales judiciales y no judiciales y equivalencia en el ordenamiento del país donde se pretenda la ejecución. La confianza entre autoridades puede fomentarse, como veremos. La equivalencia se ha asegurado en casi todos los instrumentos vigentes garantizando un mínimo: notificación regular y un procedimiento extraordinario de revisión en el país de origen de la decisión. ¿Son medidas uniformes suficientes? De cara a la reforma del R 44/2001, ¿qué hacer, por ejemplo, en relación con el distinto alcance de las facultades de ejecución del juez en el estado requerido, tan dispares en los distintos ordenamientos nacionales? ⁽³⁹⁾.

Es evidente que la supresión de la cláusula de orden público requiere, desde la perspectiva del país de ejecución, de una cierta armonización procesal. Es una exigencia razonable en una Unión Europea a 27 Estados en la que conviven diversas concepciones de la justicia y sus garantías. No es un secreto la larvada desconfianza de unos Estados miembros hacia otros, como tan gráficamente ha expresado un autor alemán: «la solemne afirmación de la naturaleza de Estado de Derecho de la UE no debe suponer una obstrucción de la realidad. Algunos Estados que han solicitado el ingreso en la UE, pero también de Estados miembros en los que gobiernan partidos que se hallan en los márgenes del espectro democrático y del Estado de Derecho, dan motivos para adoptar una actitud de reserva» ⁽⁴⁰⁾. De ahí que confianza y equivalencia sólo puedan ser

garantizadas si el instrumento de armonización introduce un mínimo material procesal uniforme que asegure, cuando menos, el derecho a la tutela judicial de las partes en el proceso principal.

En todo caso, la expansión del reconocimiento de decisiones judiciales y no judiciales es un elemento que va a resultar determinante en orden a la creación de un derecho procesal civil (y penal) europeo uniforme. Con fundamento en el párrafo f) del art. 81.2 TFUE, es una disposición que, sin ser nueva, tiene gran proyección de futuro. Un elemento que indica el nacimiento de un orden jurisdiccional europeo pero ligado a los Estados.

(B) No se despeja en el Tratado de Lisboa la cuestión de si en su proyección futura el reconocimiento mutuo irá necesariamente acompañado de normas de competencia judicial internacional y normas de conflicto uniformes [una vez admitido que el reconocimiento mutuo lleva implícita la renuncia con alcance general a la unificación material ⁽⁴¹⁾]. En tal caso se establecería una relación de complementariedad entre reconocimiento mutuo y normas de DIPr. Sobre las primeras es mucho el camino avanzado: la obligación de reconocimiento se deriva al día de hoy de los Reglamentos 44/2001, con carácter general en materia civil y mercantil, R 2201/2003, para las causas matrimoniales, y R 4/2009 en relación con las obligaciones de alimentos derivadas de las relaciones familiares. Y si en el R 4/2009 el reconocimiento mutuo opera sólo respecto a las decisiones dictadas sobre la base del Protocolo de La Haya, la supresión del exequá tur es uno de los aspectos centrales en las actuales perspectivas de reforma del R 44/2001 ⁽⁴²⁾ . Que todas las autoridades judiciales de los Estados miembros conozcan de los litigios conforme a unos mismos criterios de asignación de la competencia judicial internacional es tanto más necesario para poder «certificar» la decisión y sobre todo asegurar su eficacia. Maximiza las ventajas del reconocimiento mutuo. Incluso si dichas reglas absorben situaciones vinculadas con terceros Estados (foro

residual) con el fin de evitar la activación de las reglas internas de la competencia judicial internacional ⁽⁴³⁾.

Las segundas, preservando la diversidad material de las legislaciones nacionales (como impone el art. 67.1 TFUE), ofrecen el valor añadido de someter el litigio transfronterizo a criterios de solución comunes a los Estados miembros y previsibles, contribuyendo a la uniformidad, máxime si el criterio de conexión es la autonomía de la voluntad, facilitando el conocimiento previo del derecho aplicable ⁽⁴⁴⁾. Una opción que para los particulares fomenta de antemano la seguridad jurídica consustancial a los imperativos del Mercado como también del Espacio. Para las autoridades, el hecho de que el tribunal en origen haya conocido conforme a reglas conflictuales uniformes puede contribuir a facilitar la «certificación» y sus efectos en el país requerido ⁽⁴⁵⁾. A más uniformidad más posibilidades de mutuo reconocimiento en los demás Estados miembros. Si el Espacio judicial europeo se vértebra en torno a este eje, el reconocimiento mutuo complementaría al método conflictual o viceversa.

No obstante, la vinculación entre mutuo reconocimiento y unificación, en el doble plano señalado, no parece exigible o, por lo menos, en sede del art. 81.1 y 2, inciso primero, TFUE, no hay un mandato imperativo en esa dirección. Dependerá de los ámbitos materiales en los que se vaya introduciendo. Pues, por ejemplo, el reconocimiento mutuo de las parejas registradas supone admitir el «certificado» registral que expida la autoridad de origen. Puede ser conveniente o, como se entiende en el Programa de Estocolmo, se introducirán cuando sea «necesario» ⁽⁴⁶⁾. De hecho es ésta la opción escogida y los últimos resultados así lo avalan (R 4/2009 para el reconocimiento de la obligación de alimentos en el ámbito familiar, precisamente para las decisiones que hayan sido dictadas sobre la base del Convenio de La Haya de 23 de noviembre 2007, sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias), como también los proyectos en curso («certificado sucesorio europeo» en la Propuesta de Reglamento en materia

de sucesiones presentada el 14 de octubre de 2009). De generalizarse, se habrá alumbrado una innovación metodológica determinada por esa relación de complementariedad entre el reconocimiento mutuo y el DIPr. «tradicional» ⁽⁴⁷⁾.

(C) Finalmente, el reconocimiento mutuo en su reformulación actual puede superar el rechazo que ha generado en sus orígenes derivado, como es sabido, de la supresión de la cláusula de orden público en el Estado requerido como mecanismo último de defensa frente a la decisión extranjera ⁽⁴⁸⁾. En efecto, al aparecer formalmente vinculado al derecho fundamental a la tutela judicial (recogido en art. 47 Carta DF) tal y como disponen los arts. 67.4 y 81.2 e) TFUE, permitiría cerrar el paso a la principal distorsión que conlleva: la eventual vulneración del derecho a la tutela judicial y, en particular, de la posición del demandado en el proceso principal. Y es que si los derechos fundamentales forman parte del Derecho primario (art. 6.1 TUE), pueden resultar directamente invocables por los particulares en el ámbito interno y en el ámbito europeo. Y el derecho a la tutela judicial gravita directamente sobre las situaciones litigiosas en las que donde se proyecte el reconocimiento mutuo ⁽⁴⁹⁾. Sin olvidar que sobre el ordenamiento de la Unión Europea se superpone la más poderosa estructura regional de interpretación y protección de los Derechos y Libertades fundamentales, el Convenio de Roma de 1950, cuyo art. 6 siempre podría ser invocado.

Pues bien, llegados a este punto, lo que parece insalvable es que la concepción que un ordenamiento nacional posee sobre el contenido del derecho a la tutela judicial tenga que coincidir exactamente con la de un legislador extranjero, por más que nos hallemos en un área de integración supranacional. A las cautelas señaladas, hay que agregar otras cláusulas de garantía.

(D) Una salvaguarda innovadora, de orden general, viene determinada por la posible evaluación de su aplicación que

tendrían que ejecutar los Estados miembros en colaboración con la Comisión (art. 70 TFUE), pendiente de desarrollo.

(E) Novedad es también la consolidación en el Tratado de la adopción de medidas destinadas a promover la formación conjunta de magistrados y personal al servicio de la administración de justicia de los Estados miembros [en el nuevo art. 81.2 h) TFUE]. Útil, desde luego, para la finalidad general del ELSJ en orden a la conformación de una «Cultura judicial europea». Si el reconocimiento mutuo de decisiones precisa sobre todo fomentar la confianza sobre lo actuado por autoridades extranjeras, qué duda cabe que potenciar la cooperación desde este ángulo puede contribuir a avanzar en unos parámetros de deontología más próximos. Una medida tan sabia como lenta en resultados. Cuenta con desarrollos significativos en el ámbito civil, desde finales de los noventa a través de la llamada Red Judicial Europea, creada por decisión en 2001, modificada en 2008 ⁽⁵⁰⁾ y específicamente contemplada por el Tratado de Lisboa [art. 81. 2 h) TFUE].

En esta misma línea son interesantes los desarrollos de la Red Judicial Europea, también anteriores a la entrada en vigor del Tratado, en orden a facilitar el acceso a la justicia de los ciudadanos. Destaca la Resolución del Consejo relativa a la creación de una Red de cooperación legislativa entre los Ministerios de Justicia de los Estados miembros o primera piedra de un edificio orientado a implantar un sistema electrónico de acceso a la justicia (un sistema *e-justice*) ⁽⁵¹⁾ que tanto facilitaría, por ejemplo, la aplicación de las normas de DIPr. en los supuestos de remisión a un ordenamiento distinto de la ley del foro; o la interconexión gradual entre los registros nacionales aún en fase de estudio. Son pasos importantes para facilitar el conocimiento de los ordenamientos y las estructuras administrativas y judiciales de los Estados miembros.

(F) Por último, conviene destacar como novedad la perfecta simetría con otra preocupación de orden general y es la de facilitar el acceso a la justicia, recogida en el Programa de Estocolmo como uno de los «beneficios de un Espacio judicial

europeo para los ciudadanos». En esta perspectiva no es desdeñable la contribución real y potencial del reconocimiento mutuo: desde la reducción de los tiempos al abaratamiento de los costes consustancial a la obtención de una decisión «certificada» en origen y susceptible de producir sus efectos sin ninguna otra condición adicional en los demás Estados miembros.

V. ÁMBITO MATERIAL: AMPLIACIÓN

La cooperación judicial civil tal y como aparece configurada en el Título V no se limita a diseñar la acción del reconocimiento mutuo y su ámbito, extendido a las decisiones extrajudiciales, así como a las medidas, ya vistas, que necesaria u oportunamente lo acompañen. Al mismo tiempo el juego conjunto de los arts. 67.4 y 81 TFUE mantiene el fundamento de la competencia comunitaria para regular sectores en los que ya existen desarrollos normativos importantes, como la notificación y el traslado de documentos o la obtención de pruebas. Dicha base competencial se extiende *ex novo* para el desarrollo de métodos alternativos de solución de controversias⁽⁵²⁾.

Destaca, una vez más, la ausencia de una lista de materias en las que las instituciones pretendan intervenir, lo cual indica *sensu contrario* que la intervención comunitaria en orden, por ejemplo, a «garantizar la compatibilidad» de normas de conflicto está deliberadamente abierta. Esto encaja perfectamente con la filosofía del ELSJ, tendencialmente orientado a abarcar todas las materias relacionadas con el desarrollo de la Libre circulación de personas para consolidar un Espacio de justicia europeo⁽⁵³⁾. Por su parte, el Programa de Estocolmo aclara que dicho proceso «debería proseguir» en ámbitos en los que sea necesario, como la separación y el divorcio, aunque podría extenderse asimismo al derecho de sociedades, los contratos de seguros o los valores negociables. En suma, todo un programa para los próximos años.

VI. LA TERRA INCÓGNITA

Parece que el dato más significativo es la articulación de una competencia normativa sin límite alguno, que derivaría de la lectura conjunta del art. 81.2 letra e), pues al disponer que «A los efectos del apartado 1... se podrán adoptar

medidas para garantizar... una tutela judicial efectiva», hay que descartar, como ya se ha dicho, que dichas «medidas» estén destinadas únicamente a corregir los efectos perversos del mutuo reconocimiento. No creo que sea ésta la interpretación correcta.

Una de las cuestiones sobre la que se cierne la duda es si el total de medidas contempladas en el párrafo 2 del art. 81 TFUE van necesariamente vinculadas con el reconocimiento mutuo o pueden ser adoptadas para operar aisladamente. Esto es, si se podría llegar a la adopción de un Reglamento exclusivamente referido a unificación de normas de conflicto sin tener en cuenta la dimensión del reconocimiento de las decisiones dictadas en su aplicación.

A esa previsión responde el art. 81.2 c) TFUE [que reproduce en términos idénticos el art. 65 b) Tratado de Ámsterdam]. Esa disposición, como es sabido, presupone que las divergencias de un sistema estatal de DIPr. a otro pueden ser obstáculos a la libertad de circulación y no puede ser otra la idea subyacente en la norma cuando propone «garantizar la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros sobre conflictos de leyes y de jurisdicción». Una expresión, «garantizar la compatibilidad», deliberadamente ambigua tal vez por la flexibilidad que propicia de entrada y que, habiendo resultado inmune a la crítica doctrinal permanece (casi) inalterada, como no se quiera ver un mayor nivel de compromiso por parte de las Instituciones al sustituir el término «fomentar» por el de «garantizar» (con el que se abre el párrafo 2, art. 81 para todas las medidas enumeradas). Si en apariencia sugiere una atribución de competencia muy amplia⁽⁵⁴⁾, no faltaban opiniones contrarias que le asignaban un significado muy restrictivo⁽⁵⁵⁾.

Los antecedentes avalarían la idea de que dichas «medidas» (por ejemplo relativas a la unificación de normas de conflicto) pueden desarrollarse con independencia de que acompañen al reconocimiento mutuo en un ámbito hipotético. De modo que si el objetivo del ELSJ en cooperación civil es «facilitar la tutela judicial» (art. 67.4) y si no es exigible esa relación de complementariedad con el reconocimiento mutuo, el art. 81.2 e) TFUE al prever la adopción de medidas que garanticen la tutela judicial efectiva constituye una cláusula competencial abierta que permite al legislador avanzar en la cooperación civil sin límite material alguno. Se abre la puerta a un proceso de consecuencias insospechadas para el DIPr. Estatal pues, como señalamos a continuación, tiene repercusiones sobre el ámbito externo del ELSJ.

En suma, el Tratado de Lisboa es continuista al incorporar todos los desarrollos anteriores ejecutados en aplicación de los arts. 61 y 65 del Tratado de Ámsterdam. Aquél dio lugar a una revolución para el DIPr. de los Estados miembros. El Tratado de Lisboa es un paso más en esa tendencia. La principal innovación vendría determinada por la consolidación de lo existente y la firme voluntad de avanzar hacia un Espacio europeo de justicia con el doble objetivo de asegurar la tutela judicial de las personas sin renunciar a la diversidad. El Espacio de justicia para las relaciones privadas intracomunitarias es un desafío y, en parte, una realidad. La cuestión más crítica que deja sin respuesta es ésta: ¿Cuál es el futuro del DIPr. estatal con una competencia comunitaria ilimitada *ratione materiae* y con fuerte influencia externa *ratione territorii*? ⁽⁵⁶⁾.

- (1) Este trabajo forma parte del Proyecto de investigación SEJ 2007-67381. Derecho civil internacional: pluralidad e interacción de normas internacionales.
- (2) Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa, el 13 de diciembre de 2007, DOUE núm. C 306/2001 de 17 diciembre 2007; versión consolidada, DOUE, C83, de 30 de febrero de 2010, y C84, de 30 de marzo de 2010
- (3) Sobre el ELSJ en general y en la configuración del Tratado de Lisboa deben consultarse: F. ALDECOA/M. GUINEA La Europa que viene: el Tratado de Lisboa, 2.^a ed. M. Pons, Madrid, 2010; S. CARRERA /F. GEYER «El Tratado de Lisboa y un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia: excepcionalismo y fragmentación en la Unión Europea», RDCE, núm. 29, enero/abril 2008, págs. 133-162; A. MANGAS/J. LIÑÁN «El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia», Instituciones y Derecho de la Unión Europea, Cap. 25, 5.^a, Tecnos, 2006, págs. 717-746. J. MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, «El nuevo Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en el Proyecto de Constitución para Europa», Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo (Coord. A. RODRÍGUEZ CARRIÓN/E. PÉREZ VERA), Univ. Córdoba/Sevilla/Málaga, 2005, t. II, págs. 858-877; id., Tratado de Lisboa. Estudio Preliminar (www.realinsitutoelcano.es), págs. 1-33; A. DEL VALLE GÁLVEZ, «Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en el Tratado de Lisboa», en El Tratado de Lisboa: la salida de la crisis institucional, (Coord. J. MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES), Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho internacional y Relaciones Internacionales, Madrid 17 y 18 de diciembre 2007, Iustel, 2008, págs. 417-435; id., «Inmigración, extranjería y fronteras en la Unión Europea. Cinco problemas conceptuales», Fronteras exteriores de la UE e inmigración a España: relaciones internacionales y Derecho (coord. J. FORNER), Cuadernos Escuela Diplomática, 33, Tirant lo Blanch, 2007, págs. 43-80; id., La refundación de la libre circulación de personas, Tercer Pilar y Schengen: el Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia», RDCE, 1998, núm. 3, págs. 41-78.
- (4) Figuraba en el art. 2 del Tratado de Ámsterdam.

(5) Sobre la evolución hasta ese momento debe consultarse J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, «El espacio de libertad, seguridad y justicia consolidado por la Constitución europea», LA LEY, núm. 6097, 2004, págs. 1-24. La sustancial coincidencia entre el Tratado de Lisboa y el proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, es una tesis muy extendida; entre nosotros: F. ALDECOA/M. GUINEA, La Europa que viene: el Tratado de Lisboa, op. cit., nota 2, págs. 195-205; T. CORTHAUT, «Plus ça change, plus c'est la même chose? A Comparison with the Constitutional Treaty», Maastricht Journal of European and Comparative Law, 2008, vol. 15, núm. 1, págs. 21 ss.

(6) Sobre la cooperación judicial civil es obligada la selección dado que la bibliografía es inabarcable en los distintos aspectos; cabe citar, entre otros muchos: J. J. ÁLVAREZ RUBIO, «El futuro espacio judicial europeo», La constitucionalización del proceso de integración europea, Cuadernos Escuela Diplomática, núm. 9, Madrid, 2005, págs. 169-193; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, «El Espacio de libertad, seguridad y justicia consolidado por la Constitución Europea», La Ley, núm. 6097, 2004; J. L. IGLESIAS BUHIGUES, «Espacio de libertad, de seguridad y de justicia», Cuadernos de Integración Europea, marzo 2006, págs. 34-46 (<http://www.cuadernosie.info>). En la doctrina extranjera, S. LEIBLE/A. STAUDINGER, «El art. 65 TCE: ¿carta blanca de la Comunidad Europea para la unificación del Derecho internacional privado y procesal», AEDIPr, t. 1, 2001, págs. 89-115; O. REMIEN «European Private International Law, The European Community and its emerging area of freedom, security and justice», CMLR, 38, 2001, págs. 53 y ss. En el Tratado de Lisboa: H. AGUILAR GRIEDER, «La cooperación judicial internacional en materia civil en el Tratado de Lisboa», Cuadernos de Derecho transnacional (marzo 2010), vol. 2, núm. 1, págs. 301-331 (www.uc3m.es/cdt); A. BORRÁS RODRÍGUEZ, «La cooperación judicial en materia civil», El Tratado de Lisboa: la salida de la crisis institucional, (Coord. J. MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES), Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho internacional y Relaciones Internacionales, Madrid 17 y 18 de diciembre 2007), Iustel, 2008, págs. 437-450; id., «Las perspectivas de la cooperación judicial civil», La Presidencia española de la Unión Europea en 2010: Propuestas para una agenda ambiciosa, (coord. F. ALDECOA/L. N. GONZÁLEZ/ M. GUZMÁN), Cuadernos Escuela Diplomática, 38, M. Pons, 2009, págs. 365-380; S. POILLOT-PERUZZETO, «Le défi de la construction de l'espace de liberté, de sécurité et de justice», Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Liber Amicorum Hélène Gaudemet-Tallon, Dalloz, Paris, 2008, págs. 581-599.

(7) Como así se vaticinaba hace ya unos años, cf. A. MANGAS/J. D. LIÑÁN, Instituciones y Derecho de la Unión Europea, op. cit., nota 2, pág. 719.

(8) Su título no puede ser más indicativo: «El Programa de Estocolmo: una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano» (utilizo el Documento del Consejo de la Unión Europea núm. 17024/09, de 2 de diciembre de 2009). El Plan de Acción 2010-2014 está pendiente de aprobación por la Presidencia española.

(9) Vid. «La Constitución europea y el Derecho internacional privado comunitario: ¿Un Espacio europeo de justicia en materia civil complementario del mercado interior?», REEI, núm. 9, 2005, págs. 1-5, espec. págs. 2-3 (www.reei.org).

(10) H. AGUILAR GRIEDER, «La cooperación judicial internacional en materia civil...», op. cit., nota 5, pág. 319.

(11) J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, «La Constitución Europea y El Derecho internacional privado comunitario...», cit. supra. espec. pág. 2.

(12) Al hilo del examen del art. III 269 del tratado por el que se estable(cía) una Constitución para Europa, J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, «La Constitución Europea y El Derecho internacional privado comunitario...», cit. supra. espec. pág. 2.

(13) A. BORRÁS, «Significado y alcance del Espacio judicial europeo en materia civil: hacia la reforma del Título IV TCE», Noticias UE, 2003, 225, págs. 11 ss.

(14) La Directiva CE 2004/38 sistematizó el acervo comunitario existente en esta materia, muy desarrollado por la jurisprudencia del TJUE. Son beneficiarios, además de los nacionales que se desplazan de un Estado miembro a otro en ejercicio de la libre prestación de servicios, el derecho de establecimiento o un trabajo por cuenta ajena, sustancialmente la Directiva se refiere a personas con suficiencia de medios que se desplazan de un Estado a otro, a quienes se desplazan por un periodo inferior a tres meses, a quienes se desplazan por un periodo superior a tres meses pero inferior a cinco años, a los familiares de quienes ostentan las libertades anteriores y, finalmente, a los estudiantes.

(15) Beneficiarios de la libertad de circulación, quienes estén legalmente establecidos vid., Directiva 2003/109, del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, por la que dentro de ciertas condiciones, se extiende la libertad de circulación a los extranjeros legalmente residentes después de cinco años. Por esta norma se dio paso en el derecho derivado a la orientación que propugnaba la asimilación con los extranjeros legalmente establecidos en los Estados miembros (vid., E. PÉREZ VERA, «Citoyenneté de l'Union européenne. Nationalité et condition des étrangers», R. des C, t. 261, 1996, págs. 251-425, espec. págs. 394-418).

(16) Así, el R 2201/2003 se refiere exclusivamente a la ruptura del vínculo mientras que el art. 22 LOPJ tiene un ámbito material más amplio. En la SAP de Murcia de 12 mayo 2003, pese la nacionalidad (marroquí) común de los litigantes es la residencia habitual (en Murcia) determinante de la aplicación del Reglamento CE 2201/2003 para las causas matrimoniales; en cambio en la SAP de Málaga de 10 febrero 2005 la nacionalidad marroquí de las partes hace imposible la aplicación del Reglamento (vid. A. P. ABARCA JUNCO/M. GÓMEZ JENE, «Auto de la AP de Valladolid núm. 82/2007, de 10 de abril y Auto de la AP de Barcelona núm. 27/2008, de 28 de enero: Competencia judicial internacional. Ámbito de aplicación personal del Reglamento 2201/2003», REDI, Vol. LX, 2008, págs. 221-223). Pero no son las únicas decisiones.

(17) Estas dificultades explican, tal vez, que en algunos actos normativos el legislador haya optado por precisar el carácter «transfronterizo» de las situaciones reguladas, decantándose por un criterio objetivo pero restrictivo como es la presencia de domicilio o residencia de una de las partes en estado miembro distinto de aquel estado miembro en que se desarrolla el litigio (art. 3.1 R 1896/2006, sobre proceso monitorio europeo).

(18) A. BORRÁS «La cooperación judicial en materia civil», El Tratado de Lisboa: la salida de la crisis constitucional, op. cit. supra. nota 5, espec. págs. 441-442.

(19) Una exigencia denunciada por J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, «La Constitución Europea y el Derecho internacional privado comunitario...», op.cit. espec. Pág. 2.

(20) Cf. A. BORRÁS, «La cooperación judicial en materia civil», El Tratado de Lisboa: la salida de la crisis constitucional», op. cit. nota 5, núm. 2; S. LEIBLE/A. STAUDINGER, «El art. 65 TCE:...», op. cit., nota 5, págs. 98-99.

(21) La posición de la Comisión a este respecto viene expresada en su Comunicación de 10 junio de 2009 sobre «Un espacio de libertad, seguridad y justicia al servicio de los ciudadanos», Doc. COM 2009, 262 final. Y la intención no es otra que avanzar incluso al coste de generar una mayor fragmentación, como se pone de manifiesto en la Propuesta de Decisión del Consejo por la que se solicita la autorización de cooperación reforzada para en materia de ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, presentada el 30 de marzo de 2010 (Doc. COM 2010 105 final) que, de aprobarse, sólo requerirá una mayoría cualificada (no la unanimidad ni el control previo de los parlamentos nacionales).

(22) DOCE núm. C 12, de 15 enero 2001, pág. 1.

(23) El art. 81 estará dotado de todos los atributos del principio de la primacía del derecho europeo, aunque éste no aparezca recogido en la letra del Tratado pero sí establecido por la jurisprudencia comunitaria a partir del célebre asunto 6/64, Costa-Enel. Se trata éste de principio de naturaleza relacional y no necesariamente de jerarquía, (cf. E. LINDE PANIAGUA, El sistema de competencias de la Unión Europea en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, Colex, Madrid, 2006, pág. 44) susceptible de provocar la intervención del Tribunal de Justicia para determinar si procede o no la aplicación de una determinada norma de la Unión. Mientras no se pronuncie el TJUE el tribunal nacional no puede anularla ni dejar de aplicarla. Así, entre otras consecuencias, el art. 81 a partir de ahora podrá intervenir como parámetro de control de aplicabilidad (no de validez) de la norma nacional (por ejemplo que impida o restrinja el reconocimiento mutuo; pero ¿sólo en los ámbitos armonizados?) y eventualmente de la normativa europea de desarrollo frente al Derecho primario (vid., sobre la construcción en la jurisprudencia L. A. BORRAa. Estudio Preliminar, M. DÍEZ-PICAZO, La naturaleza de la Unión Europea, Civitas, Madrid, 2009, págs. 184 y ss.).

(24) La incorporación y expansión en el ordenamiento comunitario la estudié en «El principio del reconocimiento mutuo: ¿Un nuevo modelo para el Derecho internacional privado comunitario?», RDCE, 1998, núm. 3, págs. 137-170; también M. GARDEÑES SANTIAGO La aplicación de la regla del reconocimiento mutuo y su incidencia en el comercio de mercancías y servicios en el ámbito comunitario e internacional, Eurolex, Madrid, 1999, espec. págs. 209-226. El peso de la perspectiva económica en su proceso de expansión es fundamental, vid. L. TSOUKALIS, ¿Qué Europa queremos? Los retos políticos y económicos de la nueva Unión Europea, Paidós, Barcelona, 2004, págs. 119-129; también en «La superación del exequátor en el Espacio Judicial Europeo. Decisiones relativas a derecho de visita y obligación de alimentos», Cursos de Derecho internacional y Relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz, 2006, espec. núms. 6-9 y las referencias doctrinales allí recogidas; J. A. GUTIÉRREZ FORNS, «Las cláusulas de reconocimiento mutuo: la perspectiva comunitaria del derecho nacional», REEI, núm. 10, (www.reei.org).

(25) Desde esta perspectiva A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, «La europeización de decisiones de Derecho privado», REDI, 2008, 1, págs. 39-60; F. GARAU SOBRINO, «La declaración de ejecutividad automática. ¿Hacia una nueva teoría general del exequátor?», AEDIPr, t. IV, 2004, págs. 91-116; J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, «Reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales extranjeras y respeto de los derechos humanos relativos al proceso», Soberanía del Estado y Derecho internacional. Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo (coord. A. RODRÍGUEZ CARRIÓN/E. PÉREZ VERA), Univs. Córdoba-Sevilla, 2005, t. II, págs. 695-716; M. GUZMÁN ZAPATER, «Un elemento federalizador para Europa: el reconocimiento mutuo en el ámbito del reconocimiento de decisiones», RDCE, 10, 2001, págs. 405-438; P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, «Repercusiones del

reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en los sistemas autónomos: excesos y carencias», AEDIPr, t. VI, 2006, págs. 481-502.

(26) Así, respecto a las decisiones sobre derecho de visita y restitución de menores tal y como se configura en los artículos 40 y siguientes del Reglamento 2201/2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento 1347» (DOUE núm. L 33, de 23 de diciembre de 2003). El ordenamiento español se ha adaptado a algunos de sus extremos por Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios, disposición final cuarta, art. 2, BOE núm. 134, de 6 de junio 2006. Hay otros tres procedimientos especiales relativos al cobro de cantidad el Reglamento 805/2004, por el que se establece un Título Ejecutivo Europeo para créditos no impugnados, de 21 de abril 2004 (DOUE núm. L 143/15, de 30 de abril 2004); art. 19, Reglamento 1896/2006, de 12 diciembre 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo (DO núm. L 399, de 30 diciembre 2006); art. 20 Reglamento 861/2007, de 11 de julio 2007, por el que se establece un procedimiento europeo de escasa cuantía (DOUE núm. L 199/1 de 31 de julio 2007). En relación con ciertas decisiones sobre obligación de alimentos vid. arts. 17 a 21 Reglamento 4/2009, de 18 diciembre 2008, relativo a la competencia, ley aplicable y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligación de alimentos (DOUE núm. L 7, de 10 enero 2009)

(27) Sobre su presencia en este ámbito, que aparecen ampliamente recogidos y tratado en M. de HOYOS SANCHO, «El principio de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea: ¿asimilación automática o corresponsabilidad?», RDCE, 22, 2005, págs. 807-842.

(28) Cf. J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, «Reconocimiento y ejecución», op. cit. supra, pág. 706.

(29) Sobre éste, el primero de los instrumentos que introduce una regulación completa, vid., entre otros muchos, F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, El Título Ejecutivo Europeo, Civitas, 2006; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ/M. J. PRIETO JIMÉNEZ, «La supresión del exequátor en Europa: El Título ejecutivo europeo», LA LEY, núm. 6151, 21 diciembre 2004; C. OTERO GARCÍA CASTRILLÓN, Cooperación judicial civil en la Unión Europea. El cobro de las deudas, Dykinson, Madrid, 2007.

(30) El debate se está planteando en este momento con toda su agudeza vista la perspectiva de reforma del Reglamento 44/2001, orientada en parte a la supresión del exequátor; vid., «Libro verde sobre la revisión del reglamento CE 44/2001, relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil», Doc. COM (2009) 175 final, de 24 abril 2009; P. SCHLOSSER, «The Abolition of exequátor Proceedings-Including Public Policy review?», IPRax, 2, 2010, págs. 101-105.

(31) M. GARDEÑES SANTIAGO «Reconocimiento mutuo y principio de Estado de origen: su incidencia en el ámbito del derecho aplicable» El Tratado de Lisboa: la salida de la crisis constitucional, cit. nota 2, págs. 521-536, espec. 535.

(32) Cf. A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, «La europeización de decisiones de derecho privado», op. cit., págs. 43-44.

(33) Loc. cit. supra, nota 25.

(34) Loc. cit. supra, nota 25.

(35) Loc. cit. supra, nota 25.

(36) DOUE núm. L 7, de 10 de enero 2009.

(37) Sobre esto, M. HERRANZ BALLESTEROS, «El Reglamento núm. 2201/2003: Alcance de la reforma en materia de sustracción internacional de menores en el espacio judicial europeo», Aranzadi civil, núm. 13, noviembre 2004, págs. 13-35; P. JIMÉNEZ BLANCO, *Litigios sobre custodia y sustracción internacional de menores*, M. Pons, Madrid, 2008.

(38) Yo misma he creído que el Reglamento avanza en este punto respecto del mecanismo del Convenio de La Haya y hoy me parece un exceso al que no veo justificación. Así por ejemplo, conforme a su art. 11.4 no pueden invocarse los motivos excepcionales que el Convenio de 1980 tenía previstos (art. 13) para impedir la restitución del menor (por ejemplo grave perjuicio para el menor desplazado) asumido que en un Espacio judicial integrado no se pueden permitir ese tipo de excepciones; además, en la hipótesis en que el menor es trasladado desde un EM (Austria) a otro EM (España), y en este segundo país (España) se rechaza la restitución conforme al artículo 13 del Convenio de La Haya, el titular de la guarda puede instar un nuevo procedimiento sobre el fondo en el país residencia habitual menor (Austria); en el supuesto en que gane, esa decisión obtendrá la ejecución sin exequáтур en España (país que habría rechazado la restitución) y la restitución del menor se hará efectiva. Es de esperar que los casos con motivos más flagrantes de no restitución, tales motivos puedan ser invocados en el nuevo procedimiento sobre el fondo cerrando el paso a la 2.^a orden de restitución (cf. P. JIMÉNEZ BLANCO, *Litigios sobre custodia...*, op. cit., pág. 206. También en sentido crítico M. REQUEJO ISIDRO, «Secuestro de menores y violencia de género en la Unión Europea», AEDIPr, t. VI, 2006, págs. 179-194

(39) Sobre esto, P. SCHLOSSER, «The Abolition of exequáтур Proceedings —Including Public Policy review?», op. cit., supra, págs. 101-105.

(40) La cita es de VOGEL y la tomo de M. de HOYOS SANCHO, «El principio de reconocimiento mutuo», op. cit. supra, pág. 815, nota 42.

(41) M. FALLON, «L'exception d'ordre public face à l'exception de reconnaissance mutuelle», *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato*. Liber Fausto Pocar, Giuffrè edit., 2009, págs. 331-343, espec. 341.

(42) Vid. supra, nota 29.

(43) Cdos. 14 y 15 R 4/2009.

(44) Imprescindible, bien que desde la óptica del análisis económico del Derecho, F. J. GARCIMARTÍN, «La racionalidad económica del derecho internacional privado», Cursos de Derecho internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria Gasteiz, 2001, págs. 87-154, espec. pág. 119(id., más ampliamente, «Regulatory competition: A Private International Law Approach», *European Journal of Law and Economics*, 8, 1999, págs. 251-270). En el mismo sentido C. KOHLER, «Lo Spazio giudiziario europeo in materia civile e il diritto internazionale privato comunitario», *Diritto internazionale privato e Diritto comunitario*, a cura di Paolo Picone, Cedam, 2004, págs. 65-94, espec. pág. 80.

(45) Meridianamente claro, Cdo. Núm. 24 R 4/2009.

(46) En este sentido no hay un gran cambio: la necesidad de vertebrar unificación conflictual y mutuo reconocimiento no se percibe como cuestión central ahora, como tampoco se afirmaba en el Programa de medidas de 2001.

(47) Hace más de diez años, el profesor J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, con esa visión aguda que siempre tuvo para el Derecho, intuía y enseñaba cómo el reconocimiento mutuo podía ser «un nuevo modelo para el DIPr», idea que tomó para el título de mi trabajo «El principio del reconocimiento mutuo: ¿un nuevo modelo para el Derecho internacional privado comunitario?», loc. cit. supra. Por entonces, parecía una «amenaza» para la supervivencia del método conflictual pues podía consolidarse como técnica alternativa en la solución de los llamados conflictos de leyes (espec. pág. 151); de hecho, así estuvo a punto de ocurrir en las negociaciones sobre la Directiva de servicios, pues el principio de control por el país de origen se extendía también al régimen de los contratos destruyendo el Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales. El tiempo ha confirmado aquella primera intuición y no es exagerado afirmar que en su reformulación actualiza y revitaliza el (viejo) método del conflicto de leyes y de jurisdicciones y en este sentido, al complementar su funcionamiento pasa a formar parte del DIPr.

(48) Éste es el centro de gravedad del debate; la literatura es muy amplia: vid., en general, A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, «La europeización de decisiones de Derecho privado», op. cit. supra. págs. 47-50; como exponente de posición radicalmente contraria al reconocimiento mutuo, cabe citar L. D AVOUT, «La circulation automatique des tigres exécutoires imposée par le règlement 805/2004 de 21 avril 2004», Rev.cr.dr.int.pr., 2006, núm. 1, espec. pág. 41; en cambio, sin mostrar reservas a la supresión de la cláusula de orden público y con potente argumentación, F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, El Título ejecutivo europeo, op. cit. supra, págs. 186-190.

(49) La Carta clarifica la situación desde este ángulo al afirmarse (art. 47) que «Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo». Pero existía ex ante una amplia construcción jurisprudencial del Tribunal de Justicia aplicando el art. 6.1 CEDH de 1950 como principio general del Derecho comunitario. Sobre el contenido del derecho a la tutela judicial vid., M. LÓPEZ ESCUDERO, «Título VI. Justicia», Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo (dir. A. MANGAS MARTÍN), Fundación BBVA, 2008, págs. 737.

(50) Decisión 2008/976/JAI del Consejo, de 16 de diciembre 2008, sobre la Red Judicial Europea, DOUE, núm. L 348, de 24 diciembre 2008.

(51) Resolución del Consejo 2008/C 326/01, DOUE de 20 de diciembre 2008, destinada, entre otros fines a «facilitar a los miembros de la red, a petición suya, una información legislativa y jurisprudencial coherente y actualizada sobre temas específicos».

(52) Directiva 2008/52, de 21 de mayo 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles

(53) Cf. A. MANGAS/J. D. LIÑÁN, Instituciones y Derecho de la Unión Europea, cit. supra nota 2, pág. 724.

(54) Cf. A. BORRÁS, «La incidencia de la comunitarización del derecho internacional privado en la elaboración de Convenios internacionales», Estudos em Homenagem à Professora Doutora I. De Magalhaes Collaço, vol. I, ed. Almedina, 2002, págs. 45-77, pág. 53.

(55) Cf. O. REMIEN «European Private International Law», op. cit. nota 5, pág. 77.

(56) Desde una perspectiva ferozmente crítica por el cariz federal que ha tomado la intervención europea en el ámbito del DIPr. Y. LEQUETTE, «De Bruxelles a La Hay (Acte II), Réflexions critiques sur la compétence communautaire en matière de Droit International privé», Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Liber Amicorum Hélène Gaudemet-Tallon, Dalloz, Paris, 2008, págs. 503-544, espec pág. 533; asimismo P. FOIS, «La comunitarizzazione del diritto internazionale privato e processuale. Perplessità circa il carattere «definitivo» del trasferimento di competenze dagli Stati membri all Comunità», Nuovi strumenti del diritto internazionale privato. Liber Fausto Pocar, Giuffrè ed., 2009, págs. 343-358.