

**Seminarios wiki interactivos de
Derecho Internacional Privado
(Proyecto de Innovación Docente
ID 9 /142)**

**Pfra. Dra. D^a. Antonia Durán Ayago
Asignatura: Derecho Internacional
Privado**

Curso y Grupo: 5º III

Curso 2009/2010

Seminarios wiki interactivos de Derecho Internacional Privado

(Proyecto de Innovación Docente ID 9/142)

PROPUESTA

Implantación de metodologías activas de aprendizaje
Diseño de contenidos docentes y audiovisuales en abierto o en el campus virtual

¿En qué consiste el proyecto?

A través de la plataforma Studium, me propongo diseñar cuatro seminarios especializados, utilizando la herramienta wiki. Realizaré a mis alumnos/as, a principios de curso, una propuesta de temas de interés jurídico y social comprendidos en el objeto de la asignatura Derecho internacional privado (ej.: aplicación judicial en España del Derecho extranjero; tratamiento de los matrimonios de conveniencia; la determinación de la filiación en el fenómeno de las madres de alquiler; reconcomiento de adopciones internacionales; especial tratamiento de la kafala; regímenes matrimoniales en el mundo islámico; pensiones de viudedad en matrimonios poligámicos, etc) para decidan sobre qué materias les interesaría más tratar/trabajar.

Los cuatro temas más votados se formularán en seminarios interactivos en que los/las estudiantes van a tener que trabajar añadiendo información a la wiki creada, partiendo de unas informaciones previas y líneas de referencia que les proporcionaré. Los seminarios tendrán un cronograma de desarrollo que proporcionaré junto con los temas elegidos y que irá parejo a la explicación de los conceptos teóricos necesarios para participar en ellos con el máximo aprovechamiento.

Cada seminario interactivo culminará con un seminario presencial impartido por un especialista en la materia, en el que los/las estudiantes que hayan intervenido en él, podrán preguntar sobre aquellas cuestiones que mayor interés les hayan suscitado, al tiempo que tendrán un nivel de conocimientos adecuado sobre la materia para poder interactuar con el profesor que imparta el seminario.

En este sentido, para realizar la memoria económica, he tomado como referencia el número de cuatro profesores de distintas Universidades españolas que, según la materia, participarían en cada uno de estos cuatro seminarios con una duración máxima cada uno de ellos de dos horas.

Objetivos:

Los objetivos de este proyecto no son nada ambiciosos, si partimos de la premisa de que no todos los/las estudiantes que asisten a clase con asiduidad van a querer participar en esta iniciativa, por la renuencia y/o falta de costumbre a implicarse en este tipo de actividades. Pero soy consciente de que siempre existe un grupo de estudiantes activos que no sólo estarán interesados en participar sino que aportarán resultados muy sugerentes a esta propuesta. Resumiendo, los objetivos que me propongo con esta iniciativa docente son:

1. Potenciar el aprendizaje autónomo del estudiante
2. Prestar atención a sus inquietudes, siendo ellos/as los/las que elijan los temas

que van a ser objeto de tratamiento, entre una lista de temas que les proporcionaré a principios de curso

3. Buscar información sobre los temas planteados en un triple orden: realidad social, normativa interna y comparada, jurisprudencia

3. Ser capaces de construir información sobre una materia de actualidad desde la rigurosidad y desde un enfoque práctico-jurídico

5. Ser capaces de interactuar con otros profesores especialistas en las materias propuestas

Metodología:

1. Proponer en los primeros días del curso una lista de temas de entre los cuales los/las estudiantes deberán elegir cuatro

2. Dar de alta los seminarios en la plataforma Studium y abrir una wiki para cada uno de ellos con el objetivo de que vayan añadiendo información sobre el tema propuesto, incluyendo noticias periodísticas (realidad social), regulación jurídica al respecto (normativa) y tratamiento jurisprudencial de la materia.

3. Cada seminario tendrá un cronograma de realización que se acomodará a la impartición del programa de la asignatura y que se proporcionará junto con los seminarios. Cada seminario finalizará con un seminario presencial que impartirá un profesor especialista en la materia tratada.

4. Al finalizar el curso, los/las participantes en esta actividad realizarán una encuesta para valorar el grado de satisfacción de la actividad realizada

5. Cada alumno/a, con carácter opcional, podrá realizar un trabajo personal sobre cualquiera de las materias tratadas en los seminarios, que podrá aportar hasta un punto en la calificación final de la asignatura

Resultados esperados:

1. Implicar al estudiante en los temas de la realidad que regula el Derecho internacional privado

2. Crear información y generar conocimiento sobre la materia planteada

3. Interactuar con los compañeros y con el profesor de la asignatura, además de con los profesores de otras Universidades que participarán en esta iniciativa

4. Profundizar en el conocimiento de los temas planteados, lo que repercutirá directamente en una mejor comprensión de la asignatura cursada.

Seminarios wiki interactivos de Derecho Internacional Privado

(Proyecto de Innovación Docente ID 9 /142)

Pfra. Dra. ANTONIA DURÁN AYAGO

Temas:

Parte Primera (temas 1 a 6)¹

- Función del Derecho internacional privado**
- Implicaciones del espacio judicial europeo en el Derecho internacional privado**
- Aplicación judicial del Derecho extranjero**

Parte Segunda (temas 7 a 15)²

- Tratamiento jurídico de los matrimonios de conveniencia**
- Implicaciones de los matrimonios poligámicos**
- Determinación de la filiación en los casos de gestación subrogada (madres de alquiler)**
- Reconocimiento de adopciones internacionales en España**
- Proyección del comercio internacional para pymes**

¹ Elegir uno de los temas que se formulará como seminario y que se realizará a lo largo del primer cuatrimestre.

² Elegir tres de los temas que se formularán como seminarios y que se realizarán a lo largo del segundo cuatrimestre.

METODOLOGÍA DE LOS SEMINARIOS WIKI:

- I. La participación en los seminarios wiki NO es obligatoria.
- II. La participación activa en ellos podrá suponer hasta un punto más en la calificación final de la asignatura
- III. Podéis participar en todos o en algunos de los cuatro seminarios propuestos
- IV. Para participar en ellos, os tengo que dar de alta. **Para ello tenéis que enviarme un correo electrónico indicando los seminarios en que queréis participar**
- V. Dado que el primer seminario que vamos a realizar está comprendido en la Lección 6, no lo comenzaremos hasta que iniciemos esa lección
- VI. Sucederá lo mismo con el resto. Su realización será pareja a la explicación de la lección en que estén comprendidos
- VII. En cada seminario, señalaré unos ítems que deberéis completar. Todo ello se realizará a través de la plataforma Studium
- VIII. Durante la realización del seminario, sólo tendréis acceso a la información aquellos que estéis matriculados en el mismo. Finalizado el seminario, se pondrá a disposición de todos los alumnos del grupo
- IX. Cada seminario finalizará con una exposición presencial en clase del grupo de alumnos que haya participado en su elaboración al que podrán asistir todos los alumnos del grupo

RESULTADOS

Hemos realizado cuatro seminarios sobre los siguientes temas³:

- o Seminario Wiki I: Aplicación judicial del Derecho Extranjero: 7 alumnos (del 25 de enero al 17 de febrero de 2010).
- o Seminario Wiki II: Tratamiento jurídico de los matrimonios de conveniencia: 12 alumnos (del 18 de febrero al 10 de marzo de 2010).
- o Seminario Wiki III: Determinación de la filiación en los casos de gestación subrogada (madres de alquiler): 11 alumnos (del 11 de marzo al 10 de abril de 2010).
- o Seminario Wiki IV: Efectos en España de adopciones constituidas ante autoridades extranjeras (del 11 de marzo al 10 de abril de 2010).

Todos los seminarios, una vez realizados en una wiki de acceso limitado para aquellos alumnos que se habían matriculado en el seminario y revisados por mí, se han podido consultar en Studium por todos los alumnos matriculados en el Grupo III de 5º.

El primero de los seminarios se expuso por los alumnos que lo habían realizado en horario de clases prácticas. En él participaron además el resto de alumnos del grupo.

Los tres restantes fueron realizados en común, en una sesión que tuvo lugar el 22 de abril y en el que participó la Pfra. Dra. D^a. Pilar Blanco-Morales Limones, Catedrática de Derecho internacional privado en la Universidad de Extremadura y durante 5 años Directora General de los Registros y del Notariado.

El resultado de los seminarios realizados se adjunta a continuación.

³ Indico el número de estudiantes que ha participado en cada uno de ellos y fechas en que se ha realizado.

Seminario I: Aplicación judicial del Derecho extranjero (Lección 6)

© Seminario realizado por:

Beatriz Rodríguez Arenas

Manuel Román Mezquita

Patricio José Pedro Sabag Couchot

Jesús Salinero López

Verónica Santos Herrero

Raquel Valero Díaz

Susana Varas Zazo

I. Carácter imperativo de la norma de conflicto vs. Derecho internacional privado facultativo

Normas imperativas : denominadas normas de orden publico o normas de ius cogens. Aquella norma jurídica que posee un contenido del que los sujetos jurídicos no pueden prescindir, de manera que la regulación normativa que se haga de la materia tendrá completa validez independientemente de la voluntad del individuo.

Normas facultativas : Cuando el sujeto obligado puede optar por una conducta distinta a la prescrita en la norma.

Las normas de conflicto españolas son de carácter imperativo, así lo establece el artículo 12.6 del código civil: "los tribunales y autoridades aplicaran de oficio las normas de conflicto del derecho español". Ahora bien: La ventaja de la norma de conflicto imperativa es que favorece la realización de la función del derecho internacional privado, ya que a través de la norma de conflicto el legislador ofrece el criterio de regulación más justo; esto está íntimamente relacionado con otra función de la norma de conflicto, como es la de proporcionar soluciones iguales y equitativas , el derecho aplicable es siempre el mismo, no depende de la actitud de las partes, por tanto, ante casos iguales suscitados en diferentes países, la solución va a ser la misma.

La ventaja del derecho internacional privado facultativo es que permite prescindir de normas de conflicto erróneamente diseñadas que conducen a resultados injustos. Otra razón a favor del derecho internacional privado facultativo es la comodidad judicial, es decir, aplicar un derecho nacional es siempre mas económico, inmediato y sencillo que aplicar un derecho

extranjero, esto es así, porque el derecho extranjero hay que probarlo y el nacional no, además el derecho extranjero hay que interpretarlo con arreglo a criterios extranjeros que el tribunal no conoce y por tanto debe estudiarlos. En nuestro derecho se produce una contradicción, ya que según el art. 281.2 LEC son las partes las que deben probar el derecho extranjero, por lo que si las partes no prueban el derecho extranjero, el juez va a aplicar derecho español, esto convertiría el derecho internacional privado en facultativo y esto va en contra de lo establecido en el art. 12.6 del código civil, según el cual la autoridad debe aplicar las normas de conflicto presentes en nuestro ordenamiento jurídico obligatoriamente, si las partes obvian el elemento de extranjería presente en un litigio el juez no los va hacer caso, ya que el elemento de extranjería no es disponible para las partes ni tampoco son disponibles las normas que regulan esa situación privada internacional.

II. Preceptos legislativos

a. Régimen autónomo

Antes de la promulgación del código civil de 1889, el tribunal supremo español ya había elaborado unas reglas sobre la aplicación judicial del derecho extranjero en España en la sentencia de 21 de junio de 1864. Dichas reglas estaban basadas en la ley XV, Título XIV de la partida tercera del Rey Alfonso X El Sabio, que luego recogió la Novísima Recopilación de 1805. En el citado texto de Las Partidas se afirma que en los litigios que debían decidirse con arreglo a un derecho extranjero, las partes debían alegar y probar tal derecho extranjero. Las reglas elaboradas por el tribunal supremo se pueden resumir en tres proposiciones:

- el derecho extranjero no puede tratarse procesalmente como derecho, ya que llevaría a aceptar en España mandatos de soberanos extranjeros.
- el juzgado tiene la facultad pero no la obligación de intervenir en la prueba del derecho extranjero.
- a falta de prueba del derecho extranjero por la parte interesada el tribunal español debía fallar con arreglo al derecho material español.

Las reglas elaboradas por el tribunal supremo en el siglo XIX fueron observadas por los tribunales españoles de forma unánime durante el siglo XX, ya que el código civil de 1889 no regulaba la cuestión y no será hasta la reforma del título preliminar de 1974 cuando se introduce el art. 12.6.II CC en que se regule la cuestión en el citado código. Este art. 12.6 fue entendido por algunos en el sentido de que los jueces tenían la obligación de probar el derecho extranjero en defecto de prueba por las partes. A pesar de esto, el tribunal supremo siguió aferrándose a las tres proposiciones anteriormente enunciadas. Posteriormente, con la entrada en vigor de la Constitución Española en 1978 no se ha producido ningún cambio en la regulación autónoma de la aplicación judicial del derecho extranjero, por tanto, el tratamiento procesal del derecho extranjero sigue siendo el elaborado por el tribunal supremo en la sentencia de 21 de junio de 1864.

Incompleto: sí ha habido cambios. Art. 281 LEC y SSTs de 22 y 25 de mayo de 2001, entre otras

III. Entidad del Derecho extranjero: ¿hecho o derecho?

Naturaleza de la Ley Extranjera

La importancia de determinar la naturaleza jurídica de la ley extranjera es de especial relevancia para los siguientes aspectos:

1. Necesidad de prueba
2. Medios de prueba
3. Procedencia del recurso de casación

La doctrina y la jurisprudencia se dividen entre aquellos que opinan que la ley extranjera es un hecho, y quienes opinan que es un derecho

A.- Teorías que consideran que la Ley extranjera es un hecho

Argumentan que si la ley extranjera es obra de un legislador que no tiene facultades fuera del territorio del Estado al cual pertenece, no puede exigírsele al juez de otro Estado que lo considere como derecho y que lo conozca, pues la ley extranjera no ha sido discutida, aprobada, promulgada ni publicada como su propia ley.

Principales Teorías:

a.- Escuela de Harvard o "vested rights": (los derechos adquiridos)

Lo que aplica un tribunal no es la ley extranjera sino los derechos subjetivos que se adquieren al amparo de ella, y que deben ser reconocidos por todos los tribunales del mundo, aún cuando ellos jamás apliquen la ley extranjera que los concedió

Críticas:

No explica como se adquieren estos derechos bajo el amparo de la ley extranjera; además, deja sin explicación los casos en que, aplicándose una legislación extranjera, debe crearse una situación o relación jurídica nueva.

b.- Teoría del uso jurídico extranjero:

La lex fori ordena al juez aplicar el derecho extranjero, tal como si lo resolviera en el país de origen de la norma, indicando, por lo tanto, un hecho y no derecho, por exigir del juez la verificación de un juicio de probabilidad y no la aplicación de normas jurídicas. En definitiva deberá aplicar la ley "imitando" al juez del Estado cuya ley debe aplicar, no puede aplicarla como derecho porque jamás ha intervenido en su creación.

B.- Teorías que consideran a la Ley extranjera como Derecho

Las doctrinas que consideran al derecho extranjero como "Derecho", lo que hacen en buenas cuentas es entender que se trata de un objeto ideal cuya naturaleza jurídica es idéntica a la que tiene la norma nacional, por el sencillo hecho de ser una fuente directa de ordenamiento jurídico. La ley extranjera no pierde su carácter jurídico por tener que ser aplicada más allá de las fronteras del Estado a la cual pertenece.

Principales teorías:

a.- Teoría del "Derecho Extranjero":

Cuando la norma de la lex fori ordena a su tribunal aplicar una ley extranjera, este debe hacerlo considerándolo como un derecho "extranjero", lo cual no significa, en caso alguno que por su sola aplicación en territorio nacional ese derecho vaya a nacionalizarse.

b.- Teoría del Derecho Incorporado

c.- Teoría del Derecho Integrado

La ley extranjera aplicable constituye un derecho; pero para que el juez pueda aplicarla debe ser incorporada a la lex fori.

Esta incorporación puede ser formal o material:

Ø Formal: La Ley extranjera se incorpora al sistema del foro, "pero conservando el sentido y el valor que le atribuye el sistema para el cual fue redactada.

Ø Material: Sólo el contenido material de la norma extranjera es incorporado al sistema del foro, perdiendo su carácter de extranjera.

La consecuencia más importante de esta distinción radica en que la lex fori, tendría que ser interpretada de acuerdo a sus propias normas, en su propio contexto. En cambio, la incorporación material implica que la norma es sacada de contexto, para transformarse en una norma que se inserta en el sistema del tribunal en que deberá ser aplicada y que, debe ser interpretada con respecto a las reglas de la lex fori.

La teoría del hecho aparece consagrada en las siguientes legislaciones:

Ø Artículo 13 Código Civil Argentino

Ø Artículo 19 Código Civil Mexicano

Ø Artículo 2406 Código Civil Portugués

También informa la jurisprudencia de Inglaterra, Estados Unidos y Francia.

IV. Modelos de aplicación del Derecho extranjero

Cuando la norma de conflicto española ordena la aplicación del derecho extranjero, surge entonces la cuestión del tratamiento procesal de tal derecho extranjero dentro del proceso que se sigue ante los Tribunales españoles. Para regular la cuestión existen dos grandes modelos teóricos:

a) Aplicación del Derecho extranjero a instancia de parte: El Derecho extranjero debe ser alegado y probado por las partes. El Derecho extranjero es un mero hecho procesal y no un Derecho de ahí que el principio "jura novit curia" quede desactivado en este caso (el juez sólo debe conocer el Derecho nacional y no el Derecho extranjero). Por otra parte, no se debe incurrir en el error de considerar que la aplicación de un Derecho extranjero vulneraría la Soberanía estatal del país cuyos tribunales conocen del asunto pues el Derecho extranjero sólo es un Derecho de un país aplicado en otro país. La carga de la prueba debe recaer en la parte interesada, ya que la aplicación de dicho Derecho extranjero beneficia exclusivamente intereses particulares y no generales. Modelo seguido, aunque con matices, en Estados como Francia, España, Reino Unido, USA, Argentina, Quebec, etc.

b) Aplicación del Derecho extranjero de oficio por los Tribunales: El Derecho extranjero debe ser alegado y probado por los tribunales que conocen del asunto. El Derecho extranjero es un Derecho y desarrolla una función estrictamente jurídica. Opera en este caso el principio "juria aliena novit curia" (el tribunal debe probar o acreditar el Derecho extranjero). La aplicación del derecho extranjero reporta beneficios generales en la sociedad de ahí que sea justa la distribución de los costes de la prueba ya que toda la sociedad se beneficia. Modelo que se sigue en Austria, Turquía, Suiza, Italia, Venezuela, etc.

La existencia de estos dos modelos nos lleva a tener que determinar de entre los dos cuál sería el preferible lo cual es difícil de resolver, al menos a nivel teórico debido a dos motivos:

Si consideramos que lo importante es el carácter "extranjero" del Derecho Extranjero, el modelo preferible sería el *modelo de aplicación a instancia de parte*. Si bien, si entendemos que lo verdaderamente relevante es el carácter "jurídico" del Derecho extranjero y que solo mediante una aplicación de oficio del mismo podríamos garantizar la aplicación de dicho Derecho, el modelo a seguir sería el *modelo de aplicación de oficio*. No obstante, ello no implica que a instancia de parte no se garantice la aplicación del Derecho extranjero.

Así las cosas, y ante la complejidad de decantarse por un carácter u otro del Derecho extranjero, el modelo regulativo más adecuado, es un modelo mixto de colaboración entre tribunal y las partes.

Este modelo consiste en la aplicación del Derecho extranjero mediante la colaboración entre el tribunal y las partes, en consecuencia, este modelo

garantiza en mayor medida la correcta aplicación del Derecho extranjero y, por tanto, de la norma de conflicto. En este sentido hay que hacer varias puntualizaciones:

- Deber de preservar el objetivo de la norma de conflicto; determinar el derecho aplicable a una situación privada internacional.
- Necesidad de probar y acreditar el Derecho extranjero mediante reglas de carácter instrumental, es decir, si las normas de conflicto ordenan la aplicación de un Derecho extranjero, las normas instrumentales sobre aplicación y prueba del Derecho extranjero deben estar encaminadas a conseguir la aplicación de ese Derecho.
- Creación de un sistema concreto de colaboración entre tribunal y partes. De un lado el tribunal debería probar el Derecho extranjero de oficio a través de una "estructura pública de prueba de Derecho extranjero" y, de otro, si el tribunal lo estima oportuno, puede llamar a las partes a colaborar en la prueba de ese Derecho extranjero.
- El sistema mixto de colaboración fomenta la libertades comunitarias en razón al artículo 65 TCE

Tres momentos procesales son aptos para proceder a la prueba del Derecho extranjero:

1. En primera instancia
2. En apelación
3. En casación

La necesidad de prueba del Derecho extranjero, como se viene diciendo está fundamentada jurídicamente en el artículo 281.2 LEC y en el artículo 12.6 CC. El derecho extranjero debe probarse porque se sitúa en un plano de inferioridad procesal respecto del Derecho escrito español.

Si bien, existen dos excepciones a esta necesidad de prueba:

- Cuando el tribunal conoce el Derecho extranjero aplicable. En este caso el juez está obligado a aplicarlo y no será preciso que las partes lo prueben (www.accursio.com/STS10junio2005.PDF)
- Cuando una parte alega el Derecho extranjero no como ratio decidendi para ser aplicado sino como mero apoyo "ad adjuvandum de sus pretensiones o como ejemplo jurídico

V. Jurisprudencia española: órganos inferiores, TS y TC + comentarios

Aplicación de oficio del Derecho extranjero

- SAT Valencia 3 abril 1982

“La aplicación al título de la legislación italiana es sin duda la procedente.... en los apartados anteriores se ha procedido a la aplicación del Derecho extranjero parte del cual ha sido probado por el demandante y parte se basa en el conocimiento que del mismo tiene la Sala. En efecto, el real decreto Ley de 21 septiembre 1933 y el art. 474 del codice di Procedura Civile han sido probados en su contenido y vigencia por sendas certificaciones del Consulado de Italia en Madrid, pero el Real Decreto de 14 diciembre 1933 aun no siendo probado por las partes, ha sido aplicado de oficio por permitirlo así una correcta interpretación del art. 12.6 CC, ya que la norma extranjera debe ser objeto de prueba sólo en cuanto sea desconocida por el juzgador, pues respecto de ella, el principio de aportación de parte no rige como para la prueba de los hechos, esto es, la norma de Derecho extranjero será objeto de prueba, y por tanto, se aplicarán las cargas de la prueba, en tanto en cuanto el tribunal lo desconozca, pero éste puede utilizar sus conocimientos sobre ese Derecho, e incluso puede afirmarse, que, dentro de sus posibilidades, está obligado a investigar el contenido y vigencia de la norma extranjera aplicable por remisión de la Ley española, lo contrario conduciría al absurdo de que el tribunal, conociendo el Derecho extranjero, no lo pudiera aplicar, con esta interpretación está de acuerdo la doctrina española y en cierto sentido es el criterio recogido por la STS 12 noviembre 1976”.

- STS 3 marzo 1997

“Aunque en sentido genérico se habla de la prueba del Derecho extranjero..., la evolución doctrinal y jurisprudencial, nunca equiparó en sentido estricto la prueba del Derecho extranjero con la prueba de los hechos, pues se ha entendido que no son supuestos idénticos la justificación o acreditación de la norma extranjera y la prueba de los hechos. Se ha hecho notar, en este sentido, que el “jura novit curia”, aun atenuado respecto del Derecho extranjero no se excluye como principio en cuanto al conocimiento de las normas no nacionales, si bien las partes deben cooperar con el juez en la búsqueda de la norma extranjera suministrándole los medios de conocimiento, de manera que más que una actividad probatoria en sentido estricto se trata de una colaboración entre las partes y el órgano. En nuestro sistema procesal vigente, dada por el Título preliminar del código civil por decreto 1836/1974 de 31 mayo, el art. 12.6 deja claro:

- Que la norma extranjera se acredita
- Que en su función aplicadora el juzgador puede valerse de cuantos instrumentos de averiguación considere oportunos.
- El término acreditar no está empleado de manera vulgar, sino, en sentido técnico, lo cual significa que no es necesario que la verificación o comprobación del contenido y vigencia de la norma extranjera se ajuste a las reglas de la prueba rigurosa, sino que responde a los postulados más abiertos de la prueba denominada doctrinalmente *libre, o presupone libertad de medios probatorios...*

Si el juzgador , con la aportación de las partes, no se considera suficientemente bien ilustrado, debe y puede actuar de oficio e investigar la norma aplicable. En consecuencia, los informes periciales,-----que sirven a este fin, no tienen necesariamente que ajustarse en su práctica a las reglas de procedimiento de estos medios de prueba”.

El nuevo sistema de aplicación del Derecho extranjero:

- SAP Barcelona 15 septiembre 1998:

“En los litigios sobre el estado civil entre personas extranjeras la ley material aplicable, tanto en lo que se refiere a las causas de la separación como a sus efectos, cuando la nacionalidad de los esposos sea la común, es la ley de nacionalidad de los mismos, por imperativo de lo que establece el art. 107CC.....” La invocación por la parte actora, y la aplicación por el juez de instancia de la ley española, viola los principios y las normas vigentes de DIPR. vigentes en España, ya que debió alegarse y probarse por la parte demandante el Derecho vigente sobre la materia en el Reino de Marruecos....puesto que la elección de la ley aplicable constituye materia de orden público , y no puede renunciarse por las partes a la misma, ni subsanarse por el tribunal español su falta de alegación mediante el mecanismo de aplicación de la ley española. Toda vez, que, en tal caso, la sentencia se dictase, carecería de efectos jurídicos en el país en el que consta inscrito el matrimonio de los litigantes....” No habiéndose ejercitado por la parte actora la acción con sujeción a las normas de DIPR. referidas al presente fundamento, ni habiéndose realizado por el juzgador de instancia actividad alguna tendente a subsanar tal defecto de la demanda, procede apreciar de oficio la vulneración de los principios legales expuestos, cuya naturaleza es orden público, y desestimar la pretensión ejercida con la demanda, sin perjuicio del derecho de las partes a instar las acciones alimenticias o de resolución de controversias en la patria potestad, que estimen convenientes, o a reiterar la acción sobre el estado civil, invocando y probando el derecho material de aplicación.

- STC 17 enero 2000:

“ Añádase a ello que, si bien es cierto que es doctrina de uso habitual entre los órganos judiciales ordinarios que el derecho extranjero es un “hecho” que debe ser probado por quien lo alegue, a tenor de lo dispuesto en el párrafo del art. 12.6 CC, sin que semejante aplicación del citado precepto de la legislación civil deje de ser una cuestión de mera legalidad ordinaria ajena, en principio, a la jurisdicción de amparo, no lo es menos, sin embargo, que en el inciso final de séptimo apartado sexto del art. 12 CC se dice que para la aplicación de ese Derecho, “El juzgador podrá valerse de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, dictando al efecto las providencias oportunas.

“Extremos que, en casos como en el presente, puede trascender de la mera legalidad ordinaria en la que inicialmente debe situarse para alcanzar la decisión del órgano judicial sobre el uso de la facultad que el precepto civil le confiere relevancia constitucional a la luz del art. 24 CE, puesto que esa decisión deberá adoptarse siempre condicionada por la obligación del órgano jurisdiccional de prestar a las partes en el proceso judicial del que conozca una efectiva tutela de sus derechos e intereses legítimos en particular cuando la aplicación del Derecho extranjero resulta debida por imposición del propio ordenamiento jurídico español y como consecuencia de lo alegado por las partes del litigio. En efecto, en supuestos como el presente y teniendo en cuenta sus singulares circunstancias, la acreditación del Derecho extranjero y la intervención del órgano jurisdiccional en su prueba de un hecho alegado por la parte en apoyo de sus pretensiones, que, indudablemente, es competencia exclusiva de los órganos judiciales ordinarios(...) A la vista de este cúmulo de circunstancias, es obligado considerar que la frustración de la práctica de la prueba sobre Derecho extranjero es imputable a la actitud de la AP, quien no dio ninguna razón para celebrar la vista y dictar sentencia antes de la devolución de la segunda comisión rogatoria, sin que por tal pueda tenerse el simple hecho, por otra evidente, de que no se pudo practicar dicha prueba como consecuencia, obviamente, de no haberse devuelto la tantas veces citado, segunda comisión rogatoria. No han existido, en el caso concreto, riesgos para los derechos fundamentales de otras partes en el proceso o terceros, que, como se sabe, pueden limitar los derechos de defensa de la parte, que pudieran estar implícitos en el fundamento de la decisión judicial(SSTC 130/1986/ de 29 de octubre, 237/1988, de 13 de diciembre, 21/1989, de 31 de enero, 9/1993, de 18 de enero, 86/1994, de 14 de marzo, 196/1994, de 4 de julio, y entre las más recientes la 62/1999, de 26 de abril, 162/1999, de 27 de septiembre, ATC 14/1999, de 25 de enero). Por lo demás, este tribunal, ya ha declarado que no puede frustrarse la práctica de la prueba apelando a “intereses indudablemente dignos de tutela, pero de rango subordinado”, como la más eficaz y pronta resolución de los procesos judiciales(SSTC 51/1985, de 10 de abril), a lo que parece apuntar la providencia de la Audiencia Provincial de 21 de febrero de 1997 por la que se acordó reiterar la comisión rogatoria extraviada en el Ministerio de Justicia, al tiempo que se dejaba pendiente de señalamiento la apelación, “ dado el tiempo transcurrido. Por otra parte, no cabe la menor duda sobre la diligencia mostrada por la recurrente de amparo en su pretensión de probar el derecho armenio aplicable por imperativa remisión del art. 107 CC en relación con el 9.2 CC)/(Artículo relativo a la separación, divorcio y nulidad, así como sus efectos), quien aportó un principio de prueba de ese derecho, corroborado por los resultados de las sucesiva diligencias practicadas, sin olvidar que las comisiones rogatorias oficiadas por la AP lo fueron a instancia de la Sra. Charlouian, quien solicitó en la vista de la apelación la suspensión de la misma hasta que no hubiese devuelto la segunda de ellas. debe, además, repararse la circunstancia de que, en este caso, la prueba, cuya acabada práctica resultó frustrada al no

disponer de la traducción del Derecho extranjero aplicable al caso, no lo es en puridad sobre hechos, sino sobre las normas jurídicas, y en que, además, la aplicación al caso de ese peculiar " hecho " en que convierte el CC al derecho extranjero no proviene del alegato de la Sra. Charlouian, sino de la remisión del art.107 CC(en relación con su art. 9.2) por lo que, propiamente, no se trataba en el caso concreto, de que la recurrente probase lo alegado por ella(la aplicación al caso del Derecho armenio), sino de la acreditación del Derecho aplicable al caso por imperativo del mencionado art. 107CC), lo que, a la luz de las garantías contenidas en el art. 24.1 CE, hubiese exigido de los órganos jurisdiccionales, y dadas las singularidades del caso de autos, una más activa participación en la consecución de dicha prueba una vez que la parte aportó un principio de prueba, sin que en momento alguno del procedimiento, se de razón de por qué no se acudió a otras medidas complementarias, habida cuenta de la facultas que el propio art. 12.6CC in fine confiere a los órganos judiciales. Igualmente, resulta obvio que la frustrada práctica de la prueba del Derecho armenio deparó perjuicios a la demandante de amparo, ya que la imposibilidad ocasionada por la inmotivada decisión de la AP de no esperar al resultado de la segunda comisión rogatoria antes de dar por concluido el procedimiento y visto para Sentencia, ha sido la causa de la desestimación de su demanda. Así pues, no cabe sino concluir que la AP no sólo ha frustrado la práctica de una prueba decisiva para el sostenimiento de la pretensión de la recurrente en amparo(práctica en la que había acordado, a instancia de la recurrente, colaborar para su consecución), lo que de suyo ha lesionado el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes(art. 24.2 CE) de la Sra, Charlouian, sino que, además, causándoles indefensión(art.24.1 CE), desestimó su demanda de separación a consecuencia, precisamente, de la frustración de dicha prueba, sólo imputable al órgano jurisdiccional. Por ello, debe estimarse el presente recurso de amparo y anular la Sentencia de apelación, retro trayendo las actuaciones al momento anterior a la providencia de 21 de febrero de 1997 por la que se acordó reiterar la comisión rogatoria oficiada y dejar pendiente de señalamiento la apelación en cuestión, sin que las medidas que deba adoptar con el objeto de llevar a su fin la inconclusa práctica de la prueba del Derecho extranjero, tal y como pide la recurrente en el suplico de su demanda de amparo".

- o SAP Valencia , 3 febrero 1999:

- "es necesario , pues, aplicar esta última legislación (ley rumana) para resolver la pretensión de separación planteada, y , en ello, no rige el principio de que el juzgado ha de aplicar la norma adecuada, porque ignora la extranjera... el derecho extranjero para el juzgador español es una cuestión de hecho y como tal, haberse probado por el litigante que lo invoque y es necesario acreditando la entidad del derecho vigente, su alcance ya autorizada interpretación de suerte que su aplicación no subsisten la menor duda razonable los tribunales españoles(..)

+'' Es necesario , pues, aplicar esta última legislación (ley rumana) para resolver la pretensión de separación planteada, y , en ello, no rige el principio de que el juzgado ha de aplicar la norma adecuada, porque ignora la extranjera... el derecho extranjero para el juzgador español es una cuestión de hecho y como tal, haberse probado por le litigante que lo invoque y es necesario acreditando la entidad del derecho vigente, su alcance ya autorizada interpretación de suerte que su aplicación no subsisten la menor duda razonable los tribunales españoles(...)dado que, en materia de derecho de separación y divorcio, a de regirla la ley nacional común de los cónyuges en el momento de presentación de la demanda, y tal ley, y es la vigente en Rumania, no es conocido por el juzgador español, no cabe estimar la demanda y debe dictarse sentencia en este sentido''.

Existe jurisprudencia muy relevante del TS y del TC que no está citada aquí. Ver en Studium el apartado de jurisprudencia en aplicación judicial del derecho extranjero

VI. ¿Cómo se prueba el Derecho extranjero?

Ante un litigio que presente vínculos con varios ordenamientos, el Juez debe seguir un proceso para determinar la ley aplicable, en el curso del cual puede estar llamado a superar distintos escollos (problemas de calificación, reenvío , orden público , etc.) y, en algunos casos, el Juez debe aplicar finalmente la solución que proporciona un ordenamiento distinto de su Derecho, es decir, la ley aplicable a la cuestión planteada puede ser una ley extranjera.

En la aplicación del Derecho extranjero , pueden suscitarse una serie de dificultades.

El Derecho extranjero es un Derecho extraño en el foro cuyo contenido y alcance debe ser determinado y cuya interpretación y aplicación plantea problemas que no plantea, naturalmente, el Derecho del foro.

1) Determinación del contenido y alcance del Derecho extranjero .

Las normas de conflicto del foro, como parte del Derecho del foro, se aplican de oficio , rige respecto a ellas el principio iura novit curia . De acuerdo con esta orientación, el artículo 12.6 del Código Civil establece que «los tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del Derecho español».

La aplicación de oficio de la norma de conflicto implica que el Juez deberá aplicar la ley a la que remite la norma de conflicto . Si la ley designada es la ley del foro, el Juez la conoce y la aplica de oficio conforme al principio antes mencionado.

Pero si es designada una ley extranjera, **¿cabe hacer uso del mismo principio procesal?**

La respuesta será inicialmente negativa, pues no es razonable exigir a los jueces y tribunales de un Estado el conocimiento de todos los ordenamientos jurídicos. Se está así reconociendo que el Derecho extranjero no puede ocupar la misma posición procesal que el Derecho del foro, lo que ha conducido, en muchos casos, a equiparar el tratamiento procesal del Derecho extranjero al tratamiento de los hechos.

Tal equiparación equivale a exigir alegación y prueba del Derecho extranjero. Sin embargo, las consecuencias procesales de la consideración de la ley extranjera como un hecho no son aceptables: desestimación de la demanda ante la falta o insuficiencia de prueba de la ley extranjera, aplicación de la doctrina de los «hechos admitidos», posición pasiva del Juez ante los hechos,...

Estas consecuencias inadmisibles pueden encontrarse en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español. Parece indiscutible, sin embargo, que la ley extranjera no puede ser tratada procesalmente como un hecho.

El propio Tribunal supremo retrocede, en ocasiones, ante las consecuencias mencionadas: no puede desestimarse la demanda sin aplicar algún ordenamiento; debe alcanzarse un mínimo nivel de conocimiento del Derecho para poder aplicarlo. Estas contradicciones han dado lugar a un considerable grado de inseguridad jurídica.

Se ha ido evolucionando hacia un sistema de colaboración entre las partes y el Juez en la determinación del contenido y alcance del Derecho extranjero .

Por una parte, la intervención de las partes se acomoda bien al papel que tiene en el proceso civil el principio dispositivo. El interés de las partes puede impulsarlas a la participación activa en la prueba del Derecho extranjero, facilitando así la tarea del Juez.

Por otra, la participación del Juez parece necesaria si se quiere defender la eficacia de las normas de Derecho Internacional privado y asegurar que, cuando el Juez resuelve un litigio según un Derecho extranjero, lo hace adecuadamente.

La medida de la intervención de las partes y del Juez depende de cada sistema jurídico. Algunos ordenamientos exigen a las partes la prueba del Derecho extranjero y se admite la intervención del Juez tendente a completar la prueba de las partes.

Los últimos pasos en esta evolución se orientan hacia una exigencia cada vez mayor al Juez y menor a las partes: si el Juez no conoce la ley extranjera aplicable, debe adoptar las medidas necesarias para llegar a su conocimiento, aunque las partes puedan colaborar con él para lograr este objetivo.

Se pasa de imponer una obligación a las partes a imponérsela al Juez y de admitir una intervención complementaria del Juez a admitir una intervención complementaria de las partes.

La intervención judicial pone de relieve que el Derecho extranjero **es Derecho**, es el sistema jurídico con arreglo al que se va a resolver el litigio, aunque no pueda ser tratado en el proceso en igualdad de condiciones que el Derecho del foro.

En el sistema español de Derecho Internacional privado, con anterioridad a la reforma del Título Preliminar del Código Civil de 1974, los jueces y tribunales españoles se enfrentaban al problema sin ningún apoyo legal. Así se explican las mencionadas contradicciones en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, aunque domine en ella la consideración de la ley extranjera como un hecho.

En 1974 se introduce en nuestro Derecho la regla del derogado párrafo segundo del artículo 12.6 del Código Civil : «La persona que invoque el Derecho extranjero deberá acreditar su contenido y vigencia por los medios de prueba admitidos en la ley española.

Sin embargo, para su aplicación, el juzgador podrá valerse además de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, dictando al efecto las providencias oportunas». La norma ha sido objeto de distintas interpretaciones. Conforme a una interpretación literal -que ha sido aceptada en términos generales por el Tribunal Supremo-, la ley extranjera debe ser invocada por la parte a quien interese su aplicación y esta parte deberá aportar prueba de la misma.

No obstante, el Juez puede intervenir, pero sólo cuando haya habido previa intervención de parte, pues su participación se concibe como facultativa y complementaria.

Esta interpretación literal del viejo párrafo segundo del artículo 12.6 choca con la regla del que antes era párrafo primero y que ahora es simplemente el art. 12.6 mencionado: si la norma de conflicto se aplica de oficio , el Juez o tribunal debe contar con los medios para llegar al conocimiento del Derecho extranjero aplicable. Por eso, una parte de la doctrina ha considerado más adecuada una interpretación sistemática de este párrafo, que vaya más allá de la letra de la norma, contemplándola a la luz del párrafo primero.

Se ha afirmado, en consecuencia, que el Juez o tribunal debe proceder de oficio a la determinación del contenido y alcance del Derecho extranjero aplicable. Dando un paso más, la doctrina más reciente considera que, sea cual sea la interpretación que se acepte del artículo 12.6, algunas normas de conflicto imponen la determinación de oficio del contenido y alcance del Derecho extranjero aplicable (por ejemplo, las normas de conflicto que determinan el Derecho aplicable en función del contenido material o las normas de conflicto contenidas en los convenios internacionales).

La Ley de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero de 2000, deroga el párrafo segundo del artículo 12.6 del Código Civil e introduce una regla nueva en su artículo 281.2: «También serán objeto de prueba la costumbre y el derecho extranjero . La prueba de la costumbre no será necesaria si las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen

al orden público . El derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el Tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación».

Esta norma establece un mayor y más claro equilibrio en el sistema de colaboración entre el juez y las partes para llegar al conocimiento del contenido del derecho extranjero , partiendo de la consideración de la ley extranjera como Derecho.

Sólo son dos los medios idóneos para probar el Derecho extranjero : la prueba documental y la prueba pericial. La primera -que permite acreditar el contenido y vigencia de las normas extranjeras- puede consistir en la aportación de certificaciones de la ley extranjera expedida por agentes diplomáticos o funcionarios consulares, tanto del foro como extranjeros acreditados en el foro, o certificaciones del Ministerio de Justicia .

En cuanto a la prueba pericial, que permite al Juez conocer el alcance de la ley extranjera, consiste en el dictamen de jurisconsultos.

Deben destacarse en este punto los convenios internacionales acerca de la información del Derecho extranjero y, concretamente, el Convenio Europeo acerca de la Información sobre el Derecho Extranjero , hecho en Londres el 7 de junio de 1968 (B.O.E. de 7 de octubre de 1974), junto a su Protocolo adicional, hecho en Estrasburgo el 15 de marzo de 1978 (B.O.E. de 24 de junio de 1982), y la Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero , hecha en Montevideo el 8 de mayo de 1979 (B.O.E. de 13 de enero de 1988), que establecen un mecanismo de cooperación a través de unos órganos nacionales de enlace, evitando la intervención de diplomáticos o cónsules.

El artículo 281.2 nada ha establecido para el caso de que resulte imposible conocer el contenido del Derecho extranjero aplicable. Aunque la respuesta generalmente sea la aplicación subsidiaria de la ley española, en algunos supuestos puede resultar más adecuado aplicar un Derecho extranjero -por ejemplo, en el caso de que la norma de conflicto del foro contenga conexiones sustitutivas, el Derecho extranjero designado por la segunda conexión será preferible a la ley española-.

2) Interpretación y aplicación del Derecho extranjero .

Conocido suficientemente el contenido y alcance del Derecho extranjero, el Juez debe interpretarlo y aplicarlo.

El criterio básico a seguir será el de interpretar y aplicar el Derecho extranjero tal y como lo haría el Juez extranjero si ante él se hubiera presentado la demanda , es decir, el Derecho extranjero debe ser aplicado tal y como es, sin desnaturalizarlo ni deformarlo. Sólo así se está cumpliendo con el mandato de la norma de conflicto del foro.

Parece indiscutible que éste es el criterio adecuado, pero en la práctica no resulta fácil seguirlo porque el Juez del foro, cuando aplica el Derecho extranjero, sigue siendo naturalmente Juez del foro, con su formación particular, y además está sujeto a su propio Derecho Procesal.

El criterio básico que rige la interpretación y aplicación del Derecho extranjero obliga al Juez del foro a respetar las reglas vigentes en el Estado extranjero en materia de fuentes del Derecho y de entrada en vigor y derogación de las normas jurídicas y Derecho transitorio.

El Juez del foro debe respetar también los criterios establecidos en el Estado extranjero en materia de constitucionalidad de las normas del ordenamiento jurídico.

Finalmente, el Juez debe seguir las reglas del ordenamiento extranjero relativas a la interpretación de las normas jurídicas.

3) El recurso de casación por infracción del Derecho extranjero.

El Juez o tribunal de instancia puede infringir el Derecho extranjero aplicable. Se discute si en este caso cabe recurrir en casación.

Aunque tradicionalmente se ha negado esta posibilidad, tanto por razones vinculadas con la naturaleza misma del recurso de casación como por razones prácticas, frente a este criterio se van abriendo paso nuevas soluciones.

Garantizar la seguridad jurídica o evitar la desnaturalización de la ley extranjera aplicable son algunos de los argumentos empleados para permitir en casación el control de la aplicación del Derecho extranjero.

En el Derecho español, el artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ni admite ni rechaza el recurso de casación por infracción de ley es extranjeras.

En la jurisprudencia tradicionalmente se ha negado la admisión del recurso, ya que la aplicación de ley es extranjeras -se ha dicho- en nada afecta a la uniformidad en la aplicación del Derecho español, pero no faltan aquí tampoco contradicciones. No obstante, en la jurisprudencia más reciente, aunque sin pronunciamientos de carácter general, se admite el recurso de casación.

Pero esta postura debe estimarse superada, pues la ecuación "derecho extranjero = hecho procesal" no es cierta en el contexto del Art, 281.2 LEC.

281.2 LEC: "También serán objeto de prueba la costumbre y el derecho extranjero. La prueba de la costumbre no será necesaria si las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público. El derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación."

- Carga de la prueba del Derecho extranjero

regla general: aparece prescrita en el art 282 LEC. "la carga del Derecho extranjero corresponde a la parte que lo alega, ya sea la parte demandante o demandada"

El fundamento de la regla general es el siguiente: la aplicación de un Derecho extranjero afecta en exclusividad a un interés particular y a la comunidad social, por ello es justo que sean las partes y no el Estado quien asuma los costes de dicha práctica de la prueba. Esta carga se extiende al Derecho extranjero designado por las normas de conflicto materialmente orientadas en las que se defienden intereses sensibles que afectan a los trabajadores, a los consumidores, etc. porque solo ellos son los beneficiarios.

Sin embargo, a pesar de la regla general, la LEC admite que los tribunales puedan intervenir, de oficio, en la práctica de la prueba en aras del artículo 281.2 LEC el cual recoge lo siguiente: " los tribunales pueden hacerse valer de cuantos medios estimen convenientes para la aplicación del Derecho extranjero". No obstante, este artículo no indica que los tribunales, de oficio, puedan y/o deban probar el Derecho extranjero sino que los autorizan a intervenir en la acreditación y aplicación del mismo, si bien, esta intervención es meramente complementaria y nunca sustitutiva de la iniciativa probatoria a instancia de parte.

- **Casos de práctica de la prueba por los tribunales de oficio**

a) **Imposibilidad de las partes de probar el Derecho extranjero.** Casos: (1)El país cuya ley debe ser probada es un país muy lejano y/o esta envuelto en conflictos bélicos. (2) la parte no dispone de recursos económicos suficientes para costear una exitosa prueba del Derecho extranjero. En este caso la práctica de la prueba resulta "de facto" imposible. Hay que tener en cuenta que el beneficio de la justicia gratuita no cubre los costes de practicar la prueba del Derecho extranjero, por eso, en este caso el tribunal debe cubrir los gastos para evitar que el DIPr se convierta en un Derecho de ricos.

En tales casos, el tribunal está obligado a probar, de oficio, el Derecho extranjero ya que las partes solo pueden litigar con arreglo a ese Derecho designado por las normas de conflicto, porque si dichas partes no pueden, el tribunal no podría resolver el litigio, lo que comportaría una vulneración de la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE). No obstante, antes de proceder a probar el Derecho extranjero, el tribunal deber verificar que las partes no se hallan en disposición para probarlo y que, efectivamente , la prueba resulta de facto imposible de practicar por las partes.

El tribunal puede intervenir en estos casos de distintos modos:

- Ayudando a las partes y completando la prueba insuficiente.
- Llevando a cabo la prueba entera del Derecho extranjero.

b) Casos en los que el legislador manifiesta un interés claro en que se aplique un Derecho extranjero. Debe prevalecer ese interés público. Casos: normas internacionalmente imperativas del Derecho extranjero como el artículo 7 CR, intervención del Ministerio Fiscal en los casos previstos en el artículo 749 LEC

VII. Momento procesal para probar el derecho extranjero

Esta exigencia es consecuencia del carácter extranjero del derecho que resolverá la pretensión: el tribunal y las partes están obligados a conocer las normas jurídicas españolas (Art. 6.1CC), pero no las normas jurídicas extranjeras. Mediante la prueba del derecho extranjero, éste queda fijado en el proceso: las partes pueden adaptar sus comportamientos jurídicos al mismo y el juez puede fallar con arreglo al mismo.

Sin embargo, probar Derecho extranjero no es probar hechos procesales. El régimen de prueba del derecho extranjero es sui generis. La prueba del Derecho extranjero podrá practicarse en los momentos en los que procede la práctica documental y pericial (por ser éstos los medios habituales de prueba del Derecho extranjero).

Aún no siendo hechos procesales, la práctica de la prueba del Derecho extranjero debería admitirse también en apelación y casación, en contra de la praxis seguida hasta ahora por el TS.

El TS ha venido sosteniendo que la prueba del derecho extranjero debe hacerse en primera instancia y no en apelación ni tampoco en casación. La explicación, para el TS era sencilla. El derecho extranjero se comporta, procesalmente, como un hecho: si no se alega y prueba en primera instancia, dicha posibilidad precluye. Así, lo ha señalado constantemente el TS. El TS ha remarcado, además, que no cabe probar el Derecho extranjero en los llamados escritos de conclusiones (Art. 433.3 LEC: STS 10/7/1934 y STS 21/2/1935). Pero esta postura debe estimarse superada, pues la ecuación "derecho extranjero= hecho procesal" no es cierta en el contexto del Art. 281.2LEC. Véase STS 4 de julio de 2006.

Se concluye por tanto, que el Derecho extranjero se debe poder probar en primera instancia, en apelación y en casación y no solo en primera instancia, como los hechos procesales.

VIII. Valoración del sistema español de aplicación judicial del derecho extranjero

El tratamiento jurídico procesal del Derecho extranjero ha atravesado diversas etapas en nuestro DIPr. El ordenamiento español careció de regulación legal de esta cuestión hasta 1974. Hasta esa fecha, el TS mantuvo un tratamiento procesal del Derecho extranjero como "hecho procesal" partiendo de que el DIPr es una rama jurídica que delimita el ejercicio de las competencias legislativas por los Estados.

Así las cosas, a veces, debe aplicarse Derecho extranjero, pero el mismo debe respetar la Soberanía de ese país. Por ello, no es posible aplicar en un país un Derecho en concepto de tal Derecho. Aplicar en España un Derecho extranjero y tratarlo como autentico Derecho supondría un atentado insostenible contra nuestra soberanía.

Solución al problema: Considerar que el Derecho extranjero es un "hecho procesal". Como tal hecho procesal corresponde a las partes su alegación y prueba, los Tribunales asisten como meros espectadores a la labor de las partes: la máxima *iura novit curia* no alcanza al Derecho extranjero. Los Tribunales no soportan el coste de la prueba del Derecho extranjero. Si las partes no alegan o no prueban el Derecho extranjero, éste no podrá aplicarse y habrá que juzgar con arreglo a la *Lex Fori*.

En el Siglo XX este sistema de identificación del Derecho extranjero = "hechos procesales" necesitó ciertas correcciones para evitar los continuos fraudes. (Bastaba no alegar ni probar el Derecho extranjero para evitar la aplicación del mismo y provocar la aplicación de la *Lex Fori*)

En España se abordó el tema de manera confusa a través del art. 12.6.II del Cc pero el TS siguió aplicando su antigua jurisprudencia: El Derecho extranjero es un hecho, si no se prueba por las partes no se aplicará; el juez puede intervenir en la prueba pero no está obligado a ello.

En DIPr español, actualmente la cuestión ha entrado en una nueva dimensión con la entrada en vigor de la nueva LEC 1/2000:

El art. 12.6.II ha sido derogado por la Disp. Derog. Única num 2, 1º de la LEC. En su lugar, la cuestión queda regulada por los arts. 281.2 y 282 LEC 1/2000. Su texto es el siguiente:

Art. 281.2: También serán objeto de prueba la costumbre y el derecho extranjero. La prueba de la costumbre no será necesaria si las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público. El derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación.

Art. 282. Iniciativa de la actividad probatoria. Las pruebas se practicarán a instancia de parte. Sin embargo, el tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley

Debemos señalar que la resolución del problema de la alegación y prueba del Derecho extranjero en DIPr español se construye sobre tres grandes principios

- a) Las normas de conflicto son imperativas: el art. 12.6.I Cc sigue vigente "Los tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del Derecho español"
- b) Un principio propio del Derecho procesal civil: el principio dispositivo. Las partes deben proporcionar al juez los hechos y la

fundamentación jurídica en la que se basan. Así lo indica el art. 218.1. II LEC: *“El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes.”*

- c) Un sistema particular de prueba en el Derecho extranjero: “de textura abierta”. En ocasiones, la prueba del Derecho extranjero corresponde a las partes, en otras ocasiones corresponderá al juez. Todo, en función del tipo de remisión realizado por la norma de conflicto y de actitud observada por las partes a la hora de la prueba del Derecho extranjero. Así, el Derecho extranjero hay que probarlo siempre.

Por tanto, el Derecho extranjero, en unos casos, será aplicable a instancia de parte y en otros será aplicable de oficio. Extremo que el art. 281 no ha fijado de modo expreso.

Así pues, combinando los tres grandes principios

- a) Imperatividad de la norma de conflicto
- b) Disponibilidad del proceso civil
- c) Sistema de textura abierta de la prueba del Derecho extranjero

pueden solventarse los diferentes supuestos de alegación y prueba del Derecho extranjero

FALTA DE ALEGACION Y PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO POR LAS PARTES

Puede suceder que, siendo aplicable un Derecho extranjero por designación de una norma de conflicto española, las partes argumenten, exclusivamente, sobre el Derecho español. En nuestro sistema, las normas de conflicto son imperativas. Si debe aplicarse un Derecho extranjero, será éste y no otro el que resuelva la controversia (art. 12.6. I Cc). Si las partes se fundan en el derecho español y no en el extranjero, el tribunal está obligado a dictar una sentencia que desestime la demanda.

- Sentencia que no comporta denegación de Justicia ni supone un *“non liquet”*. Significa, simplemente que, a demanda mal planteada jurídicamente se responde con una desestimación de la misma: lógico y razonable.
- Produce un efecto “limitado” de cosa juzgada. El actor puede volver a instar su pretensión, pero fundándose en el Derecho extranjero aplicable según nuestras normas de conflicto y no en el Derecho español.
- Se respeta escrupulosamente la imperatividad de la norma de conflicto: si el Derecho extranjero era aplicable no se puede resolver con arreglo al Derecho español

LAS PARTES ALEGAN EL DERECHO EXTRANJERO PERO NO LO PRUEBAN

- a) Supuestos generales

Sabemos que sobre la parte interesada en la aplicación del Derecho extranjero recae una "doble carga":

1. Por un lado fundamentar su demanda en el Derecho extranjero (si no lo hace, el juez la desestimaré, so pena de incurrir en incongruencia)
2. Por el otro, debe probar el Derecho extranjero

Las partes asumen el coste de la prueba del Derecho extranjero, ya que se trata de un interés de parte.

Si las partes no prueban el Derecho extranjero, este no podrá aplicarse y el tribunal tampoco debe probarlo. Dictará sentencia y desestimaré las pretensiones. Aquí sí produce efectos de cosa juzgada: el pleito no podrá repetirse.

b) Necesaria intervención judicial

Supuestos en los que concurre un claro interés del legislador en que se aplique el Derecho extranjero. Por tanto, para garantizar la prueba y la aplicación del Derecho extranjero el tribunal estará obligado a probar de oficio y a su costa el Derecho extranjero.

En el caso de normas de conflicto materialmente orientadas. El legislador persigue un determinado resultado que puede necesitar forzosamente la prueba del Derecho extranjero (protección del menor, defensa del consumidor o del acreedor de alimentos, etc.)

En las normas de conflicto contenidas en Convenios internacionales o normas de Derecho comunitario. Es fundamental que el derecho designado por dichas normas sea el mismo, con independencia del tribunal, español o extranjero, que conozca del asunto

También deben ser aplicadas de oficio las normas internacionalmente imperativas del Derecho extranjero

Por último, el tribunal debe intervenir para probar el Derecho extranjero cuando las partes intentan probarlo, pero no consiguen hacerlo. La no intervención del tribunal causaría una lesión de la tutela judicial efectiva (24 CE) y podría recurrirse en amparo ante el TC.

No obstante lo expuesto, hay que tener en cuenta los efectos nocivos del llamado "DIPr "facultativo":

En España, el TS, a pesar de lo dispuesto por el art. 12.6 del Cc, permite que las partes "descarten" fácilmente la aplicación del Derecho extranjero al que remite la norma de conflicto por el simple mecanismo de "no alegar ni probar" la Ley extranjera por lo que el supuesto queda sometido a la Ley española. Las partes "eligen", por tanto, la norma aplicable al citado supuesto

Probar derecho extranjero no es probar hechos procesales. El régimen de prueba del derecho extranjero es sui generis. La prueba del derecho extranjero podrá practicarse en los momentos en los que procede la práctica

documental y pericial - por ser estos los medios habituales de prueba del derecho extranjero-.

Ahora bien, no tratándose de hechos procesales, la práctica de la prueba del derecho extranjero debería admitirse también en apelación y casación, en contra de la praxis seguida hasta ahora por el tribunal supremo.

El tribunal supremo ha venido sosteniendo que la prueba del derecho extranjero debe hacerse en primera instancia y no en apelación ni en casación, el tribunal supremo sostiene que el derecho extranjero se comporta, procesalmente, como un hecho, si no se alega y prueba en primera instancia, dicha posibilidad precluye. Además el tribunal supremo sostiene que el derecho extranjero no se puede probar en los llamados escritos de conclusiones (Art.433.3 LEC, STS 10 de julio de 1934 y STS 21 de febrero de 1935).

El Derecho extranjero debe ser siempre probado. Lo exige expresamente el Art. 218 LEC. No hay excepciones a este principio. Así lo había afirmado el TS en abundante jurisprudencia (STS 7/11/1896; 9/1/1936; 19/12/1977; 18/2/1993...).

Fuente: CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZALEZ

ANALES DE DERECHO UNIVERSIDAD DE MURCIA

Seminario II: Tratamiento jurídico de los matrimonios de conveniencia (Lección 8)

© Seminario realizado por:

Ana Mercedes Artola Gascón
María de Blas Piñeiro
Teresa Breganciano Álvarez
Alicia Fadón Fernández
María Gómez Santos
Elke Pérez García
Jonay Rodríguez Darías
Manuel Román Mezquita
Patricio José Pedro Sabag Couchot
Jesús Salinero López
Verónica Santos Herrero
M^a Inmaculada Tabares Sánchez

I. Definición y origen de este fenómeno

El problema de los llamados matrimonios de conveniencia es un fenómeno muy común en los países sometidos a fuerte inmigración y que comienza a tener bastante importancia en nuestro país que ha pasado de ser “un país de emigración al extranjero”, a ser “un país receptor de ciudadanos” que llegan de otros países para vivir aquí.

Sobre la base del principio de buena fe, no siempre que nos encontremos ante un matrimonio mixto (de diferentes culturas, raza, religión...), debemos pensar que se trata de un matrimonio de conveniencia, pues es evidente que existen los matrimonios por amor y en los que la diversidad de culturas supone un gran enriquecimiento para la pareja, aunque también es cierto que es en este grupo donde se sitúan los matrimonios blancos (Los matrimonios “blancos” son el método utilizado por algunos inmigrantes ilegales que se casan con españoles, en operaciones amañadas generalmente por mafias, en las que llegan a pagarse hasta 14.000 euros, bien para conseguir la nacionalidad española, después de residir en España un año, o bien para conseguir el permiso de residencia).

Mediante este tipo de enlaces no se busca en realidad contraer matrimonio entre un nacional y un extranjero, sino que se pretende bajo el ropaje de esta institución y generalmente previo precio, que un extranjero se aproveche de las ventajas del matrimonio a los efectos de regularizar su estancia en el país o de obtener de forma más fácil la nacionalidad del que aparecerá formalmente como su cónyuge, siendo bastante frecuente la existencia de un acuerdo -expreso o tácito- de que una vez producido el matrimonio no habrá convivencia marital y pasado el tiempo que se estipule, se instará la separación judicial o el divorcio.

En estos casos, estaríamos ante un matrimonio nulo por simulación. El extranjero, no simula su voluntad de casarse –dado que sí desea hacerlo, pero la intención que persigue con dicha boda, no es la de fundar una familia sino adquirir con más facilidad la nacionalidad española y transcurrido un determinado tiempo, separarse.

Consentimiento matrimonial. Concepto

El consentimiento es un elemento esencial del matrimonio, que está constituido por la manifestación de voluntad de los contrayentes de realizar entre sí los fines que el matrimonio le asigna.

El legislador español es claro al determinar su carácter constitutivo. El artículo 45 del Código Civil expresamente dice: *“no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial”*, y para manifestar el carácter enteramente libre e incondicionado del mismo añade: *“la condición, término o modo del consentimiento se tendrán por no puestos”*.

Para la Dirección General de Registros y Notariado el matrimonio simulado es aquel cuyo consentimiento se emite, por una o ambas partes, en forma legal pero mediante simulación, esto es, sin correspondencia con un consentimiento interior, sin una voluntad real y efectiva de contraer matrimonio.

Matrimonio fraudulento.

Puede considerarse fraudulento, según la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 4 de diciembre de 1997 sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos, *«el matrimonio de un nacional de un Estado miembro o de un nacional de un tercer país que resida regularmente en un Estado miembro con un nacional de un tercer país, con el fin exclusivo de eludir las normas relativas a la entrada y la residencia de nacionales de terceros países y obtener, para el nacional de un tercer país, un permiso de residencia o una autorización de residencia en un Estado miembro»*.

Propósito de los matrimonios de conveniencia

El propósito de estos matrimonios celebrados en fraude de ley es el de beneficiarse de las consecuencias legales del matrimonio en el campo de la nacionalidad y de la extranjería, siendo los objetivos más usuales son los siguientes:

- a) Adquirir de modo acelerado la nacionalidad española
- b) Lograr un permiso de residencia en España en el que se les aplique el Régimen Comunitario
- c) Lograr la reagrupación familiar de nacionales de terceros Estados

El artículo 22. 1 y 2 del Código Civil establece plazos de residencia diferentes para solicitar la nacionalidad española, que varían según las circunstancias personales o incluso, el país de origen del extranjero.

Existe un plazo general de 10 años, pero según el apartado d) del artículo 22.2.: « *El casado con español o española, podrá acogerse al plazo abreviado de un año de residencia, si al tiempo de la solicitud llevare un año casado y no estuviere separado legalmente o de hecho*».

La Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de marzo de 1991, al hablar de la concesión de la nacionalidad española por residencia, hace especial hincapié en que se trate de un vínculo real: «*El matrimonio con español o española, para que pueda dar lugar a un tratamiento de favor en cuanto a la adquisición de la nacionalidad española, debe corresponderse, al tiempo que la Ley se refiere, con una situación normal de convivencia entre los cónyuges*».

En nuestro Ordenamiento Jurídico existe una presunción a favor de que el marido y la mujer viven juntos, sin embargo, esta Instrucción de 1991 a fin luchar «a posteriori» contra los matrimonios de conveniencia impone al casado con español la carga de acreditar tal convivencia.

Fuente: [Trascripción casi literal del artículo escrito por Rocío García Zúñiga](#). Lcda en Derecho UNED, «**Los Matrimonios de Conveniencia Como Fraude de Ley**».

I Jornadas de Derecho de Familia Internacional: "La adopción internacional y los matrimonios de conveniencia". Facultad de Derecho de A Coruña, 6 y 7 de abril de 2006 y publicado en www.porticolegal.com. Hay que evitar introducir en los seminarios transcripciones literales de artículos.

Parece también importante la referencia que el profesor **Javier Carrascosa González**, Profesor de la Universidad de Murcia, hace sobre los matrimonios de complacencia, en los **Anuales de Derecho de la Universidad de Murcia. Num. 20.2002**.

El problema de los "matrimonios de complacencia" se ha planteado también *entre extranjeros*. El supuesto es el siguiente: un sujeto extranjero con expectativas de adquirir la nacionalidad española, -por ejemplo, por residencia en España-, *contrae matrimonio simulado* con otro contrayente extranjero. De este modo, el segundo contrayente extranjero se ve favorecido por la legislación española sobre nacionalidad y, tras un año de *matrimonio ficticio*, puede solicitar la adquisición de la nacionalidad española por residencia en España de un año. ¿Cómo resolver este tipo de supuestos? *Dos estrategias de razonamiento o modelos de solución* enfrentados e inconciliables se han postulado:

1º) *Tesis de las normas materiales imperativas o "lois de police"*. Parte de la doctrina de DIPr., -anclada en los obsoletos planteamientos de la década de los años sesenta del pasado siglo y advirtiendo que la DGRN aplicaba siempre *Derecho español* a los matrimonios de complacencia-, ha sostenido que las normas españolas sobre validez del consentimiento matrimonial son aplicables a todos los casos internacionales. Es la tesis de las *normas materiales imperativas o lois de police*. Las normas españolas sobre consentimiento matrimonial serían, así, aplicables en *todos los casos internacionales*, visto que protegen *intereses esenciales* de la comunidad. Las normas de conflicto, -el art. 9.1 Cc. en este caso-, no operan: existe una *aplicación preferente* del Derecho sustantivo imperativo español que evita el juego conflictual: se produce la eliminación de la *operativa de la norma de conflicto*, sustituida por otro "método de reglamentación": *las normas materiales imperativas*.

2º) *Tesis del "planteamiento conflictual puro"*. Otros autores han sostenido que las *normas españolas* sobre consentimiento matrimonial nada decían de su aplicación a *casos internacionales*. Por lo tanto, sólo pueden aplicarse al consentimiento de un contrayente español en conformidad con la norma de conflicto correspondiente (art. 9.1 Cc.). Para saber si el consentimiento matrimonial de un extranjero está viciado o es meramente simulado, hay que aplicar su *Ley nacional* ex art. 9.1 Cc. Es la tesis del *planteamiento conflictual puro*).

Pues bien, la tesis de las *normas materiales imperativas o lois de police* se ha visto plenamente desmentida por la misma DGRN en la muy importante RDGRN 1ª 26 noviembre 2001, que aborda por vez primera el caso planteado. La citada Resolución ha confirmado como correcta la segunda postura: la tesis del *planteamiento conflictual puro*. En esta importante resolución, la DGRN advierte que en un matrimonio entre extranjeros, las normas españolas no son de aplicación ni a la capacidad ni al consentimiento de los contrayentes. El normal juego de las normas de conflicto, *-planteamiento conflictual puro-*, lleva a aplicar el Derecho extranjero correspondiente, esto es, la Ley nacional de cada contrayente. Así se expresa la DGRN en la citada RDGRN 1ª 26 noviembre 2001: "*La capacidad y requisitos de fondo del matrimonio se regulan por la ley dominicana (Cfr. art. 9.1 CC) (...). Son pues inaplicables al supuesto las normas españolas sobre consentimiento matrimonial y sobre la nulidad del matrimonio por ausencia de este consentimiento (cfr. art. 45 y 73-1 Cc.), pues estas normas para evitar el fraude, sólo han de ser tenidas en cuenta cuando uno de los contrayentes sea español en el momento de la celebración del matrimonio*".

Esta postura ha sido reafirmada posteriormente por la DGRN. Así, en la misma línea, la RDGRN 1ª 24 mayo 2002, indica que, tratándose de un matrimonio entre sujetos dominicanos, "*por ello hay que aplicar la Ley dominicana para apreciar la capacidad matrimonial (art. 9.1 Cc.) y no hay puntos de conexión que permitan aplicar las normas españolas sobre ausencia de consentimiento matrimonial*". La RDGRN 5ª 29 junio 2002, en un caso también de matrimonio celebrado en el extranjero entre dominicanos, afirma que: "*como en este caso el matrimonio se ha contraído por dos dominicanos, la capacidad y requisitos de fondo del matrimonio se regulan por la Ley dominicana (cfr. art.9.1 Cc.), no pudiéndose dudar de la validez del enlace para la legislación dominicana a la vista de que el mismo ha sido inscrito en el Registro Civil dominicano. Son, pues, inaplicables al supuesto las normas españolas sobre consentimiento matrimonial y sobre la nulidad del matrimonio por ausencia de este consentimiento (cfr. arts. 45 y 73.1 Cc.), pues estas normas, para evitar el fraude, sólo han de ser tendidas en cuenta cuando uno de los contrayentes sea español en el momento de la celebración del matrimonio*".

Igualmente, esta línea ha encontrado continuidad en la ya conocida como "doctrina del 11 de septiembre". La RDGRN 2ª 11 septiembre 2002, RDGRN 3ª 11 septiembre 2002, RDGRN 4ª 11 septiembre 2002 apuntalan la anterior interpretación. Se trataba, en los tres casos, de matrimonio celebrado entre cónyuges dominicanos, uno de los cuales adquiere posteriormente la nacionalidad española. La DGRN indica que las cuestiones de validez del consentimiento se rigen por la Ley extranjera correspondiente a la nacionalidad, también extranjera, que ostentaban los contrayentes en el momento del enlace matrimonial, y que no procede, en modo alguno, aplicar las Leyes españolas para verificar si el matrimonio es válido o no en cuanto al consentimiento.

Visto que el vicio o la falta del consentimiento matrimonial son cuestiones que hay que probar con arreglo a una Ley extranjera, si ésta no se alega y prueba, el matrimonio, -que consta normalmente en una certificación registral extranjera-, debe considerarse válido.

II. Fórmulas jurídicas para combatir los matrimonios de conveniencia

En este capítulo, se pretende responder una pregunta que es clave: **¿Cómo se está luchando contra los matrimonios de conveniencia?**

Dicho lo anterior, entonces debemos analizar cada uno de los ámbitos de competencia y cada órgano que se relacione con el tema que nos preocupa, en el Régimen Comunitario y en el régimen Autónomo Español

a) Régimen Comunitario:

Entre las medidas adoptadas con anterioridad a la celebración del matrimonio por la normativa de extranjería aplicable al Régimen Comunitario, es preciso destacar la insistencia que se está haciendo a las autoridades competentes para celebrar matrimonios sobre los riesgos de matrimonios fraudulentos en la Recomendación del Consejo de la Unión Europea, de 22 de diciembre, sobre la "Armonización de los Medios de Lucha contra la Inmigración y el Empleo Ilegales y sobre la Mejora de los Medios de Control Previstos a tal Fin" y en **la Resolución del Consejo de 4 de diciembre de 1997 «sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos»**, que indica, una serie de factores que en caso de presentarse podrían permitir al Encargado del Registro Civil presumir la existencia de un matrimonio fraudulento:

- a) El no mantenimiento de la vida en común
- b) La ausencia de una contribución adecuada a las responsabilidades derivadas del matrimonio
- c) El hecho de que los cónyuges no se hayan conocido antes del matrimonio
- d) El hecho de que los cónyuges se equivoquen sobre sus respectivos datos (nombre, dirección, nacionalidad, trabajo), sobre las circunstancias en que se conocieron o sobre otros datos de carácter personal relacionados con ellos
- e) El hecho de que los cónyuges no hablen una lengua comprensible para ambos
- f) El hecho de que se haya entregado una cantidad monetaria para que se celebre el matrimonio (a excepción de las cantidades entregadas en concepto de dote, en el caso de los nacionales de terceros países en los cuales la aportación de una dote sea práctica normal)
- g) El hecho de que el historial de uno de los cónyuges revele matrimonios fraudulentos anteriores o irregularidades en materia de residencia.

En estos casos, señala la Resolución: «los Estados miembros sólo expedirán un permiso de residencia o una autorización de residencia por causa de matrimonio al nacional del país tercero tras haber mandado comprobar a las autoridades competentes según el Derecho nacional que el matrimonio no es un matrimonio fraudulento y que se cumplen las demás condiciones de entrada y residencia. Dicha comprobación podrá conllevar una entrevista por separado con cada uno de los cónyuges.

Si las autoridades competentes según el Derecho nacional establecen que el matrimonio es un matrimonio fraudulento, se retirará, revocará o no se renovará el permiso de residencia o la autorización de residencia por causa de matrimonio del nacional del país tercero».

La preocupación por la creciente extensión del fenómeno de los matrimonios de complacencia, ha llevado a la Comisión Internacional del Estado Civil a acordar en la Asamblea General de Edimburgo, de septiembre de 2004, la constitución de un Grupo de Trabajo específico para intercambiar las experiencias y medidas adoptadas para combatir tal fenómeno en los distintos países miembros, que pretende complementar en el ámbito de los matrimonios de complacencia la Recomendación (Nº 9), adoptada en Estrasburgo el 17 de marzo de 2005, relativa a la lucha contra el fraude documental en materia de estado civil.

En la misma línea, se ha de nombrar la reciente iniciativa adoptada en Francia a través de la Circular relativa a la lucha contra los matrimonios simulados, adoptada en París el 2 de mayo de 2005 por el Ministerio de Justicia de la República francesa, que introduce el trámite de audiencia previa para evitar matrimonios de complacencia.

El Diario El País, con fecha 29 y 30 de noviembre de 2005 publicaba las siguientes noticias respectivamente: «para tratar de frenar los fraudes en los matrimonios de conveniencia, *se aumenta en dos años el periodo de convivencia exigido* para que un extranjero casado con un francés pueda optar a la nacionalidad francesa, lo que supone cuatro años de vida en común para las parejas residentes en Francia y cinco si viven fuera.

También se refuerza el control administrativo que se ejerce antes de la celebración del enlace en el extranjero, pues será condición indispensable que la pareja se presente ante el cónsul francés, quien podrá plantear sus eventuales reservas sobre la unión».

«El Primer Ministro aprobó ayer el proyecto de ley de inmigración, que endurece los controles para acceder a la residencia, reduce las vías para la regularización y cierra considerablemente la puerta al reagrupamiento familiar y *los matrimonios mixtos, que el año pasado supusieron el 77,6% del total de los inmigrantes que entraron en Francia*».

Esta iniciativa, se enmarca en un contexto más general que se observa en todos los países miembros de la Comisión Internacional del Estado Civil de preocupación por consecuencia del creciente fraude observado que tiende a la obtención indebida de la nacionalidad o la residencia legal, utilizando para ello mecanismos de falsificación documental o simulación de matrimonios o reconocimientos falsos de filiación, y que ha dado lugar a la adopción de diversas medidas de reacción por parte de los Estados, además de la ya indicada: así, en Bélgica adopción del nuevo Código de Derecho Internacional Privado, en Holanda nuevo procedimiento de verificación y control de los documentos de estado civil extranjeros, en Suiza, atribución de mayores poderes a los Encargados de los Registros Civiles para poder denegar las inscripciones de documentos que consideren fraudulentos, en Reino Unido mayor especialización de los Encargados de los Registros Civiles con el mismo objeto, etc.

La Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar, dispone en su artículo 16.2. b): " Los Estados miembros podrán denegar una solicitud de entrada y de residencia con fines de reagrupación familiar o, en su caso, retirar el permiso de residencia o denegar su renovación si se demuestra *«que el matrimonio, la relación en pareja o la adopción se formalizaron únicamente para que la persona interesada pudiera entrar o residir en un Estado miembro»*."

b) Régimen General de Extranjería

El Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en su artículo 39.1 permite al extranjero residente, que haya residido legalmente en España durante un año y haya obtenido autorización para residir por, al menos, otro año, reagrupar con él en España a su cónyuge **«siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho y que el matrimonio no se haya celebrado en fraude de ley...»**. Este mismo derecho está reconocido también en el artículo 17.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

La duración del permiso de residencia que se conceda a estos familiares será la misma que la del permiso concedido al reagrupante. En caso de autorización de residencia temporal, la vigencia de la autorización de residencia de los familiares reagrupados se extenderá hasta la misma fecha que la del reagrupante y en caso de autorización de residencia sea permanente, la vigencia de la primera autorización de residencia de los familiares reagrupados se extenderá hasta la fecha de validez de la tarjeta de identidad de extranjero del reagrupante y la posterior autorización de residencia del reagrupado será de carácter permanente.

Una vez que el cónyuge del extranjero ha entrado en nuestro país, en virtud de la reagrupación familiar, podrá optar a conseguir una autorización de residencia temporal independiente de la del reagrupante cuando obtenga la correspondiente autorización para trabajar. En todo caso, el cónyuge reagrupado **«que no se encuentre separado»** podrá solicitar una autorización de residencia independiente cuando haya residido en España durante cinco años, también cuando se rompa el vínculo conyugal que dio origen a la situación de residencia, por separación de derecho o divorcio, «siempre y cuando acredite la convivencia en España con el cónyuge reagrupante durante al menos dos años».

El cónyuge **«no separado de hecho o de derecho de residente legal...»** podrá obtener una autorización para trabajar sin que ello comporte la obtención de una autorización de residencia independiente, cuando las condiciones fijadas en el contrato de trabajo que haya dado lugar a la autorización, por ser éste a tiempo parcial o por la duración de la prestación de servicios, den lugar a una retribución inferior al salario mínimo interprofesional a tiempo completo en cómputo anual.

Además de la exigencia al cónyuge de residente legal extranjero de no estar separado ni de hecho ni de derecho, la lucha contra los matrimonios de conveniencia desde el procedimiento de reagrupación familiar se concreta durante la sustanciación del trámite del visado, con la celebración de una posible entrevista personal con el solicitante para comprobar su identidad, el vínculo familiar alegado, la dependencia legal o económica y la validez de la documentación aportada.

Si los representantes de la Administración llegaran al convencimiento de que existen indicios suficientes para dudar de la identidad de las personas, de la validez de los documentos, o de la veracidad de los motivos alegados para solicitar el visado, se denegará su concesión de forma motivada.

c) Registro Civil:

A nivel de Registro Civil, la preocupación ante la expansión de este fenómeno, hizo que la Dirección General de Registros y del Notariado comenzara a pronunciarse sobre los efectos de los matrimonios de conveniencia en nuestro país a partir de 1993, si bien las sospechas sobre fraudes y simulaciones, ya se pusieron

de manifiesto en un informe elevado por el RC Único de Madrid, el 7 de octubre de 1988.

Para evitar que se celebren matrimonios de complacencia, la Dirección General de los Registros y Notariado dictó el 9 de enero de 1995, la Instrucción «sobre el Expediente Previo al Matrimonio cuando uno de los contrayentes esta domiciliado en el Extranjero» señalando la importancia del trámite de audiencia de cada uno de los contrayentes por separado y «de modo reservado» en el que el instructor del expediente puede y debe interrogar a los contrayentes para cerciorarse de la «verdadera intención matrimonial» de los mismos o, en su caso, descubrir posibles fraudes.

Esta Instrucción no permite coartar en modo alguno un derecho fundamental de la persona, como es el derecho a contraer matrimonio, sino encarecer a los encargados de los Registros Civiles que, sin mengua de la presunción general de buena fe, se cercioren de la veracidad del consentimiento de los contrayentes dentro de las posibilidades que ofrece la regulación actual del expediente previo. Por tanto, esta Instrucción debe emplearse como un medio de «control preventivo y previo» no sólo de la «capacidad matrimonial», sino también del «consentimiento matrimonial» de los contrayentes.

Con fecha 31 de enero de 2006, la Dirección General de Registros y del Notariado ha dictado la Instrucción sobre «matrimonios de complacencia», que entre las medidas adoptadas «a priori» hace públicas las siguientes orientaciones prácticas:

- I. Los datos básicos de los que cabe inferir la simulación del consentimiento matrimonial son dos:
 - a) el desconocimiento por parte de uno o ambos contrayentes de los «datos personales y/o familiares básicos» del otro y
 - b) la inexistencia de relaciones previas entre los contrayentes.

En cuanto a la valoración de ambos elementos se han de tomar en cuenta los siguientes criterios prácticos:

Debe considerarse y presumirse que existe auténtico «consentimiento matrimonial» cuando un contrayente conoce los «datos personales y familiares básicos» del otro contrayente. Si los contrayentes demuestran conocer suficientemente los datos básicos personales y familiares mutuos, debe presumirse, conforme al principio general de presunción de la buena fe, que el matrimonio no es simulado y debe autorizarse o inscribirse, según los casos.

Para acreditar la existencia de un **conocimiento suficiente** de los datos personales básicos mutuos de los contrayentes, deben tenerse presentes estas **reglas**:

1ª El Encargado dispone de un necesario margen de apreciación para ajustar las normas jurídicas a los caracteres, circunstancias y rasgos del caso concreto, ponderando necesariamente la equidad en la aplicación de las normas jurídicas.

2ª No puede fijarse una «lista cerrada» de datos personales y familiares básicos cuyo conocimiento es exigido, pues ello puede depender de las circunstancias del caso concreto. Sí puede, sin embargo, proporcionarse una «*lista de aproximación*» con los datos básicos personales y familiares mutuos más frecuentes que los contrayentes deberían conocer el uno del otro.

3ª El conocimiento de los datos básicos personales de un contrayente por el otro contrayente debe ser un conocimiento del «núcleo conceptual» de dichos datos, sin

que sea preciso descender a los detalles más concretos posibles. Se ha de exigir un «conocimiento suficiente», no un «conocimiento exhaustivo» de tales datos.

4ª En su caso el «desconocimiento» de los datos personales y familiares básicos de un contrayente respecto del otro debe ser claro, evidente y flagrante. Por tanto, el desconocimiento de un solo, singular y aislado dato personal o familiar básico del otro contrayente no es relevante para inferir automáticamente la existencia de un matrimonio simulado. Debe, por tanto, llevarse a cabo una valoración de conjunto del conocimiento o desconocimiento de un contrayente respecto del otro.

5ª Existen otros «datos personales» del contrayente que son meramente «accesorios» o «secundarios». Pues bien, el conocimiento o desconocimiento de tales datos personales accesorios no es relevante en sí mismo. Entre tales «datos personales accesorios» cabe citar: conocimiento personal de los familiares del otro contrayente (no de su existencia y datos básicos de identidad, como nombres o edades) y hechos de la vida pasada de ambos contrayentes.

El conocimiento o desconocimiento de estos datos personales «no básicos» es sólo un elemento que puede ayudar a la Autoridad española a formarse una certeza moral sobre la simulación o autenticidad del matrimonio, especialmente en casos dudosos, pero debe subrayarse categóricamente que en ningún caso estos datos personales «no básicos» pueden ser determinantes por sí solos para inferir exclusivamente de los mismos la existencia o inexistencia de un matrimonio simulado.

Aun cuando los contrayentes puedan desconocer algunos «datos personales y familiares básicos recíprocos», ello puede resultar insuficiente a fin de alcanzar la conclusión de la existencia de la simulación, si se prueba que los contrayentes han mantenido relaciones antes de la celebración del matrimonio, bien personales, o bien por carta, teléfono o Internet que por su duración e intensidad no permita excluir toda duda sobre la posible simulación. Para acreditar la existencia de auténticas y verdaderas relaciones entre los contrayentes, deben tenerse presentes estas **reglas**:

1ª Las relaciones entre los contrayentes pueden referirse a relaciones habidas antes o después de la celebración del matrimonio. En este segundo caso, a fin de evitar los supuestos de preconstitución de la prueba, las relaciones deberán presentar un tracto ininterrumpido durante un cierto lapso de tiempo.

2ª Las relaciones entre los contrayentes pueden ser relaciones personales (visitas a España o al país extranjero del otro contrayente), o bien relaciones epistolares o telefónicas o por otro medio de comunicación, como Internet.

3ª El hecho probado de que los contrayentes conviven juntos en el momento presente o tienen un hijo común es un dato suficiente que acredita la existencia de «relaciones personales».

4ª El hecho de que los contrayentes no hablen una lengua que ambos comprenden es un mero indicio de que las relaciones personales son especialmente difíciles, pero no imposibles.

5ª El hecho de que el historial de uno de los cónyuges revele matrimonios simulados anteriores es un poderoso indicio de que no existen auténticas relaciones personales entre los contrayentes, sino relaciones meramente figuradas.

6ª El hecho de que se haya entregado una cantidad monetaria para que se celebre el matrimonio, siempre que dicho dato quede indubitadamente probado, es, también, un poderoso indicio de que no existen relaciones personales entre los contrayentes, ni verdadera voluntad matrimonial. Quedan exceptuadas las cantidades entregadas en concepto de dote.

De forma complementaria a lo anterior, se ha de señalar que los datos o hechos relativos al matrimonio que no afectan al conocimiento personal mutuo de los contrayentes, ni a la existencia de relaciones previas entre los contrayentes, no son relevantes para inferir de los mismos, aisladamente, la existencia de un matrimonio simulado. Aunque tampoco puede proporcionarse una «lista cerrada»

de hechos por sí solos no relevantes, sí pueden enumerarse los más frecuentes de entre ellos:

1º El hecho de que el contrayente extranjero resida en España sin la documentación exigida por la legislación de extranjería. De este dato no se puede inferir, automáticamente, la intención simuladora de los contrayentes en la celebración del matrimonio, como ya ha sido declarado en varias ocasiones por este Centro Directivo.

2º El hecho de que los contrayentes no convivan juntos o nunca hayan convivido juntos cuando existan circunstancias que lo impidan, como la imposibilidad de viajar por razones legales o económicas.

3º El hecho de que un contrayente no aporte bienes o recursos económicos al matrimonio, mientras que sea el otro contrayente el que aporte el cien por cien de tales recursos, pues en sí mismo, este dato nada dice de una posible intención simuladora de los contrayentes o de la autenticidad del consentimiento matrimonial.

4º El hecho de que los contrayentes se hayan conocido pocos meses o semanas antes del enlace tampoco dice nada, en sí mismo, sobre la intención simuladora de los contrayentes. Es diferente el caso de que los cónyuges hayan contraído matrimonio sin haberse conocido de forma personal previamente, es decir, cuando se conocen el mismo día o pocos días antes de la fecha en la que contraen matrimonio.

5º El hecho de que exista una diferencia significativa de edad entre los contrayentes tampoco dice nada por sí sólo acerca de la autenticidad y realidad del consentimiento matrimonial, por lo que es un dato que no puede utilizarse, de ningún modo, para inferir nada al respecto, salvo que concurra con otras circunstancias, ya enumeradas, de desconocimiento o falta de relación personal.

Ahora bien, la cuestión surge acerca de *cómo constatar «a priori» esta ausencia de consentimiento*, puesto que, como ocurre normalmente en todas las hipótesis de simulación, es muy raro que existan pruebas directas de la voluntad simulada, de modo que descubrir la verdadera voluntad encubierta de las partes, es una tarea difícil en la cual juega un importante papel la prueba de la presunción judicial, para cuyo éxito *«es indispensable que entre el hecho demostrado y aquel que se trate de deducir, haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano»*.

Como indica el artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil *«a partir de un hecho admitido o probado, se puede «presumir certeza» de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano»*.

Hay que tener en cuenta, que existe una presunción general de buena fe y que el *«ius nubendi»*, como derecho fundamental de la persona, no debe ser coartado, postergado o denegado, más que cuando exista una certeza racional absoluta del obstáculo o impedimento legal que vicie de nulidad al matrimonio pretendido, por lo que *«ha de ser preferible, aun en caso de duda, no poner trabas, a la celebración o inscripción del enlace»*.

Y en este mismo sentido, dice la DGRN: *«La convicción de la simulación y del consiguiente fraude ha de llegar a formarse en un grado de certeza moral en el juicio de quien debe decidir sobre la nulidad del matrimonio discutido. Ha de ser preferible, aun en caso de duda, no poner trabas, a la celebración o inscripción del enlace»*.

Normalmente la existencia de matrimonio de conveniencia sólo se puede advertir después de la celebración y aunque los casos más graves de tal nulidad, podrán ser corregidos *«a posteriori»*, por medio de la acción judicial que puede ser ejercitada por el Ministerio Fiscal, es indudable, que *«a priori»* y en la medida de lo

posible, es conveniente adoptar las cautelas oportunas para evitar la celebración de matrimonios nulos que, entre tanto no se pronuncie la nulidad, disfrutarán de las ventajas derivadas de la apariencia matrimonial.

Así, la DGRN en su Resolución de 9 de octubre de 1993 proponía: *“Ante la lacra de los matrimonios de conveniencia, la solución ha de encontrarse, no en el amontonamiento de pruebas y diligencias previas para cerciorarse de la verdadera voluntad de las partes, porque ello equivaldría a obstaculizar de modo intolerable un derecho fundamental de las personas, sino en medidas represivas adoptadas «a posteriori», como el ejercicio público de la acción de nulidad en casos extremos, y, sobre todo, en medidas indirectas dirigidas a evitar que el extranjero obtenga automáticamente los beneficios fraudulentos que acaso persiga”*.

La Circular 1/2002, de 19 de febrero, sobre aspectos civiles, penales y contencioso-administrativos de la intervención del Fiscal en materia de extranjería interesa de los Sres. Fiscales que extremen su celo e impidan la celebración de matrimonios de complacencia cuando existan datos objetivos que permitan sospechar que se trata de un matrimonio simulado y también les obliga a ejercitar la acción de nulidad cuando por cualquier medio tengan conocimiento a posteriori de la celebración o existencia de uno de estos matrimonios simulados.

d) Resto del ordenamiento jurídico español:

En el resto del ordenamiento jurídico español, la lucha contra los matrimonios de conveniencia se está llevando a cabo:

En el ámbito Civil, la Ley del divorcio no modifica el matrimonio con extranjeros para evitar que se produzcan fraudes, debiendo permanecer casados como mínimo un año para poder optar a la nacionalidad española. Este plazo es bastante superior al exigido de tres meses desde la celebración del matrimonio cualquiera que sea la forma de celebración cuando ambos contrayentes son españoles y desean instar su separación judicial

En el ámbito Penal, el artículo 219.1 del Código Penal castiga al *«que autorizare matrimonio en el que concurra alguna causa de nulidad conocida o denunciada en el expediente»*. Es llamativo el hecho de que no esté tipificado como delito *«el contraer matrimonio en fraude de ley»* y que los contrayentes puedan libremente simular su consentimiento cuando lo que se quiere es poner freno a este tipo de uniones.

Fuente: [Transcripción casi literal del artículo escrito por Rocío García Zúñiga](#). Lcda en Derecho UNED, [«Los Matrimonios de Conveniencia Como Fraude de Ley»](#).

[I Jornadas de Derecho de Familia Internacional: "La adopción internacional y los matrimonios de conveniencia". Facultad de Derecho de A Coruña, 6 y 7 de abril de 2006 y publicado en \[www.porticolegal.com\]\(http://www.porticolegal.com\). Hay que evitar introducir en los seminarios transcripciones literales de artículos.](#)

III. DGRN y matrimonios de conveniencia

La DGRN ha adoptado distintas tácticas legales para combatir los matrimonios de conveniencia y ha expuesto su doctrina en la Instrucción de 31 de enero de 2006 sobre los matrimonios de complacencia.

A) Táctica preventiva: se contiene la instrucción DGRN de 9 de enero de 1995 sobre expediente previo al matrimonio cuando uno de los contrayentes está domiciliado en el extranjero. En dicha instrucción la DGRN exige que, en el trámite de audiencia de cada uno de los contrayentes por separado que debe llevarse a cabo en la instrucción del expediente matrimonial, el instructor del expediente puede interrogar a los contrayentes para cerciorarse de la verdadera intención matrimonial de los mismos. Dos situaciones deben distinguirse:

1. Contrayente español. Basta acreditar con arreglo al derecho español (Art. 9.1 CC) que el consentimiento del contrayente español es simulado sin que sea preciso acreditar que también es simulado el consentimiento del contrayente extranjero con arreglo a su ley nacional. Es la economía conflictual: basta aplicar la ley española porque si con arreglo a dicha ley no hay consentimiento matrimonial, no hay matrimonio, por lo que la consulta de la ley extranjera es superflua.
2. Ambos contrayentes extranjeros: la ley que rige la autenticidad de su consentimiento es la ley nacional respectiva (Art. 9.1 CC). En algunos casos, la DGRN se limita a autorizar el matrimonio sin ulteriores investigaciones sobre la intención matrimonial de los contrayentes, y afirma que la legislación española no es aplicable a estos supuestos. En otros casos, la DGRN no detecta que se trata de contrayentes extranjeros y entonces aplica su sistema de presunciones como si los contrayentes fueran españoles. Cuando una ley extranjera admite la validez de un matrimonio a pesar de que el consentimiento es ficticio simulado o inexistente dicha ley no se aplicará en España por resultar contrario al orden publico internacional español. En su lugar se aplica el derecho material español y el matrimonio no se autoriza.

En la práctica esta táctica preventiva no funciona dado que en España solamente es necesario instruir el expediente matrimonial previo cuando el matrimonio se va a celebrar en España o los sujetos contraen un matrimonio de complacencia en el extranjero sin haber instruido un expediente previo ante autoridad española. Resultado: El control preventivo es imposible como reconoce la instrucción DGRN de 31 de enero de 2006 sobre los matrimonios de conveniencia.

B) Táctica represora posterior y la economía conflictual: cuando se presenta la certificación extranjera de celebración del matrimonio para inscripción en el registro civil español, el encargado del registro civil español debe controlar la legalidad de dicho matrimonio conforme a la ley española. Por tanto, el encargado debe controlar que existe consentimiento valido con arreglo a la ley nacional de cada contrayente (Art. 9.1 CC).

Ahora bien, cuando uno de los contrayentes es español basta comprobar con arreglo a la ley española que no existe consentimiento matrimonial del contrayente español y el matrimonio se considera simulado y no accede al registro civil (Instrucción DGRN de 31 de enero de 2006). El control que realiza el encargado del registro civil español en forma de entrevista de los cónyuges para acreditar la presencia del consentimiento matrimonial, debe ser un control suficiente. Es decir, una entrevista sumaria o meramente formularia no prueba la ausencia de consentimiento matrimonial. En conclusión: se aplica exclusivamente la ley sustantiva española a través de una táctica de economía conflictual. Ahora bien la aplicación de la ley sustantiva española para verificar la presencia o ausencia de un verdadero consentimiento matrimonial exige exponer varios aspectos:

1. El método de las presunciones: para acreditar la presencia de un verdadero consentimiento matrimonial la DGRN utiliza un método basado en presunciones (Art. 386 Ley enjuiciamiento civil).

Artículo 386. Presunciones judiciales.

"1. A partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano. La sentencia en la que se aplique el párrafo anterior deberá incluir el razonamiento en virtud del cual el tribunal ha establecido la presunción.

2. Frente a la posible formulación de una presunción judicial, el litigante perjudicado por ella siempre podrá practicar la prueba en contrario a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior."

Es un método ya seguido anteriormente por la Res. Consejo de comunidades europeas de 4 de diciembre de 1997 (medidas de lucha contra los matrimonios fraudulentos). El método de las presunciones funciona de la siguiente manera:

- 1.1 Los indicios de la existencia de auténtico matrimonio. Existen ciertos indicios a partir de los cuales es posible inferir que los contrayentes tienen la finalidad de fundar una familia, que es la finalidad del matrimonio. La DGRN utiliza dos elementos:
 - Datos personales mutuos. Se considera que existe autentico consentimiento matrimonial cuando el contrayente conoce los datos personales básicos del otro contrayente.
 - Las relaciones personales recíprocas. Aunque no se conozcan los datos personales básicos, se considera que es auténtico consentimiento matrimonial si se demuestra que los contrayentes han mantenido relaciones personales recíprocas.
- 1.2 Falta de indicios en favor de un auténtico consentimiento matrimonial. En consecuencia, si los contrayentes desconocen los datos personales básicos recíprocos y tampoco se prueba que han mantenido relaciones personales, la DGRN estima que el consentimiento es simulado, de modo que no se inscribirá o no autorizara la celebración del matrimonio
- 1.3 Datos irrelevantes. Todos los elementos que no sirven para inferir claramente el conocimiento mutuo de datos personales o la existencia de relaciones personales, son, en principio, irrelevantes.
- 1.4 Para la aplicación de las presunciones el encargado del registro civil debe alcanzar una certeza moral plena de que el matrimonio es simulado, éste indicará en su resolución, el razonamiento que le ha llevado a concluir que el consentimiento es simulado, admitiendo prueba en contrario, y en caso de rechazarse la inscripción del matrimonio, es posible instar una posterior inscripción si surgen nuevos datos relevantes, así como podrá ejercitarse la acción de nulidad en vía civil ordinaria (Art. 74 CC) por el ministerio fiscal o por los cónyuges o por cualquier persona con interés directo y legítimo, si se hubiera inscrito el matrimonio pero posteriormente hubieran surgido dudas acerca de su validez.

C) Táctica represora posterior y técnica conflictual pura: si se trata de un matrimonio entre extranjeros, la DGRN indica que la ley aplicable para averiguar si el consentimiento matrimonial de los contrayentes extranjeros es o no autentico, es la ley nacional de cada cónyuge (Art. 9.1 CC). Esta postura es correcta y se plasma

en varias instrucciones de la DGRN, como la de 26 de noviembre de 2001, 24 de mayo de 2002, 29 de junio de 2002, 11 de septiembre de 2002, 14 de enero de 2003, 26 de febrero de 2003... Comprobado que ambos cónyuges eran extranjeros cuando contrajeron matrimonio y que tal matrimonio se halla inscrito en el registro oficial extranjero, la DGRN entiende que el matrimonio es válido según el derecho extranjero y ordena su inscripción en el registro civil español (RDGRN de 24 de abril de 2007). En este caso hay una excepción según la cual si la ley nacional de los cónyuges admite un matrimonio celebrado sin haber acreditado la existencia de autentico consentimiento matrimonial, debe estimarse que dicha ley produce efectos contrarios al orden publico internacional español (Art. 12.3 CC) por lo que el matrimonio no se inscribirá en el registro civil español (RDGRN 27 de junio de 2006). Los encargados del registro civil no suelen referirse a la ley nacional de cada contrayente incluso cuando ambos son extranjeros, en estos casos, la DGRN indica que se ha aplicado la ley española a través de un orden público internacional oculto (RDGRN de 5 de julio de 2007).

Fuente: Manual de Alfonso Calvo Caravaca.

<http://www.mjusticia.es/cs/Satellite?blobcol=urldescarga1&blobheader=application%2Fpdf&blobkey=id&blobtable=Resoluciones&blobwhere=1161679294420&ssbinar y=true> en este enlace se pueden encontrar las resoluciones de la dirección del registro y notariado de los años 2007 y 2008.

DGRN, resolución 5/2007, de 26 de septiembre. JUR 2009\586

Esta resolución objeto de comentario, muestra de manera bastante gráfica el desconocimiento de los aspectos más básicos y personales entre dos personas, una mujer de 29 años de nacionalidad cubana, y un varón español de 77 años. Hay profundos indicios de encontrarnos ante un matrimonio simulado o de conveniencia que el ordenamiento español al igual que la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos, trata de combatir, ante ausencia real de consentimiento matrimonial entre los contrayentes. Ejemplos clarividentes de esta realidad son los que a continuación se indican, tal y como repasa la propia DGRN, en la presente resolución:

Las actas revelan contradicciones difícilmente justificables: *Mientras que ella señala que, tras conocerse ambos en casa de la madre de su ex-mujer y tratarse quince días como amigos, iniciaron la relación de pareja en marzo de 2003 y que él volvió a Cuba a visitarla en julio y en noviembre, en este mes sitúa él su primer encuentro; el noviazgo duró un año, según ella, seis meses, según él, y él declara haber hecho diez viajes de uno o dos meses y ella haber recibido siete visitas cuyas fechas y duración recuerda con precisión. Y es significativo que, no obstante estos encuentros periódicos y prolongados, él desconozca que ella, tras la sanción que se le impuso, ya no trabaja como profesora y los nombres de su hijo y de su madre, con los que ella convive. Además, aunque no sea un factor determinante, hay una considerable diferencia de edad entre ambos y, al interponer el recurso, las únicas pruebas documentales que se han aportado son unas fotografías sin valor para acreditar la veracidad del consentimiento matrimonial prestado. A todo ello se une lo que el Encargado del Registro Consular viene reiteradamente informando, en estos supuestos de solicitud de inscripción de matrimonios celebrados en Cuba entre ciudadanos cubanos y españoles, sobre la utilización, consciente o inconsciente, de tal institución con fines migratorios.*

El matrimonio simulado es nulo de pleno derecho conforme al ordenamiento jurídico español. En todo caso, se debe comprobar que se dan los requisitos del artículo 65 Cc, incluso, como es el caso que se comenta, en el consulado español en el extranjero.

DGRN, resolución de 19 abril 2008. JUR 2009\388641

En la presente resolución se analiza un matrimonio de complacencia, en el que se deduce que existe una ausencia de consentimiento matrimonial en tanto en cuanto se desconocen los elementos más esenciales de los contrayentes. Ejemplos de ellos, son citados en la presente resolución de la DGRN, según la cual, se puede apreciar que él no conoce a ciencia cierta dónde vive ella y con quién, ni tampoco conoce que ella es licenciada universitaria, pensando que había cursado estudios hasta el bachiller en Colombia.

Se presta atención al hecho de que este matrimonio en el extranjero se celebrara en forma católica, no obstante, precisando pasar los trámites de audiencia previa, propia de este tipo de situaciones, en las que los cónyuges no tengan la misma nacionalidad.

Extracto de la resolución:

“En este caso concreto se trata de inscribir un matrimonio celebrado en Colombia el 30-9-2006 entre un español y una colombiana y del trámite de audiencia reservada practicada a los interesados, resultan determinados hechos objetivos de los que cabe deducir que el matrimonio celebrado no ha perseguido los fines propios de esta institución. Se advierte alguna contradicción y desconocimiento de datos básicos. Así sucede respecto a la pregunta de cuando decidieron contraer matrimonio, él manifiesta que en octubre de 2005, y ella que en marzo de 2006. También existe contradicción respecto a si disponen de vivienda en España para fijar su residencia, él declara que si y ella dice que no. Finalmente es significativo que él desconoce el domicilio de ella, afirma que vive en D. en una vivienda propiedad de la madre y que convive con su madre y dos hermanas, sin embargo ella declara que vive en M., en una casa alquilada con su hermana y una amiga. Igualmente él desconoce que su esposa tiene carrera universitaria terminada, él declara que los estudios que ella ha realizado son el bachiller. De estos hechos, es una deducción razonable y en modo alguno arbitraria entender que el matrimonio es nulo por simulación. Así lo ha estimado el Encargado del Registro Civil Consular, quien por su inmediación a los hechos es el que más fácilmente puede apreciarlos y formar su convicción respecto de ellos. Esta conclusión, obtenida en momentos cronológicamente más próximos a la celebración del matrimonio, no quedaría desvirtuada por un expediente posterior, el del artículo 257 del Reglamento del Registro Civil, del cual debe prescindirse por razones de economía procesal (cfr. art. 354 RRC), si es que se estima que, además de la vía judicial, quedara abierto este camino ante la denegación adoptada en la calificación efectuada por la vía del artículo 256 del Reglamento. ”

Como ya se ha dicho a lo largo del tema, generalmente el propósito de estos matrimonios de conveniencia celebrados en fraude de ley, es el de beneficiarse de las consecuencias legales del matrimonio en el campo de la nacionalidad y de la extranjería.

Por su parte, el consentimiento, en tanto que declaración de voluntad de los contrayentes, es un elemento esencial del negocio jurídico bilateral que da lugar al matrimonio. Habrá de ser un consentimiento puro y dirigido a crear una comunidad de vida entre los esposos con la finalidad de asumir los fines propios y específicos de esta institución, que suele ser formar una familia.

Por tanto, cuando los contrayentes se unen en matrimonio excluyendo asumir las finalidades, propiedades o efectos esenciales del matrimonio, “el consentimiento matrimonial declarado es «simulado» y el matrimonio es nulo por falta de consentimiento matrimonial”.

En el matrimonio simulado se da, por tanto, una situación en que la declaración de voluntad emitida no se corresponde con la voluntad interna real.

La nulidad referida anteriormente se produce automáticamente, sin perjuicio de su declaración judicial, y es insubsanable, sin que admita convalidación por el transcurso del tiempo ni por confirmación. Los casos más graves de tal nulidad podrán ser corregidos «a posteriori» por medio de la acción judicial que puede ser ejercitada por el Ministerio Fiscal. No obstante insiste la DGRN en que su misión no es coartar un derecho fundamental ni vulnerar la presunción de la buena fe de los contrayentes. Además estos, cuando uno de ellos está domiciliado en territorio español y el otro extranjero, pueden elegir iniciar el expediente matrimonial en el Registro municipal correspondiente o en el consular. La ratificación del escrito inicial por ambos contrayentes es imprescindible. Y por supuesto el trámite fundamental es la audiencia que el instructor del expediente debe realizar a cada contrayente, la cual como ya se ha dicho debe ser reservada y por separado.

Por otro lado, existe el denominado “certificado de capacidad matrimonial” que sólo será necesario cuando los contrayentes hayan manifestado su propósito de contraer matrimonio en el extranjero con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración y esta ley exija la presentación de tal certificado. Sin embargo, previamente a la expedición de este certificado ha de instruirse, y concluir con auto firme favorable, el expediente matrimonial normal, tramitado conforme a las reglas generales; con lo cual no se evita el trámite de la audiencia. La DGRN ha señalado que la importancia de este trámite ha aumentado en los últimos tiempos en cuanto que por él puede descubrirse el verdadero propósito fraudulento de las partes, que no desean en realidad ligarse con el vínculo matrimonial.

Según la Resolución de 1 de septiembre de 2006 de la DGRN “análogas medidas deben adoptarse cuando se trata de inscribir en el Registro Consular o en el Central un matrimonio ya celebrado en la forma extranjera permitida por la *lex loci*. El Encargado debe comprobar si concurren los requisitos legales -- sin excepción alguna-- para la celebración del matrimonio (cfr. art. 65 CC) y esta comprobación, si el matrimonio consta por «certificación expedida por autoridad o funcionario del país de celebración» (art. 256.3.º RRC), requiere que por medio de la calificación de ese documento y «de las declaraciones complementarias oportunas» se llegue a la convicción de que no hay dudas «de la realidad del hecho y de su legalidad conforme a la ley española”. Esta doctrina viene propugnándose por la DGRN desde su Resolución de 30 de mayo de 1995.

IV. Jurisprudencia sobre los matrimonios de conveniencia

Sentencia AP Palencia de 5 de Marzo de 2002.

"La demandada no quiso realmente contraer matrimonio sino simplemente utilizar dicho negocio jurídico como modo para lograr su residencia o nacionalidad española; en efecto, el escaso tiempo de relaciones prematrimoniales o de noviazgo, la diferencia de edad (66 años el actor y 24 la demandada), el muy escaso tiempo de convivencia matrimonial y la desaparición sin justificación alguna acreditada del domicilio conyugal por parte de la demandada, así como su movilidad geográfica por distintas ciudades españolas, ha de llevar razonablemente a la conclusión de que ciertamente la demandada no quiso en realidad contraer matrimonio sino valerse del mismo para lograr su residencia o nacionalidad española; no habiendo existido, pues, consentimiento válido para contraer

matrimonio; es claro que concurre la causa de nulidad antes citada, sin que pueda por tanto reputarse de gratuita o carente de fundamentación la convicción del Juzgador de Instancia".

Sentencia AP Álava de 25 de Enero de 2005.

"Se ha demostrado razonablemente que nunca ha existido convivencia matrimonial entre los litigantes, a través al menos de la prueba indiciaria, considerando la condición de extranjero del demandado, las dificultades que han concurrido para localizarle y emplazarle y que el matrimonio se celebró por " poderes", valorando, reiteramos, también la propia incomparecencia del demandado que no opone ningún hecho obstativo tendente a demostrar la existencia de convivencia. También se ha acreditado la relación matrimonial que ha contraído el demandado con otra persona en Marruecos".

Sentencia AP Zaragoza de 30 de Marzo de 2005.

"En la jurisprudencia no existe absoluta unanimidad sobre si los supuestos de matrimonio de complacencia encuentran su apoyo anulatorio en el artículo 73-1º del Código Civil. Algunas resoluciones piensan que dicho precepto no está pensando en este supuesto, sino en las alteraciones mentales de los contrayentes que inutilizan el necesario consentimiento. Sin embargo, esa postura es minoritaria, pues basta poner en conexión el citado artículo con el 45 para decantarnos por la tesis mayoritaria, que considera que para que haya matrimonio, para su nacimiento como foco de derechos y deberes, se precisa el consentimiento propio de esa institución: "No hay matrimonio sin consentimiento". Por lo tanto, la ausencia del mismo, es decir, de la voluntad de aceptar una relación con proyecto de permanencia, convivencia, fidelidad y ayuda mutua, supondrá la nulidad "in radice" de esa apariencia matrimonial."

Sentencia AP Murcia de 7 de Noviembre de 2006.

"En cuanto a las pruebas documentales que pretende utilizar como soporte de su pretensión, hay que tener en cuenta que todas ellas se refieren a sucesos ocurridos en fecha posterior al matrimonio celebrado, e incluso a la fecha de denegación de la inscripción, lo que les priva de trascendencia alguna para acreditar la autenticidad del consentimiento dado para la celebración del matrimonio.

También los testigos (dos de ellos familiares directos de la actora) se refieren a hechos posteriores en el tiempo y, en todo caso, el que habla de hechos anteriores sólo refiere contactos telefónicos o por escrito, pues de lo que no queda ninguna duda es que los contrayentes no se conocieron hasta dos días antes de la celebración de la boda, a lo que ya iba a La Habana la ahora actora, contrayendo matrimonio con una persona a la que no había visto nunca, y de la que tres meses después, cuando acude al consulado español a inscribir su unión, seguía sin saber su primer apellido, ni el nombre de su madre, ni exactamente la edad que tenía."

Sentencia AP Valencia de 20 de noviembre de 2008.

Se presenta ante la Audiencia Provincial de Valencia, en grado de apelación, los autos de nulidad matrimonial dictados por el Juzgado de Primera Instancia número9 de Valencia el 12-5-2008. Finalmente, la Audiencia Provincial de Valencia desestima el Recurso de Apelación por tratarse de matrimonio de conveniencia y se confirma la sentencia dictada en Primera Instancia de Nulidad Matrimonial.

El Juzgado de Primera Instancia número9 de Valencia dicta sentencia el 12-5-2008 en cuya parte dispositiva se indica expresamente que se declara la nulidad del matrimonio formado por D. Sergio y doña Claudia.

La parte recurrente, doña Claudia, impugna la sentencia de instancia fundamentando su pretensión revocatoria en una errada valoración de la prueba practicada en la instancia.

El artículo 73.1cc enumera de entre las causas de nulidad, el matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial. Al poner en relación los artículos 73.1 y 45cc, establecen que no existe matrimonio sin consentimiento matrimonial. La ausencia de consentimiento, es decir, la ausencia de la voluntad de aceptar una relación como proyecto de permanencia, convivencia, fidelidad y ayuda mutua, supondrá la nulidad de esa "apariencia" matrimonial.

En este caso, trataremos de discernir si estamos o no ante un matrimonio de conveniencia celebrado entre un nacional y un extranjero, no con la finalidad de convivir, sino con la finalidad de conseguir para el contrayente de otro país el visado de residencia o la legalización de su situación, incluso su nacionalización(art22cc).

En los países con un fuerte flujo migratorio son relativamente frecuentes estos enlaces contrarios al ordenamiento jurídico, puesto que utilizan la figura del matrimonio como el instrumento para obtener fines diferentes de los que constituye la esencia del matrimonio, recogido en el art.68cc:" los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente".

En este caso existe matrimonio de conveniencia puesto que la falta de consentimiento ha sido acreditada, aunque existiera un control de legalidad llevado a cabo por el encargado del registro Civil de Valencia, que autorizó dicho matrimonio, con estos datos se puede presumir la inexistencia o nulidad del matrimonio por falta de consentimiento matrimonial, en virtud de los artículos 45cc y 73.1cc.

Sentencia AP Álava, de 25 de enero de 2005

Se estima íntegramente el Recurso de Apelación ante la Audiencia Provincial de Álava con fecha de 25-11-2004, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, en la parte dispositiva de dicha sentencia se indica que es necesario desestimar la demanda de nulidad matrimonial interpuesta por D. María Teresa contra el apelado y adherido Ministerio Fiscal y D. Evaristo, en situación de rebeldía. Debiéndose decretar la nulidad del matrimonio celebrado entre las partes y debiendo ser inscrita en el Registro Civil dicha declaración de nulidad.

En el caso que nos ocupa, la doctrina sobre la nulidad del matrimonio sirve para examinar las alegaciones de la apelante en la demanda y en el Recurso de Apelación. La doctrina viene distinguiendo entre:

- el error obstativo que recae en la identidad del contrayente.
- error acerca de las cualidades personales, tanto en su dimensión física, como en la dimensión psíquica, siendo éste el típico error del negocio matrimonial, según STS 18-9-89 y STS 11-7-87.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 9-5-91 indica que se requiere para la nulidad del art.73.4cc que el error recaiga en las cualidades de

entidad tal que hayan determinado el consentimiento, más la necesaria apreciación subjetiva de las cualidades.

En la jurisprudencia no existe absoluta unanimidad sobre los casos de matrimonios de conveniencia, la tesis minoritaria afirma que estos matrimonios encuentran su apoyo anulatorio en el art.73.1cc.

El art.73.1cc está pensado para las alteraciones mentales que inutilizan el consentimiento de los contrayentes. Actualmente la postura mayoritaria indica que es necesario poner en relación los artículos 73.1cc y 45cc, ambos consideran que no hay matrimonio sin consentimiento, por lo tanto la ausencia del consentimiento, es decir, la voluntad de aceptar el proyecto de convivencia fidelidad, mutua ayuda y permanencia, supone la nulidad de esa apariencia matrimonial.

En el presente caso tratamos de discernir si estamos o no ante un matrimonio de conveniencia celebrado entre un nacional y un extranjero con la finalidad de obtener para el contrayente de otro país, el visado de residencia, legalización de su situación, incluso su nacionalidad (art.22.1cc).

En países con gran flujo migratorio es frecuente este tipo de enlaces contrarios al ordenamiento jurídico porque utilizan el matrimonio como un mecanismo formal para obtener fines opuestos de los que constituyen la esencia del matrimonio recogido en el art.68cc: "los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente".

En virtud de la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 19-6-2001, establece que en el presente caso la demanda inicial invoca como causa de nulidad el art.73.4.2cc: error en las cualidades esenciales, que debido a su entidad, hubieran sido determinantes en la prestación del consentimiento, frente a todo esto la sentencia determina que la causa que concurre es el art.73.1cc, la ausencia de consentimiento matrimonial en la esposa. No existe incongruencia en la sentencia, puesto que en la demanda se recogen unos hechos que permiten subsumir la causa de la sentencia, detallando que la esposa contrajo matrimonio con la finalidad de lograr el propósito de venir a vivir a España, por lo que la calificación le corresponde al tribunal que ha subsumido el tema en el art.73.4.1cc.

Se afirma, en virtud de la sentencia recurrida, que se celebró un matrimonio de conveniencia por parte de la esposa, puesto que lo único que pretendía era regularizar su situación en España y venir a vivir cerca de su hija. Para apreciar la existencia de dicho matrimonio de conveniencia nos centraremos en el art.73.1cc que contempla un supuesto de inexistencia del matrimonio por ausencia total de consentimiento cuando existe una causa ajena a constituir una sociedad de convivencia personal, basada en pruebas contundentes.

Como se trata de intenciones íntimas de la demandada, es necesario acudir a indicios y datos objetivos y externos para apreciar la ausencia de conocimiento previo entre los contrayentes y la ausencia de posterior convivencia matrimonial..

La Audiencia Provincial de Almería indica que es razonablemente aceptable la interpretación del art73.1cc, puesto que dicho artículo determina que será nulo el matrimonio contraído sin consentimiento, lo que dará lugar a la inexistencia del matrimonio, puesto que se trata de una simulación en el negocio matrimonial.

Es necesario constatar la ausencia de consentimiento a través de pruebas directas de la voluntad simulada, en el caso de que no existan pruebas directas acudimos a la prueba de las presunciones, dicha prueba consiste en que entre el hecho demostrado y aquél que se trata de deducir haya un enlace directo según las reglas del criterio humano(art.1253cc). Con estos indicios y presunciones se alcanza la certeza moral de la inexistencia del contrato impugnado.

La Dirección General de los Registros y del Notariado indica que los matrimonios de conveniencia, no se busca contraer matrimonio entre un nacional y un extranjero, de lo que se trata es de que, bajo esta institución y previo precio, un extranjero se beneficia de las ventajas de la apariencia matrimonial, como facilitarles el acceso o el establecimiento en un país o la adquisición de la nacionalidad por el cónyuge aparente.

El resultado es que el matrimonio es nulo debido a la inexistencia de consentimiento matrimonial según los artículos 45cc y 73.1cc (RDGRN 23-3-96).

La sentencia de instancia ha examinado el caso propuesto por el actor como un error en las cualidades personales del demandado y ha rechazado tal acción ejercitada entendiendo que no ha habido tal error pero el caso no se ha examinado en virtud del art.73.1cc, es decir que no se ha tratado de analizar si se ha producido un matrimonio de conveniencia teniendo en cuenta que no ha habido convivencia entre los cónyuges y que el demandado, a pesar de estar casado, contrajo matrimonio en Marruecos posteriormente.

La rebeldía procesal del demandado no implica un allanamiento de los hechos, pero tal conducta se ha de ponderar al analizar la prueba practicada. Quién no comparece se ha de entender que nada tiene que oponer a los hechos que se describen en la demanda y no formula contraprueba tendente a desvirtuar los hechos que sirven de base a la pretensión.

La rebeldía del demandado es una consecuencia más de la inexistencia de convivencia matrimonial entre los cónyuges, a través de la prueba indiciaria, considerando las dificultades que hay para localizar y emplazar al demandado, que el matrimonio se celebró "por poderes" valorando la incomparecencia del demandado que no opone ningún hecho obstativo tendente a demostrar la existencia de convivencia.

Se ha demostrado razonablemente que nunca ha existido convivencia matrimonial entre los litigantes, a través de la prueba indiciaria. Considerando la condición de extranjero al demandado, existen dificultades para localizarla y emplazarla, además el matrimonio se celebró "por poderes", valorando la incomparecencia del demandado que no opone ningún hecho obstativo tendente a demostrar la existencia de convivencia.

Sentencia AP Orense, de 17 de noviembre de 2009

En esta sentencia se desestima el recurso de apelación que se interpone por la representación procesal de la parte actora, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de los de O Barco de Valdeorras en autos de Juicio Verbal nº 180/08, Rollo de Sala nº 299/09, de fecha de 16 de febrero de 2009, y se confirma dicha resolución.

La parte apelante D. Luis Antonio y D.ª Clemencia, apelan la sentencia en la que se declara nulo el matrimonio por falta de consentimiento, celebrado el 27 de marzo de 2006 en O Barco de Valdeorras e inscrito en el Registro Civil.

Sin embargo se desestima el recurso de apelación, exponiéndose que dicho matrimonio se celebró con la finalidad de obtener la nacionalidad española, debido a las contradicciones de los contrayentes sobre aspectos básicos de la vida común por la inexistencia de convivencia, y por lo tanto por la falta de consentimiento, ya que como se expone en la sentencia, en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos se dice que los matrimonios fraudulentos constituyen un medio para eludir las normas relativas a la entrada y a la residencia de nacionales de terceros países y se define al matrimonio fraudulento el de un nacional de un Estado miembro o de un nacional de un tercer país, que resida regularmente en un Estado miembro con un nacional de un tercer país, con el fin exclusivo de eludir las normas relativas a la entrada y la residencia de nacionales de terceros países y obtener, para el nacional de un tercer país, un permiso de residencia o una autorización de residencia en un Estado miembro.

Como indicios para valorar la existencia de un matrimonio fraudulento, en este supuesto es el no mantenimiento de la vida en común, a la ausencia de una contribución adecuada a las responsabilidades derivadas del matrimonio, el hecho de que los cónyuges no se hayan conocido antes del matrimonio, el hecho de que los cónyuges se equivoquen sobre sus respectivos datos personales, también sobre el momento en que se conocieron, que los cónyuges no hablen una lengua comprensible para ambos, o que se haya entregado una cantidad de dinero para que se celebre el matrimonio, o que uno de los contrayentes ya tenga en su historial algún matrimonio de conveniencia celebrado con anterioridad.

Por su parte la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de enero de 2006 alude a la falta de consentimiento en los matrimonios de conveniencia, de los que deriva la nulidad de tal negocio jurídico. Por todo ello se determina que en este supuesto estamos ante un matrimonio de conveniencia porque tenía como único fin la obtención por parte de D.ª Clemencia de un status que le permitiera conseguir un permiso de residencia en España y posteriormente la nacionalidad española y todo ello se fundamenta en las contradicciones en las que incurrieron los contrayentes sobre aspectos básicos de su supuesta vida en común, lo que se pretendía por tanto no era lo propio de la institución matrimonial, tenía finalidad fraudulenta, lo que lleva a considerar que el consentimiento matrimonial no iba dirigido a la creación de un matrimonio, sino a otros fines que no son los de esta institución, de ello se deduce por la inmediata obtención del permiso de residencia de D.ª Clemencia tras el enlace, así como de la solicitud de la nacionalidad española justo 18 meses después de contraerlo y por la falta de convivencia conyugal de los contrayentes permite deducir que el fin era obtener la nacionalidad española, lleva a la falta de consentimiento y por lo tanto le falta uno de los requisitos esenciales para que el matrimonio sea válido, según lo dispuesto en el artículo 73.1º del CC.

Sentencia AP Valencia, de 12 de febrero de 2008

En esta sentencia se desestima el recurso de apelación, interpuesto por la representación procesal de D.ª Teresa de nacionalidad colombiana, contra la sentencia dictada con anterioridad por el Juez de Primera Instancia número 24 de Valencia en fecha de 4 de julio de 2007, en la que aparecen como

demandados D. Hugo de nacionalidad española y D. ^a Teresa con nacionalidad colombiana, en la que se estima la nulidad del matrimonio celebrado el 22 de septiembre de 2004, por falta de consentimiento y simulación matrimonial. Fundamentándose en el artículo 73.1º del CC, en el que se enumeran las causas de nulidad, y siendo una de ellas la de matrimonio celebrado sin consentimiento, se puede relacionar con el artículo 45 del CC, que establece que no existe matrimonio sin consentimiento matrimonial, por lo tanto no hay voluntad de tener un proyecto de permanencia, convivencia, fidelidad, ayuda mutua, por lo que se deduce que el es el de obtener el visado de residencia, la legalización o la nacionalización, es decir, con fines distintos de los que constituye la esencia del matrimonio. Según lo establecido en el artículo 68 del CC “Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente”. Todo ello se basa como prueba que el matrimonio celebrado entre la apelante de nacionalidad colombiana y D. Hugo de nacionalidad española, forman parte de una serie de matrimonios celebrados en el año 2004 por una banda organizada, de hecho la apelante después del matrimonio, se fue a vivir a Madrid con uno de los integrantes de la banda, con el que tuvo un hijo en el 2005, además este miembro de la banda D. Vicente también contrajo matrimonio con ciudadana española en Valencia en el 2004.

Sentencia del TS de 5 de julio de 2006

En esta sentencia se desestima el recurso de casación interpuesto por la representación de D. ^a María Inmaculada pidiendo la anulación de la sentencia de 9 de mayo de 2002 que le deniega la nacionalidad española, dictada en el recurso 1290/00 (PROV.2002, 58352) por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, de la Audiencia Nacional.

La sentencia de instancia recoge que en el expediente administrativo, la demandante se vio incurso en 1993 en unas diligencias penales por un presunto delito de falsedad en documento público, derivado de su matrimonio con un ciudadano español, y se dictó una sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 9 de julio de 2007, donde se hizo constar que la actora se puso en contacto con el Juzgado de Santa Brígida (Las Palmas), donde el funcionario encargado acordó tramitar el expediente matrimonial y ofrecer al ciudadano español que figurara como marido la cantidad de trescientas mil pesetas. En fecha posterior se celebró con la máxima prontitud el matrimonio.

Fundamentándolo en los anteriores hechos probados, según el artículo 22 del CC, es necesaria la buena conducta cívica para el reconocimiento de la nacionalidad española por residencia, y se confirma la resolución denegatoria de la concesión de la nacionalidad. Sin embargo se dictó sentencia absolutoria a la recurrente en el citado ámbito penal afirmándose que los matrimonios de conveniencia, no pueden dar lugar a falsedad alguna, ni en el celebrante, ni en los contrayentes, aunque uno o los dos lo conozcan y consientan, ya que puede tratarse de un ilícito civil con consecuencias civiles y matrimoniales, pero no llegar a la incriminación por vía penal. Señalar que la celebración del matrimonio se realizó con la única finalidad de obtener la nacionalidad española o permiso de residencia, ya que la recurrente una vez que se celebró el matrimonio regresó a Las Palmas sin convivir con su esposo, por lo que no se asumieron los efectos propios del matrimonio, señalándose la ficción de matrimonio, por lo tanto se confirma la denegación de la nacionalidad española, porque no se puede aceptar como una buena conducta cívica que contrajera matrimonio ficticio con el único objeto de conseguir la nacionalidad española, como se declara como hecho probado por la sentencia penal, así como la ausencia de convivencia conyugal después de celebrado el matrimonio.

Sentencia AP Málaga (Sección 6ª), sentencia núm. 336/2007 de 30 mayo. AC 2007\2191

En la sentencia que se presenta como posible lectura sobre una ausencia de consentimiento matrimonial, se valora precisamente la carencia de consentimiento.

De conformidad con el ordenamiento jurídico español, según el artículo 45 CC y reincidiendo en el asunto, el artículo 73.1 Cc, es nulo el matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial Y ello se deduce, porque según se indica en la sentencia objeto de comentario, hay ocultación de un cónyuge al otro de las verdaderas intenciones por las que se contrae matrimonio, lo que hace derivar la cuestión a precisar en realidad, si nos encontramos ante un matrimonio simulado o de complacencia esta sentencia, hace alusión a unas resoluciones de la DGRN, de 13 y 20 de junio de 2001, donde se da una definición que lo que se puede entender por este tipo de matrimonios de conveniencia:

Aquellas uniones en las que no se busca en realidad contraer matrimonio entre un nacional y un extranjero, sino que se pretende, bajo el ropaje de dicha institución, que un extranjero se aproveche de las ventajas de la apariencia matrimonial, a los efectos especialmente de facilitar la entrada o de regularizar la estancia de la apariencia matrimonial, a los efectos especialmente de facilitar la entrada o de regularizar la estancia en territorio nacional o de obtener más fácilmente la nacionalidad del cónyuge aparente, enlace que ha de reputarse nulo en nuestro ordenamiento jurídico por falta de verdadero consentimiento matrimonial/ art. 45 y 73.1 Código civil español)

V. Derecho comparado y matrimonios de conveniencia

En la actualidad proliferan gran cantidad de matrimonios simulados con el único objetivo de conseguir la regularización de extranjeros en estados receptores de inmigración y poder así intentar conseguir un futuro mejor en un país más próspero. Sin embargo en muchas ocasiones este sueño queda truncado debido a la actuación de las distintas administraciones públicas para combatir este tipo de actividades.

A continuación se exponen distintos tratamientos llevados a cabo en diversos estados para luchar contra los matrimonios "blancos" o "por conveniencia":

ÁMBITO EUROPEO

Resolución del Consejo de las Comunidades Europeas de 4 diciembre 1997 sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos (DOCE C 382 de 16 diciembre 1997).

Esta resolución sólo considera que existe matrimonio simulado cuando es realizado para **"eludir las normas relativas a la entrada y a la residencia de nacionales de terceros países"**.

La resolución fija una serie de "factores" que pueden permitir que se presuma que un matrimonio es inexistente.

Se tiene en cuenta:

- el no mantenimiento de la vida en común
- la ausencia de cumplimiento de las responsabilidades derivadas del matrimonio
- el hecho de que los cónyuges no se hayan conocido antes del matrimonio
- que los cónyuges se equivoquen sobre sus respectivos datos (nombre, dirección, nacionalidad, trabajo)
- sobre las circunstancias en que se conocieron o sobre otros datos de carácter personal relacionados con ellos
- que no hablen una lengua comprensible para ambos
- el hecho de que se haya entregado una cantidad monetaria para que se celebre el matrimonio (a excepción de las cantidades entregadas en concepto de dote)
- que el historial de uno de los cónyuges revele matrimonios fraudulentos anteriores o irregularidades en materia de residencia...

La sanción consiste en retirar, revocar o no renovar el permiso de residencia o la autorización de residencia por causa de matrimonio del nacional del país tercero.

No se alude a la nulidad del matrimonio, que es una cuestión que se deja en manos de las Leyes de los Estados comunitarios.

FRANCIA

Uno de los instrumentos legales más innovadores empleado por el país galo consiste en la Ley de Extranjería (Loi sur l'immigration et l'intégration: PLII) aprobada por el comité interministerial de control de la inmigración el 9 de febrero de 2006 y, después, por el Consejo de Ministros del 29 de marzo siguiente.

Este proyecto de ley, responsabilidad del ministro del Interior y Ordenación Territorial, en cuya preparación ha participado el departamento, fue aprobado por la Asamblea Nacional el 30 de junio. Posteriormente el Consejo Constitucional ha juzgado que la ley es conforme con la Constitución (dictamen del 20 de julio de 2006) y el presidente de la República Francesa la promulgó el 24 de julio de 2006.

Los enlaces matrimoniales en el extranjero se han convertido en la primera fuente de inmigración legal en Francia. Casarse con un ciudadano francés da derecho a un permiso de estancia y a adquirir la nacionalidad francesa.

Los 90.000 matrimonios de franceses con extranjeros registrados en 2005, la mitad de los cuales se celebraron en Francia y la otra en el extranjero, no son todos debidos, por supuesto, a una intención fraudulenta, pero es un fenómeno que va en aumento.

El gobierno pretende reforzar los medios de control y respetar al mismo tiempo el derecho a casarse.

La Ley 2006-399 de 4 de abril de 2006, por la que se refuerza la prevención y la represión de la violencia doméstica, presentada por el ministro de Justicia, ha fortalecido los instrumentos de control en manos de las autoridades judiciales francesas dentro del marco de la inscripción en el registro civil francés de los matrimonios contraídos en el extranjero.

Una modificación de las condiciones para obtener un permiso de estancia y la nacionalidad francesa para los cónyuges de franceses figura también en la "Ley inmigración e integración". Se trata concretamente, para luchar contra los matrimonios de complacencia, de que el permiso de residencia de diez años solamente sea concedido al cónyuge de francés al cabo de tres años de la boda, en lugar de dos, a condición de que dicho cónyuge manifieste su integración en la sociedad francesa y demuestre, concretamente, un conocimiento suficiente de la lengua francesa.

Asimismo, el plazo de comunidad de vida que permite que el cónyuge extranjero de un francés adquiera la nacionalidad por declaración pasa de dos a cuatro años; o a cinco si no ha residido de modo regular y continuo en Francia durante al menos tres años.

Por último, la Ley de 14 de noviembre de 2006 relativa al control de la validez de los matrimonios prevé procedimientos nuevos para oponerse a los enlaces cuyo único fin sería permitir que un extranjero casado con un francés se instale en Francia: audiencia común o por separado de los futuros esposos por el funcionario del registro civil y, cuando la celebración corre a cargo de una autoridad extranjera, expedición previa por el cónsul de Francia de un "certificado de aptitud al matrimonio".

Otro fenómeno actual en dicho país es la aparición de numerosos "matrimonios grises": cuando un extranjero abusa de la buena fe de un francés para obtener un permiso de residencia o la nacionalidad de esta víctima. Así lo apunta el ministro de Integración francés, Eric Besson en una de sus comparecencias recientes

<http://lacomunidad.elpais.com/diariolatino/2009/11/20/casarse-gris>
www.francia.org.ve
www.visaestadosunidos.info
www.immigralaw.com

ITALIA

Italia ha intervenido para poner límites a estas uniones ficticias, con la emanación de una nueva legislación, la ley Maroni que prevé que no se puedan celebrar matrimonios, aun cuando sólo uno de los futuros cónyuges no posea el permiso de residencia. La Ley Maroni ya ha conducido a la cancelación de 4 ceremonias en Bolonia y Verona. La finalidad de la ley es la de poner un freno al fenómeno difundido de los matrimonios de conveniencia. En algunos casos el problema ha obtenido una dimensión más grave. No faltan asociaciones criminales que gestionan este negocio. La reglamentación aprobada en Italia, ¿logrará su finalidad? Y los otros países europeos ¿adoptarán medidas equivalentes? En una Europa siempre más integrada, la coordinación entre las políticas de los distintos gobiernos es esencial, de lo contrario cualquier maniobra podría revelarse ineficaz a causa de la libertad de circulación garantizada a todos los ciudadanos europeos en el territorio de los países miembros de la Unión.

<http://www.cronacaestera.blogup.it/spagna/dilagano-i-matrimoni-di-convenienza-in-spagna-l%E2%80%99italia-si-difende-con-la-legge-maroni/> y en italiano: ...? L'Italia è intervenuta per porre un limite a queste unioni fittizie, con l'emanazione di una nuova legislazione, la legge Maroni che prevede che non si possano celebrare matrimoni, qualora anche solo uno dei futuri coniugi non sia in possesso del permesso di soggiorno. La legge Maroni ha già condotto alla cancellazione di 4 cerimonie a Bologna e 10 a Verona. Lo scopo della legge è quello di porre un freno al fenomeno dilagante dei matrimoni di convenienza, di cui la Spagna detiene il triste primato. In alcuni casi il problema ha assunto dimensioni più gravi. Non

mancano infatti associazioni criminali che gestiscono questo business. La regolamentazione varata in Italia riuscirà nel suo scopo? E gli altri paesi europei adatteranno delle misure equivalenti? In un Europa sempre più integrada, il coordinamento tra le politiche dei vari governi è essenziale, altrimenti qualsiasi manovra potrebbe rivelarsi ineficace a causa della libertà de circulación garantida a tutti i ciudadanos europeos sui territorios de los estados miembros de la Unión.

ESTADOS UNIDOS

Actualmente es una de las naciones que recibe más inmigración debido a que ocupa una posición privilegiada en el panorama internacional al situarse como una de las principales potencias económicas mundiales.

Por ello es uno de los estados donde se descubren cada año un mayor número de matrimonios simulados.

Ostentar la nacionalidad norteamericana supone una gran ventaja y para adquirirla se puede hacer principalmente a través de dos mecanismos:

a) por nacimiento: en estos casos:

- nacer dentro del territorio de los EU
- nacer en Puerto Rico, Guam o las Islas Virginia de los EU
- nacer en el extranjero si uno de los padres es ciudadano de EU

b) por naturalización: es la manera con la cual los inmigrantes se pueden convertir en ciudadanos de los EU. En la mayoría de casos deben ser inmigrantes con residencia continua en los EU por varios años antes de poder solicitar la naturalización.

Para obtener dicha residencia será necesario conseguir una " Green Card" o " Tarjeta de Residencia" ("Form I-151" o "Form I-551") para aquellas personas que tienen una conexión familiar o laboral en dicho país, y que da derecho a vivir y trabajar legalmente dentro de los Estados Unidos así como a viajar libremente fuera del país mientras tiene como residencia permanente los Estados Unidos. No permite cometer crímenes deportables y conlleva el deber de informar todos sus ingresos al gobierno.

(Enlace a formularios para la obtención de la Green Card: http://www.immigrationunitedstates.org/productimage.php?product_id=46¤t_image=2).

Pues bien, uno de los modos para lograr una green card es mediante la celebración del matrimonio con un ciudadano americano, y aquí es cuando entran en juego los matrimonios simulados o "marriages of convenience".

Sin embargo, si se descubre esta práctica la consecuencia inmediata será la cancelación de la visa de residencia con la inminente expulsión del territorio norteamericano para el contrayente extranjero y la imputación de un delito que puede ser castigado con pena de cárcel para el contrayente que posea la nacionalidad estadounidense.

Otro método que emplea la política de inmigración americana para conceder la tarjeta verde es la " Lotería Green Card " que organiza el propio

gobierno de los Estados Unidos para legalizar a estos sujetos. Esta lotería se da anualmente y es completamente gratuita. Los interesados deben sin embargo, llenar la solicitud en los meses indicados por el Departamento del Estado correspondiente.

Internet juega un papel muy importante en este sistema de adquisición y hay muchas webs donde se puede obtener información para realizar los trámites oportunos: <http://www.usagreencardlottery.org>

Resulta curioso que un país con una de las legislaciones más restrictivas en materia de concesión de la nacionalidad contemple esta técnica tan aleatoria para otorgar la tarjeta de residencia a los que no son ciudadanos americanos. Cualquiera día puede que legalicen un posible matrimonio entre un ranchero de Texas y su hermosa vaca Roxy, otorgando incluso una copia certificada del acta del matrimonio con la Apostilla de la Haya para que sea reconocido en otros estados. Cosas de los americanos ...

VI. Rastreo periodístico de noticias que traten el tema de los matrimonios de conveniencia

- Noticia del periódico murciano "La Verdad" del pasado Febrero

Cinco detenidos por organizar unas 200 bodas de conveniencia Cobraban entre 15.000 y 18.000 euros a los inmigrantes a cambio de encontrarles una pareja de la UE para regularizar su situación

04.02.10 - 00:47 - Nadie podía imaginar que en una tienda que, aparentemente y tal y como se aprecia desde el escaparate, vendían productos especializados de comida hindú y pakistaní, se llevaran otros negocios en la trastienda. Y es que a lo que realmente se dedicaban era a organizar matrimonios de conveniencia. De esta forma, a cambio de una suma considerable de euros, los necesitados de legalizar su situación pagaban para que el dueño de la tienda les consiguiera supuestamente un matrimonio con una pareja comunitaria, quién recibía, además, otra cantidad de dinero. Toda la operación la realizaban a través de una red muy organizada y con ramificaciones en Portugal, y según la Policía, se podrían haber llevado a cabo unos 200 de estos matrimonios fraudulentos. El pasado día 25 de enero, agentes de la Jefatura Superior de Policía de Murcia pertenecientes a la Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras se personaron en la tienda y detuvieron al responsable del establecimiento de alimentación, L.S., hermano, a su vez, del máximo responsable de la trama, S.S., ambos de nacionalidad paquistaní. Éste último fue arrestado por la policía portuguesa en el aeropuerto de Lisboa, a donde el investigado se había desplazado el día anterior desde Murcia, con el objeto de viajar desde allí a Alemania, ya que en el momento de llevarse a cabo esta operación los integrantes de la organización se encontraban realizando los trámites y preparando la infraestructura necesaria para operar en otros países del centro y el este de Europa. - Noticia de "elpais.com" "Hola. Somos una pareja española que quiere casarse con gente sin papeles. Pedimos seriedad". "Busco dama española para casamiento. Pago 4.000 euros y viaje a Colombia". Internet está plagado de anuncios como éstos. El interesado anota su dirección de messenger o un número de móvil y espera. A los pocos días habrá recibido decenas de ofertas. En los enlaces por conveniencia, uno de los contrayentes - el español- busca un sobresueldo fácil: puede ganar sin despeinarse entre 3.000 y 12.000 euros. El otro -el inmigrante- persigue una vía rápida para regularizar su situación en España: una vez consumado el matrimonio, obtiene el permiso de residencia y, al cabo de un año, la nacionalidad. Puro intercambio mercantil.

El fraude existe desde hace años. Pero la Red -inmediata, subterránea y anónima- lo ha multiplicado. Aunque no hay datos oficiales, los casos conocidos "son sólo la punta del iceberg de una práctica extendida", sostiene el comisario jefe de Extranjería en Barcelona, José María Hidalgo. Casarse sin amor y sin intención alguna de convivir no es delito. Sí lo es, en cambio, una boda que "va a favorecer la inmigración ilegal", subraya Hidalgo.

Noticia: www.diariodenavarra.es
- Martes, 2 de marzo de 2010

Portada > navarra > navarra > Noticia

MATRIMONIOS

La fiscalía evitó 28 bodas de conveniencia en 2008, la cifra más alta hasta ahora

- Solicitó la nulidad de 14 matrimonios ya contraídos y se opuso a 14 proyectados

- Advierten que "probablemente hay bastantes más", pero son difíciles de detectar si no hay documentos falsos

- 12 de los matrimonios anulados eran fruto de la actividad de una mafia que dismanteló el año pasado Policía Nacional

MARTÍN RUIZ. PAMPLONA Jueves, 9 de abril de 2009 - 04:00 h.

Que el novio, un poco antes de casarse, no conozca el nombre de uno de los hermanos de su futura esposa puede deberse a un lapsus. Pero si además no sabe cuántos cuñados tiene, o si su pareja fuma, y si estudia o trabaja, ya es para ponerse a sospechar.

*Las expertas aseguran que se producen más casos que no se detectan
"El registro civil no es una oficina policial y ante todo está el derecho a casarse"
LAS CLAVES*

Podrían ser indicios para que el encargado del registro civil denegase la inscripción de la boda o el fiscal se opusiese.

En 2008, sobre 1.770 expedientes de matrimonio tramitados en Navarra, 14 se abortaron antes de llegar a producirse, y otros 14 ya inscritos fueron anulados. Existían evidencias de que eran "de conveniencia", al constatar Fiscalía que tenían un fin diferente al de "convivir" o fundar una familia.

En los 28 casos concurrían al matrimonio una persona extranjera y un ciudadano comunitario, y la finalidad era que el extranjero "aprovechara las ventajas que otorga la apariencia matrimonial para lograr la nacionalidad". Trámite que podía iniciar un año después.

Un negocio muy rentable

Para los promotores del fraude se trataba de un negocio muy rentable. El "sí quiero" se cedía a cambio de una cuantía entre 8.000 y 15.000 euros, de los que "el cónyuge prestado" podía llegar a percibir de 3.000 a 9.000, según fuentes judiciales.

Así lo constató el año pasado Policía Nacional, cuando dismanteló una mafia que actuaba en Navarra. La afluencia de ciudadanos nigerianos para obtener permiso de trabajo como familiar de comunitarios de las Antillas Holandesas, y la presentación de documentos falsificados por parte de algunos de estos pretendidos cónyuges, hizo que agentes de la Brigada de Extranjería de la oficina de Pamplona iniciaran sus pesquisas. Finalmente, se pudo probar que se trataba de casos de los conocidos como "matrimonios de conveniencia o complacencia".

Fruto de la operación resultante fueron detenidas 38 personas, y anulados 12 matrimonios ya celebrados en Navarra.

Además, en 2008, se anularon otros dos enlaces. Uno de ellos, contraído entre un ciudadano nigeriano y una española.

El último de los anulados fue protagonizado por un ciudadano de origen extranjero, con numerosos antecedentes, que estaba casado con una española, de la que se divorció, para contraer matrimonio con otra ciudadana extranjera. Cuando ésta logró los papeles, el varón se volvió a divorciar, para casarse con su primera esposa, con quien tenía una hija.

En este caso, se procedió a la nulidad, dada la "escasa picardía" del contrayente, ya que en sus documentos aún figuraba casado con la anterior esposa.

Escaso conocimiento mutuo

Además, Fiscalía ha informado en contra de otros 14 enlaces proyectados entre un ciudadano español y una extranjera.

El motivo fue "la falta de conocimiento de los contrayentes entre sí", que "evidenciaba el objetivo de obtener la nacionalidad española". Se descubrió en las entrevistas por separado que se realizan previamente a la inscripción. "Es el principal modo de detección, junto a la presentación de documentos con indicios de falsedad", precisan en Fiscalía. "Sabemos que probablemente hay bastantes más matrimonios fraudulentos, pero no es sencillo detectarlos porque se preparan la entrevista".

Falsifican documentos eclesiásticos en bodas de conveniencia entre gitanas e indios

ALICANTE.- Las maniobras para cerrar matrimonios de conveniencia en Alicante han alcanzado a la mismísima Iglesia, cuyas uniones hasta ahora eran intocables. La Policía investiga a un grupo que ha falsificado, en al menos cinco ocasiones, las firmas de varios párrocos y los sellos eclesiásticos de dos iglesias de la ciudad para intentar colar en el Registro Civil matrimonios entre hombres de nacionalidad india y paquistaní y mujeres españolas de etnia gitana, según ha podido saber EL MUNDO. En todos los casos, la barrera del idioma (los hombres no sabían español) frenó que el matrimonio se consumara en el Registro Civil.

Esta nueva realidad ha obligado al órgano judicial a extremar las precauciones con los certificados de este tipo de enlaces. Su descubrimiento ha destapado una nueva vía en los matrimonios de conveniencia que, hasta el momento, se libraba de los controles obligatorios para el resto de uniones. Un acuerdo con la Santa Sede exonera a las personas que contraen matrimonio católico a someterse a las exhaustivas entrevistas por parte de los jueces del Registro Civil para confirmar que su unión no sea fraudulenta.

La iglesia de San Blas y la Parroquia Nuestra Señora del Carmen fueron el objetivo de quienes orquestaron estas bodas. Los cinco certificados matrimoniales presentados en el juzgado contenían el sello y la firma de ambos párrocos falsificados minuciosamente. Las investigaciones apuntan a que quienes modificaron los documentos podrían haberse servido de alguna boda anterior entre personas de estas nacionalidades que se dio por buena y no se investigó.

Las pesquisas arrancaron tras un caso sorprendente, por la peculiaridad de la pareja. Ambos no podían comunicarse porque no hablaban el mismo idioma pero estaban casados por la Iglesia. Él, indio, y ella, española y de etnia gitana, se presentaron en el Registro Civil de Alicante dispuestos a llevarse su libro de familia tras contraer matrimonio en una parroquia de la ciudad.

Presentaron el documento que acreditaba su unión sellado con el cuño correspondiente y firmado por el párroco. La singularidad de los cónyuges hizo sospechar al juzgado y citó al cura que, supuestamente, les había casado. La sorpresa fue mayúscula.

El párroco aseguró que su firma y el sello que figuraban en el certificado matrimonial eran falsos. Es uno de los cinco casos de estas características que contabilizó Alicante en 2007. Las personas que idearon estos enlaces

encontraron un auténtico filón en el escaso control de estos matrimonios. En cuatro de los cinco enlaces que investiga la Policía las contrayentes eran gitanas y ellos, indios. En la quinta, él era de la misma nacionalidad que los anteriores pero ella era británica. Eso sí, en ninguno de los casos los hombres pudieron chapurrear una frase entera en español.

Se constató que las uniones perseguían ser simples acuerdos comerciales para que uno de los cónyuges consiguiera la nacionalidad a cambio de una suma de dinero que presuntamente recibiría el otro. Las investigaciones comenzaron hace poco más de un mes. Fueron los propios funcionarios del Registro Civil los que dieron la voz de alarma después de que varias parejas con el mismo perfil acudieran a reclamar el Libro de Familia. Los trabajadores comprobaron que los cónyuges no se entendían porque no hablaban el mismo idioma.

Después, lo pusieron en conocimiento de la titular del Registro Civil de Alicante, Virtudes López. La magistrada se apresuró a enfrentar la situación y citó a los cónyuges para entrevistarles. En las conversaciones, atestiguó la imposibilidad de comunicarse del matrimonio por la barrera del idioma. Este tipo de actos que utilizan a la Iglesia para sortear el filtro impuesto por los Registros Civiles ya se han dado en otras provincias. Por ejemplo, en el municipio valenciano de Burjassot, la Policía contabilizó varios matrimonios mixtos que acudían a una parroquia y presentaban DNI robados en otras ciudades como si fueran los suyos propios.

<http://www.elmundo.es/elmundo/2008/01/30/valencia/1201693512.html>
www.elmundo.es

Pague mil euros a una mafia por los papeles y me casaron con un yonqui
Había una colombiana que se caso por conveniencia en Terrelodones y fue descubierta: <<me amenazaba, con su verdadera mujer, con la que estaba casado por el rito gitano. Me exigía 500 800 euros.... Me chantajearon con que irían a la Policía. Y me querían pegar. Pero sí, lo volvería hacer si no me tocara un marido así>>

CARLOS HIDALGO

MADRID. <<Al principio no me dio una impresión mala. Es un chico joven; pero no se le ve un español normal. Sé que es delincuente y consume drogas>>
Quien habla, Teresa, colombiana de 38 años y camarera en un bar de copas, define así a su "marido" entre comillas. Y no porque no esté casada con él, que aún lo está. Sino porque pagó 10.000€ para conseguir el enlace, por lo civil y en un juzgado de Terrelodones, a la famosa "Claudia" su compatriota que encabezada la red desmantelada en octubre en la "operación escarlata"

<<Contacte con ella- narra para ABC-cuando llevaba un año en España y no sabía nada sobre el arraigo. Entre mis amistades colombianas empecé a saber como conseguir un contacto. Y me dieron el teléfono de Claudia>>Esta mujer, que se hacía pasar por abogada y tenía una gestoría en Carabanchel, le pidió 10.000€. "Ella se encargaba de buscar al español y metía los papeles en el registro" cuenta Teresa. Tres meses después, nuestra interlocutora consiguió reunir cerca de 4.000€. El resto se lo haría al final, el mismo día de la boda. Y en la mesa de un bar de la zona de Pradillo, conoció al que sería su esposo.

<<Claudia nos hizo anotar todos los datos, del otro en un papel, para que nos los supiéramos. al mes y medio me llamó: ya había fecha para el matrimonio, pero yo debía comprar el traje de novio de mi marido y los anillos, entregarle a ella 250€. "Hice lo segundo". No tuvo que pagar 200 más por los testigos, porque Teresa consiguió a dos amigos para ese papel.

Del piso de Carabanchel de Claudia salieron hacia Terrelodones (la localidad contabilizó 272 matrimonios en todo el 2008), en su coche, aunque la delincuente no acudió. "Me arreglé lo más posible, pero no de blanco. Ni siquiera vi los anillos. La boda, a mi parecer, era muy notoriamente falsa, porque fue todo muy seco. El beso...", explica, acompañando esa parte del relato con un gesto de asco.

De allí les recogieron en un coche, y a casa de Claudia. "Le lleve los otros 7000€. Cinco mil me los mandaron prestado desde Colombia. Se lo di en mano. Al cabo de unos dos meses, fui a recoger la tarjeta de residencia, para no levantar sospechas"

Pero la pesadilla no hacía más que empezar. Una vez casados, su marido supo donde trabajaba. "empezó a hostigarme, pidiéndome dinero. Me dijo que Claudia no lo había dado los 3000€ completos de una vez, sino poco a poco. Venía a amenazarme, acompañado de su verdadera mujer, con la que estaba casado por el rito gitano. Me exigía cantidades de 500, 800 euros...."

Teresa estuvo pagando hasta el año que acaba de terminar el dinero que le habían prestado. " una vez le di 200€, 300€... Y la última, aprovechando que acababa de cobrar mi paga extra, me pidió 800, pero me negué. Entonces- añade- me amenazo con ir a la Policía a contarlo todo. Y su mujer me quería pegar. Yo les dije "denúncienme si quieren"

Desesperada, Teresa dijo que prefería separarse a seguir soportando ese infierno. "para mí era mejor hasta perder los papeles. La administración no nos hizo seguimiento alguno. Ni siquiera vivíamos juntos. Tampoco firmé superación de bienes" explica. Ahora asegura, ve las consecuencias del embrollo en el que metió. Pero afirma " si volviera a hacerlo. Sí no me tocara con un marido así... Dormía cuatro horas al día para poder pagar todo. Nunca piensas que vas a hacer algo así, lo ves como algo irreal"

Llaveros como alianzas

El caso de Teresa no es, ni de lejos, el único. Un compatriota suyo explica que le abrieron un decreto de expulsión de España. Y, entonces, se casó. Cuando abono a la red de Claudia los segundos 5000€, solicito la tarjeta de residencia. No le contestaron. El problema, claro está, era la orden de extradición. Acudió a una abogado. Después a otro. Le hicieron tan mal los recursos, que los perdió. Había conocido a Claudia en un local de salsa.

El caso de nigerianos es diferente. Ellos, cuando se casan por conveniencia notan toda la parafernalia. Hasta organizan un gran convite y e hacen un algún de fotos y graban la ceremonia y la celebración. Todo, con tal de que no les pille, otros casos, cuenta un experto policial, son más chuscos: hay quien se casa con alianzas que no son mas que anillos comprados en una tienda de chinos o incluso, los aros de un llavero

www.abc.es

<http://hemeroteca.abc.es/detalle.stm>

No es exactamente una noticia pero me parece interesante este artículo y el análisis y medios de combate expuestos por Don Segismundo Alvarez-Royo Vilanova, Notario de Madrid, extraída de **www.elnotario.com**
Matrimonios de conveniencia. Importancia y gravedad

Por Don Segismundo Álvarez Royo-Villanova
Notario de Madrid

Una reciente instrucción de la DGRN de 31 de enero, y diversas noticias recientes, - como la de las reformas de la inmigración que Sarkozy pretende en Francia-, han puesto esta cuestión de actualidad. Es sumamente difícil cuantificar el fenómeno. Un indicio nos lo da el enorme número de resoluciones sobre la materia dictadas por al DGRN ("incontable", en sus propias palabras). Si además tenemos en cuenta que en la inmensa mayoría de los casos no se recurre cuando se ha denegado la inscripción -pues es posible volver a solicitar la inscripción más adelante-, queda claro que se trata de un fenómeno extendido. Así lo revela también la preocupación de los poderes públicos internacionales (resolución del Consejo de la UE de 4-12-1997) y nacionales: circular 1/2002 de 19

de febrero sobre la actuación del ministerio fiscal en materia de extranjería y sobre todo las instrucciones de la DGRN (la ya citada y la de 9 de enero de 1995 dirigida a tratar de controlar este fenómeno insistiendo en la importancia del trámite de audiencia previa a los contrayentes en el expediente matrimonial). Se trata de otra manifestación de la paradoja del matrimonio en nuestros días, que parece espantar a los que pretende atraer, y atraer a los que no quiere. Así, ahora que muchos optan por formar una familia sin matrimonio, se multiplican estos casos de los que acuden al matrimonio sin intención alguna de formar una familia. Pero en este caso no se trata de una consecuencia de la mitificación del matrimonio: es, más tristemente, una manifestación más de la inmigración ilegal.

"Ahora que muchos optan por formar una familia sin matrimonio, se multiplican los matrimonios"

La gravedad no es solo cuantitativa. Me gustaría insistir sobre su verdadera naturaleza social, para evitar cualquier simpatía inocente. En primer lugar hay que distinguir este fenómeno de matrimonios más o menos arreglados, como los de la película francesa "Eres muy guapo" (aún en cartel..) o de las caravanas de mujeres como en la excelente "Flores de otro mundo" de Iciar Bollain: en estos, aunque alguna de las partes pueda estar también interesada en adquirir la residencia hay una voluntad común de convivir.

Los verdaderos matrimonios de complacencia no son matrimonios por interés sino que no son matrimonios en absoluto: se trata de personas que no se conocen antes ni conviven después, en la que el nacional español recibe cantidades importantes sumas de dinero, y que son normalmente organizadas por redes que se dedican a la inmigración ilegal cuando no a la prostitución (circular 1/2002 dirigida a los fiscales). En una de las últimas noticias salidas sobre el tema se había detenido a varias personas, una de las cuales, una mujer, había contraído sucesivos matrimonios sin estar disueltos los anteriores. La irregularidad de la situación y el fraude de ley, en algunos casos con implicaciones penales, hace paradójicamente más vulnerables a la explotación a estas personas con residencia "legal" que a un simple inmigrante sin permiso de residencia. Suponen un fraude a las normas de extranjería pero tienen además efectos perturbadores en el ámbito civil: la existencia de sociedades de gananciales entre los cónyuges -o del régimen económico matrimonial primario-, las presunciones de paternidad, las obligaciones de alimentos que pueden ser reclamadas. Siguiendo con el cine, son situaciones de fraude, corrupción y explotación que no tienen "happy end" como el matrimonio de conveniencia que protagonizaron Andie Mac Dowell y Gerard Depardieu en la película del mismo nombre (en inglés "Green Card", que es como se llama al permiso de residencia en EEUU).

"Los matrimonios de complacencia no son matrimonios por interés sino que no son matrimonios en absoluto"

No hay hoy duda en la doctrina ni en la jurisprudencia, tanto nacional como internacional, sobre la nulidad de los mismos. Se puede acudir a la doctrina del fraude de ley, pero más simplemente se sostiene que existe una nulidad radical por falta de un elemento esencial del matrimonio, el consentimiento matrimonial. En efecto el art. 45 del código civil no habla de simple consentimiento sino de consentimiento "matrimonial", y el art 73.1 declara como causa de nulidad la falta de este consentimiento. ¿Y cuando es matrimonial el consentimiento prestado? Pues cuando se quieren asumir los derechos y deberes del matrimonio que se señalan en los artículos siguientes del Código Civil. La citada instrucción de 2006 es aún más precisa: "el fin práctico de los contrayentes no puede ser otro que el de formar un "consortium omnis vitae" (Modestino, D.23.2.1)" es decir cuando el fin es " formar una familia".

La lucha contra los matrimonios de conveniencia. Los matrimonios de conveniencia son por tanto una lacra y son nulos. Pero el control de los mismos es sumamente difícil. Podemos señalar distintos medios. Por una parte, reformas normativas para reducir la posibilidad del fraude: Esto sin duda fue una de las razones que motivo que en la reforma de 1982 se suprimiera la

posibilidad de adquisición por residencia cuando al tiempo de la solicitud el matrimonio se hubiera disuelto, reforma en general bien recibida. Pero es difícil hacer más reformas. Recientemente se ha criticado la modificación de la regulación del divorcio porque al reducir de manera muy significativa los plazos para obtenerlo podría favorecer este tipo de matrimonios. Pero hay que ser prudentes. No cabe duda que esto último es verdad: será más fácil encontrar a nacionales dispuestos al fraude si saben que quedarán "liberados" en tres meses que si el trámite dura varios años. Pero, al margen de la opinión que me pueda merecer esta reforma en concreto, lo que no se puede hacer es ir contra el interés de la mayoría de los ciudadanos por evitar un fraude. Habrá que perseguir lo ilegal, sin reducir los derechos de los que se casan con verdadero consentimiento matrimonial.

"En nuestro país el matrimonio permite obtener un permiso de residencia, con exención de visado"

Por otra parte, control en la inscripción de los matrimonios: Esto es lo que persigue la DGRN con las dos instrucciones citadas. Se trata de evitar que se inscriban los matrimonios fraudulentos.

Esto plantea un primer problema de derecho internacional privado, pues la mayoría de la doctrina entiende que en materia de consentimiento debe regir la norma nacional de cada contrayente. Sin embargo esto no supone realmente un problema. Por una parte basta que uno de los contrayentes no haya prestado un consentimiento matrimonial válido para que el matrimonio sea nulo. Y por otro, se entiende también que si la norma nacional del contrayente no exigiera un auténtico consentimiento matrimonial, sería contraria al orden público y por tanto no se aplicaría, con base en el art. 12.3 del Código Civil. Si el matrimonio se contrae en España, el control se hará en el expediente matrimonial previo. Dentro de los trámites del mismo, el art 246 del Reglamento del Registro Civil prevé un trámite de audiencia por separado y de modo reservado en el que el instructor averiguará la verdadera intención matrimonial de los contrayentes. Las citadas instrucciones de la DGRN hacen de este trámite el centro de este control.

Si el matrimonio se ha celebrado en el extranjero, no existe la posibilidad de ese control previo. Pero como para la inscripción se prevé que si se alberga alguna duda sobre la legalidad del matrimonio se pueda acudir a un expediente registral para acreditarla. En este expediente se debe acudir por el funcionario no solo al examen de la documentación presentada sino a las "declaraciones complementarias oportunas" para llegar al convencimiento de la realidad. Por tanto, en la instrucción reciente se señala que estas declaraciones se deben realizar en la misma forma que para el caso de matrimonio celebrado en España: a través de la famosa audiencia previa.

Esto, claro esta, no soluciona el problema. Teniendo en cuenta que la nulidad se encuentra en el consentimiento, hay que emitir un juicio sobre la voluntad real de los contrayentes, lo cual no es ni mucho menos sencillo. La DGRN expone una serie de supuestos en los que cabe inferir la simulación, referidos básicamente a la inexistencia de un conocimiento de los contrayentes anterior al matrimonio y al desconocimiento de las circunstancias personales del otro. También se señalan una serie de circunstancias de las que aisladamente no se puede inferir esa simulación, como la falta de convivencia, diferencias de edad, etc... La lectura de las resoluciones deja clara la dificultad del tema. Algunos casos son claros: "ella nació en 1934 y el en 1974; no recuerda ni donde ni cuando conoció a su esposo, ni conoce sus estudios o profesión"; . Y otros casi humorísticos: "el contrayente declaró que lo único que sabía de su esposa era que se llamaba Victoria (en realidad se llamaba Tomasina), desconociendo sus apellidos, estado civil y si la misma tenía hijos, aunque creía que tres". Pero, dado que se presume la buena fe, y que el ius nubendi, como regla general, no debe ser coartado, la DGRN entiende que solo si el encargado llega a tener una "certeza moral plena" de estar en presencia de un matrimonio simulado se rechazará el matrimonio; y que en caso de duda es preferible inscribir el

matrimonio.

Está claro por tanto que en estos expedientes, en el que el único medio de control son las entrevistas, es muy difícil detectar los matrimonios ilegales. Y esto nos lleva a la tercera vía de solución.

La impugnación del matrimonio. Esta se puede solicitar por el ministerio fiscal de acuerdo con el art 74 del Código Civil, como también señala la resolución. A ello insta también la circular 1/2002 dirigida a los fiscales. Pero no cabe duda de que esto supone la necesidad de dotar a la fiscalía de medios para la investigación, y de iniciar un procedimiento para la declaración de la nulidad del matrimonio en el ámbito judicial, con el coste que eso representa. Eso estará justificado cuando haya indicios de conductas penales como pueden ser el favorecimiento de la inmigración ilegal, es decir cuando se trata de bandas organizadas. Dada la insuficiencia de los mecanismos actuales, y para el caso de matrimonios contraídos en el extranjero, se podrían dictar normas que permitieran o impusieran otras diligencias adicionales a la audiencia reservada. En particular la comprobación de la existencia o no de convivencia, u otros datos que permitieran deducir la inexistencia de verdadero matrimonio, antes de practicar la inscripción. De todas formas, no creo que se deba poner solo el acento en la represión. La inmigración ilegal es una lacra que perjudica sobre todo a los propios inmigrantes, tanto a los ilegales, a menudo explotados, como a los legales, que se ven sometidos a una competencia desleal, y a todos en cuanto perjudica a la percepción en la sociedad receptora del fenómeno de la inmigración. Pero como ya dije en otro artículo, la solución a este fenómeno pasa también por mejor regulación de los flujos, favoreciendo la inmigración legal que responda a necesidades reales del mercado laboral: facilitando el complejo y largo sistema de la contratación legal en origen y en particular la migración temporal.

http://www.cadenaser.com/espana/articulo/crece-numero-matrimonios-blancos-latinoamericanos/csrsrpor/20091030csrsrnac_12/Tes

De camino a El Tiemblo (Ávila), Sandra, dominicana de 34 años y con pasaporte español, y Raúl **ambos son nombres simulados?**, también dominicano, en medio del traqueteo del autobús se preparan entre susurros y risas las preguntas que les van a hacer en el Registro Civil. - **Entonces, ¿dónde nos conocimos?**. - **Pues en el trabajo, como todo el mundo.** Ambos sueltan carcajadas de complicidad.

Detrás de esta escena cariñosa se esconde lo que la policía **denomina un matrimonio blanco: una boda amañada entre un inmigrante nacionalizado y un extranjero.** Un nuevo fenómeno fraudulento que ha pasado inadvertido para las autoridades.

Hasta hace poco, **éste era un negocio exclusivo entre españoles y extranjeros**, pero en los últimos años el aumento **de la inmigración y las masivas regularizaciones** (209.843 desde 2006) **han modificado la práctica.** Entre **compatriotas, las suspicacias son mínimas.** Una nueva cara para el viejo delito que las autoridades afrontan aún con desconcierto.

Las historias de Sandra y Raúl se cruzan en la peluquería de un barrio industrial de Madrid. Ella, que llegó al país hace una década y se nacionalizó hace seis años, se cortaba el pelo donde trabaja Raúl, que entró por Francia con un visado falso y lleva tres años viviendo ilegalmente en España. Sandra siempre ha trabajado en una cafetería del barrio, pero ahora está en paro. Ahogada por la hipoteca, las facturas y dos hijos a los que mantener, recordó lo que Raúl le propuso mientras le lavaba la cabeza: "**¿Por qué no arreglamos un matrimonio?**" Nadie va a sospechar nada, somos de la misma tierra". El trato **se cerró en 5.000 euros** que Raúl deberá pagar a Sandra una vez que se casen.

Internet está lleno de foros en los que los inmigrantes con pasaporte venden su nacionalidad. Existe un verdadero mercadeo en la Red para dar asesoramiento: la entrevista, los plazos, los requisitos.

Basta dejar un mensaje en cualquier foro y los ofrecimientos de "asesores" no tardan en aparecer. Algunos de los que están dispuestos **a fingir una boda, cuyas tarifas oscilan entre los 4.000 y los 10.000 euros**, también ofrecen el divorcio exprés en 10

días por otros 2.000 euros más.

La policía considera estos casos "excepcionales". La Unidad Contra las Redes de Inmigración y Falsedades Documentales del Cuerpo Nacional de Policía de Madrid **admite no tener registros de casos de matrimonios blancos entre inmigrantes.**

"La Policía sólo se ocupa de investigar a las grandes redes", afirma un portavoz. La mayor operación se llevó a cabo en Jaén capital, donde detuvieron a 11 empresarios, el 9 de octubre pasado, acusados de favorecer la inmigración clandestina. "Aunque siempre eran españoles que se casaban con latinos o africanos".

Otra historia, que tampoco es un cuento de hadas, es la de María M., de 29 años. Salió de República Dominicana hace tres. En su natal Santo Domingo trabajaba como sanky panky (prostitutas y gigolós que buscan extranjeros en las playas dominicanas). Un holandés sesentón se la llevó a Amsterdam, pero pronto María se aburrió y vino a Madrid. Al año de vivir aquí, **amañó por 6.000 euros una boda con Julián,** un compatriota con doble nacionalidad. Se han casado a principios de 2008 en Alcalá de Henares: hubo fiesta y pastel. Al día siguiente, cada uno por su lado.

El Instituto Nacional de Estadística **registró 200.447 matrimonios en 2007,** de los cuales 22.767 se realizaron en Madrid. Las uniones en el que uno de los contrayentes es extranjero se triplicaron sólo en el periodo de 1996 a 2004, pasando de **9.198 a 30.930 enlaces.** Sin embargo, la Dirección General de Registros y del Notariado argumenta que no ha encontrado ningún caso fraudulento entre ciudadanos de un mismo país. Sólo se investigan los casos sospechosos en que esté involucrado un español cuya pareja tenga otra nacionalidad. Admiten que este tipo de enlaces ha aumentado, por lo cual se han emitido nuevas instrucciones a los Registros Civiles en toda España.

Luis Zarraluqui es un abogado de familia que ha ayudado a anular algunos enlaces fraudulentos, como los de ancianos españoles que se casaron con sus cuidadoras latinoamericanas. Zarraluqui considera que las uniones entre los inmigrantes nacionalizados y personas de su mismo país de origen **es una "nueva trampa para saltarse la ley".** "En España pasan el filtro porque no existe control en algunos Registros Civiles", apunta, y advierte que **"los grupos de inmigrantes se irán contagiando"** de esta nueva práctica.

Los casos se repiten sin importar la nacionalidad. Juan, un **ecuatoriano** de 33 años y con nacionalidad española, se casó con su prima en 2006 pero sin cobrarle nada. Sergio, **colombiano,** ofrece 6.000 euros, pero las mujeres colombianas con papeles a las que ha contactado le piden más de 8.000.

Otro caso es el de un **dominicano gay** que se ha casado recientemente con **una colombiana lesbiana.** Se conocieron a través de un amigo de ella. Él no tiene papeles y ella tiene la residencia de cinco años. Él quiere quedarse en España y ella necesita el dinero. La boda se ha pactado por 4.000 euros. Ahora esperan la visita del inspector del registro civil para que **"constate"** que la boda no es falsa.

Requisitos a la carta

"Si te vas a casar con un extranjero/a sin papeles, seguramente deberéis pasar por una entrevista para que os autoricen el matrimonio en España. Vendo todas las posibles preguntas al precio de 50 euros", así se anuncia Luis en varios foros de Internet donde se ofrecen y buscan matrimonios por conveniencia.

El servicio es exclusivamente por teléfono. Luis, al otro lado de la línea, explica los pormenores de la entrevista. **"Te mando las preguntas por correo electrónico y te doy el número de cuenta.** En persona no quedamos, la Policía investiga", dice misterioso. "Van a tratar de pillarte por algún lado. Te preguntan nombres y fechas. No hay que ir a ciegas. Sobre todo debes mostrarte seguro y sin miedo", advierte. El correo electrónico con un archivo adjunto que contiene las preguntas llega un par de horas después.

La cuenta facilitada para el ingreso del dinero está a nombre de otra persona. "Después de tu ingreso puedes llamarme para que te asesore sobre cómo debes preparar la entrevista", se despide.

¿Cuáles son los nombres de la familia de él? ¿Cuál es el trabajo que realiza? Para quién, dónde, los horarios. ¿Cuánto gana? Sus aficiones, deportes y equipo favorito. Si

ha pasado por una operación o tiene cicatrices en el cuerpo. ¿Dónde, cómo y cuándo se conocieron? Son algunas de las preguntas que incluyen el cuestionario que Luis hace llegar a sus clientes. Sin embargo, las mismas preguntas y respuestas son accesibles desde cualquier buscador en Internet.

Cae una red que unía colombianos con españoles

Once iglesias madrileñas oficiaron matrimonios de conveniencia entre ciudadanos españoles y colombianos, organizados por una red internacional desarticulada el pasado 27 por la Policía en la denominada 'Operación Escarlata'.

Un sacerdote nacido en Colombia, una funcionaria y una abogada se cuentan entre los 34 detenidos que se dedicaban a unir parejas de origen colombiano y españoles, según ha informado el cuerpo de la policía. El grupo habría concertado más de cien bodas ilegales, a cambio de las cuales recibían entre **10.000 y 12.000 euros** para legalizar la situación de los contrayentes. De esta forma, los inmigrantes podían obtener un Permiso de Residencia en España y, posteriormente, gestionar su nacionalización.

VII. Datos estadísticos sobre matrimonios de conveniencia celebrados en España

El Instituto Nacional de Estadística **registró 200.447 matrimonios en 2007**, de los cuales 22.767 se realizaron en Madrid. Las uniones en el que uno de los contrayentes es extranjero se triplicaron sólo en el periodo de 1996 a 2004, pasando de **9.198 a 30.930 enlaces**. Sin embargo, la Dirección General de Registros y del Notariado argumenta que no ha encontrado ningún caso fraudulento entre ciudadanos de un mismo país. Sólo se investigan los casos sospechosos en que esté involucrado un español cuya pareja tenga otra nacionalidad. Admiten que este tipo de enlaces ha aumentado, por lo cual se han emitido nuevas instrucciones a los Registros Civiles en toda España.

El problema de los llamados matrimonios de complacencia es un fenómeno muy común en los países sometidos a fuerte inmigración y que comienza a tener bastante importancia en nuestro país que ha pasado de ser "un país de emigración al extranjero", a ser "un país receptor de ciudadanos que llegan de otros países para vivir aquí".

Según los datos facilitados por el Instituto Nacional de Estadística referentes al año 2004, en España se registraron 30.930 matrimonios en los que al menos uno de los cónyuges era extranjero: Por estado civil, el grupo más numeroso fue el de los solteros de edades comprendidas entre los 28 y 30 años.

Por provincia de residencia del matrimonio, el mayor número se situó en: Madrid (5.059), Barcelona (4.489), Valencia (2.536), Alicante (1.716), Málaga (1424) e Islas Baleares (1.367).

Siendo española la esposa y extranjero el esposo, los más llamativos fueron los contraídos con originarios de América (3.628), Europa (3.182), África (1.927) y Marruecos (1.098).

Siendo el cónyuge español y extranjera la contrayente, destacan respecto de la nacionalidad esta última los celebrados por naturales de América (8.585), Europa (3.652), Colombia (3.040), Ecuador (1.094), África (1.072).

En base al principio de buena fe, no siempre que nos encontremos ante un matrimonio mixto, debemos pensar que se trata de un matrimonio de complacencia pues es evidente que existen los matrimonios por amor y en los que la diversidad

de culturas supone un gran enriquecimiento para la pareja aunque también es cierto, que es en este grupo donde se sitúan los matrimonios blancos. Mediante este tipo de enlaces, no se busca en realidad contraer matrimonio entre un nacional y un extranjero, sino que **se pretende** bajo el ropaje de esta institución y generalmente previo precio, **que un extranjero se aproveche de las ventajas del matrimonio a los efectos de regularizar su estancia en el país o de obtener de forma más fácil la nacionalidad del que aparecerá formalmente como su cónyuge**, siendo bastante frecuente entre los contrayentes, la existencia de un acuerdo -expreso o tácito- de que una vez producido el matrimonio no habrá convivencia marital, no formarán una familia y pasado el tiempo que se estipule, se instará la separación judicial o el divorcio. (Fuente: Rocío García Zúñiga. *Licenciada en Derecho*. UNED. CADENASER.com 30-10-2009)

VIII. Opiniones sobre cuál sería la técnica más adecuada para combatir este fenómeno

La existencia de matrimonios de conveniencia, es una realidad cada vez más frecuente tanto en España como en todos los países sometidos a una fuerte inmigración.

Son varios los posibles motivos que llevan a los extranjeros a contraerlo: escapar de persecuciones políticas, mejorar su calidad de vida... Pero, generalmente, la intención de eludir las severas condiciones previstas para adquirir la nacionalidad –plazo general de 10 años de residencia legal y continua en España, de cinco para los que hayan obtenido asilo o refugio, de dos años cuando se trate de nacionales de origen de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal o de sefardíes y de sólo un año, en el caso de estar casado con español- la que invita a celebrar estos matrimonios, que no siempre son por dinero sino también por hacerse un favor.

Este tipo de enlaces se celebra habitualmente entre extranjeros no comunitarios con españoles u otros ciudadanos pertenecientes al Régimen comunitario, porque es más ventajoso aunque también puede celebrarse entre extranjeros.

En reacción a este tipo de acontecimientos -que en alguna ocasión la Dirección General de Registros y del Notariado ha llegado a calificar como "lacra"- y tratando de evitar que estos matrimonios fraudulentos lleguen a celebrarse en territorio español, este Centro Directivo dictó la Instrucción de 9 de enero de 1995, sobre Expediente Previo al Matrimonio cuando uno de los cónyuges está domiciliado en el Extranjero y posteriormente la Instrucción de 31 de enero de 2006, sobre los matrimonios de complacencia, en las que nuevamente recuerda la importancia que en el expediente previo a la celebración del matrimonio tiene el trámite de la audiencia personal, reservada y por separado de cada contrayente, como medio de apreciar cualquier obstáculo o impedimento para el enlace, entre ellos, la ausencia de consentimiento, y en tal caso, y sin perjuicio del recurso oportuno, el Encargado del Registro Civil debe denegar la celebración. Esto, sólo debe hacerse cuando existan una serie de hechos objetivos, comprobados, de los que sea razonable deducir según las reglas del criterio humano que el matrimonio es nulo por simulación.

Este deseo de eliminar los matrimonios blancos, es lo que desencadena el requisito de que ambos contrayentes tengan que someterse al trámite de la audiencia reservada, a diferencia de lo que ocurre cuando dos españoles desean casarse, que no se les interroga acerca de sus intenciones.

El consentimiento, es el elemento esencial del matrimonio y de él depende no sólo su validez sino también su existencia, lo que le hace estar íntimamente ligado al tema de la nulidad matrimonial, que es la que afecta a los matrimonios por conveniencia donde el consentimiento emitido por los contrayentes, es claramente simulado.

Por tanto, el consentimiento matrimonial es existente, auténtico y verdadero, cuando los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo persiguen con dicho enlace, fundar una familia y es simulado, y por tanto es nulo el matrimonio por simulación, cuando los contrayentes se unen excluyendo asumir, las finalidades, propiedades o elementos esenciales del mismo.

Tras el estudio de más de 40 Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado comprendidas entre los años 1993 y 2000, se pudo observar cómo la mayoría de los matrimonios blancos se celebraron ante autoridades extranjeras, destacando en cuanto a la nacionalidad del cónyuge extranjero, los originarios de Santo Domingo, seguidos de los cubanos, los rumanos y los chinos, entre otros. Actualmente esta tendencia parecer estar cambiando tal y los españoles prefieren como cónyuge a las mujeres rumanas por su sumisión y belleza física.

BIBLIOGRAFÍA:

- Adroher Biosca, Salomé: "El derecho a contraer matrimonio en la emigración". Migraciones núm 0, 1996.
 - Losada, Teresa: Observatori. "La mujer inmigrante de origen magrebí: de la familia tradicional a la sociedad de acogida".
 - MARTÍ FONT, J. M.: "Francia endurece su modelo de inmigración y propone limitar el reagrupamiento familiar". El país, 30 - 11 - 2005.
- YAQUELINE MALDONADO / CADENASER.com 30-10-2009

Opinión de Jesús Salinero López: En mi opinión creo que el problema de los matrimonios de conveniencia tiene difícil solución pues, más que de un tema de regulación creo que se trata de un tema probatorio. A mí se me plantea muy difícil probar la voluntad interna de los contrayentes pues por mucho expediente matrimonial y mucha obligación de convivir juntos y de no poder divorciarse hasta un determinado tiempo dado que podría llegar a entenderse como un matrimonio simulado, quien puede al final probar estos extremos, esta dificultad de prueba y en sí de poder controlar se debe en mi opinión al gran volumen de matrimonios celebrados que hace imposible llevar a cabo un control digno de la situación. Por lo que yo creo que desde el punto de vista del derecho y de la regulación actual no se puede afirmar que la regulación actual sea deficiente sino que lo que es deficiente son los medios para poder llevar a cabo un control, y a esto se añadiría el problema esgrimido en primer lugar sobre la prueba de la voluntad de los contrayentes, sobre cuál es el fin de ese matrimonio llevado a cabo.

**Seminario III:
Determinación de la filiación en los casos de
gestación subrogada (madres de alquiler)
(Lección 9)**

© Seminario realizado por:

Diana Karolyn Eugenia Guevara
Alicia Fadón Fernández
Juan Melero Calzada
Cristina Moreno Marcos
Ana Isabel Nieto García
Laura Pascual Matellán
Enrique Alfonso Rodríguez García
Manuel Román Mezquita
Patricio José Pedro Sabag Couchot
Ana San Román García
María Teresa Felicidad Valladolid

I. Regulación de las técnicas de reproducción asistida. Especial referencia a la gestación por sustitución o alquiler de útero:

a) España

La maternidad subrogada, comúnmente conocida como “vientre de alquiler”, es una opción en alza. Una práctica prohibida en España pero no en otros países como Estados Unidos, que reciben anualmente a cientos de personas en busca de su sueño. La única salida para todos aquellos que ven en ésta la oportunidad de formar una familia.

Se trata de una técnica que consiste en la estimulación ovárica de la mujer y como consecuencia a ésta la extracción de los óvulos que son fertilizados con los espermatozoides del padre, lo que da paso a la formación de embriones. Estos embriones son implantados en el vientre de alquiler. En este caso se procede a la fecundación in Vitro (FIV) con los óvulos de la madre biológica y con los espermatozoides del padre elegido o donantes en su defecto. Cuando los óvulos de la madre biológica no son óptimos, se procede directamente a la inseminación artificial (IAD) del vientre subrogado con el esperma del padre o donante.

En España, esta opción es ilegal según la Ley de Reproducción Asistida ya que para nuestra legislación, la madre es siempre aquella que pare. Sin embargo, después de la aprobación en la Ley de Reproducción Asistida Española de la gestación de la mujer de forma individual, quedaría por cubrir un importante hueco a la paternidad en solitario o el mismo derecho del hombre a ser padre solo, dado que igualmente un hombre tendría derecho a su libre paternidad y en igual de condiciones que en el supuesto de una mujer sola. Sin embargo, dado que en España esta opción no está permitida, al igual que muchas parejas (heterosexuales

u homosexuales) que no pueden concebir, se encuentran excluidos de estos derechos. Hoy, en España se puede ser madre sola, pero no padre solo.

La actual Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana asistida dice en su:

CAPITULO II. Artículo 10. Gestación por sustitución.

1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.

2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.

3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

El criterio de la Ley 14/2006 respecto a la maternidad subrogada es tajante y negativo: será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero, según dispone el apartado 1 del art. 10 de la Ley 14/2006.

A pesar de la prohibición legal, la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto, según establece el apartado 2 del mismo artículo. Queda así resuelto el problema de la determinación legal de la maternidad.

No está tan clara la determinación legal de la paternidad, ya que el artículo 10.3 tiene una regla un tanto confusa: "Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales". Debe hacerse por tanto una interpretación acorde con lo establecido en el artículo 8 Cc y con las normas generales. La posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico que "queda a salvo" significa tanto que el que aportó el semen para la fecundación puede reclamar su paternidad, como que puede dirigirse la acción contra él si es conocido. Por otro lado, el art. 9 trata la filiación en el supuesto de premoriencia del marido. Establece el apartado 1 que no puede determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón.

Eso sí, el marido podrá prestar su consentimiento, en documento en el que se manifieste de forma libre, consciente y formal, en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los doce meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer.

Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas. Se presume otorgado el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior cuando el cónyuge superviviente hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido. Esto es lo que establece el artículo 9.2

Cumplidos los requisitos de consentimiento, formales y temporales que se señalan, la filiación del nacido es la matrimonial. Sin embargo, se plantea el problema de la inscripción en el Registro Civil de esa filiación. Como opina un sector

doctrinal, al haber nacido después de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, no juega la presunción de paternidad del hijo, ni puede ser inscrito directamente como matrimonial.

En la Ley 14/2006 se aborda el avance de la ciencia en técnicas de reproducción, el aumento del potencial investigador y la necesidad de dar respuesta al problema del destino de los preembriones supernumerarios, que no preveía la Ley 35/1988, de 22 de noviembre y que la Ley 45/2003, de 21 de noviembre solo resolvió parcialmente.

Esta ley no establece números clausus respecto de técnicas e investigaciones, estando abierta al avance de la ciencia, la regulación de las novedades que se vayan presentando. En todo caso: Regula la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida, acreditadas científicamente y clínicamente indicadas. Regula la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético siempre que existan garantías diagnósticas y terapéuticas y sean debidamente autorizadas. Regula los supuestos y requisitos de utilización de gametos y preembriones humanos crioconservados.

Define la Ley lo que se entiende por preembrión, considerando como tal el embrión in Vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde.

Prohíbe la clonación de seres humanos con fines reproductivos.

Establece las condiciones personales para acceder a estas técnicas así como la regulación y anonimato de donantes y contratos, así como las personas que podrán tener acceso a cierta información y los casos en que debe darse esa información. Número máximo autorizado de hijos nacidos de un mismo donante (6), prohíbe terminantemente la maternidad por sustitución. Indica quién puede ser usuario, establece las normas de filiación legal a aplicar a los niños nacidos por estas técnicas.

También establece los requisitos que deben reunir las clínicas y centros de reproducción asistida.

Regula la crioconservación, su duración y renovación así como los requisitos para la utilización de los crioembriones para la investigación. Los diagnósticos y técnicas terapéuticas en el preembrión antes de su implantación y en que casos.

Obliga a llevar Registros, tanto de las técnicas, actividades y resultados como de donantes.

Establece las infracciones y las correspondientes sanciones en el ámbito administrativo, sin perjuicio de los ilícitos penales o responsabilidades en que puedan incurrirse, según las normas generales de prelación, previa instrucción de expediente.

b) Derecho comparado

Estados Unidos es la gran puerta abierta cuando el derecho a la maternidad o a la paternidad choca con obstáculos. De hecho, las estadísticas apuntan a que en Norteamérica las parejas homosexuales que recurren a esta práctica son cada vez más.

Su prohibición en la mayoría de los países europeos hace que muchas personas tengan que pasar por viajes nada ajustados al bolsillo y que tan sólo unos pocos se lo puedan permitir. Tener un hijo con un vientre alquilado cuesta como mínimo 100.000 dólares, de los cuales la madre sustituta cobra unos 25.000 y la madre biológica, que aporta el óvulo, entre 4.000 y 10.000 dólares. El resto va para la agencia especializada, los gastos médicos y los abogados.

También figuran como habituales en la maternidad subrogada países como Gran Bretaña, Israel, Rusia, India o México. Ahora bien, excepto EE.UU, el resto de los países mencionados figuran como habituales en esta práctica pero se desconoce hasta qué punto las leyes gubernamentales de éstos la respaldan y, sobre todo, si dan garantías suficientes en la protección de los derechos de ambas partes. Aunque Estados Unidos sea uno de los países más permisivos en este sentido, no todos sus Estados lo permiten; aquellos en los que la maternidad subrogada está prohibida son Washington, Michigan, Utah, Arizona, Nuevo México y Nueva York. California es considerado el Estado más liberal en este ámbito.

En India, también es posible. El ICMIR (Consejo Médico de Investigación de la India), organismo que rige la carrera médica en el país, controla que las madres de alquiler no superen los 45 años, que pasen la prueba del VIH y que no tomen drogas, entre otras características. En este país el precio oscila alrededor de los 30.000 dólares. Eso sí, las mujeres que alquilan su vientre en India corren el gran riesgo de ser rechazadas por la sociedad. Y las garantías no son las de las agencias estadounidenses. Por otro lado y, aunque parezca mentira, debido al control de la natalidad por parte del Gobierno, en China también prolifera esta práctica y eso que desde 2001 el Gobierno dejó claro su prohibición.

El diario "China Daily" publicaba tiempo atrás, que son sobre todo las parejas de clase alta, las que demandan esta forma de tener hijos. Quizá porque son los únicos que se pueden permitir pagar los más de seis mil dólares que cuesta el proceso. Las parejas chinas pagan por una madre de alquiler cerca de los 30.000 euros. Teniendo en cuenta que la legislación española prohíbe esta práctica, la única posibilidad estaría en acudir a algún otro país en los que esté permitido.

En Estados Unidos el funcionamiento es:

- Acceder al catálogo por Internet y elegir la madre o ponerse en contacto con una de las agencias profesionales que gestionan la maternidad subrogada.
- Viajar a Estados Unidos, por ejemplo, para establecer las condiciones del contrato y firmarlo.
- Pagar a la agencia. Un coste que oscila entre los 80.000 y los 100.000 dólares.
- Regresar a España y esperar a que la gestante elegida se ponga de parto. Hay que viajar antes de que de a luz para recoger el bebé en el momento en que nazca.
- Asegurarse que los médicos certifican la paternidad de la pareja o de la persona que ha alquilado el vientre.
- Registro del neonato en el Consulado de España correspondiente. Pero esto no deja de implicar grandes riesgos:
 - .- Mientras que la madre de alquiler no reclame al bebé no habrá problemas, pero en caso de que lo haga, la actual ley española es clara en quién es la madre del menor. Es decir, la Ley Española le daría la razón, y el contrato se invalidaría.
 - .- Muchas personas se fían de anuncios por Internet, u optan por esta vía de manera particular y la paternidad/maternidad se convierte en un disgusto, un engaño o un timo. Es fácil caer en manos de una mafia internacional. Es importante consultar a un abogado especialista en el tema,

asesorarse bien, y recurrir a agencias de prestigio que brindan estas técnicas de reproducción asistida.

.- Es una de las soluciones más costosas para revertir problemas de infertilidad, y por ello, es una opción a la cual no todas las personas podrán acceder ni costear.

II. Ley aplicable a la determinación de la filiación natural

La filiación es la constatación de la generación, de quien somos hijos, a que familia pertenecemos. Esta es una materia que viene regulada por la legislación civil de todos los países a través de sus Códigos Civiles o Leyes de Familia.

La filiación no solo pertenece al ámbito del derecho privado sino que también se ve influenciada por el derecho público de cada Estado.

Depende del derecho público la determinación de la nacionalidad, y con ella la determinación de la filiación al determinar la ley que se aplicará al recién nacido y con ello las relaciones familiares, derechos y obligaciones de los padres y las relaciones con el Estado.

En España la filiación viene regulada en los art. 112 y ss. del Código Civil, en los art. 48 y ss. de la Ley de 8 de junio de 1957, reguladora del Registro civil y en los art. 181 y ss. del Reglamento del Registro Civil, Decreto de 14 de noviembre de 1958.

Se contempla la filiación matrimonial y la filiación no matrimonial en cuanto a los medios y formas de prueba, pero debemos recordar que en España no existe diferencia alguna en cuanto a los derechos del niño dependiendo de su filiación, tanto es así que resulta contrario al orden público internacional español hacer valer en España cualquier legislación que no dé el mismo trato a los hijos según sean matrimoniales, no matrimoniales o adoptados.

Los requisitos para establecer la filiación de un recién nacido son prácticamente las mismas a nivel mundial, la prueba de maternidad la da la gestación y el parto. La paternidad es una presunción, *iuris tantum*, es decir que admite prueba en contrario.

La paternidad se presume del marido en caso de matrimonio si el nacimiento tiene lugar tras 180 días después del matrimonio o dentro de los 300 días desde el fallecimiento, separación o divorcio. De todas formas el matrimonio antes del nacimiento da presunción de filiación matrimonial.

En lo que sí existe diferencia es respecto a los plazos de impugnación de la paternidad que varía entre los 6 meses en España, el año en Francia e incluso los 2 años en algún país sudamericano, desde que se realiza la inscripción o se tiene conocimiento del parto. En Alemania con la doble reforma legislativa sobre filiación de marzo de 2008, estableciendo distintos requisitos a los que da distintos plazos, entre 1 y 2 años, e incluso la propia Administración puede impugnar la paternidad del nacido en la República Federal para lo que tiene un plazo de entre 2 y 5 años.

También existen diferencias en cuanto a las consecuencias que se derivan del tipo de filiación. En España la filiación matrimonial, no matrimonial y adoptiva surte los mismos efectos y tienen los mismos derechos, pero no ocurre así en todo el mundo pues hay países en el medio y extremo oriente en los que la religión, además de las leyes, impone otros condicionantes.

La filiación natural, es un tema de difícil regulación jurídica en el derecho internacional privado, puesto que es un asunto que esta cobijado de importantes complicaciones, las cuales se derivan de diferentes aspectos, entre los cuales cabe destacar los siguientes:

- Los conflictos de las civilizaciones: La existencia de diferentes regulaciones vinculadas a los distintos Estados configuran de manera dispar la ordenación jurídica de la filiación. Esto deriva de la forma de entender las estructuras del derecho de familia a nivel mundial. Así que resolver el asunto de la competencia judicial y determinar la ley aplicable a dichos casos internacionales de filiación, supone solventar y zanjar dicho conflicto de civilizaciones de manera traumática. Un ejemplo pragmático de esto, es lo ocurrido en la RDGRN de 1 de diciembre de 1950, en dicha resolución se prefirió aplicar a la filiación de un menor la Ley Belga de la madre y no la Ley Marroquí del padre dando como justificante, el hecho que "debe de ceder el estatuto personal de la nación que se encuentra en un inferior grado de civilización, en cuyo caso se entendía, era la marroquí".

- La intervención de los poderes Públicos: El asunto de la filiación, es una materia en la cual interactúan y se ven comprometidos distintos intereses tanto particulares como generales; así, esta especial vinculación implica que la tarea de llevar a cabo una reglamentación equilibrada sea más compleja.

- Modificación de la base social de la filiación: Debido a la globalización y al fenómeno migratorio de las últimas décadas los datos de los nacidos en España con progenitor extranjero han ido en aumento, por tanto esto nos lleva a concluir que en la actualidad el papel que juega el derecho internacional privado en cuestiones referentes a filiación es más habitual y reiterado. Por consiguiente sería necesaria la adaptación a los nuevos tiempos de la normativa española de DIPr en lo concerniente a la filiación ya que dicha regulación fue configurada en un primer momento para prácticas menos regulares.

Competencia Judicial Internacional.

Según lo dispuesto en la LOPJ en sus artículos 21 y 22, serán competentes los tribunales españoles, para conocer de los supuestos internacionales de filiación natural en los siguientes casos:

1° *Filiación y de relaciones paterno-filiales.* (art. 22.2 y 3 LOPJ). Los tribunales españoles son competentes, en estas materias, cuando concurra uno de estos foros:

- Residencia habitual del hijo en España al tiempo de la demanda
- Nacionalidad española del demandante.
- Residencia habitual del demandante en España.
- Domicilio del demandante en España.

Si no concurre ninguno de los anteriores foros, los tribunales españoles deben de declararse incompetentes.

2° *Validez o nulidad de inscripciones relativas a filiación.* (art. 22.1 LOPJ) Cuando se cuestiona la validez de una inscripción de filiación en un Registro Público español, son competentes los tribunales españoles con carácter exclusivo.

Con referencia al tema de la competencia judicial internacional se hace preciso mencionar algunas cuestiones particulares; como es lo referente al riesgo de inconstitucionalidad y de sentencias claudicantes, puesto que los criterios que permiten valorar la respectiva competencia judicial internacional son bastante holgados, tanto así que en algunas situaciones se podrían tildar de Foros

Exorbitantes, concediéndole así la competencia a los tribunales españoles sin tener una especial vinculación con España. Si esto llegara a ocurrir deberá de considerarse que el foro de competencia produce consecuencias inconstitucionales que contrarían la tutela judicial efectiva, por consiguiente no debe ser posible su aplicación, y no solo por lo antes dicho sino además por el mismo riesgo de falta de efectividad de la sentencia española en otros Estados, los cuales rechazarían los efectos legales de dichas sentencias proferidas en virtud de Foros Exorbitantes.

En cuanto al foro de sumisión de las partes con referencia a la filiación, son diferentes los pronunciamientos que han existido y los cuales se han discutido. Algunas sentencias han estado a favor del mismo como es la del 28 de septiembre de 2004 y otras como la 15 de diciembre de 1999 que se han opuesto. En conclusión para resolver este planteamiento se ha optado por seguir la línea de la negación, la cual al parecer es la más apta para esta clase de situaciones.

Ley Aplicable: art 9.4 CC. La solución: ley nacional del hijo.

En materia de filiación, el Estado español tiene como eje central de su DIPr el art. 9.4 CC, el cual sufrió una modificación en 1996. El citado artículo establece que "el carácter y contenido de la filiación, incluida la adoptiva y las relaciones paterno-filiales, se regirán por la ley personal del hijo, y si no pudiera determinarse ésta, se estará a la de la residencia habitual del hijo". Por consiguiente este precepto nos muestra dos puntos de conexión, primero, la ley personal del hijo y segundo la residencia habitual del hijo, respecto a los cuales cabe hacer algunas apreciaciones:

1er punto de conexión: Ley personal del hijo.

a. Se entenderá como ley personal la equivalente a su ley nacional.

b. Nacionalidad acreditada del hijo. El propio art.9.4 hace referencia a la nacionalidad acreditada del hijo, y como ya sabemos la filiación se rige por la Ley del país cuya nacionalidad ostenta verdaderamente el hijo. Aunque en algunos supuestos, diferentes tribunales aplican la ley correspondiente a la nacionalidad presunta del hijo, es decir, la nacionalidad que tendría el hijo si el que pudiera ser su progenitor lo fuera en realidad. En cuanto a esto es preciso indicar que esta actitud no refleja una conexión anticipada sino una conexión meramente presunta y el tribunal no tendría la posibilidad de conocer y acreditar verdaderamente con certeza la nacionalidad que tendrá el sujeto, ya que solo presupone. Esta práctica se entiende basada en la comodidad y facilidad que utilizan los tribunales españoles al valorar que el hijo podría ser español y que así su filiación estaría regulada por el derecho español, lo cual les evitaría la aplicación del derecho extranjero.

c. Ventajas de la conexión:

- Unidad de ley aplicable, ya que será una misma ley la que rige la determinación y los efectos de todo tipo de filiación.
- la Estabilidad de la ley aplicable, puesto que aunque se cambie de residencia habitual, la conexión nacionalidad del hijo será la encargada de regular las relaciones entre padres e hijos, sin verse afectada por los traslados que cada vez son más habituales en las familias.

d. Gran parte de la doctrina está de acuerdo en que dicho punto de conexión configura una serie de inconvenientes los cuales se pueden resumir en los siguientes:

- Vértigo de la ley nacional: se considera que la ley nacional puede no ser la más adecuada para la aplicación pues no necesariamente sería la ley que guardaría más vinculación con el supuesto.

- Presunta falta de potenciación de la determinación de la filiación: una parte de la doctrina lo considera así y esto por consiguiente perjudica el *favor filii*, la explicación que se da es que se utiliza un solo punto de conexión, por tanto la determinación de la filiación no es posible si la ley nacional del hijo no lo permite y de esta manera el asunto estaría concluido puesto que no es posible la determinación de la filiación en otra ley estatal, en cambio si el 9.4 permitiera la pluralidad de leyes estructuradas de modo jerárquico y alternativo se estaría aumentando las posibilidades de determinar y concretar la citada filiación.

e. Nacionalidad dudosa del hijo y el problema del doble espejo: Surge cuando no está acreditada la nacionalidad del hijo, en dicho caso se configuraría el problema del doble espejo. Así bien según nos dice el art. 9.4 CC, es necesario conocer la nacionalidad del hijo para así determinar su filiación. Sin embargo según el art. 17 CC también es necesario saber que filiación ostenta el sujeto para determinar su nacionalidad, para este problema jurídico se presentan 2 soluciones:

- Solo cuando se ignora si el sujeto es o no español se podrá optar por lo que dice el 17 CC "son españoles los nacidos de padre o madre españoles" por tanto el precepto no exige que haya quedado determinada legalmente la filiación, puesto que basta con que quede acreditado el hecho físico de la generación.

- Diferente es el supuesto en el que no esté implicado a un progenitor español. En cuyo caso la determinación de la nacionalidad del nacido depende de un derecho extranjero ya que el art.17.a CC es inaplicable. Es muy posible que el nacido no sea considerado nacional del país de sus progenitores extranjeros mientras no se acredite su nacionalidad extranjera. Aquí surge el *circulus vitiosus*, ya que en algunos ordenamientos jurídicos mientras no se acredite la filiación del sujeto, no se sabe de quien es hijo, y en consecuencia, no se sabe si ha adquirido o no una nacionalidad extranjera. Para darle solución a dicho problema la DGRN indica que la filiación debe de determinarse con arreglo a la ley de la residencia habitual del hijo, pues a falta de nacionalidad acreditada, los artículos 9.4 y 9.10 CC remiten la determinación de la filiación a la ley de la residencia habitual del hijo, normalmente la ley de residencia habitual del hijo es la española, así que una vez averiguada la filiación con arreglo a la ley española, puede solventarse la cuestión de decidir si el individuo tiene la nacionalidad de sus padres o no la tiene.

2º Punto de conexión: Residencia habitual del hijo.

Aunque es una previsión innecesaria porque el resultado que se obtiene, se consigue también con el art. 9.10 CC, se especifica que en defecto de nacionalidad del hijo el 9.4 CC remite a la ley del país donde radica la residencia habitual del hijo.

Problemas de la determinación de la ley nacional de hijo.

La regulación que se configura en el 9.4 CC utilizando como punto de conexión único "la nacionalidad del hijo" sin más estipulaciones, plantea algunos interrogantes:

a. Múltiple nacionalidad. En el supuesto que el hijo ostente varias nacionalidades ¿Cuál deberá de prevalecer para determinar la ley nacional del hijo reguladora de la filiación? Existen diferentes soluciones que están basadas en varias tesis:

- Recurrir al 9.9 CC el cual indicará la nacionalidad prevalente.

- Preferir de entre las nacionalidades que ostenta el hijo, aquella que conduzca a una ley que permita el establecimiento de la filiación.

- Preferir la presunta ley nacional del hijo, es el caso en el que el hijo solo ostenta una nacionalidad extranjera, pero se discute si es o no hijo de un español. En ciertas resoluciones la DGRN ha considerado que si fuera hijo de un español, el hijo tendría varias nacionalidades y siendo una de ellas la española, el hijo debe de ser considerado español.

b. Cambio de nacionalidad: conflicto móvil. En este supuesto si el hijo cambia de nacionalidad la pregunta que se plantea es ¿qué nacionalidad debe de prevalecer? Al igual que en el caso anterior existen diferentes tesis que dan solución:

- Tesis de la opción legal: La cual prefiere la nacionalidad que nos lleve a un derecho que permita el establecimiento de la filiación.

- Tesis del momento del nacimiento: Apoya la idea de que se deberá de preferir la nacionalidad que ostentaba el hijo al momento del nacimiento, pues así refuerza la seguridad jurídica y se evitan fraudes derivados de cambios de nacionalidad en busca de una ley favorable.

c. Apatridia. Se aplica el art.12.1 de la convención de Nueva York de 1954 sobre estatuto de los apátridas. Si el sujeto no es apátrida pero si nacionalidad es indeterminada se estará a la ley del país de su residencia habitual: art. 9.4 y 9.10 CC.

III. Ley aplicable a la filiación a través de técnicas de reproducción asistida

a) España

La filiación del código civil presupone que la reproducción humana se ha llevado a cabo de manera natural. En 1988 entró en vigor la Ley de técnicas de reproducción asistida que se modifica en el 2003 y que posteriormente es derogada por la Ley de técnicas de reproducción humana asistida en el 2006.

Las técnicas de reproducción humana asistida consisten en la inseminación o fecundación artificial o la implantación de óvulos previamente fecundados in vitro. El problema de estas técnicas está en la filiación- permiten la diversificación entre maternidad y paternidad biológicas. Desde el punto de vista genético solo cabe una paternidad, pero la maternidad puede disociarse, puede ser plena (una mujer gesta su propio óvulo), de gestación (mujer que gesta un óvulo independientemente que sea suyo). La ley de técnicas de reproducción asistida otorga preferencia a la maternidad de gestación- se considera madre a la madre gestante y no a la que dona el óvulo. Se da preferencia a la maternidad de gestación sobre la donante del óvulo. La ley también otorga preferencia al padre al que tenga relación con la madre usuaria de las técnicas de reproducción asistida y que consiente las técnicas de reproducción asistida frente a la paternidad biológica (donante de semen), (el padre es anónimo).

En el artículo 7 se nos habla de la filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida. La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los artículos 8, 9 y 10. En ningún caso, la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación. Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro

Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido.

La donación de material reproductor se configura en el Art. 5 Ley de 2006. Dicha donación es irrevocable salvo en el supuesto de que el donante los necesite para sí y todavía estén disponibles. La donación es anónima, si bien el nacido por sí mismo o por representante y los usuarios tienen derecho a conocer rasgos generales del donante, no la identidad, solo podrá conocerse la identidad si existe comprobado y grave peligro para la vida del nacido o esté previsto por las leyes procesales penales. La revelación no puede servir para que quede determinada la filiación.

Respecto a los usuarios de técnicas de reproducción humana asistida. los usuarios deben ser mayores de edad, tener plena capacidad de obrar, prestar su consentimiento consciente, libre, expreso y por escrito. Consentimiento que también deberá dar su marido si la usuaria está casada. El consentimiento del cónyuge determina la paternidad si no está casada, la pareja también será fundamental para la determinación de la filiación. El art 6.3 Ley 2006 habla del consentimiento del varón no casado, haciendo referencia a una convivencia, pero la doctrina cree que no debe haber discriminación.

Tipos de fecundación artificial en la ley

Ø Fecundación Homóloga:

-Inseminación de la mujer con el semen del varón que sea su marido: En este supuesto las normas civiles de filiación no sufren cambios- filiación matrimonial y el hijo será biológico de ambos.

-Pareja de hecho (misma situación que antes): Existe filiación no matrimonial. La determinación de la maternidad se realiza con el mero parto y la identificación del hijo. La determinación de la paternidad se produce con el consentimiento a las técnicas de reproducción asistida que se equipara a los efectos de la filiación al escrito indubitado Art. 49 LRC.

Ø Fecundación Heteróloga:

-Inseminación de la mujer con material reproductor procedente de un tercero donante anónimo. Art. 8 Ley 2006. 2 reglas especiales-

· Cuando se produce esta inseminación heteróloga, si existe matrimonio, se requiere el consentimiento previo del marido y el de la mujer. La maternidad se determina por el parto y reconocimiento para la mujer, para la paternidad el consentimiento prestado del marido. La determinación de la filiación es hijo matrimonial.

· Cuando se produce esta inseminación heteróloga y no existe matrimonio, la determinación de la maternidad se produce por el hecho del parto. La determinación de la paternidad se produce por el consentimiento prestado con anterioridad a las técnicas de reproducción asistida. Tiene el valor de escrito indubitado. La ley prevé la posibilidad de que quede a salvo la acción de reclamación judicial de paternidad cuando se haya prestado consentimiento pero luego se niega la paternidad. En este supuesto la ley no dice nada sobre la impugnación de la filiación del nacido pero se entiende igual que el supuesto en el que existe matrimonio.

Ø Fecundación Post-mortem:

Se nos habla de esta fecundación en el artículo 9 de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida ley 14/2006

-En el Art. 9.1 Ley 2006 la regla general es que solo podrá determinarse la filiación respecto del marido muerto, cuando el semen del marido esté en el útero de la mujer cuando haya muerto (está inseminada antes del fallecimiento del marido). En este caso la filiación es matrimonial. En realidad no hay fecundación post-mortem.

-En el Art. 9.2 se nos habla de una excepción se permite que la mujer sea inseminada con el semen de su marido muerto: cuando el marido haya prestado su consentimiento (testamento, escritura pública, documento de instrucciones previas), y en los 12 meses posteriores al fallecimiento del marido. El niño nacido gozará de filiación matrimonial. El art 9.3 también puede ser inseminada la mujer si el que fallece es su pareja, con el mismo consentimiento, solo que la filiación será extra-matrimonial.

En el artículo 9.4 del código civil se nos dice que el carácter y contenido de la filiación, incluida la adoptiva, y las relaciones paterno-filiales, se regirán por la Ley personal del hijo y si no pudiera determinarse ésta, se estará a la de la residencia habitual del hijo.

En España todas las prácticas y técnicas de reproducción asistida que se lleven a cabo en territorio español, se rigen por la Ley sustantiva española.

El nacido mediante técnicas de reproducción asistida en los casos internacionales se aplica el art 9.4 código civil

Podemos distinguir entre que el sujeto sea nacido de españoles. En el artículo 17.1 del código civil nos habla de quienes son españoles de origen. Artículo 17.

Son españoles de origen:

- a. Los nacidos de padre o madre españoles.
 - b. Los nacidos en España de padres extranjeros si, al menos, uno de ellos hubiera nacido también en España. Se exceptúan los hijos de funcionario diplomático o consular acreditado en España.
 - c. Los nacidos en España de padres extranjeros, si ambos carecieren de nacionalidad o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad.
 - d. Los nacidos en España cuya filiación no resulte determinada. A estos efectos, se presumen nacidos en territorio español los menores de edad cuyo primer lugar conocido de estancia sea territorio español.
2. La filiación o el nacimiento en España, cuya determinación se produzca después de los dieciocho años de edad, no son por sí solos causa de adquisición de la nacionalidad española. El interesado tiene entonces derecho a optar por la nacionalidad española de origen en el plazo de dos años a contar desde aquella determinación.

Si el material genético corresponde a un varón español, el sujeto ostentará la nacionalidad española.

El nacido se considera para el Derecho español como hijo de la mujer que da a luz, madre gestante y no como hijo de la mujer que proporciona el material genético.

Si los padres no son españoles se tendrá que ir a las Leyes nacionales de los presuntos progenitores en caso negativo, si la nacionalidad del nacido es

indeterminada se acudirá a la Ley de la residencia habitual actual del nacido; si no tuviese se tomará la residencia futura del nacido, la ley del país de su residencia habitual futura regirá la filiación del nacido.

b) Derecho comparado

Esta es una de esas materias que muestra amplísimas diferencias entre unos y otros ordenamientos jurídicos: desde una amplia regulación con una gran permisividad a la prohibición bajo fuertes penas, pasando por ordenamientos jurídicos en los que el tema mantiene un vacío legal.

Las opiniones sociales y religiosas mayoritarias de cada país (las religiones católica, ortodoxa, judía e islámica no son favorables, aunque algunas iglesias reformadas minoritarias son algo más permisivas) tienen un claro reflejo en esta materia, e influyen casi siempre en mayor o menos medida en la regulación de esta materia.

EUROPA

Son muy importantes las líneas marcadas por el Consejo de Europa desde 1978 y las establecidas por los numerosos informes elaborados por comités ad hoc. Es de señalar una tendencia generalizada de los países de la Unión Europea de limitar el número de embriones que pueden formarse y transferirse in vitro, medidas tomadas en Reino Unido, Holanda, Bélgica, Suecia y Finlandia.

En la Comunidad Europea ha trabajado a dos niveles: El Consejo de Europa a través de un comité de expertos desde 1983 y la Asamblea Parlamentaria que ha adoptado la Recomendación 1046 de 1986 relativa a la utilización de embriones y fetos humanos para fines diagnósticos, terapéuticos, científicas, industriales y comerciales y la Recomendación 1100 de 1989 sobre investigación científica relativa a embriones y fetos humanos. También el Comité de Ministros aprobó el 19 de noviembre de 1996 el Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina.

El Parlamento Europeo adoptó en 1989 dos Resoluciones: la resolución sobre la fecundación artificial in vivo e in vitro y la resolución sobre los problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética. El 7 de septiembre de 2000 aprobó una resolución solicitando la prohibición de la clonación terapéutica de embriones humanos al considerarla contraria a la dignidad humana.

La reimplantación es el destino natural del embrión, para evitar la producción de embriones sobrantes, se limitará el número de embriones fecundados a aquel estrictamente necesario para aumentar la posibilidad del éxito en la procreación, debiendo implantarse todos los embriones fecundado y si no fuera posible se permite la crioconservación de los sobrantes para salvar su vida.

La donación se deja a la regulación de los Estados miembros, con la preocupación por evitar la destrucción de los embriones sobrantes.

ALEMANIA

Se regula en la Ley 745 del 13 de diciembre de 1990 de Protección del Embrión. Esta ley establece fuertes sanciones (hasta tres años de prisión) por ejemplo a quien proceda a transmitir a una mujer el óvulo de otra, quien fecunde artificialmente un óvulo y quien favoreciera la penetración artificial o introducción

de un espermatozoide humano en un óvulo humano con fines diferentes a los de iniciar un embarazo en la mujer de quien proviene el óvulo (artículo 1 de la Ley). Prevé normativamente la protección del consentimiento o ausencia de este prestado para la producción de estas técnicas. Además, limita a tres los embriones que pueden producirse e implantarse en cada intento. Se reserva el uso de las técnicas a matrimonios, parejas y mujer sola.

FRANCIA

La materia se regula en la Ley 94-653 de 29 de julio de 1994 de donación y utilización de elementos y productos del cuerpo humano, asistencia médica y procreación y diagnóstico prenatal. Se prohíbe la fecundación in vitro de embriones para fines industriales, comerciales, de investigación o experimentación. El Código de la Salud Pública obliga a solicitar una autorización según su artículo L-162-16. Patentar una práctica eugenésica selectiva será penado con 20 años de cárcel (artículo 511-1).

ITALIA

En febrero de 2004 el Senado italiano aprobó la Ley 40/2004 de Reproducción Asistida. Se trata de una ley restrictiva: no permite el uso de gametos de donante, el útero portador, la criopreservación de embriones (salvo riesgo para la salud de la mujer) ni la investigación clínica de embriones. El acceso a la fertilización asistida sólo se permite a parejas heterosexuales estables. El acceso a técnicas de reproducción asistida sólo se permitirá para los casos derivados de problemas de esterilidad o infertilidad que no puedan ser resueltos de otra manera. Respecto del consentimiento informado, no será posible revocarlo una vez se lleve a cabo la fecundación del ovocito. En 2005 se celebró un referéndum para dotar de una nueva regulación a la materia que fracasó por la baja participación.

GRAN BRETAÑA

En Gran Bretaña la Ley 1990 dispone que pueden ser sujetos activos de las técnicas de reproducción asistida los matrimonios, las parejas y las mujeres solas, pero tomando en cuenta el bien del niño y el de otros afectados y la necesidad de un padre. Desde 2004 el organismo regulador de la reproducción asistida en el Reino Unido redujo de tres a dos el número de embriones que pueden implantarse por intento.

Los pacientes tienen derecho a un chequeo gratuito costado por el Servicio Nacional de Salud, pero las listas de espera están muy saturadas, por lo que muchos británicos acuden a clínicas privadas para la someterse a estas técnicas de reproducción asistida.

GRECIA

Se regula en la Ley 1329, de 15 de febrero de 1983. Se refiere especialmente a la paternidad en caso de consentimiento del esposo de la inseminación artificial de la cónyuge.

PORTUGAL

Se regula en la Ley nº 32/2006 de Utilización de Técnicas de Procreación Médicamente Asistida, publicada el 26 de julio en el Diario de la República; que sustituyó al Decreto Ley nº 496/77, de 25 de noviembre de 1977. Consta de un Reglamento y además se creó un Consejo Nacional de Procreación Médicamente Asistida, que se pronuncia sobre cuestiones éticas, sociales y legales.

SUECIA Y NORUEGA

En Suecia y Noruega se rechaza la posibilidad de que la mujer sola sea beneficiaria de las técnicas. En Suecia, la Ley 1140 de 1984 establece que sólo pueden acceder a estas técnicas los matrimonios y las parejas estables, llegando incluso a pensarse las infracciones a esta limitación. La legislación noruega (Ley sobre fertilización artificial de 1987 y Ley sobre las aplicaciones biotecnológicas en Medicina de 1994) es más exigente aun y señala que sólo pueden ser beneficiarios los matrimonios.

SUIZA

Su regulación es al máximo nivel, pues se recoge en la propia Constitución Federal de la Confederación Helvética. Su artículo 119 determina que todo ser humano será protegido de la medicina reproductiva y la ingeniería genética. Las técnicas de procreación asistida podrán ser aplicadas sólo para suplir problemas de infertilidad o para evitar la transmisión de enfermedades hereditarias, sin que puedan ser utilizadas para predeterminar las características del preconcebido o para fines de investigación. La donación de embriones o cualquier otra forma de maternidad sustituta no están admitidas.

RUSIA

Un Decreto de 2003 reconoce la maternidad de sustitución siempre que la madre sustituta dé su consentimiento voluntariamente y se formalice mediante contrato. Está regulada por los art. 51 y 52 del Código de Familia, art. 35 de la Ley Básica sobre la protección de salud de ciudadanos de la Federación Rusa de 22/06/1993, el art. 16 de la Ley sobre los actos de Registro civil de 15/11/1997 y la Orden 67 del Ministerio de Salud de la Federación Rusa de 26/02/2003.

Además se exige que la madre de sustitución tenga al menos un hijo propio sano, tenga entre 20 y 35 años, pase un reconocimiento médico, no tenga patologías físicas o psíquicas, etc. En cuanto a la filiación en el Registro civil aparecerá como madre la madre biológica o la que ha solicitado las TRA o IA.

UCRANIA

Está regulado en idénticas condiciones. La madre subrogada deberá tener entre 20 y 40 años. No podrá quedarse con el niño que pertenece legalmente a los padres biológicos, incluso cuando los padres solicitantes hayan utilizado un preembrión donado son ellos quienes aparecerán en el certificado de nacimiento conforme a la cláusula 3 del art. 123 del Código de Familia de Ucrania.

El matrimonio homosexual no está reconocido en Ucrania, pero en el caso de parejas lesbianas serán tratadas como solicitudes de mujer soltera. La gestación subrogada es una opción para las parejas oficialmente casadas y mujeres solteras. No se reconoce los matrimonios gays. Las parejas de lesbianas podrán solicitar el servicio como mujer soltera.

NORTEAMÉRICA

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Por último, en Estados Unidos, basándose en el derecho a la privacidad, se establece que el Estado no puede oponerse a que una mujer sola sea sujeto activo de las técnicas, de lo contrario, se estaría vulnerando una garantía constitucional.

Las diferencias en las regulaciones entre los diferentes estados de la Federación son muy amplias, si bien en general es una regulación abierta a la aplicación de estas técnicas. Sería necesario conocer la cuestión en cada uno de los estados para poder realizar un acercamiento a la realidad de esta materia en EEUU. La regulación general federal se recoge en el Código de Regulaciones Federales.

MÉXICO

El Código Civil Federal y la Ley General de Salud son los instrumentos que regulan la materia. Sólo dos estados mexicanos incluyen en sus Códigos Civiles leyes que regulan la aplicación de las técnicas de reproducción asistida: el del Estado de Guerrero y el del Estado de Tabasco.

AMÉRICA DEL SUR

ARGENTINA

Argentina es uno de los países más atractivos por los bajos costes económicos en comparación con otros países (entre 3000 o 4000 dolares, la mitad que en otros países desarrollados), la profesionalidad de los especialistas y sobre todo por el vacío legal existente en esta materia.

Argentina recibe muchas personas procedentes de otros países de Latinoamérica, Estados Unidos y Europa (de esta última principalmente españoles).

El artículo 240 del Código Civil argentino determina que "la filiación puede tener lugar por naturaleza o por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial o extramatrimonial".

En el caso de la fecundación in vitro y la inseminación artificial homólogas, si se intentase una acción de impugnación de la paternidad, a la mujer le bastaría aportar la prueba de la fecundación con el semen del marido, demostrar que éste ha dado su consentimiento y que la concepción se realizó dentro de los plazos legales (artículo 77 del Código Civil argentino).

Para la fecundación asistida heteróloga, dependerá de si el marido dio o no su consentimiento. En el supuesto de que el marido prestase su consentimiento y después se arrepintiera, no tendría derecho a impugnar la paternidad, pues se percibe una "voluntad procreacional".

CHILE

Hace tres años se propuso en el Senado de Chile un Proyecto de Ley de regulación de la materia. También hubo una moción presentada por el H. Senador Sebastián Piñera Echeñique, con fecha 30 de junio de 1993 (Boletín N° 1026-07 del Senado)

COLOMBIA

Existió un proyecto de ley presentado en el Congreso de la República de Colombia en el año 1990, que no se concretó en una Ley.

De nuevo en 2003 se presentó el Proyecto de Ley n° 200 de 2003 por la cual se pretendió modificar el ordenamiento civil colombiano en lo referente a procedimientos y técnicas de procreación humana asistida, publicado en la Gaceta n° 135 de 2003.

COSTA RICA

Se regula por el Decreto N° 24029-S de Regulación de la Reproducción asistida.

Se prohíbe la manipulación del embrión y experimentar con él (artículo 11), en la reproducción in vitro sólo se podrá emplear un número máximo de seis óvulos (artículo 9), el Ministerio de Salud tiene la competencia para velar por el incumplimiento de lo dispuesto en el Decreto y se permiten las donaciones de terceras personas de células germinantes como último recurso terapéutico (artículo 6), sin que el donante pueda después tener ningún derecho ni obligación sobre el nacido (artículo 5 y 8).

URUGUAY

Las técnicas de reproducción humana asistida están reguladas por la Cámara de Senadores (Repartido N° 774, noviembre 1998).

PAÍSES DE OTROS CONTINENTES

AUSTRALIA

Se regula en el Acta de Infertilidad N° 10163 de 1984 del Estado de Victoria. Se prohíben la clonación y los procedimientos con gametos humanos fertilizados por gametos animales bajo pena de prisión de 4 años, además de la congelación de embriones, bajo la misma pena.

LIBIA

El Código Penal (ley de 28 de octubre de 1971) determina que el que aplique inseminación artificial a una mujer sin su consentimiento será castigado con pena de prisión de hasta 10 años, y si fue con su consentimiento la pena será de hasta 5 años. Si es la mujer la que consiente que se la practique a sí misma, será castigada con pena de prisión de hasta 5 años, mientras que el marido será castigado con la misma pena si consintiera la realización de una inseminación artificial.

ISRAEL

El Seguro Nacional de Salud, del que disfrutaban todos los ciudadanos israelíes, cubre casi todos los tratamientos de fertilidad. Los costes de la fertilización in vitro son totalmente subvencionados hasta el nacimiento de los dos primeros niños de todas las mujeres israelíes, incluidas las mujeres solteras y las parejas lesbianas. Las transferencias de embriones con fines de subrogación gestacional también están cubiertos.

IV. Filiación a favor de sujetos del mismo sexo y orden público internacional: Análisis de la RDGRN de 18 de febrero de 2009

Primera versión:

En el Reg. DGRN 18/02/2009 se establecen en primer lugar los hechos, posteriormente los fundamentos de derecho y por último la resolución.

Los hechos son los siguientes: Dos ciudadanos españoles, ambos varones, tienen en San Diego (California), EE UU dos hijos mediante gestación de sustitución y por medio de un escrito presentado en el Registro Civil Consular de Los Ángeles solicitan la inscripción del nacimiento de sus hijos.

El encargado del Registro Civil Consular mediante un auto deniega la pretensión a los interesados en base a lo dispuesto en la Ley 14/2006 del 26 de Mayo sobre técnicas de reproducción asistida en cuyo artículo 10.1 se prohíbe la gestación de sustitución y en el 10.2 se establece que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto, por tanto la mujer que da a luz será considerada la madre legal del niño.

Esto es notificado a los interesados que interponen un recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado solicitando la inscripción de los menores en el Registro Civil Español.

El recurso se le notifica al Ministerio Fiscal que no presenta alegación alguna al respecto y el encargado del Registro Civil Consular remite el expediente a la Dirección General de los Registros y del Notariado para su resolución.

Pilar Blanco-Morales Limones, Directora General de los Registros y del Notariado basa su resolución en los siguientes fundamentos de derecho:

1. La inscripción en el Registro Civil Español del nacimiento de sujeto español acaecido en el extranjero puede hacerse de dos formas:

a) A través de la correspondiente declaración del sujeto (art. 168 del Reglamento del Registro Civil).

b) A través de la presentación de una certificación registral extranjera en la que conste el nacimiento y la filiación del nacido.

a) El encargado del Registro procederá a realizar un control de legalidad de los hechos a los que se refiere la declaración y de la declaración misma. Y lo hará aplicando las normas jurídicas pertinentes concretando la legislación española o extranjera que regula dichos hechos. Aplicando inexcusablemente las normas de conflicto españolas (art. 12.6 del C.C). En estos supuestos surge una cuestión de "derecho aplicable".

b) La solución legal en este caso es muy distinta: el acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro civil español se hará a través de las normas específicas que en nuestro derecho disciplinan el acceso de las certificaciones registrales al Registro Civil Español.

El mecanismo técnico que ha previsto nuestro legislador es el que establece el art 81 del Reglamento del Registro Civil.

La aplicación del art. 81 del Reglamento del Registro Civil excluye la utilización de las normas españolas de conflicto y por tanto se excluye la aplicación de la ley sustantiva a la que tales normas de conflicto españolas pudieran conducir como la Ley 14/2006 del 26 de Mayo del 2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

Son aplicables en el presente caso las normas jurídicas españolas que regulan el acceso al Registro Civil Español de las certificaciones registrales extranjeras (art 81 del Reglamento del Registro Civil).

2. El artículo 81 del Reglamento no exige que la solución jurídica dada a la cuestión que aparece en la certificación registral extranjera sea idéntica a la solución que ofrecen las normas jurídicas españolas, simplemente exige que las certificaciones registrales extranjeras superen un control de legalidad.

Esta es una solución lógica por los siguientes motivos:

- Exigir que la autoridad registral extranjera resuelva el caso de igual forma a como lo resolvería la española supondría desconocer que cada Estado dispone de su propio derecho y de su propio sistema de Derecho Internacional Privado.
- Supondría un perjuicio muy grande para la seguridad jurídica ya que la existencia de decisiones claudicantes es negativa y se trata de evitar para no vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva.
- Supondría un elevado coste para los particulares porque los obligaría nuevamente a plantear la cuestión jurídica ante las autoridades españolas a parte de los daños que se ocasionarían en la economía procesal al fomentarse los dobles procedimientos.

3. El artículo 81 del Reglamento del Registro Civil dispone que:

- a) Exigencia de que la certificación registral extranjera sea un documento público, esto es un documento autorizado por una autoridad extranjera.
- b) Que la certificación registral extranjera haya sido elaborada y adoptada por una autoridad registral extranjera que desempeñe funciones equivalentes a las que tienen las autoridades registrales españolas.
- c) La necesidad de un control de legalidad del acto contenido en la certificación registral extranjera.

4. La certificación registral californiana presentada no vulnera el orden público internacional español, puesto que no lesiona los principios jurídicos básicos del derecho español y tampoco daña los intereses generales.

El ajuste de la certificación registral extranjera presentada al orden público internacional español se explica por los siguientes motivos:

a) Inscribir en el Registro Civil Extranjero el nacimiento y la filiación de los dos nacidos en California a favor de dos sujetos varones, no vulnera el orden público internacional español, puesto que en el derecho español se permite la filiación favor de dos varones en los casos de adopción y por tanto, la misma solución será aplicable en el caso de los hijos naturales.

b) Inscribir en el Registro Civil Extranjero el nacimiento y la filiación de los dos nacidos en California a favor de dos sujetos varones, no vulnera el orden público internacional español porque en derecho español se permite que la filiación de un hijo conste en el Registro Civil a favor de dos mujeres y no permitir que conste la filiación de los nacidos a favor de dos varones resultaría discriminatoria por una razón de sexo (art. 14 de la CE).

c) El interés superior del menor aconseja inscribir en el Registro Civil Extranjero la filiación que figura en el Registro Extranjero. En caso de rechazar esto, podría resultar que los hijos de nacionalidad española quedarían privados de una filiación inscrita en el Registro Civil vulnerándose de este modo el art. 3 e la Convención sobre los derechos del niño.

d) La inscripción de la certificación registral californiana en el Registro Civil Español es el modo más efectivo para cumplir el derecho de los menores a su identidad única por encima de las fronteras estatales.

e) En el derecho español la filiación natural no determina de manera necesaria por la vinculación genética entre los sujetos implicados (art. 7.3 de la Ley 14/2006 que permite que la filiación natural de un hijo conste en el Registro Civil a favor de dos mujeres, por lo que podría constar a favor de dos varones españoles).

f) No cabe afirmar que los interesados han llevado a cabo un fraude de ley, ya que los interesados no han utilizado una norma de conflicto ni cualquier otra norma con el fin de eludir una ley imperativa española.

g) Los contratos de gestación por sustitución están expresamente prohibidos por las leyes españolas (art. 10.1 de la ley 14/2006); la filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución será determinado por el parto (art. 10.2 de la misma ley). Dicho precepto no es aplicable a este caso, ya que no se trata de determinar una filiación sino de precisar si una filiación ya determinada en virtud de una certificación registral extranjera puede acceder al Registro Civil Español.

5. Los menores nacidos en California tiene nacionalidad española con arreglo al art. 17.1 a) del C. Civil. En base a esto son españoles los hijos de españoles.

Por ello, para considerar nacido de español a un niño basta que existan indicios racionales de su generación física. Al tratarse en el presente caso de la inscripción del nacimiento y filiación de sujetos españoles al ser nacidos de progenitor español, procedería su acceso al Registro Civil español (art. 15 de la Ley del Registro Civil).

En consecuencia la Dirección General acuerda que procede:

1. Estimar el recuso y revocar el auto apelado.
2. Ordenar que se proceda a la inscripción en el Registro civil Consular del nacimiento de los menores.

La Federación Española de Lesbianas, Gays, Transexuales y Bisexuales (FELGTB) ha tachado de homófoba la actitud de la Fiscalía del Registro por recurrir la inscripción por parte de un matrimonio homosexual valenciano de un bebé nacido de un vientre de alquiler en EEUU.

Inocencio Arias, ha negado la inscripción de dos hijos, nacidos ambos mediante vientres de alquiler, de sendos matrimonios homosexuales, con el argumento de que la ley española prohíbe estas prácticas.

Pilar Blanco-Morales Limones permite la inscripción de los niños nacidos en California en el Registro Civil Español en la que argumenta para aprobar esta inscripción que "la certificación registral extranjera constituye una decisión adoptada por las autoridades extranjeras y en cuya virtud se constata el nacimiento y la filiación del nacido", por lo que entiende que se trata de un caso de "validez extraterritorial de decisiones extranjeras en España".

La pareja homosexual dice a la prensa: " En el Estado español hay cosas que no son lógicas". En este punto, recuerdan las trabas que han padecido a pesar de que en el país está reconocido el matrimonio homosexual y que Ley de Técnicas de Reproducción Asistida admite que un nacido figure como hijo de una mujer lesbiana y de su esposa.

En este sentido, relató que a lo largo del proceso pidieron ayuda al Ministerio de Igualdad, que les dijo que no podía intervenir porque no eran mujeres, y al

Defensor del Pueblo, que se la denegó por considerar que habían cometido un "fraude de ley". "Además, cómo es posible que un consulado que se supone que está para defender los intereses de los nacionales en el extranjero vaya en nuestra contra", se preguntan.

Otro de los "problemas" a los que se enfrenta esta pareja es que, no cobran su sueldo desde que pidieron la baja para cuidar a los bebés, ya que, a pesar de que le fueron concedidas las bajas de paternidad y maternidad, la dirección provincial en Valencia del Instituto Nacional de la Seguridad Social rechazó pagar estos permisos argumentando que este caso "no está contemplado en ninguno de los supuestos de la ley".

Por tanto y en base a la resolución anteriormente expuesta y a las reproducciones de las palabras de la pareja afectada considero que esta resolución supone un avance (pequeño) pero un avance al fin y al cabo para mejorar las condiciones de todas aquellas personas que se encuentran trabas en su camino, obstáculos que los alejan de su sueño, un sueño tan básico como el deseo de tener una familia.

Espero que la resolución sirva para reflexionar, que sea el punto de partida para la legalización de las madres de alquiler en España, ya que su ilegalización no supone ningún beneficio y crea multitud de problemas, inseguridad jurídica y una gran preocupación y tristeza en todos aquellos que ven en ésta la única vía para poder ser padres.

Segunda versión:

La Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009 se refiere al siguiente supuesto: el acceso al Registro Civil español de una certificación registral californiana en la que consta la filiación de dos menores nacidos en California a través de procedimientos de filiación por sustitución.

El caso fue el siguiente: dos españoles varones y casados entre sí en España, viajaron a California. Allí, contrataron a una mujer "portadora", que tras la correspondiente inseminación artificial gestó a dos gemelos a partir del material genético de los dos cónyuges españoles. La mujer portadora dio a luz a dos niños.

En la correspondiente inscripción en el Registro Civil californiano constaba que los nacidos eran hijos "por naturaleza", no adoptados, de los cónyuges españoles.

Éstos instaron la inscripción del nacimiento de los menores en el Registro Civil Consular español en Los Ángeles. Dicho Consulado rechazó la inscripción al estimar que la gestación por sustitución está prohibida en España (el art. 10.2 de la Ley 14/2006 –LTRHA- establece que la filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución será determinada por el parto). Por tanto, con arreglo a dicha ley, la mujer que dio a luz debe ser considerada como "madre legal" de los nacidos y los cónyuges españoles no deben ser considerados "padres" de tales nacidos.

Los interesados recurrieron la denegación de la inscripción ante la DGRN, la cual dio la razón a aquéllos y ordenó la inscripción registral con idéntica filiación que la que constaba en los Registros civiles californianos: Los nacidos, son hijos naturales de los recurrentes.

Análisis de la Resolución de la DGRN

Previamente, debemos determinar si los menores nacidos en California ostentan nacionalidad española y si, precisamente por ello el nacimiento y la filiación de los mismos debe ser inscrita en el Registro Civil español. El art. 15 LRC exige, para su inscripción que el nacimiento haya tenido lugar en España o que el nacido ostente la nacionalidad española.

La duda surge en este segundo inciso del art. 15 LRC: ¿son españoles estos menores nacidos en California? Según el art. 17.1.a) Cc "*son españoles de origen los nacidos de padre o madre españoles*".

Al introducir este último art. la expresión "nacidos" de padre o madre española significa que no es exigible que haya quedado determinada legalmente la filiación del sujeto respecto de un padre o de una madre de nacionalidad española. Por tanto será suficiente con que se acredite el "hecho físico de la generación" del nacido, el cual ha quedado suficientemente determinado a través de una decisión judicial de un tribunal californiano pronunciada antes del nacimiento de los menores que certificaba que los nacidos habían sido generados a partir del material genético de los varones españoles.

De esta forma se acaba con el problema circular, también llamado de "doble espejo" que surge cuando la determinación de la "nacionalidad" se vincula a la cuestión de la "filiación" y al mismo tiempo para concretar la "filiación" que corresponde al sujeto es necesario conocer cuál es su nacionalidad.

En definitiva, los nacidos ostentan nacionalidad española por lo que su nacimiento debe acceder al Registro Civil español, en aplicación del art. 15 LRC

Confrontación "normas de conflicto" vs "normas de reconocimiento de decisiones extranjeras"

El único fundamento jurídico empleado por el Consulado español en Los Ángeles para denegar la inscripción se basaba en que la filiación que constaba en la certificación registral californiana no se ajustaba a la Ley sustantiva española, en concreto a la Ley 14/2006 LTRHA, que como se ha señalado anteriormente, indica que la filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución será determinada por el parto.

Pues bien, la DGRN indica que, en este caso, el debate no es un problema de "Derecho aplicable a la filiación", sino una cuestión de "efectos jurídicos en España de una decisión pública extranjera" o sea, de la "validez extraterritorial de decisiones extranjeras en España"

En consecuencia, las autoridades registrales españolas no deben aplicar las normas de conflicto españolas ni la Ley sustantiva designada por tales normas de conflicto (la Ley 14/2006), sino que deben aplicar las normas de DIPr español sobre el acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro civil español (en concreto el art. 81 RRC)

Con ello, la DGRN muestra la cara más moderna y técnica de su labor, potenciando, facilitando y dinamizando la vida internacional de los particulares con esta avanzada idea del reconocimiento

Para la DGRN la norma de conflicto debe aplicarse, exclusivamente cuando es necesario determinar la ley aplicable a las situaciones privadas internacionales y no debe aplicarse cuando ya existe una decisión pronunciada por autoridad registral extranjera.

El método del reconocimiento, por el contrario, encuentra aplicación en presencia de una decisión extranjera, por lo que la autoridad de Estado ante el que se hace valer la decisión dictada en otro Estado solo debe decidir si otorga o no efectos jurídicos a la decisión extranjera

Las decisiones judiciales extranjeras producen los efectos procesales de "cosa juzgada material", decidiendo sobre los derechos y obligaciones de los particulares, declarando de modo definitivo el estado jurídico de la cuestión debatida. Ahora bien, qué ocurre cuando se trata de resoluciones dictada por autoridades estatales no judiciales como es el caso que nos compete. Pues bien, ante ello, debe afirmarse que la debatida certificación registral californiana debe ser considerada como una "decisión" extranjera.

Todo ello porque la intervención de las autoridades californianas no se limita a constatar las manifestaciones de voluntad de unos particulares, sino que se trata de una intervención de fondo que lleva a cabo un control del ajuste del acto al ordenamiento jurídico. Por eso, constituye una declaración oficial, por parte de una autoridad pública de un Estado, sobre la existencia, la legalidad y la validez legal de una situación jurídica internacional (la filiación de los menores nacidos en California).

Esta consideración de la certificación registral californiana como una "decisión" está avalada por la tendencia observada en ciertos instrumentos legales, en la jurisprudencia y por buena parte de la doctrina. (Vid art. 9.1 Convenio de la Haya de 14 de marzo de 1978 relativo a la celebración y al reconocimiento del matrimonio, la STJUE de 14 de octubre de 2008).

También opera como argumento a favor de la calificación como auténticas "decisiones" determinadas resoluciones públicas "no judiciales" la aplicación "extensiva" de la técnica del "mutuo reconocimiento" en el ámbito comunitario según la cual, la situación jurídica creada por una autoridad (judicial o administrativa) de un Estado Miembro deber ser considerada "válida" y "existente" en los demás Estados Miembros.

Ahora bien, el hecho de considerar la certificación registral californiana como una "decisión" no supone equipararla a una sentencia judicial extranjera. Una vez que aquella certificación supere en España, en su caso, el reconocimiento, no será tratado como una "sentencia judicial" sino, simplemente, como un "título apto para la inscripción en el Registro civil (vid art. 81 RRC). Los tribunales pueden, por tanto, anular la inscripción registral californiana y declarar la filiación de los menores en un sentido distinto del proclamado por la certificación registral del Registro civil de California.

En todo caso, la DGRN se limita a poner en su sitio a la norma de conflicto y a dejar muy claro que ésta sirve para determinar la ley aplicable a las situaciones privadas internacionales no para determinar si una decisión extranjera surte o no surte efectos jurídicos en España. Con ello, se potencia la seguridad jurídica internacional ya las situaciones jurídicas creadas válidamente en un Estado son consideradas válidamente existentes en os demás Estados.

Según el art. 81 RRC dice lo siguiente: "El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativa o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los Tratados internacionales". Es importante señalar que el citado precepto impone que las certificaciones registrales superen un control de legalidad pero el mismo no requiere que la solución proporcionada por las autoridades registrales extranjeras (californianas, en este caso) a la cuestión

jurídica planteada y que se refleja en la certificación registral extranjera (la cuestión de la filiación de los nacidos en California mediante gestación por sustitución) deba ser igual o idéntica a la solución que ofrecen las normas jurídicas españolas

Señala la DGRN que el citado control de legalidad no consiste en exigir que la autoridad registra extranjera haya resuelto el caso de modo idéntico a como lo habría resuelto una autoridad registral española y lo razona, en primer lugar por motivos lógicos ya que las autoridades registrales californianas aplican "sus" propias normas de conflicto para determinar la Ley aplicable a la filiación de los nacidos en California por el principio de exclusividad del DIPr; otra razón que esgrime la DGRN apunta al carácter claudicante de la certificación californiana de nacimiento: los nacidos en California podrían disponer de una determinada filiación allí y de otra diferente en España. Ello vulneraría la seguridad jurídica en el contexto internacional proclamado en el art. 24 CE y el art 6 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de 4 de noviembre de 1950.

No resultando aplicable ningún instrumento legal internacional, el presente caso debe resolverse en el ámbito del citado art 81 RRC y la DGRN concreta cuales son los requisitos para poder practicar la inscripción en el Registro civil español con base en el título registral extranjero y que la citada inscripción tenga "fuerza en España":

- a) Autenticidad del título registral extranjero
- b) Equivalencia de funciones de las autoridades extranjeras respecto de las españolas
- c) Decisión que no violente el orden publico internacional español
- d) Control de la competencia de la autoridad extranjera
- e) Control, en su caso, de que se han observado los derechos de defensa de los implicados

Con todo, es posible afirmar que en el caso que nos ocupa se han respetado todos los requisitos del art. 81 RRC.

En cuanto al encaje de la certificación registral californiana con el orden público español, la DGRN subraya que en Derecho español se admite la filiación a favor de dos varones en los casos de adopción y que hay que tener en cuenta la equiparación entre los hijos adoptados y los hijos naturales (iguales ante la ley) y también que se permite que la filiación por naturaleza de un hijo conste en el Registro civil a favor de dos mujeres. Y añade que aunque en Derecho español no se admite el contrato de maternidad por sustitución, la inscripción en el Registro civil español de la certificación registral californiana expedida tras e contrato citado produce unos efectos legales que no dañan la estructura jurídica básica de la sociedad española.

Aplicación de la tesis del orden público "atenuado": La DGRN se cuida muy bien en señalar que "es indudable que los contratos de gestación por sustitución están expresamente prohibidos por las Leyes españolas" (art 10.1 Ley 14/2006). Sin embargo, en este caso, el contrato de gestación por sustitución no se ha celebrado en España y no pretende ser ejecutado en España. Dicho contrato es nulo en Derecho español, por acción del orden público internacional español pero efecto jurídico que ese contrato produce en el plano de la filiación de los menores no vulnera ese orden público ya que encaja correctamente con el principio de interés del menor. En suma, el orden público internacional español, que opera de forma radical contra la validez y ejecución en España del contrato de gestación por sustitución no debe intervenir frente a la certificación de la filiación de unos

menores nacidos como consecuencia de dicho contrato (orden público atenuado con relación a esa filiación)

Sin embargo, el argumento más fuerte utilizado por la DGRN se basa en el concepto de "interés superior del menor" recogido en el art. 3 CDN hecho en Nueva York el 20 de noviembre de 1989; porque, según ha destacado A. Gouttenoire *"en ningún caso son los menores los que deben sufrir las consecuencias legales negativas de un comportamiento de sus padres"*

El rechazar la inscripción supondría negar una filiación con consecuencias nefastas para los menores y está claro que la pareja que ha tomado esta decisión voluntariamente aceptada de ser padres, son personas más indicadas para ser consideradas "padres" ante la Ley, que la mujer que da a luz a los nacidos la cual se limitó simplemente a cumplir un contrato.

Con ello se daría cumplimiento a lo dispuesto en el art 3 CDN que obliga a que los menores se inserten en el ambiente adecuado y al cuidado de las personas que, en mayor grado, aseguren a los menores la "protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar"

Por último, y sobre este aspecto, la DGRN observa que negar efectos jurídicos a la filiación que consta en la certificación californiana supondría que los menores tienen "padres distintos" según el país de que se trate, lo que atentaría contra "el interés superior del menor" manifestado en el derecho a una "identidad única" (ver STJCE 30 de marzo de 1993. STJCE 2 de octubre de 2003 y STJCE 14 de octubre de 2008).

En cuanto a la cuestión del fraude de Ley y del Forum Shopping: Una primera impresión podía llevar a pensar que existe una vía libre para poder puentear la legislación española sobre técnicas de reproducción humana asistida, pues no hay más que ir a California, y a través de esa maniobra evitar la aplicación de la Ley española.

Es sabido que existe una prohibición de "internacionalización" de situaciones exclusivamente internas con el fin de evitar la aplicación de las leyes nacionales. El ordenamiento jurídico reacciona contra esa práctica de Bad Forum Shopping privando de eficacia jurídica a "este movimiento estratégico" de las partes. Dicha reacción es necesaria para impedir estas maniobras que tienen como finalidad sustraerse de la aplicación de las Leyes españolas en ciertos supuestos (precisión de la filiación, en este caso). Sin embargo, conviene proceder con cautela en este aspecto.

Según la DGRN no existe fraude de Ley internacional ya para que se dé, según depurada doctrina, se exige la manipulación del punto de conexión de la norma de conflicto española. En este caso, no existió ninguna alteración del punto de conexión de la norma de conflicto. No hay norma de cobertura y norma defraudada, por lo que el término "fraude de Ley" es inapropiado.

Tampoco cabe el Forum Shopping fraudulento ya que éste únicamente existe cuando los particulares "sitúan" la resolución de un caso ante tribunales o autoridades de un Estado que no presenta una "relación sustancial" con el caso en cuestión (viajan al extranjero con el exclusivo fin de "litigar ante sus autoridades")

Argumentos de la DGRN para justificar que no existe Forum Shopping fraudulento:

Las partes han presentado ante el Registro civil español, simplemente, una "certificación registral extranjera que no prejuzga ni impide, en su caso, un recurso

ante los tribunales españoles, los cuales, podrán, eventualmente, establecer con carácter definitivo, la filiación de los nacidos en California". Por tanto, no han creado un status jurídico inalterable.

Cada Estado tiene sus Leyes y aparatos judiciales y administrativos y cada ordenamiento jurídico refleja una idea particular de "Justicia", tan legítima una como la otra. La solución que ofrece la Ley de California a los casos de gestación por sustitución es tan "justa" como la solución española.

En este caso, no existe un viaje de los interesados a California con el único propósito de litigar en el extranjero y obtener la certificación registral californiana, sino que se trasladaron muchos meses antes del nacimiento de los menores y siguieron todos los trámites y requisitos tanto jurídicos como médicos. La mujer gestante residía en California, los niños nacieron allí. Por tanto, puede decirse que los contactos de este supuesto con California no pueden calificarse de accidentales, pasajeros o artificiales. Otra cosa hubiese sido que los menores hubieran nacido en España y las técnicas de reproducción hubieran tenido lugar en España, pero los sujetos se hubieran trasladado a un país extranjero con el solo propósito de obtener la certificación registral. En este caso, si se podría considerar que existía *Bad Forum Shopping* (búsqueda de conveniencia del foro y de la autoridad extranjera)

Por último, aunque se considerara que los particulares han situado de un modo artificioso la cuestión jurídica de la filiación de los menores en manos de las autoridades de California, debe primar en todo caso sobre el *Forum Shopping* el interés superior de los menores (Fuente: trabajo de los Profesores Calvo Caravaca y Carrascosa Gonzalez en Cuadernos de Derecho Transnacional. Octubre 2009).

V. Filiación determinada en un Estado miembro de la UE y orden público internacional: Consecuencias del principio de reconocimiento mutuo

El contenido de este apartado no se adecua a lo que se pide: debe poner en relación con la libertad de circulación de personas en el espacio europeo (art. 18 TCE): ver SSTJCE *García Avelló, Grunkin-Paul, Konstantinidis...*

Como indica Cobo Sáenz, "la regulación del Reglamento se asienta en dos ejes, que son, por una parte, el reconocimiento o valor directo de las resoluciones extranjeras sin necesidad de exequátur si no existe oposición y por otra parte, el objetivo de alcanzar un procedimiento homogéneo de ejecución, en cuanto a órganos internos, recursos y plazos. Todo ello es una manifestación del principio de confianza mutua entre Estados miembros que exige que los motivos de una denegación de reconocimiento se limiten al mínimo necesario. El Reglamento 2201/03 busca pues, la homogeneización a través de la armonización procesal y ésta se basa a su vez, en los principios de cooperación y de confianza mutua. Pero no puede desligarse del movimiento general de armonización de las instituciones de derecho privado en la regulación de sus contenidos materiales, que resulta necesaria para la consecución del objetivo comunitario de creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia. En este sentido, puede señalarse también como logro del Reglamento, en la línea de la cooperación pretendida, el haber buscado asentar una terminología uniforme con el propósito de evitar, en lo posible, conflictos jurídicos derivados de interpretaciones divergentes con respecto a conceptos susceptibles de interpretaciones diversas. Así se han intentado concertar los conceptos de órgano jurisdiccional. Juez, resolución judicial. Estado miembro de origen, responsabilidad

parental, derecho de custodia y derecho de visita. Con respecto al concepto de órgano jurisdiccional a los efectos del Reglamento ha de entenderse éste referido a todas las entidades de los Estados miembros, sean o no judiciales, que tengan atribuida según su legislación interna, competencia sobre las materias a que se refiere el mismo. Resulta especialmente destacable la adopción de este concepto amplio, puesto que en el ámbito comunitario conviven sistemas de muy diversa índole, en los que se atribuye la competencia de adoptar decisiones sobre responsabilidad parental, tanto a los Tribunales de justicia, como a órganos administrativos. Como dice el referido autor, el dotar de equivalencia a estas entidades puede dar lugar a que una decisión adoptada por una entidad municipal en un Estado haya de ser ejecutada por un órgano jurisdiccional, en el sentido propio del término, en otro y a la inversa. Por «Juez» habrá de entenderse cualquier autoridad que ejerza las funciones de órgano jurisdiccional en el sentido anteriormente expuesto. Habrá de estarse por lo tanto, a la legislación interna de cada Estado para determinar que ha de entenderse por tal y quién ha de desempeñar las funciones exigidas por el Reglamento para el reconocimiento de las resoluciones, como por ejemplo, la audiencia a las partes o al menor. En la misma línea, como «resolución judicial» tendrá cabida cualquier decisión, sea cual fuere su forma, que contenga el fallo de la autoridad competente en la materia, según la legislación interna. Ha de tenerse en cuenta que el principio de confianza mutua excluye cualquier tipo de control indirecto de la competencia del órgano que adoptó la decisión, o de revisión en cuanto al fondo de la misma, tal como disponen los artículos 24 y 26 del Reglamento, ya que tales aspectos vienen garantizados por el certificado previsto en el artículo Destaca igualmente la novedosa la asimilación que el Reglamento realiza entre los documentos públicos y los acuerdos entre las partes, con la condición de que sean ejecutivos en el Estado miembro en el que se otorgaron o se suscribieron, lo que implica, por ejemplo, que en España carezca de eficacia un acuerdo privado suscrito entre españoles y en territorio nacional que no haya sido homologado judicialmente, mientras que debería ser reconocido el mismo acuerdo si ha sido suscrito en Finlandia, pues la ley interna de este país sí lo permite. Como Estado miembro de origen ha de entenderse el de la decisión o resolución que se pretende reconocer o ejecutar en el «Estado miembro de ejecución». El Reglamento 2201 se aplica en todos los Estados de la UE con excepción de Dinamarca, pues el Reino Unido e Irlanda manifestaron, de conformidad al artículo 3 del Protocolo sobre su respectiva posición, anejo al TUE y al TCE, su intención de participar en la adopción y aplicación del mismo. Con respecto a los conceptos de responsabilidad parental, derecho de custodia y derecho de visita, de los que, posteriormente, se hará una exposición más extensa, cabe adelantar aquí que resulta de esencial importancia que se hayan consensuado, no sólo por la eficacia con que este consenso dota a las actuaciones en beneficio de los menores y demás afectados por la relación parental, sino porque con el establecimiento de estos conceptos básicos se teje un entramado institucional uniforme en materia civil entre los Estados de la Unión, lo que trasciende a los meros actos de cooperación para crear unos principios informadores compartidos que pasan a formar parte del acervo comunitario, impulsando, en consecuencia, el desarrollo de una cultura jurídica común volcada cada vez más en aspectos esenciales de la vida privada del ciudadano europeo.

Ha de tenerse en cuenta, por otra parte, que la interpretación última de los conceptos contenidos en el Reglamento, así como de cualquiera de sus disposiciones, habrá de encomendarse al TJCE en sede prejudicial de conformidad a los artículos 68 y 234 del TCE.

Fuente: "Tratamiento de la responsabilidad parental en el Reglamento 2201/2003. Un avance hacia la integración y armonización del derecho civil en Europa." Silvia Ortiz Herrera. Doctor en Derecho. Investigador asociado del Instituto de Estudios Europeos. Universidad San Pablo CEU. Secretario Judicial.

VII. Noticias periodísticas que aborden este fenómeno

En España la técnica de gestación por subrogación (conocido de una manera más coloquial como " Madres de Alquiler" está prohibida por la actual normativa sobre Ley de Técnicas Reproducción Asistida. Dicha normativa choca frontalmente con lo que realmente está sucediendo en la actualidad y en la práctica diaria de las familias, ya que ha aumentado en número de personas que recurren a esta práctica ya no solo en los Estados extranjeros donde esta práctica está amparada por la leyes sino también en España.

Muchos médicos ginecólogos y expertos en la materia están abogando por que se autorice en España la gestación por subrogación para algunos casos, donde la problemática de poder tener un hijo propio puede llegar a resultar especialmente problemática e incluso dolorosa ante la imposibilidad misma de poder tener un hijo biológico.

Todavía es mayoritaria la opción de acudir al extranjero para llevar a cabo este tipo de prácticas, ya que en países como Estados Unidos, Canadá, Israel, India, Rusia, Nueva Zelanda o Sudáfrica está permitido en sus legislaciones, y en ciertos casos como es en los Estados Unidos, operan en el país agencias que se encargan de poner en contacto a ambas partes y de llevar a cabo los trámites oportunos, pudiendo encontrar agencias que plantean requisitos de todo tipo, bien que se sea pareja heterosexual, que se tenga un cierto nivel o status etc.

En España cada vez más va siendo habitual bajo en anonimato que ofrece Internet, que se puedan encontrar diversos anuncios en páginas web sobre personas que se ofrecen a llevar a cabo este tipo de prácticas a cambio de una remuneración, lo cual conduce en la mayoría de los casos a recurrir a ello debido a las necesidades económicas que puede estar sufriendo la persona oferente, es decir, " la madre en alquiler", sin que nos encontremos con ningún tipo de regulación o de sanción ante la misma.

Como en cualquier conflicto social en el que convergen legalidad y moralidad, podemos poner de manifiesto todo tipo de voces respecto a este tema. Las personas que están a favor de la regulación de esta situación aluden hay ciertos casos en los que a las personas traer un niño o niña a la vida puede suponer un sobreesfuerzo físico, poniendo en riesgo su salud o lesionar irreversiblemente otros órganos, o incluso se plantean casos de " madre solidaria" donde el pariente más próximo como sería su hermana fuera la " madre de alquiler". En el otro lado, las personas que no están a favor de la regulación traen al debate argumentos como los problemas que pueden surgir a la hora de resolver incidencias que se deriven en la práctica o el hecho del abandono del propio bebé por problemas en la propia pareja que requiere los servicios.

Las noticias que abajo se indican tienen un recorrido desde el año 2000 hasta el año 2010 donde se abordan todas las cuestiones reflejadas anteriormente.

<http://www.elmundo.es/cronica/2000/CR262/CR262-06.html>

http://www.elpais.com/articulo/sociedad/Parejas/espanolas/contratan/catalogo/madres/alquiler/Estados/Unidos/elpepisoc/20060723elpepisoc_2/Tes

<http://www.20minutos.es/noticia/25853/>

<http://terranoticias.terra.es/articulo/html/av2727438.htm>

http://www.elperiodico.com/default.asp?idpublicacio_PK=46&idioma=CA&idnoticia_PK=621232&idseccio_PK=1007

http://www.informativos.telecinco.es/reporteros/madres/alquiler/dn_54363.htm

<http://www.publico.es/espana/134107/mujeres/aborto/sanidad>

<http://www.diariomedico.com/2010/01/04/area-profesional/normativa/la-regulacion-de-las-madres-de-alquiler-en-eeuu-crea-conflictos-eticos-y-legales>

http://www.elpais.com/articulo/sociedad/Busco/madre/alquiler/extranjero/elpepisoc/20081109elpepisoc_1/Tes

http://www.abc.es/hemeroteca/historico-02-07-2003/abc/Sociedad/carol-weathers-las-madres-de-alquiler-son-una-alternativa-que-la-ley-no-debe-prohibir_191822.html

<http://www.eleconomista.es/economia/noticias/278197/09/07/Madres-de-alquiler-un-negocio-ilegal-pero-en-auge-en-Espana.html>

<http://www.hoymujer.com/ser-madre/premama/Vientres,alquiler,opcion,alza,55911,05,2008.html>

<http://www.elpais.com.uy/090719/pinter-430470/internacional/aumentan-las-madres-de-alquiler-en-ee-uu->

La fiscalía recurre la inscripción de los hijos de una 'madre de alquiler'

Un juez resolverá la decisión de Registros que aceptó a un matrimonio gay como padres de dos niños - La 'gestación subrogada' está prohibida en España

Un juez de Valencia decidirá sobre la paternidad de los gemelos que un matrimonio homosexual valenciano tuvo a través de gestación subrogada (lo que coloquialmente se conoce como *vientre de alquiler*) en Los Ángeles (EE UU). Los niños fueron inscritos gracias a una resolución de hace un año de la Dirección General de Registros y Notariado, porque "siempre es preferible proceder a dicha inscripción en nombre del interés superior del menor". Pero la propia Fiscalía del Registro ha decidido recurrirla para ver si había fraude documental, ya que en los papeles presentados no figuraba ninguna madre (lo que es legal en EE UU, pero no en España) según un portavoz del Ministerio de Justicia.

La noticia ha caído como una bomba en la pareja. Uno de los hombres, José (nombre ficticio), no puede ocultar su indignación. "No vamos a aceptar lo que nos proponen que uno figure como padre biológico y el otro adopte, porque sería rebajar la protección de los niños", al menos durante el tiempo que tarde en tramitarse la adopción. "Estamos dispuestos a llegar al Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo por violar los derechos de nuestros hijos forzando filiaciones diferentes según el país de que se trate (serían hijos de los dos en EE UU y Reino Unido, pero sólo de uno en España)".

La historia de este pulso empezó hace 15 meses, cuando nacieron los hijos del matrimonio de Valencia. Ellos trataron de inscribirles en el Consulado español en Los Ángeles. La respuesta fue negativa, porque la oficina diplomática entendió que no se ajustaba a derecho, y la practica de pagar a una mujer para que lleve a término un embarazo y luego renuncie al niño es legal en algunas partes de EE UU, pero no en España. Por eso, a juicio del consulado, procedía la inscripción sólo a uno de los hombres y, en todo caso, tramitar después una adopción por el cónyuge.

Pero la pareja llegó a España con sus hijos, y consiguió una resolución de la anterior directora de Registros y Notariados, Pilar Blanco-Morales, en la que les permitía figurar a ambos como padres de los niños. Ahora, el ministerio público ha recogido el testigo y ha preparado la demanda por impugnación del registro de los bebés con los dos varones como progenitores. Por lo menos, les van a permitir personarse. Y no les van a pedir prueba alguna -por ejemplo, genética para determinar cuál es el padre biológico de los niños, algo a lo que los padres se niegan-. Simplemente quiere que se valore la legalidad de los documentos.

José y su marido no son los únicos. En Sevilla, Ricardo Lucas no oculta su disgusto. "Seguro que la justicia tiene problemas más importantes que dejar sin padres a un niño", dice. Él y su marido, Iván Vallejo, están juntos desde hace 12 años, y se casaron hace cuatro. Su bebé nació hace ocho meses, y esperaban que la resolución adoptada con el matrimonio valenciano les permitiera regular su situación. "Estamos muy orgullosos de haber sido padres de esta forma. Si hay muchas parejas heterosexuales que registran a sus hijos nacidos por subrogación sin ningún problema, ¿por qué a nosotros nos ponen tantas pegas?", dice.

El proceso no les resultó barato. "Nos hemos gastado unos 60.000 euros, pero compensa", afirma Lucas. Todavía no tienen claro qué van a hacer en el futuro para solventar los papeles del niño. Sólo están convencidos de que es hijo de ambos. "La subrogación es un proceso más simple y generoso de lo que la gente piensa y que dista mucho del vulgarmente llamado *vientre de alquiler*, término que no nos gusta nada de nada. Se trata de ayuda mutua entre dos familias con la finalidad de dar vida. La madre de nuestro hijo es una mujer felizmente casada, con dos hijos, que trabaja en un aeropuerto muy importante de Chicago, y tiene un salario que triplica el mío", cuenta Lucas. "Lo único que queremos es vivir tranquilos y criar a nuestros hijos. Porque queremos tener más, y ella está dispuesta a ayudarnos con el segundo", añade.

E. DE BENITO / L. GARRIDO - Madrid / Valencia - 26/02/2010

EL PAÍS.COM

Boom de madres de alquiler para parejas gay en la India.

Cada vez son más las parejas occidentales gays -especialmente de Estados Unidos- que contratan los servicios de una madre de alquiler en la India. Se ahorran burocracia y mucho dinero, mientras que mujeres de clase humilde acceden a llevar a un ser en su vientre cediéndolo nada más nacer. A cambio, estas mujeres reciben una buena cantidad de dinero para llevar adelante a su propia familia.

(Bangalore, India). En un edificio inmerso en el caos de Hyderabad, a una hora en avión de Bangalore, el estadounidense Brad Fister, de 29 años, disfruta de la infinita dicha de ser padre por primera vez. Para lograr su deseo, Fister y su compañero, Michael Griebe, propietarios de una empresa informática, contrataron los servicios de una madre de alquiler en esta ciudad india, a miles de kilómetros de su hogar, en Kentucky (EEUU). La hija de la pareja, Ashton, concebida en un laboratorio con el esperma de Fister y el óvulo de una donante anónima, nació a mediados de febrero.

India es desde hace bastante tiempo uno de los principales países donde las grandes empresas contratan servicios que se pueden externalizar, como la atención telefónica al cliente, el apoyo tecnológico online y tareas relacionadas con la alta tecnología. Ahora los estadounidenses -y cada vez más las parejas de homosexuales- están siguiendo los pasos de las grandes corporaciones y comienzan también a "externalizar" algunos servicios reproductivos.

La práctica de contratar a una mujer en la India, o en algún otro lugar remoto, para que se le implante un embrión y gaste un bebé es cada vez más pujante. Clínicas de fertilidad especializadas en este país continental ofrecen estos servicios mediante mujeres de clase humilde, a las que pagan para que gesten el hijo de familias occidentales.

Pero en los últimos tiempos se ha añadido una nueva dimensión a este tipo de práctica, ya que cada vez llegan a las clínicas de Hyderabad, Mumbai, Nueva Delhi y Bangalore más parejas de homosexuales de Estados Unidos y de otros países que quieren tener un hijo.

"India es una buena opción para los gays, porque este país es amable con los pacientes, no hay problemas legales y prácticamente no hay lista de espera", explica el doctor Samit Sekhar, director del programa de madres de alquiler de la clínica Kiran, en Hyderabad. Además del bebé de Fister, la clínica de Sekhar ya ha traído al mundo a otros cinco hijos de parejas homosexuales. La factura por estos servicios es de unos 20.000 dólares por nacimiento, e incluye los gastos médicos y el pago de la madre de alquiler.

Los bajos costes de la India suponen sin duda un gran atractivo, asegura el doctor Gautam Allahbadia, que dirige la popular clínica Rotunda, en el suburbio Bandra, de Mumbai. "Incluso en una ciudad cara como Mumbai el precio es una décima parte de lo que costaría en Estados Unidos", dice.

Richard y Paul son una pareja gay de Nueva Jersey que trabaja en el sector de las finanzas. Dicen que escogieron India por una cuestión de precio. "Nos sentimos como si nos hubiese tocado la lotería, porque tenemos dos gemelos sanos y preciosos por una mínima parte de lo que nos habría costado en Estados Unidos", explica Richard.

El número de bebés que nacen de madres de alquiler se está duplicando cada par de años, según un cálculo oficioso de las clínicas. En la India, donde se habla inglés y donde profesionales y clínicas cualificados pueden ofrecer cuidados de primera clase a precios asequibles, este es un sector en pleno auge. En la India este tipo de práctica es legal, aunque no está regulado.

Las clínicas de fertilidad firman contratos vinculantes con las madres de alquiler, que ceden todos sus derechos sobre los bebés en cuanto nacen. A su vez, los padres que contratan los servicios de estas mujeres estampan automáticamente sus nombres y apellidos en los certificados de nacimiento de las criaturas.

Este aumento de las parejas del mismo sexo que acuden a la India para satisfacer su deseo de tener un hijo no deja de levantar ciertos resquemores en un país conservador, donde hasta hace tan sólo un año las prácticas homosexuales consentidas entre adultos estaban tipificadas como delito. Las clínicas y las agencias mediadoras no publicitan abiertamente los servicios que ofrecen a las parejas homosexuales. Aún así, un flujo constante de clientes llega al país a través del boca a boca o a través de anuncios en redes muy especializadas.

Allahbadia ha traído al mundo en Rotunda a unos 50 bebés de parejas gay, la mayor parte de Estados Unidos, y en estos momentos hay otros cuantos embarazos en curso. Cada una de las mujeres que aceptan ser un "vientre de alquiler" reciben entre 3.650 y 7.300 euros (de 5.000 a 10.000 dólares). Para unas mujeres que viven sin apenas recursos, ese dinero puede ser el que les permita educar a sus propios hijos, o a darles un techo seguro.

En un país que se está liberalizando con rapidez, algunos indios ven este tipo de negocio como otra consecuencia de los vericuetos de la oferta y demanda global. "Un bebé es un bebé", dice la doctora Aloma Lobo, antigua responsable de la agencia gubernamental de adopciones india. Pero también se plantean cuestiones éticas sobre el hecho de que occidentales más ricos estén pagando a mujeres pobres y analfabetas a cambio de -al fin y al cabo- utilizar sus cuerpos. Los riesgos médicos a los que se exponen estas mujeres, y el daño emocional que supone dar al hijo que han llevado durante nueve meses, es considerado por los detractores del sistema como una explotación.

"La realidad es que en la India hay muchas mujeres que tienen problemas económicos, y que están prestando sus cuerpos a cambio de dinero", reconoce C.P. Puri, ex director del Instituto Nacional para la Investigación en Salud Reproductiva de Mumbai.

Mientras tanto, las clínicas y los hospitales que ofrecen este tipo de servicios se enfrentan a un dilema moral diferente. Sekhar, en Hyderabad, se niega a atender a occidentales que quieren contratar una madre de alquiler por cuestiones de estilo de vida. "Si quieren usar este sistema porque tienen miedo a las estrías en la piel o a tener los pechos caídos, entonces no los aceptamos", afirma.

Fuente: 17/03/2010 | Saritha Rai | GlobalPost? lainformacion.com

<http://www.abcdelbebe.com/node/153940>

<http://www.ellibrepensador.com/2010/02/27/colegas-pide-celeridad-para-una-ley-que-regule-la-maternidad-subrogada-en-espana/>

<http://www.elmundo.es/suplementos/cronica/2008/641/1201388406.html>

<http://www.publico.es/espana/134107/mujeres-aborto/sanidad>

<http://www.lavanguardia.es/ciudadanos/noticias/20090506/53696980375/crece-el-numero-de-parejas-britanicas-que-recurren-a-madres-de-alquiler-indias-para-tener-hijos-esta.html>

"Busco madre de alquiler... en el extranjero"

Los ginecólogos abogan por autorizar en España la gestación por subrogación para algunos casos - Fue excluida por la Ley de Reproducción Asistida - Decenas de familias acuden a otros países

"Busco un vientre de alquiler en España". "Estoy muy interesada en alquilar mi útero a pareja seria, no importa si son homosexuales o heterosexuales". "Deseo alquilar un vientre y tener familia porque no puedo tener hijos". "Soy de Barcelona y ofrezco mi vientre de alquiler, sólo pido 40.000 euros". No hay más que introducir en cualquier

buscador de Internet las palabras "madre de alquiler" para que decenas de mensajes como éstos se agolpen en la pantalla del ordenador.

María, gallega de 27 años, ofreció su útero en Internet por 16.000 euros
"¿Por qué se puede donar un corazón u óvulos y se vetan los úteros de alquiler?"

Algunos ginecólogos abogan por permitir esta práctica sólo entre familiares

"Los riesgos son mayores que los beneficios", sostiene un jurista Sanidad "no tiene en su agenda" abordar este tipo de maternidad
La opción más común entre las parejas es acudir a California

María, una gallega de 27 años, que oculta bajo este nombre su identidad es una de estas mujeres que ofreció su útero en la web. "Fue hace meses, estaba desesperada económicamente", explica a través del teléfono. "Me llamaron unas 20 personas, pero yo no estaba dispuesta a hacerlo con cualquiera", apunta. De todos ellos, sólo sintonizó con una pareja gay -"la única que me dio confianza"- con la que llegó hasta a acordar un precio: 16.000 euros. Poco antes de empezar "los chicos se separaron y todo acabó". Ahora María no está tan apurada y no volvería a intentarlo: "Yo ya no, pero conozco a gente que lo ha hecho".

En España, la gestación por subrogación -más conocido como madres de alquiler- está prohibida. La ley no contempla la posibilidad de que una mujer preste su útero a una pareja con problemas de fertilidad. O que lo ceda durante los nueve meses que dura la gestación a una pareja homosexual que desee tener un hijo. De ahí que decenas de familias hayan convertido la Red en el espacio virtual donde, bajo el amparo del relativo anonimato que ofrece una dirección electrónica, cruzar sus peticiones con las ofertas de mujeres, españolas o extranjeras, que se prestan a someterse a un proceso de fecundación *in vitro* para concebir un bebé a cambio de dinero.

Esta opción, sin embargo, es minoritaria. Lo más habitual es desplazarse a países donde la maternidad subrogada cuenta con amparo legal. Esta condición se da en lugares como Canadá, Israel, India, Rusia, Nueva Zelanda o Sudáfrica. Pero donde es mayor la seguridad jurídica y hay más diversidad de agencias es en el Estado de California. Se ha convertido en el principal destino de este particular turismo reproductivo.

Gabriel Garzo es el director médico de Reproductive Partners Medical Group, un centro de reproducción asistida situada en la elitista localidad de La Jolla (cerca de San Diego, California). Este ginecólogo, que trabaja con Building Families Inc., una de las principales agencias de maternidad por subrogación, comenta que no hay mes que no atiendan a dos o tres parejas españolas. Algo similar sucede con la agencia B-Coming. Hasta el punto que esta firma ha llegado a desplazar a España representantes para explicar sobre el terreno a las familias interesadas cuál es el procedimiento que deben seguir para tener un hijo mediante madres de alquiler e informar de sus servicios.

Hay agencias para todos los gustos. Algunas no aceptan a parejas del mismo sexo, personas divorciadas o solteras (Building Families, por ejemplo, exige que sus clientes estén casados y sean heterosexuales). Además, existe una gran variedad de precios: desde los 20.000 hasta los 100.000 euros. En esta oferta tan extensa hay quien ha visto una oportunidad para hacer negocio. Es el caso del despacho Legal Iberoamericana de Alicante que, como indica uno de sus socios, el abogado Miguel Ángel Boix, cobra 500 euros por filtrar entre el "enjambre de agencias" que hay en Estados Unidos, la que mejor se adapta a cada cliente. Y, según sus palabras, no le va mal. "Cada día, recibimos entre dos y tres llamadas de personas interesándose por esta posibilidad", apunta.

Ante esta realidad de parejas que buscan vientres de alquiler en España o en el extranjero, cada vez son más las voces que se muestran favorables a que el ordenamiento jurídico autorice la gestación por subrogación en España, sobre todo para determinados casos. Una de los últimos pronunciamientos públicos lo hicieron los ginecólogos reunidos el pasado julio en el congreso anual de la Sociedad Europea de Reproducción Humana y Embriología, que agrupó en Barcelona a los mayores especialistas en fertilidad.

La misma opinión sostiene Antonio Pellicer, codirector del Instituto Valenciano de Infertilidad: "No entiendo por qué es legal trasplantar un corazón o donar ovocitos y, sin embargo, una mujer con problemas para concebir no puede recurrir a una madre de alquiler". Pellicer es partidario de la autorización de esta fórmula "para determinadas indicaciones clínicas".

Este catedrático de Ginecología de la Universidad de Valencia se refiere a mujeres con problemas de infertilidad, como pueden ser pacientes que han perdido el útero tras un cáncer. O personas con patologías de base a quienes un embarazo y un parto representan un sobre esfuerzo físico tal que puede poner en riesgo su salud o lesionar irreversiblemente determinados órganos (mujeres con diabetes, afectadas de retinopatías, neuropatías o cardiopatías). "Ahora mismo tengo el caso de una chica muy joven con miomas a la que tengo que extirpar el útero. Sería un ejemplo perfecto de una indicación clara para acudir a una madre de alquiler cuando quiera tener hijos". En estos casos, la paciente tiene los ovarios intactos, por lo que el hijo sería concebido por fecundación *in Vitro* con sus óvulos y el esperma de su propia pareja. Así, el bebé sería 100% biológicamente suyo. Si alguno de ellos tuviera algún problema de fertilidad, siempre se podría acudir a un banco de semen u óvulos.

Con Pellicer coincide Buenaventura Coroleu, presidente de la Sociedad Española de Fertilidad y jefe del servicio de medicina de la reproducción de otro de los grandes centros de referencia en este campo, el USP Instituto Universitario Dexeus de Barcelona. Tanto en la conveniencia de autorizar este procedimiento como en que se introduzca de forma muy progresiva y controlada, al menos, en una primera fase. Los requisitos no se limitarían sólo a exigir que se cumplieran determinadas salvedades médicas. Pellicer plantea otras condiciones como que la llamada madre solidaria tenga una relación de parentesco con la madre subrogada (su hermana, por ejemplo), así como que no exista dinero de por medio. "La idea es evitar que se mercantilice", explica el ginecólogo valenciano. Pero no sólo eso. También así se supone que se evitarían la mayor parte de los problemas legales que se derivan de este procedimiento, como pueden ser las reclamaciones de las madres de alquiler que cambian de opinión tras el embarazo y se niegan a desprenderse del bebé al que han dado a luz.

Sin embargo, hay quien no lo tiene tan claro. "En términos generales, no sería conveniente autorizarlo", comenta Carlos Romeo, director de la cátedra de Derecho y Genoma Humano de la Universidad del País Vasco y Deusto.

Romeo considera prácticamente imposible diseñar un armazón legal capaz de prevenir o, en su caso, resolver eficazmente las incidencias que pueden derivarse de esta práctica. Sostiene que hay que poder adelantarse a posibles reclamaciones de las madres subrogadas, eventuales renunciadas de hijos encargados y demás circunstancias que se puedan producir, lo que representa todo un reto "porque cualquier fleco que se deje abierto puede dar origen a problemas gravísimos en los tribunales". Y duda que esto sea posible. Así, a su juicio, "si se ponderan los riesgos y los beneficios, que son limitados

porque esta opción es minoritaria, es mejor no abordar la cuestión". Sólo deja la puerta entreabierta si se trata de familiares "y con un parentesco muy próximo".

La opinión de Romeo fue la que se impuso en los debates previos a la aprobación de la Ley de Reproducción Humana Asistida en 2006. Sanidad, a cuyo frente se encontraba la ministra socialista Elena Salgado, optó por dejar las cosas como estaban y frenar los úteros de alquiler. A pesar de que esta cuestión levanta un enconado rechazo entre los sectores más conservadores y la Iglesia católica, no fueron los dilemas éticos los que más pesaron en la decisión.

"Ni los políticos del ministerio ni el equipo jurídico quisieron regular los posibles conflictos legales que podrían surgir entre la madre subrogante y los padres", recuerda Montserrat Boada, coordinadora del programa de fecundación *in vitro* de la Dexeus. Boada era por entonces miembro de la Comisión Nacional de Reproducción Asistida, organismo asesor del ministerio, de la que también formaba parte Carlos Romeo. "No quisieron meterse en este berenjenal", comenta gráficamente. "Los problemas legales no pueden ser una excusa razonable", sostiene otra consejera que formó parte de estas deliberaciones, "en su sueldo está resolver estos problemas, por complicados que sean".

Un ejemplo de los retos legales a los que se refiere Romeo sucedió en la India este verano. Una pareja de japoneses se desplazó a este país para alquilar los servicios de una mujer. Pero durante el embarazo se divorciaron y se desentendieron de la pequeña Manji, que nació el 25 de julio en el Estado de Gujarat, tras desembolsar el pago acordado. Lo mismo hizo la mujer que dio a luz a la niña, que la abandonó. Al final, tras un complejo proceso judicial en el que intervino el Tribunal Supremo del país, la niña quedó bajo custodia de su abuela paterna japonesa, que acudió a recogerla.

Pese a los desafíos que plantea la maternidad subrogada, cada vez son más los países que deciden abordar esta cuestión. Francia ha sido de los últimos en sumarse a esta lista. Lo hizo en junio, cuando un grupo de trabajo del Senado propuso la aprobación de las madres de alquiler y evitar que unas 400 parejas francesas, según sus cálculos, se desplacen al extranjero en busca de un hijo. En principio, esta ley excluiría a los homosexuales e impide toda remuneración económica, excepto la derivada de los costes médicos. Además, los padres y la madre de alquiler necesitan el visto bueno de la agencia francesa de Biomedicina, así como de un magistrado.

No parece que España vaya a seguir por la senda francesa. El Ministerio de Sanidad "no tiene en su agenda" abordar esta cuestión, según fuentes del departamento que dirige Bernat Soria. Al menos "de momento", añaden.

(Fuente: Diario "El País" – Reportajes - JAIME PRATS 09/11/2008)

Seminario IV: Efectos en España de adopciones constituidas ante autoridades extranjeras (Lección 9)

© Seminario realizado por:

Alicia Fadón Fernández
Juan Melero Calzada
Elke Pérez García
Eugenia del Riego Anta
Manuel Román Mezquita
Patricio José Pedro Sabag Couchot
Mercedes Sánchez García
Verónica Santos Herrero
M^a Inmaculada Tabares Sánchez
Raquel Valero Díaz
Susana Varas Zazo

I. Ideas fundamentales plasmadas en el preámbulo de la Ley 54/2007

Normativa más clara

Hasta la entrada en vigor de la Ley de Adopción internacional (en adelante, LAI), la normativa española sobre adopción internacional estaba muy dispersa y poco sistematizada.

Esta nueva Ley reúne todos los aspectos de Derecho Internacional Privado relativos al tema en un sólo “paquete” normativo; es decir, se dispondrá de un cuerpo legal único sobre la competencia, la ley aplicable y los efectos de las resoluciones extranjeras en materia de adopción.

Así, esta Ley ofrece una regulación completa de la competencia de las autoridades españolas para la constitución, modificación y declaración de nulidad de la adopción internacional. Además, establece un régimen exhaustivo de los efectos jurídicos que pueden surtir en España las adopciones constituidas ante autoridades extranjeras competentes.

Como novedad, se incorpora, por vez primera en el Derecho positivo español, una regulación relativa a los efectos en España de la “adopción simple o menos plena” legalmente constituida por una autoridad extranjera.

El articulado de la Ley concluye con una serie de medidas específicas que regulan los casos internacionales de acogimiento familiar y otras fórmulas de protección de menores. De este modo, quedan regulados los posibles efectos en España de la “Kafala”, institución propia del Derecho de ciertos países cuyas legislaciones están inspiradas en principios islámicos.

Novedades de la LAI

Entre las disposiciones más novedosas de la nueva Ley de Adopción Internacional, destacan:

Circunstancias del país de origen del menor que impiden la adopción: No podrá iniciarse la tramitación de una adopción de menores de otro país cuando éste se encuentre en conflicto bélico o inmerso en un desastre natural; cuando no exista una autoridad específica que controle y garantice la adopción o cuando en el país no se den las garantías adecuadas para la adopción.

Declaración de Idoneidad de los adoptantes: Recoge, además de la valoración sobre la situación personal y familiar de los adoptantes, su aptitud para atender al niño en función de sus singulares circunstancias particulares, así como cualquier otro elemento útil relacionado con la singularidad de la adopción internacional. Esta declaración de idoneidad tendrá una vigencia máxima de tres años y está sujeta a las condiciones y limitaciones de la legislación autonómica aplicable en cada supuesto.

Entidades Públicas y Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional: Las Entidades Públicas realizan la recepción y tramitación de solicitudes de adopción; expiden los certificados de idoneidad y los compromisos de seguimiento de la adopción cuando sean precisos. Asimismo acreditan, controlan e inspeccionan todas las directrices de actuación. Además, conceden una actividad de mediación a las Entidades Colaboradoras acreditadas por ellas, en un número máximo para cada país concreto, según las solicitudes de adopción internacional de cada país.

Derecho a conocer los orígenes biológicos: Las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad, tendrán derecho de acceso a los datos que sobre sus orígenes obren en poder de las Entidades Públicas españolas.

Efectos en España de la adopción constituida por autoridades extranjeras: Con esta Ley, se garantiza que las adopciones extranjeras solo surtirán efectos legales en España si han sido válidamente constituidas y si respetan "standards" mínimos de Justicia material y conflictual. Igualmente, se garantiza que la adopción internacional constituida en España surtirá efectos legales no sólo en nuestro país, sino también en el país de procedencia u origen del menor adoptado.

Conversión de las adopciones simples o menos plenas en adopciones plenas: Por "adopción simple o menos plena" se entiende aquella en la que no hay ruptura de los vínculos personales, familiares y jurídicos entre el niño y los padres o familia naturales o biológicos. La "kafala" es un acogimiento en una familia de un menor, con el fin de educarlo y de ocuparse de él material y moralmente, sin que ello produzca efectos sobre su filiación. La nueva Ley presenta un avance sustancial en este ámbito, al establecer requisitos específicos para la conversión de adopciones simples extranjeras en "adopciones plenas". Estas exigencias se refieren al consentimiento de las personas e instituciones responsables de la adopción extranjera en la ruptura definitiva de los vínculos jurídicos entre el niño y su familia de origen.

Por último, todas las reformas legales operadas en este ámbito entre 1987 y 2005 pasaron a formar parte de este cuerpo legal más coherente, lo que elimina las deficiencias jurídicas que han dado lugar a desafortunados fallos judiciales.

II. ¿Qué adopciones constituidas en el extranjero deberán inscribirse en el Registro Civil español?

Sin respuesta por parte de los integrantes del seminario.

Respuesta resumida:

Según el art. 15 LRC deben acceder al Registro Civil español los actos que afecten al estado civil de los españoles. Por tanto, deberán inscribirse todas las adopciones en el que alguno de los adoptantes o el adoptando sea español.

Los requisitos "extras" o añadidos que, en estos casos, debe reunir la adopción extranjera para que pueda acceder al Registro Civil español se regulan en el art. 26.1 y 2 LAI.

III. Regímenes normativos para lograr que adopciones constituidas por autoridades extranjeras desplieguen sus efectos en España

Sin respuesta por parte de los integrantes del seminario.

Respuesta resumida:

A nivel convencional, el CH 1993 de carácter multilateral, y de carácter bilateral los acuerdos con Bolivia, Filipinas y el Convenio con Vietnam. Todos de carácter específico sobre la adopción.

A nivel interno, arts. 25 y ss LAI.

IV. Análisis del Convenio de La Haya de 1993 en materia de reconocimiento de adopciones

El CLH de 1993 persigue tres objetivos: garantizar que las adopciones internacionales se realicen en atención al interés superior del niño y el respeto a los derechos fundamentales que les reconoce el Derecho Internacional ; fijar un sistema de colaboración entre las autoridades de los Estados parte para evitar el tráfico, la venta y la sustracción de los menores; potenciar el reconocimiento entre los Estados parte de las adopciones realizadas conforme al Convenio.

Para alcanzar sus objetivos, el Convenio de la Haya del 93 apunta en varias direcciones: crea una fase administrativa previa a la constitución de la adopción internacional entre los Estados parte, para garantizar el control por parte de las autoridades entre los estado parte, para garantizar el control por parte de las autoridades públicas; persigue alcanzar un efecto útil, y ser ratificado por el mayor número de países posible, tanto países de origen como de recepción de los menores; se declara aplicable a toda adopción, ya sea simple, plena, revocable o irrevocable; para evitar la constitución de adopciones claudicantes, recoge una cláusula de reconocimiento de pleno derecho de las adopciones constituidas en otros Estados parte.

ÁMBITO DE APLICACIÓN DE CH 1993:

ÁMBITO ESPACIAL: es un convenio inter partes.

ÁMBITO MATERIAL: varios aspectos: se aplica exclusivamente en relación a adopciones que establecen un vínculo de filiación; se aplica siempre y cuando se produzca un desplazamiento del menor entre dos estados parte con ocasión de una adopción; no regula ni CJI ni LA a la adopción internacional, sino que regula, una fase administrativa previa a la constitución de la adopción por la autoridad estatal competente y la validez extraterritorial de las adopciones constituidas con arreglo al CLH 1993 y algunos de los efectos jurídicos que ello comporta.

ÁMBITO PERSONAL: se aplica SOLO cuando adoptante o adoptantes y el menor adoptado tengan su residencia habitual en alguno de los Estados parte del CLH 93, pero siempre que se trate de Estados distintos; solo se aplica en relación a la adopción de niños, entendiéndose por tal el sujeto que no ha alcanzado la edad de 18 años en el momento de haber otorgado las aceptaciones a que se refiere el 17.c) CLH 1993. La capacidad del adoptante y del adoptando se regula en el art. 9.1 Cc.

ÁMBITO TEMPORAL: es irretroactivo, artículo 41 CLH 1993. solo se aplica si la solicitud de adopción por parte del adoptante es recibida después de la entrada en vigor del CLH 1993 en el Estado de origen y en el Estado de recepción.

Procedimiento: se sigue el modelo de las Autoridades Centrales, dado que la competencia en materia de menores corresponde a las CCAA.

La AC tiene las siguientes funciones:

- cooperación
- vigilancia de los respetos fundamentales del menor. Son funciones que no se pueden delegar.

El procedimiento se inicia ante el estado adoptante. Ante la AC española correspondiente al lugar de residencia de los adoptantes. Cuando sean españoles los adoptantes, debe elaborarse un informe sobre la adecuación de las personas para ser padres adoptivos, lo que se conoce como **certificado de idoneidad**. En el informe se da cuenta de la identidad, capacidad jurídica, situación personal y familiar de los adoptantes y, se debe acreditar que el menor será autorizado a entrar y a residir en España. Finalizado el informe, se transmite por el estado de recepción a la AC del estado de origen. Las parejas no eligen que niño adoptar pero sí pueden elegir el estado donde adoptar. Transmitido el informe, la AC del estado de origen elaborará un informe en el que se habrá de acreditar la "adoptabilidad" del niño. Elegirán qué niño puede adaptarse a lo que la pareja puede dar. Igual que para que el adoptante hay certificado de idoneidad, para el niño hay **certificado de adoptabilidad**.

También, se tiene que acreditar en ese informe la identidad del menor, las autoridades y personas que deben consentir en la adopción, que no ha mediado pago ni beneficio de ningún tipo, y si el niño tiene edad suficiente para entender, debe haber sido asesorado convenientemente y dar su consentimiento.

Existe una preasignación que se comunica por las autoridades de origen a la de recepción, y si aceptan, lo siguiente es acreditar por las autoridades de origen que los adoptantes han dado su consentimiento para adoptar al niño, y por parte de las autoridades de recepción, debe haberse dado también su consentimiento a que el proceso de adopción continúe.

Una vez que eso ha sucedido, puede optarse por dos caminos: que el menor sea aceptado ante las autoridades del estado de origen del adoptado, o bien

que las autoridades de ese estado autoricen al menor para ser adoptado en el país de recepción.

Después hay un periodo de prueba, art.20 CLH. y el art. 21 regula qué hacer si se produce una adopción fallida.

El Convenio de La Haya de 29 mayo 1993 se centra en la fase posterior a la constitución de la adopción. El sistema de cooperación previsto se preocupa por impedir la constitución de adopciones claudicantes. En este sentido, el Convenio de La Haya de 1993 pretende que pierda importancia el hecho de que la adopción se formalice en el Estado de origen o en el Estado de recepción, y ello posibilita la instauración de un sistema de reconocimiento privilegiado de las adopciones así constituidas (art. 1.c CH 1993).

Este objetivo supone dotar de una importante utilidad práctica al Convenio de La Haya de 1993, puesto que toda adopción internacional llevada a cabo según las pautas establecidas en el mismo, será reconocida de pleno derecho en los demás Estados parte cuando la adopción haya sido certificada en conformidad con el Convenio (art. 23.1 CH de 1993), sin necesidad de ulteriores procedimientos destinados a obtener la eficacia extraterritorial de la adopción internacional. Sólo puede denegarse el reconocimiento de la adopción internacional certificada según Convenio en los supuestos previstos en los arts. 24 y 25 CH 1993.

Por otra parte, establece reglas especiales para determinar algunos de los efectos derivados del nuevo vínculo de filiación creado en virtud de la adopción. Esta previsión beneficia al menor, pues el Convenio de La Haya de 1993 garantiza la continuidad en el espacio, en todos los demás Estados contratantes, de parte del estatuto jurídico de adoptado, con un contenido similar en todos los Estados contratantes (art. 26 CH 1993). Ambas cuestiones, validez extraterritorial y efectos de la adopción, son cuestiones propias del Derecho Internacional Privado. La regulación convencional desplaza, en estos aspectos, a las distintas regulaciones de los Estados contratantes.

Fuente: CARÁCTER, OBJETIVOS Y ÁMBITO DE LA APLICACIÓN DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 29 MAYO 1993 RELATIVO A LA PROTECCIÓN DEL NIÑO Y A LA COOPERACIÓN EN MATERIA DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL
BEATRIZ L. CARRILLO CARRILLO
Doctoranda de la Universidad de Murcia

Desarrollo insuficiente

V. Análisis de la Ley 54/2007 (arts. 25 y ss):

a) Control de la competencia del juez de origen

Ciertos autores han lanzado críticas contra el sistema de reconocimiento recogido en el art. 26.1.1º LAI, y en cuyo contexto se controla la competencia judicial internacional de la autoridad del Estado que constituyó la adopción.

Una primera crítica indica que este modo de controlar la competencia de la autoridad de origen es un *"elemento extraño al sistema de control de la*

competencia de la autoridad de origen y no garantiza que la adopción sea válida en el país de origen, ni que esté limpia de fraude o irregularidades". En esta línea, se añade que esta exigencia podría llevar a negar efectos jurídicos en España a las adopciones en las que la autoridad de origen no ha respetado sus foros de competencia judicial internacional a pesar de que tal adopción puede no ser nula o inválida en el Estado de origen.

Una segunda crítica ha subrayado que el control a través del sistema de los "contactos razonables" introduce "*una cierta inseguridad jurídica*", ya que el legislador nada dice sobre el significado de la expresión "*conexión razonable*". Impreciso: sí que dice: art. 26.1 in fine LAI: "*se considera que la autoridad extranjera que constituyó la adopción es internacionalmente competente si se respetaron en la constitución de la adopción, los foros recogidos en su propio derecho. No obstante lo establecido en la regla anterior, en el caso en que la adopción no presente conexiones razonables de origen, de antecedentes familiares o de otros órdenes similares con el país cuya autoridad haya constituido la adopción, se estimará que la autoridad extranjera carecía de competencia internacional*".

En cuanto a la primera crítica, no resulta difícil su refutación, pues los argumentos que presuntamente la sostienen, no constituyen argumentos, sino un entramado de tautologías coloreadas con un uso extendido de la muy conocida "falacia de la casuística" (= se rechaza una afirmación general mediante la invocación de excepciones irrelevantes o poco significativas).

En primer lugar, cabe señalar que no demuestra nada afirmar que un nuevo modo de controlar la competencia judicial internacional de la autoridad extranjera produce consecuencias negativas, simplemente, porque es "*extraño al sistema de control de la competencia de la autoridad de origen*".

Lo que realmente quieren indicar estos autores es que este modo de controlar la competencia judicial internacional de la autoridad extranjera rompe con el sistema tradicional (= el método bilateralista), modo que, por cierto, ya fue abandonado por el TS en aplicación del art. 954 LEC 1881 (= el TS introdujo, en 1998, un nuevo método, el método de los "contactos razonables", que deja atrás la utilización de las normas españolas de competencia judicial internacional para controlar la "razonabilidad" del contacto de la autoridad extranjera con el caso, pese a los clamorosos errores de ciertos autores al respecto). Este sistema de control recogido en el art. 26.1.1º LAI representa un "tercer nivel" en la evolución del control de la competencia judicial internacional de la autoridad de origen. Pero en resumidas cuentas, la crítica se fundamenta en que este método es "nuevo" y porque, por tanto, no se ajusta a la tradición jurídica española.

Naturalmente, esta afirmación no es un "argumento" (= entendido como "razonamiento empleado para convencer a alguien o para demostrar algo"), ya que no prueba ni justifica nada y nada dice sobre la bondad o perversidad del nuevo sistema de control ni del tradicional sistema de control de la competencia judicial internacional de la autoridad extranjera. Se trata de una afirmación gratuita y anticientífica.

En segundo lugar, lo afirmado por ciertos críticos de la Ley 54/2007 constituye una aseveración apodíctica que reduce y falsea la realidad del alcance, de las ventajas y de los presupuestos metodológicos del sistema de control de la competencia judicial internacional de la autoridad de origen en el art. 26.1.1º LAI. Para poder demostrar el carácter vacío de la crítica, resulta conveniente recordar que todo el sistema de reconocimiento de adopciones

“extranjeras” recogido en el art. 26 LAI está construido sobre un enfoque metodológico muy definido: el método del *Annerkennungsprinzip*. Este enfoque indica que una adopción situación legalmente constituida en un Estado debe ser “reconocida” en España mediante un “control en origen” de dicha adopción. La adopción debe haberse ajustado a las exigencias legales requeridas en el Estado cuya autoridad constituyó tal adopción (= en el fondo se trata de un “conflicto de sistemas” resuelto *ab origine*). Eso debería ser suficiente para que la adopción sea considerada “válida” y “existente” en España (= efecto constitutivo en España de la adopción constituida por autoridad extranjera). Este nuevo enfoque metodológico facilita la vida internacional de las personas y su circulación transnacional (D. BUREAU / H. MUIR WATT) y sus bases metodológicas se encuentran recogidas, con precisión, en la misma Exposición de Motivos LAI. Y en relación con las adopciones internacionales, este enfoque potencia el interés superior del menor adoptando. El anclaje teórico del nuevo método es fuerte. El art. 8 CEDH constituye una base jurídica sólida para afirmar que los Estados no deben utilizar sus normas de DIPr. (= tanto sus normas de competencia judicial internacional como sus normas de conflicto) para romper la “continuidad transfronteriza de las situaciones individuales”.

En consecuencia, las normas de competencia judicial internacional españolas y las normas de conflicto españolas no deben jugar ningún papel en el reconocimiento en España de adopciones constituidas por la competente autoridad extranjera. La bilateralización de los foros españoles de competencia judicial internacional para comprobar si la autoridad extranjera que constituye la adopción era “competente” y la utilización de un control de la Ley aplicada por la autoridad extranjera a realizar con arreglo a las normas de conflicto españolas, es un error metodológico grave, producto de una visión hoy superada de la función y los métodos del DIPr. (= un imperialismo jurídico escondido en el procedimiento de reconocimiento: la Justicia extranjera debe haber intervenido “como lo hubiera hecho la Justicia española”, lo que es absurdo). El control de la competencia y de la Ley aplicada con arreglo a parámetros que no son los del Estado de origen, no garantiza la “legalidad originaria” de la adopción y por ello, no permite asegurar que la adopción no encubre un supuesto de tráfico de menores (= una adopción constituida en Congo sin respetar las reglas jurídicas de dicho país muy probablemente esconde prácticas ilegales que vulneran el interés del menor adoptando).

En efecto, una adopción constituida por una autoridad extranjera debe “circular” y superar el “cruce de frontera” si ha sido, efectivamente, constituida legalmente en el “país de origen”. El control en origen (= “*la position de l'ordre juridique source*”) debe ser verificado por segunda vez en el Estado de destino (= un “doble control” que acredita que la adopción fue legalmente constituida en un país extranjero). Existe un “primer control” porque la autoridad extranjera debió realizar, en su momento, un control de la legalidad, con arreglo a sus normas de competencia judicial internacional y con arreglo a sus normas de conflicto, de la adopción que constituyó. Posteriormente, la autoridad española ante la que se solicita el reconocimiento de la adopción vuelve a controlar la legalidad de dicha adopción (= “segundo control”). Existe, por lo tanto, un “doble control” realizado, en todo caso, con arreglo al mismo *standard* legal (= el DIPr. del Estado de origen de la adopción). El nombre “doble control” está tomado de la jurisprudencia del TJCE relativa al modo de controlar la regularidad de la notificación como requisito para acreditar el respeto de los derechos de defensa y poder, así, otorgar el *exequatur* en relación a la resolución extranjera en otro Estado miembro, todo ello en aplicación del Convenio de Bruselas de 27 septiembre 1968 (= la regularidad de la notificación se precisaba con arreglo al Derecho del Estado de origen de la resolución: STJCE 16 junio 1981, *Kloms*, STJCE 15 julio 1982, *Plastic*, STJCE 3

julio 1990, *Lancray*, STJCE 12 noviembre 1992, *Minalmet*). El esquema metodológico es el mismo: dos controles de la regularidad de la adopción (= uno llevado a cabo por la autoridad del Estado de origen y otro realizado por la autoridad del Estado de recepción de la adopción) y ambos controles se realizan con referencia al mismo sistema legal (= las normas de competencia judicial internacional y las normas de conflicto del Derecho del Estado de origen de la adopción). Una lectura de esta jurisprudencia resulta muy ilustrativa al respecto desde un punto de vista metodológico.

Cada país dispone de sus reglas jurídicas en materia de adopción internacional. Tales reglas constituyen la "perspectiva nacional" de lucha contra el tráfico de menores (= el modo en que cada Estado regula la adopción para garantizar que no encubre un tráfico de menores). Pues bien, para asegurarse de que la constitución de la adopción en un país extranjero fue correcta y no escondió ningún tráfico de menores, resulta necesario articular un "segundo control de legalidad" en España que acredite que las normas de DIPr. del Estado de constitución de la adopción fueron correctamente aplicadas a la misma. Además, debe añadirse un "control adicional" de respeto a ciertos "standards de Justicia" (= ya que, a diferencia de la situación en Europa, caracterizada por la presencia de una cierta "comunidad legal", el sistema legal extranjero puede diferir muy notablemente del sistema legal español). Este enfoque se enmarca en el escenario metodológico propio de la Ley 54/2007: el legislador español es consciente de que no está solo en el planeta Tierra. Existen otros legisladores estatales que regulan la adopción como tienen por conveniente y, en principio (= es decir: salvo externalidad negativa que dañe la estructura de la sociedad española y provoque la intervención del orden público internacional), tales regulaciones son tan válidas como la española. No se trata, por lo tanto de imponer una "adopción a la española" a todos los países del mundo, de modo que no se reconozcan en España las adopciones extranjeras que no hayan sido constituidas con arreglo a los foros de competencia judicial internacional "españoles" ni con arreglo a las normas de conflicto "españolas". Este sistema es absurdo, retrógrado, imperialista, reaccionario, provinciano, penaliza la circulación internacional de las adopciones y perjudica, por ello, el interés del menor, por mucho que se haya seguido en España durante numerosos años. El art. 26.1.1º LAI supera ese estadio legal decimonónico e introduce al DIPr. español en el siglo XXI desde el punto de vista del control de la competencia judicial internacional del juez de origen. Las críticas que entonan cantos de retorno en favor de un control "a la española" de la legalidad de la adopción extranjera, son críticas decimonónicas, superadas, pasadas de moda y metodológicamente pobres, cuyo carácter sesgado resulta patente. Sobre tales bases de método, es fácil deducir que el art. 26.1.1º LAI impide que surta efectos legales en España una adopción que se ha pronunciado de manera contraria a la Ley en el Estado de origen, por no haberse respetado los foros de competencia judicial internacional de dicho Estado. En consecuencia, "adopción ilegal en el Estado de origen por no haberse ajustado a tales foros de competencia judicial internacional" significa "adopción que no surge efectos legales en España". Naturalmente, el juez de origen puede cometer errores (= como los puede cometer un juez español), y naturalmente, ello no evita la presencia de fraudes u otras irregularidades en la adopción constituida en el extranjero.

Naturalmente, es posible que la adopción constituida en el extranjero sin respetar los foros de competencia judicial internacional de dicho país puede no ser nula, pero sin duda, será jurídicamente irregular (= constituida, *per definitionem*, contra las Leyes del Estado de origen en materia de competencia judicial internacional). Pero es indudable que al controlar "dos veces" y con arreglo a las mismas normas, la legalidad de los foros de competencia judicial

internacional utilizados para pronunciar la adopción, se reduce el riesgo de una adopción fraudulenta o ilegal y se potencia el ajuste a la legalidad de la adopción constituida por autoridad extranjera. Así, con ello se evita que una adopción no constituida regularmente en un país extranjero, pueda desplegar efectos legales en España (= pues podría encubrir un caso de "tráfico de menores"). En efecto, carece de sentido y vulnera el principio de "libre circulación de adopciones internacionales" admitir el reconocimiento en España de una adopción que no es válida o que es irregular en el Estado de origen (= Estado cuyas autoridades han constituido la adopción). Este control de la competencia judicial internacional según los parámetros legales del Estado de origen refuerza la legalidad de la adopción extranjera (= adopción "preparada para cruzar la frontera"), por lo que potencia la validez internacional de la adopción. Es obvio que este requisito de ajuste de la adopción extranjera a las normas de competencia judicial internacional extranjeras se justifica en el interés del menor. Las autoridades extranjeras deben ejercer sus competencias dentro de los límites marcados por su propio legislador a través de tales normas de competencia judicial internacional. También es evidente que ello exigirá una prueba, por parte de los interesados, del Derecho extranjero que regula la competencia judicial internacional. Aunque ello aumente la carga burocrática de la adopción internacional, no es un obstáculo insalvable, ya que si las ECAIs hoy día acreditan sin especiales dificultades las condiciones de fondo que se exigen a los adoptantes españoles en un país extranjero, podrán también acreditar si demasiados problemas, cuáles son los foros de competencia judicial internacional de la legislación de dichos países. Y ello, como se ha dicho, en interés del adoptando.

En cuanto a la segunda crítica, que no cunda el pánico. Aunque el legislador no haya definido qué debe entenderse por "*conexión razonable*", que no cunda el pánico. También el TS utiliza dicho sistema para controlar la competencia del juez de origen en el contexto del art. 954 LEC 1881 y la noción no se halla definida en la LEC. Es preciso conceder un espacio operativo a los jueces con el objetivo de que puedan precisar dicho concepto en relación con el caso concreto, ya que la multiplicidad de supuestos y matices que pueden surgir en la práctica de las adopciones internacionales supera cualquier intento sistematizador y cualquier intento de "colocar en una lista" los supuestos en los que se verifica una conexión razonable". El legislador emplea con extrema frecuencia dichos conceptos en las normas de DIPr. precisamente, por la riqueza fáctica de los casos reales de la vida internacional (= imposible de encerrar en normas escritas y cerradas). El concepto de "orden público internacional" es paradigmático al respecto. Ningún texto legal de DIPr. contiene una "lista de casos" en los que la aplicación de la Ley extranjera provoca infracción del orden público internacional. Y ello no tiene por qué conducir a una "inseguridad jurídica". Numerosas normas de DIPr. son deliberadamente "abiertas" en su "textura legal" para permitir ese "desarrollo judicial" (= normas que recurren a "*unbestimmte Begriffe*"). Como expresa H. MUIR-WATT, "*la mayor parte de las leyes recientes en materia de Derecho internacional privado consagran reglas de textura abierta, que dejan una parte importante a la apreciación del juez, llamado, ya a concretar o ya a corregir la conexión prevista*"¹³⁵. En la misma línea, G.S. MARIDAKIS ha indicado que "*el juez completa la obra del legislador cada vez que, sin salir del cuadro trazado, el juez crea la regla individual de DIPr. válida para el caso concreto*", idea que se encuentra ya en la *Política* de Platón. Igualmente, F. RIGAUX ha remarcado la extrema importancia de los "conceptos jurídicos indeterminados" en DIPr., que "*abren un campo prácticamente ilimitado al 'savoir-faire' de los jueces*". Legislador y jueces colaboran a través de la formulación y concreción de los conceptos jurídicos indeterminados que utilizan las normas de DIPr., con el objetivo de alcanzar el mejor resultado.

FUENTE:

Extracto del trabajo de los profesores Calvo Caravaca y Carrascosa González: Críticas y contracríticas en torno a la Ley 54/2007 de 28 de diciembre, de adopción internacional: El ataque de los clones.

Competencia de la autoridad extranjera

Según el art. 26.1 1º de la L.A.I. debe acreditarse que la adopción ha sido constituida por una autoridad extranjera competente. Dicha autoridad puede ser tanto "judicial" como "administrativa". En todo caso, no es admisible un contrato privado de adopción que se celebre en un país extranjero aunque sea válida es ese país.

Asimismo, la autoridad es considerada "internacionalmente competente" si la citada competencia le es atribuida en virtud de los foros recogidos en su propio Derecho y siempre y cuando no se trate de un "foro exorbitante". Ha de mantener una "conexión razonable" entre el supuesto y el país de constitución de la adopción. *[RDGRN de 15 de julio de 2006:supone considerar competente la autoridad siempre que adoptante o adoptando estén vinculados al Estado de la autoridad de constitución por su nacionalidad o por su residencia habitual, ya que en ausencia de dichas conexiones... debería intervenir el orden público internacional español al faltar una vinculación razonable entre la adopción y el país de la autoridad que la ha constituido (foro exorbitante)].* Con ello, se trata de salvaguardar el interés del menor.

b) Control de la ley aplicada

Finalidad de este control:

- a) Combatir las adopciones fraudulentas
- b) Evitar que la adopción sea declarada inválida en el Estado de origen, lo que podría suponer la invalidez de la misma también en España.

Modo de practicar ese control:

Según el art. 26.1.2ª LAI, *"la adopción constituida por autoridades extranjeras será reconocida en España como adopción si se cumplen los siguientes requisitos.... Que se haya constituido con arreglo a la ley o leyes estatales designadas por las normas de conflicto del país del que depende la autoridad extranjera que constituyó la adopción"*

Como se puede comprobar, el control es "conflictual" y no "material". Se verifica que la autoridad extranjera aplique sus normas de conflicto y, consecuentemente las leyes estatales a las que aquellas normas remitan. Hasta ahí llega el control.

El citado control "conflictual" debe abarcar todos los aspectos legales de la constitución de la adopción como la capacidad, fondo y forma de la adopción. Constituye una excepción a la "no revisión del fondo" el control de los consentimientos, las audiencias y los asentimientos de todos los sujetos que intervienen en la adopción internacional, por parte de la autoridad española, ex art. 26.1.2º II L.A.I.

A pesar de lo expuesto y de de los controles señalados en los apartados anteriores, la aplicación de una Ley extranjera no puede producir resultados contrarios al orden público internacional español (art. 12.3 Cc). Ejemplos: La aplicación de una Ley extranjera que:

- a) No exige el consentimiento y/o audiencia del adoptando mayor de 12 años
- b) Permite adoptar a descendientes en línea recta
- c) Haya permitido la adopción de un menor que haya sido objeto de tráfico o comercio de niños, compraventa, etc., y cuando no se han obtenido los consentimientos y asentimientos de los padres biológicos.
- d) También resulta contraria al orden público internacional español el reconocimiento de una adopción constituida con arreglo a una Ley extranjera que produce el efecto de "extraer" al menor de un contexto familiar determinado adecuado ya que atenta contra el principio del "interés superior del menor", principio que informa el orden público internacional español.

Ciertos autores han indicado que el modo en que el art. 26.1.2º LAI controla la Ley aplicada por la autoridad de origen para constituir la adopción no es adecuado porque se trata de un control que no evita que la adopción sea declarada inválida en el Estado de origen, que no garantiza que la adopción sea válida en el país de origen y que no evita el reconocimiento en España de adopciones fraudulentas.

Debe recordarse que el art. 26.1.2º LAI precisa que, para ganar el reconocimiento en España, es necesario que la adopción constituida en país extranjero, *"se haya constituido con arreglo a la ley o leyes estatales designadas por las normas de conflicto del país del que depende la autoridad extranjera que constituyó la adopción"*. A ello se añade que *"si la autoridad española comprueba que no se ha prestado alguna declaración de voluntad o no se ha manifestado el consentimiento exigido por la ley extranjera reguladora de la constitución de la adopción, dicho requisito podrá ser completado en España, ante las autoridades competentes españolas con arreglo a los criterios contenidos en esta Ley, o ante cualquier otra autoridad extranjera competente"*.

Pues bien, frente a tales afirmaciones, cabe oponer los siguientes argumentos.

Primero: el art. 26.1.2º LAI permite combatir con eficacia las adopciones fraudulentas, irregulares y resultado de prácticas de corrupción judicial y administrativa que pudieran haberse dado en la adopción constituida por la competente autoridad extranjera. En efecto, una adopción que no se ajustó a la Ley que debió aplicar la autoridad extranjera con arreglo a su sistema de normas de conflicto, por mucho que se haya dictado en dicho país extranjero, es una adopción pronunciada "fuera de la Ley", una adopción "jurídicamente irregular en origen". Por ello no debe producir efectos legales en España.

El precepto recoge la necesidad de practicar un "control conflictual con arreglo a las normas de conflicto extranjeras" (*Anerkennungsprinzip*). El art. 26.1.2º LAI exige que la autoridad española controle que la autoridad extranjera aplicó a la constitución de la adopción internacional la Ley a la que conducen sus propias normas de conflicto de Leyes. Este modo de controlar la Ley aplicada a la constitución de la adopción internacional es plenamente lógico. Carecería totalmente de sentido exigir que una autoridad extranjera hubiera aplicado una Ley que no es la Ley que debió aplicar con arreglo a sus normas de conflicto. El art. 26.1.2º LAI requiere que la autoridad española acredite que la autoridad extranjera aplicó a la "constitución de la adopción", sus normas de conflicto y en consecuencia, las Leyes estatales designadas por tales normas. El control se detiene ahí, porque una mayor profundidad del mismo desvirtuaría el procedimiento de reconocimiento de la adopción en España ya que lo acercaría peligrosamente a una "revisión total del caso" ya fallado por la autoridad

extranjera. Y no se trata de “volver a revisar” todo el proceso de adopción, ya que en tal caso, resultaría inútil todo el sistema de reconocimiento de adopciones y se obligaría a los interesados, en la práctica, a constituir una nueva adopción en España. La autoridad española debe proyectar el “control conflictual” sobre todos los aspectos legales de la “constitución de la adopción”: capacidad, fondo y forma de la adopción. Por otro lado, la “no revisión del fondo” de la resolución extranjera por la que se constituye una adopción presenta una excepción muy específica (art. 26.1.2º.II LAI): el necesario control de los consentimientos y declaraciones de voluntad exigidos por la ley extranjera reguladora de la constitución de la adopción. Resulta así necesario controlar, por la autoridad española, ex art. 26.1.2º.II LAI, los “consentimientos”, las “audiencias” y los “asentimientos” exigidos por la Ley reguladora de la constitución de la adopción. Esta interpretación refuerza el “interés del menor”. Se trata, en consecuencia, de “reforzar los controles” de la adopción extranjera pero sin caer en la perversión de un sistema de *révision* a la francesa. Se trata de llegar hasta donde es razonable llegar en el control de ajuste a la Ley extranjera (= “control conflictual”). Exigir el control material de la corrección de la aplicación de la Ley aplicable y exigir, vigilar y controlar la corrección de la observancia de una posible “fase administrativa” previa de la adopción constituida en el extranjero, equivaldría a dinamitar todo el sistema de reconocimiento, a destruir toda confianza en la Justicia extranjera y a supondría un enorme incremento de costes para los particulares implicados (= obligados, en la práctica, a constituir la adopción “dos veces”: una en el Estado de origen y otra, en España, ya que un control muy profundo de la legalidad de la adopción extranjera, se semeja, peligrosamente, a una constitución de la adopción).

Debe recordarse que la STEDH 28 junio 2007, *Wagner*, declaró que las autoridades de Luxemburgo habían vulnerado el art. 8 CEDH 1950 **derecho al respeto a la vida familiar?** al haber negado el reconocimiento en Luxemburgo a una adopción constituida en Perú, por la razón de que las autoridades del Perú no habían aplicado a la constitución de la adopción la Ley nacional del adoptante, que es el criterio que se sigue en Luxemburgo, Ley que prohíbe adoptar a personas solteras. El TEDH indicó que existía una “familia” legal y válidamente formada con arreglo al Derecho aplicable según el DIPr. peruano, por lo que negar su existencia en Luxemburgo, suponía vulnerar el art. 8 CEDH. La negativa a reconocer la adopción peruana en Luxemburgo surgió por el simple hecho de que, para decidir si la adopción peruana surtía efectos legales en Luxemburgo, las autoridades luxemburguesas aplicaron “sus normas de conflicto” (luxemburguesas). Ello resultaba completamente ilógico y absurdo, ya que las autoridades peruanas aplican, para constituir una adopción, “sus” normas de conflicto (peruanas). Al establecer un control conflictual con arreglo a las normas de conflicto del “Estado de origen de la adopción”, el art. 26.1.2º LAI, evita que España pueda incumplir el art. 8 CEDH. El art. 26.1.2º LAI, de este modo, respeta la “legalidad” surgida en otro país (= la adopción constituida en un Estado extranjero a través de la aplicación de las normas de conflicto extranjeras). El art. 26.1.2º LAI respeta la familia adoptiva que nace con arreglo a las normas de conflicto de otros países. No se exige que las autoridades extranjeras que han constituido una adopción, hayan aplicado las normas de conflicto “españolas”, lo que carecería de todo sentido y resultaría imperialista, chauvinista y contrario a la circulación internacional de los modelos familiares. Eso fue lo que vino a decir, con claridad cristalina, el TEDH en su STEDH 28 junio 2007, *Wagner*: que los Estados partes en el CEDH 1950 deben respetar y asumir los modelos de familia constituidos legalmente y nacidos legalmente en otros países con arreglo a su sistema de normas de conflicto.

Segundo: el art. 26.1.2º LAI evita, efectivamente, que la adopción sea declarada inválida en el Estado de origen, lo que podría suponer la invalidez de la misma también en España. Este objetivo no se puede conseguir con un mero control de ajuste de la adopción extranjera al orden público internacional español. En efecto, una adopción que se constituye en un país X mediante la aplicación de un Derecho

(L1) que, según las normas de conflicto del Estado X, no es el Derecho que debe regir la adopción, corre el riesgo de ser declarada nula en el Estado X. El control del ajuste a la Ley aplicable recogido en el art. 26.12º LAI impide reconocer dicha adopción extranjera en España, lo que a su vez, evita que una ulterior declaración de nulidad de la adopción en el Estado X conduzca a la indeseable situación de contemplar que la adopción resulta nula en el Estado X, pero es válida en España.

Tercero: visto que el “control conflictual” recogido en el art. 26.1.2º LAI se limita, en efecto, a comprobar que la autoridad extranjera ha aplicado a la adopción las Leyes designadas por las normas de conflicto extranjeras del país al que pertenecen tales autoridades (= “control conflictual”), es posible que se hayan constituido adopciones nulas en el extranjero en relación con las cuales se hayan inobservado o se hayan aplicado de modo incorrecto, las normas materiales que rigen la adopción. Ejemplo: puede haberse constituido una adopción por autoridad rusa que no respetó los requisitos de capacidad de los adoptantes exigidos por la Ley rusa, pero puede suceder que la resolución rusa de adopción logre superar el control de Ley aplicable recogido en el art. 26.1.2º LAI y que alcance su reconocimiento en España.

Pues bien, este posible supuesto no debe conducir a afirmar, apresuradamente, que el art. 26.1.2º LAI no impide el reconocimiento o la validez en España de adopciones nulas en el país de origen, como han indicado incorrectamente algunos autores¹³⁹. En efecto, la Ley 54/2007 constituye un “todo sistemático” (= dotado de un completo arsenal entrelazado de herramientas jurídicas para lograr sus objetivos). Por ello, hay que leer este art. 26.1.2º LAI en su contexto global (= sin aislarlo del “escenario jurídico” en el que se inserta). Ello permite recordar que, ante estas adopciones nulas en el Estado de origen pero que sí pueden superar el control conflictual del art. 26.1.2º LAI, dos soluciones, expresamente contempladas en la Ley 54/2007, pueden activarse: (a) Instar, ante los tribunales españoles (arts. 15.1 y 22 LAI), la nulidad de la adopción; (b) Instar la nulidad de la adopción extranjera ante los tribunales extranjeros y, posteriormente, solicitar en España el reconocimiento de dicha sentencia extranjera de nulidad de la adopción. De ambos modos, la adopción será nula tanto en el Estado cuyas autoridades la constituyeron como en España.

Extracto del trabajo de los profesores Calvo Caravaca y Carrascosa González: Críticas y contracríticas en torno a la Ley 54/2007 de 28 de diciembre, de adopción internacional: El ataque de los clones.

c) Igualdad de efectos

Los efectos jurídicos de la adopción constituida por la autoridad extranjera se deben corresponder con los efectos de la adopción regulada en Derecho español, según el art 26.2 L.A.I.

Con ello, se trata de evitar que accedan al Registro Civil español como adopciones las llamadas “adopciones simples” que son aquéllas que no suponen una ruptura de los vínculos jurídicos con la familia de origen y que pueden ser revocables. Vid RDGRN 15 julio 2006 *“Sin embargo, sería razonable exigir...la igualdad de efectos también a las adopciones constituidas en el extranjero que deben acceder al Registro Civil español, sea español o extranjero el adoptante, como sucede cuando el adoptante es extranjero pero el adoptando es español y*

conserva su nacionalidad española. Con esta interpretación, no acceden al Registro Civil español las adopciones simples, sino sólo adopciones plenas

Lo que realmente significa esta exigencia legal es que la adopción constituida por autoridad extranjera debe comportar un vínculo de filiación similar a la adopción regulada en Derecho español.

La correspondencia de efectos no debe ser absoluta o total, pero sí "fundamental" o "sustancial", por tanto resulta más apropiado hablar de "equivalencia" que no de "igualdad" de efectos. El art. 26.2 LAI exige esa correspondencia sustancial de efectos jurídicos, exclusivamente cuando el adoptante o el adoptado sea español y ello se justifica porque únicamente estas adopciones son las que deben acceder al Registro Civil español

Las adopciones en la que adoptantes y adoptando son extranjeros serán válidas en España, aunque no presenten "correspondencia sustancial de efectos" con la adopción regulada en España. Tales adopciones no acceden al Registro Civil español ni comportan la adquisición de la nacionalidad española por el adoptado.

Los concretos efectos de la adopción extranjera que se deben corresponder con los previstos por la Ley española se indican en el art. 26.2.III LAI.

1. Extinción de vínculos jurídicos sustanciales entre el adoptado y su familia anterior

Se considera que existe correspondencia de efectos de la adopción extranjera con la española cuando los vínculos que se mantienen con la familia de origen son de escasa importancia y ceden en caso de incompatibilidad frente a los vínculos que se crean entre adoptante y adoptado.

2. Identidad de vínculos de filiación que los de filiación por naturaleza

3. Carácter irrevocable de la adopción por los adoptantes

El precepto sólo rechaza el reconocimiento de la adopción en el caso de que sea revocable "por los adoptantes" y no por los adoptados como lo contemplan ciertas legislaciones extranjeras para casos de abusos sufridos por los éstos. En tales casos, puede obtener el reconocimiento en España, pudiéndose encajar en las categorías de revisión o nulidad de la LAI

Puede reconocerse también una adopción constituida por autoridad extranjera competente que sea susceptible de ser revocada o anulada por autoridad judicial. Supuesto también contemplado en la LAI.

Aunque la ley extranjera con arreglo a la cual se constituyó la adopción admita que ésta pueda ser revocada por el adoptante, éste debe renunciar "al ejercicio de la facultad de revocarla" formalizada esa renuncia en documento público o mediante comparecencia ante el Encargado del Registro Civil y antes del traslado del menor a España, siempre que se pretenda su reconocimiento en nuestro país de la adopción constituida por autoridad extranjera.

En el caso de una falta de igualdad de efectos jurídicos entre la adopción extranjera y la adopción española, aquélla no será tratada, ni considerada, ni inscrita en el Registro Civil español, ni reconocida en España, como una adopción.

Todos estos requisitos deben aplicarse e interpretarse, en todo caso, siempre, con arreglo al principio del «interés superior de los menores», tal y como prescribe el art. 3.1 de la CDN de Nueva York 1989 al señalar que «en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades

administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño».

VII. Datos de adopciones internacionales en los últimos 10 años

Adopciones internacionales en España y lugar de procedencia (1998-2007).

	Valores absolutos									
	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007
TOTAL	1.487	2.006	3.062	3.428	3.625	3.951	5.541	5.423	4.472	3.592
EUROPA	216	645	1.439	1.569	1.395	1.915	2.111	1.727	1.567	1.460
ÁFRICA	16	23	32	31	51	163	268	278	374	545
AMÉRICA	960	895	905	721	593	679	585	564	490	374
ASIA	295	443	686	1.107	1.586	1.194	2.577	2.854	2.041	1.213

Notas:

1) Las adopciones internacionales incluyen, además de las adopciones, las tutelas con fines de adopción obtenidas por los organismos competentes en los países de origen de los niños.

2) A partir de 2007 no se contabiliza Marruecos al no contemplar este país la adopción.

Fuente: Anuario de Estadísticas Laborales y de Asuntos Sociales. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales

(*) Ver gráficos al final del texto

VIII. La adopción internacional en la prensa

La adopción internacional siempre ha estado muy presente en nuestro país. De hecho, podemos ver en nuestra ciudades muchos niñas chinas adoptadas por familias españolas. Hay numerosos casos de adopciones internacionales pero a finales de 2007 fue un fenómeno que experimentó un ligero descenso. Si bien, en los últimos meses han vuelto a proliferar debido al terremoto sufrido en Haití el pasado 12 de Enero, y no es de extrañar, pues que a través de la prensa hayamos sido testigos directos de la catástrofe allí sufrida; miles de muertos y otro tanto de heridos, niños sin padres, padres sin niños.

Titulares como los que siguen:

- "El seísmo machaca a los pobres": La destrucción acentúa la miseria de las zonas marginales de la capital
http://www.elpais.com/articulo/internacional/seismo/machaca/pobres/elpepiint/20100119elpepiint_4/Tes

- "50 kilómetros al infierno")

"La desesperación da paso a la ira en Haití por la falta de ayuda"

La angustia por haber perdido lo poco que tenían y la desesperación por una

ayuda que todavía no llega se ha convertido en ira en Haití. Una rabia, mansa en la mayoría de los haitianos, pero rabia por una ayuda internacional aún varada en el colapsado aeropuerto de Puerto Príncipe.
fuente: "El País" 16/01/2010.

Y Fotos como estas:





Han herido nuestra sensibilidad y han llevado a muchos ciudadanos a tomar la decisión de adoptar a esos niños pues ¿qué les espera en su país? ¿miseria, pobreza absoluta, enfermedades, delincuencia, soledad? ¿la muerte, quizás? Qué mejor solución que adoptarlos. Imagino que esa habrá sido la iniciativa de mucha gente y así ha quedado reflejado en la prensa http://www.elpais.com/articulo/portada/ESPERA/VIAJE/FUTURO/EUROPA/elpepi por/20100123elpepipor_1/Test/ Pero, ¿es la mejor solución? Hay que ser cautos y prudentes y no tramitar adopciones sin mas, hay que tener en cuenta la legislación.

Es cierto, es desolador, pero la adopción no es siempre la mejor solución, los menores haitianos deben tener la oportunidad de una vida digna con los suyos, al menos, hay que darles esa oportunidad, hay muchas otras maneras de ayudarlos, la adopción, es una solución subsidiaria como se indica ya en la Convención de los Derechos del Niño, la adopción es un derecho del niño a tener una familia, y quizás, aun la tenga.

Es en este sentido en el que hemos de tener en cuenta el artículo 4 de la LAI. Esta ley prohíbe la adopción de menores en caso de que el país de origen se halle inmerso en una situación de catástrofe o conflicto belico así como cuando haya una carencia de control público de la adopción por el Estado de origen. NO

obstante, este es un artículo que no ha sido tenido en cuenta por numerosos gobiernos como es el caso del Gobierno de Extremadura que propuso la adopción temporal de menores haitianos, aunque posteriormente matizó y habló ya de acogimiento familiar.

IX. Tratamiento de la adopción internacional en la jurisprudencia

AUDIENCIA PROVINCIAL DE TARRAGONA (sección1ª). Auto nº67/2008 de 23 junio.

La Audiencia Provincial de Tarragona declara no haber lugar al recurso de apelación interpuesto por el demandante frente al auto, de fecha de 16-11-2007, dictado por el Juzgado de Primera Instancia de Tarragona nº5 en juicio verbal.

En la parte dispositiva de dicho Auto recurrido se indica que: se inadmite a trámite la solicitud de adopción promovida por la parte demandante, sin perjuicio del derecho a promover cualquier otra institución relativa a la protección de menores, tal como la tutela. Contra esta resolución se interpuso Recurso de Apelación solicitando su Revocación.

El Recurso de Apelación impugna el auto dictado en primera Instancia que inadmite la solicitud instada por la parte a quien se otorgó la guarda del menor mediante la institución "kafala", según la resolución judicial marroquí.

Se invoca la aplicación del artículo 9.5cc, y 22.3 LOPJ, además de los artículos 14, 16 y 18 de la ley 54/2007 de 28-12-07.

No se cuestiona la competencia para la constitución de la adopción que las disposiciones citadas atribuyen a los Tribunales españoles, ni la Ley aplicable que regula el artículo 18 de ley 54/2007. Puesto que en el caso que nos ocupa, lo que se plantea es la cuestión de la legitimación activa para promover el expediente de solicitud de la adopción transnacional.

La Kafala regulada en Marruecos por ley 15/2001 se define como la guarda de un menor abandonado, con la obligación de encargarse de su protección, educación y sustento, sin derecho a la filiación, ni a la sucesión.

La kafala está recogida en el artículo 20 de la Convención Internacional de los derechos del niño como una institución para la protección del niño con efectos jurídicos para el menor así como para la persona encargada de él. Sobre esta institución se ha pronunciado la RDGRN 2/2006 de 21-3-06 y 31-5-06 y Resolución circular de 30-8-06. Para equipararla con " el acogimiento familiar", institución del derecho español , se utiliza la técnica de " la calificación por la función". Dicha equiparación no exige la intervención y control de las autoridades estatales , de forma que no cabe atribuir la iniciativa de la adopción al adoptante.

En virtud del art. 1.2 de la ley 54/07 y art. 24 dicha ley regula la "propuesta previa de adopción" que atribuye a la autoridad pública correspondiente al último lugar de residencia habitual del adoptante en España. Establece un sistema de control basado en la distribución de responsabilidades entre las Autoridades de los Estados implicados a fin de garantizar la idoneidad de las personas y del procedimiento, por lo que exige para la iniciación del expediente la "propuesta previa", esto es , para la solicitud de la adopción.

Dichas consideraciones previas llevan a desestimar el Recurso de Apelación interpuesto ante la Audiencia Provincial de Tarragona contra el auto de fecha de 16-11-07.

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BADAJOZ (SECCION3º). SENTENCIA Nº 297707 DE 11-11-07.

La Audiencia Provincial de Badajoz declara haber lugar al Recurso de Apelación interpuesto contra la sentencia de fecha de 12-4-05 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº1 de Mérida, revocándola en el sentido expuesto en los fundamentos jurídicos de la presente Resolución. Recurso de Apelación interpuesto frente a la sentencia dictada por el juzgado de primera instancia nº1 de Mérida, sobre impugnación de resolución administrativa en materia de protección de menores.

El fallo de la resolución objeto de recurso indica que, estima la demanda presentada contra la Junta de Extremadura, revocando la Resolución dictada por la Consejería de Bienestar Social de la Junta de Extremadura de fecha de 6-9-04, declarando a los demandantes idóneos para la adopción internacional pretendida por éstos.

Apela de la sentencia dicha la Junta de Extremadura, quien solicita se revoque y que, en lugar de lo en ella resuelto, se declare plenamente ajustada a derecho la resolución administrativa impugnada en la demanda. El Ministerio Fiscal se adhiere a dicho recurso, al cual se oponen, los demandantes.

El recurso ha de ser estimado. La resolución de la Conserjería de Bienestar Social de la Junta de Extremadura en la que se establecía la falta de idoneidad de los demandantes para la adopción internacional, se muestra acorde con los informes técnicos que se realizaron a los demandantes por parte de un psicólogo y trabajador social, con la finalidad de determinar la idoneidad para una adopción transnacional, se desprende la presencia de factores negativos que la Junta de Extremadura subraya.

El art.25 del decreto 5/03 de 14-1-03 garantiza la adecuada apreciación de capacidad y motivación de los solicitantes de la adopción, en el presente caso se aprecian avanzados signos negativos para el correcto ejercicio de la filiación adoptiva, como: edad avanzada de los cónyuges, analfabetismo, problemas económicos y graves problemas físicos. Como indica el Ministerio Fiscal, de los datos anteriores se desprende el desaconsejar la declaración de idoneidad de los demandantes, iniciándose los trámites para determinar la aptitud para el cuidado y crianza de menores en situación de desamparo.

Queda estimado el Recurso de Apelación ante la Audiencia Provincial de Badajoz se revoca la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº1 de Mérida, desestimando la demanda de impugnación, declaramos ajustada a derecho la resolución de la dirección General de infancia de la Conserjería de Bienestar Social de la Junta de Extremadura por la que se calificaba a los demandantes como psico-socialmente inidóneos para la adopción internacional.

RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO DE FECHA 24-9-02. INSCRIPCIÓN DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL.

Los adoptantes españoles solicitan, ante el encargado del registro civil el 21-9-01, la inscripción de nacimiento de su hija adoptiva nacida en Ecuador, aportando los documentos: certificación extranjera de nacimiento con anotación

de adopción por resolución ejecutoria de 19-2-01, sentencia de adopción y ejecutoria de subinscripción de la inscripción del menor con el apellido de los padres adoptivos dictadas por el Tribunal de menores ecuatoriano, etc.

En principio es inscribible porque sus efectos se corresponden con los previstos por la ley española, pero su inscripción siendo españoles los adoptantes y domiciliados en España, requiere la declaración de idoneidad de la entidad pública española.

El encargado del Registro Civil solicitó al Consulado de España en Quito que remitiese la legislación sobre adopción de ese país, finalmente el juez encargado del Registro Civil dictó acuerdo denegando la solicitud puesto que para que una adopción constituida en el extranjero fuera reconocida en España, se exigía que sus efectos correspondan con la legislación española relativa a la materia, en este presente caso no existe correspondencia de efectos puesto que en virtud de los art.343 y 345 del código civil ecuatoriano, el adoptado continuaba perteneciendo a la familia de origen, poseyendo el menor todos los derechos reconocidos por la legislación mejicana, tales como: derechos hereditarios , no ruptura del vínculo familiar de origen(contrario a la plena integración con la familia adoptiva) irrevocabilidad de la adopción española. Además es posible solicitar por la parte interesada, la anotación en el registro del documento extranjero de constitución de la adopción por afectar a ciudadanos españoles, al envolver dicha figura en una situación de acogimiento familiar, por medio de documento público. Esta anotación sería posible extenderla al margen de la inscripción de nacimiento, haciéndose constar que no estaba acreditada conforme a la ley la nacionalidad española del nacido, recomendando a los adoptantes realizar dicha adopción en España.

Notificada la resolución a las partes, éstas presentan recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado alegando que existía correspondencia legislativa en ambos países en materia de adopción. Se discute si es inscribible en el Registro una adopción constituida en Ecuador por un matrimonio de españoles a favor de un menor ecuatoriano.

El acuerdo apelado denegó las inscripciones de nacimiento y marginal de adopción por estimar que los efectos de la adopción no se corresponden con los de la legislación española(art.9.5cc), pero este dato se basa en las normas del código civil ecuatoriano, cuando éstas han sido modificadas por el código de menores ecuatoriano de 7-8-92. De forma que con la nueva legislación el adoptado queda integrado en la familia adoptiva como hijo biológico, rompiéndose la ruptura de vínculos con la familia anterior y la adopción es irrevocable, de esta forma los efectos de la adopción ecuatoriana se corresponden en esencia con los rasgos fundamentales con los que se regula la adopción en el Código Civil Español.

Lo visto hasta el momento no significa que dicha adopción sea ya inscribible. Puesto que los adoptantes siendo españoles y estando domiciliados en España, para que dicha adopción extranjera sea reconocida en España es necesario que la entidad pública española competente haya declarado la idoneidad de los adoptantes, lo que no se ha justificado. Tampoco se ha presentado el certificado de conformidad al convenio expedido por la autoridad competente del estado donde la adopción ha tenido lugar (art. 23 del Convenio de la Haya de 29-5-93).

Esta Dirección General ha acordado que los efectos de la adopción ecuatoriana se corresponden con los previstos por la legislación española. Y que

la inscripción de la adopción requiere que se presente alguno de los documentos que se indican anteriormente.

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ASTURIAS (SECCIÓN 7º).AUTO Nº152/2001 DE 30-3-01.

La Audiencia Provincial de Oviedo declara haber lugar al recurso de apelación frente al auto, de fecha de 9-8-00, dictado por el juzgado de primera instancia nº1 en autos de adopción, revocando la citada resolución en el sentido de dejarla sin efecto a fin de subsanar toda omisión para que resuelva el juzgado sobre la constitución de la adopción.

Fue desestimado por el auto que se recurre, el promovido expediente de jurisdicción voluntaria para la adopción de un menor guatemalteco. El Registro Civil Central acordó que puesto que la adopción guatemalteca no tiene los mismos efectos civiles que la adopción en España, se procedería a la anotación del nacimiento del menor como soporte de la anotación de la adopción.

Para la inscripción en el Registro español de las adopciones constituidas en el extranjero, el encargado del Registro Civil apreciará la concurrencia de los requisitos del art.9.5cc. El art.9.5cc indica que no será reconocida en España como adopción la constituida en el extranjero por adoptante español, si los efectos de la adopción extranjera no se corresponden con los recogidos en la legislación española, ello ocurre en este supuesto, de forma que la legislación española no reconocería plenos efectos a la adopción constituida en Guatemala (ley 21/87 suprimió la figura de la adopción simple). Guatemala no es estado parte del Convenio de la Haya de 29-5-93, cuyos art.26 y 27 regulan la conversión de efectos de la adopción. España ratificó el Convenio de la Haya de 1993. En cuanto a las adopciones constituidas en Estados que no son parte en el Convenio de la Haya debe estarse al art. 9.5cc. Como criterio general, se va a aplicar la ley española a las adopciones internacionales constituidas en España, salvo que el adoptando resida fuera de España o no adquiera la nacionalidad española con la adopción, en cuyo caso se aplicará su Ley Nacional en la capacidad y consentimiento necesarios.

La RDGRN de 11-5-99, indica que las adopciones que realizan ciudadanos españoles como adoptantes de niños guatemaltecos no tienen para España el carácter de adopción plena, sino que equivale a una adopción simple. En la adopción simple: el adoptado y su familia de origen conservan los derechos de sucesión, no hay ruptura del vínculo de filiación natural, dicha adopción es revocable. Finalmente, la adopción constituida en Guatemala por un matrimonio español a favor d un menor extranjero no tiene equivalencia legal con la adopción regulada en el código civil español y no puede considerarse incluida en los actos inscribibles que contiene el art.1 de la ley del Registro Civil. Ello no impide que la adopción pueda ser reconocida en nuestro país en cuanto a los efectos propios que el ordenamiento guatemalteco atribuye a esta institución (art.9.4cc), en el caso que nos ocupa la ley guatemalteca del adoptado establece que la patria potestad corresponde a unos españoles.

Es posible que el documento extranjero de constitución de adopción, por afectar a ciudadanos españoles, sea susceptible de anotación en el Registro Civil español, pues la figura envuelve una situación de acogimiento que si se ha constituido en el extranjero lo será por medio del documento auténtico extranjero.

La transformación de una u otra adopción requerirá, si ello es posible en el país de origen, bien que así se acuerde, bien que se constituya la adopción española ante el Juez español(art.176.1cc y art.27 convenio de la Haya de 29-5-93.

En el caso de las adopciones simples constituidas por autoridades extranjeras , la adopción no es susceptible de ser inscrita en el Registro, en estos casos se sigue la vía de la convalidación de estas adopciones , siempre que medie la renovación de los consentimientos y se haga mediante un nuevo expediente de jurisdicción voluntaria constituyendo ex novo la adopción, en cuyo caso el órgano judicial competente deberá observar la lex fori, la ley española, ya que el adoptando reside en España.

El art.23 de LOPJ otorga competencia a los juzgados y tribunales españoles para conocer de la constitución de la adopción tanto cuando los adoptantes y el adoptado sean españoles como cuando ambos residan habitualmente en España. Partiendo de que la situación del menor es similar a un acogimiento, deberá examinarse si concurren todos los requisitos necesarios para la constitución de la adopción en España. En dicho caso no existen impedimentos por los cuales los adoptantes no puedan promover directamente el expediente de jurisdicción voluntaria para constituir ex novo la adopción, acompañado de informes psico-sociales, documentos, certificados de idoneidad de los adoptantes, que el trámite de asignación del menor se ha cumplimentado en el país de origen en función de la idoneidad de la familia declarada por la entidad pública del estado receptor, al igual que constan también el certificado de idoneidad así como también los informes sociales correspondientes de Guatemala.

Igual de importante lo es el papel que asume la entidad pública encargada de recibir y tramitar las solicitudes de adopción internacional, garantizando el correcto trámite del proceso adoptivo.

En el informe de la Procuraduría de la Nación se estimó procedente la solicitud de la adopción de los recurrentes, a través del otorgamiento de escritura pública para que el menor fuese adoptado por dicho matrimonio. Además, consta la declaración de la madre biológica para dar su consentimiento a que la adopción simple pueda transformarse en España en adopción plena sin necesidad de otorgar nuevo consentimiento en el expediente de transformación y en la correspondiente escritura pública, aceptó la adopción entendiendo que es irrevocable, así como los derechos consanguíneos, patria potestad y herencia quedan terminados por medio de la adopción. En este supuesto, no se acreditó el contenido y vigencia del derecho guatemalteco en orden a si los consentimientos otorgados por la madre biológica del menor se ajustaban a su legislación nacional, en cambio el contenido del consentimiento prestado si sería acorde respecto del exigido para la adopción constituida por juez español. La adopción simple contaría sólo con el consentimiento para la producción de efectos inherentes a ella y con arreglo a la ley interna del país originario, habría que oír la, puesto que nos encontraríamos con un expediente judicial nuevo de adopción siendo necesario acudir al juzgado competente del domicilio de la madre biológica con un contenido concreto , haciéndoles saber que declaran sobre una adopción plena a constituir en España.

Siendo este supuesto concreto asimilable a un acogimiento y en lo que concierne a la adopción que se pretende constituir en España, se determina que:

- En virtud del art.600 de LEC, vigente a la fecha de incoación del expediente de jurisdicción voluntaria, la madre biológica tenía capacidad legal

para otorgar el asentimiento conforme a las leyes de su país en la forma en que lo hizo, pues ante la acreditación y vigencia del derecho guatemalteco, se cuestiona si realmente se ha infringido su orden público interno teniendo en cuenta los efectos de la adopción en el citado país, en todo caso habrían transcurrido más de seis meses desde el último consentimiento prestado en el expediente guatemalteco por la citada hasta que se inició el expediente de adopción ante el juez español en relación con lo prevenido en el art.1830 LEC1881, por lo que en todo caso habría de actualizarse su asentimiento conforme a la legislación española a tenor de lo anteriormente citado.

- No ha sido oído el adoptado menor de 12 años, que no consta carezca de juicio suficiente conforme al art.177.3 LEC.

- Aunque el expediente pueda iniciarse a instancia del adoptante, es necesario que la entidad pública se pronuncie sobre la idoneidad del adoptante, cuando el adoptado lleve más de un año acogido legalmente por éste.

- El Magistrado deberá subsanar las citadas omisiones para posteriormente decidir con libertad de criterio sobre la adopción, cuya constitución se interesa dejando consecuentemente sin efecto la resolución recurrida por razones de orden público.

La Audiencia Provincial acuerda dejar sin efecto el Auto de fecha de 9-8-00 con el fin de que se subsanen las omisiones, resolviendo el Magistrado con libertad de criterio.

FUENTES:

- Dirección General de los Registros y del Notariado.

- aula jurídica Thomson Aranzadi: Westlaw.es.

- www.tiranntonline.com.

Sentencia de la AP de Barcelona, de 22 de octubre de 1999:

La Audiencia Provincial de Barcelona, estima el recurso de apelación, acordando admitir a trámite la solicitud de adopción. Ya que sobre la adopción constituida en México de un menor, se señalaba que no podía ser inscrita por el Registro Central, al no concurrir todos los requisitos necesarios establecidos en el artículo 27 del Convenio de La Haya sobre Adopción internacional, por ello se remitió a las partes a un procedimiento para la conversión de la adopción simple en adopción plena, sin embargo los apelantes acreditan que obtienen la adopción del menor en el Estado Mexicano, inscribiéndolo en el Registro Civil de origen, y que el acta de adopción del Registro Civil de origen como la sentencia de adopción constan en documento auténtico con la apostilla correspondiente, porque tanto México, como España son estados parte del Convenio de La Haya de Adopción internacional.

Por lo tanto lo que se plantea es la necesidad de valorar las posibilidades de reconocer esta adopción simple, en plena, en España. Se busca fundamentándolo en el artículo 27 del Convenio, en el artículo 9.5 CC, por remisión a la Ley Catalana 37/1991. Por todo ello se otorga el requisito de idoneidad, ya que la adopción simple transfiere a los adoptantes de forma definitiva la patria potestad.

Sentencia de la AP de Barcelona, de 28 de marzo de 2006:

La Audiencia Provincial de Barcelona, estima el recurso de apelación presentado contra el Auto dictado en fecha de 10 de mayo de 2005 por el Juzgado de Primera Instancia, y se realiza la admisión a trámite, del expediente para la constitución de la adopción de un menor con nacionalidad marroquí. Dicho menor fue entregado en tutela o "Kafala" de conformidad con la legislación marroquí, porque hay que aclarar que en el Derecho marroquí, no

hay una institución equivalente a la adopción, lo más parecido es la "kafala" que es una situación de acogimiento, equivalente a la tutela dativa; Las pretensiones de la parte apelante son que se dicte una resolución que constituya la adopción del menor, y que se inscriba dicha adopción en el Registro Civil Central, todo ello se fundamenta por el artículo 117 del Código de Familia, en el que se equipara la denominada "kafala", a la tutela para poder dar lugar a la adopción.

Sentencia de la AP de La Rioja, de 6 de marzo de 2009:

La Audiencia Provincial de La Rioja, desestima el recurso de apelación interpuesto por el Letrado de la Comunidad Autónoma de La Rioja, contra la sentencia de fecha de 30 de junio de 2008, dictada por el Juzgado de Primera Instancia N° 5 de Logroño, y se declara la idoneidad de los apelados para la adopción de un menor extranjero, fundamentándose en el artículo 176 CC, que alude a la idoneidad como "solvencia moral y económica" y también haciendo mención al artículo 1829 de la LEC de 1881, que se refería a las condiciones personales, familiares, sociales y medios de vida, ya que el concepto jurídico de idoneidad es indeterminado. Se acaba concluyendo conforme al informe de idoneidad del equipo psicosocial de los Juzgados, que los apelados son idóneos para la adopción del menor al presentar la pareja estabilidad conyugal, laboral, económica y cuentan además con suficientes apoyos familiares y sociales relacionados con al adopción, siendo todo ello adecuado para el crecimiento de un menor.

Resolución de la DGRN, de 9 de septiembre de 2002:

La Dirección General estima el recurso presentado y ordena que se inscriba en el Registro Civil Central, la adopción de un menor de nacionalidad ecuatoriana, que ha sido adoptado por una pareja de nacionalidad española, todo ello lo fundamenta en que la adopción se ha constituido ante la autoridad ecuatoriana conforme al artículo 104 del Código Civil de Menores de 1992, presentándose toda la documentación requerida, dicha constitución de adopción se asemeja a los efectos de la adopción conforme a los requisitos exigidos por la legislación española acompañándolo con el certificado de idoneidad, se deduce que es inscribible porque sus efectos se corresponden con los de la adopción española.

La idoneidad del adoptante y la trascendencia de las garantías de la Ley 54/2007 en beneficio del menor adoptado:

Se comparan dos sentencias: una sentencia SAP de Valencia nº 87/ 2004 con la sentencia de 21-5-2008 SAP de Guadalajara en la que se comprueba un cambio de criterio significativo acorde a los postulados de la nueva L.A.I. 54/2007.

Respecto a la primera sentencia: Se reseña la Sentencia de la AP de Valencia de fecha 10 de febrero de 2004 (anterior a la promulgación y vigencia de la Ley) que, aunque es reciente, resulta suficientemente expresiva de la conveniencia de extremar las garantías que se contemplan en la Ley 54/2007:

Llama la atención la aproximación relajada a la noción de " idoneidad del adoptante" que se hace en sentencia, -muy lejos de los estándares y garantías de la Ley 54/2007- y sin dársele ninguna importancia a la aptitud o ineptitud del adoptante o adoptantes en comparación con su interés en adoptar, al que parece

dársele mayor preponderancia, con un deje de soberbia (“...atención, cuidados y educación al nivel de los países con superior nivel de desarrollo...”)

JURISPRUDENCIA ANTERIOR A LA LEY 54 /2007

SAP Valencia, sec. 10ª, 10-2-2004, nº 87/2004:

A grandes rasgos, se trata de una pareja valenciana a la que la consejería de bienestar declara inidóneos para la adopción y recurren primero en primera instancia y ahora en la Audiencia provincial donde les dan finalmente la razón:

FUNDAMENTOS JURÍDICOS:

PRIMERO.- En efecto quien, (...) aspira a la crianza y educación de un menor no está sino satisfaciendo su derecho constitucional a la formación de una familia, derecho legalmente amparable y que no debe quedar, en aras a un **exagerado concepto del interés del menor**, de tal modo postergado que llegue a perder todo contenido efectivo. A la vez, no puede desconocerse el beneficio que la adopción supone, por principio, para el propio adoptado, en muchas ocasiones sin familia conocida o en situación de abandono en su atención y cuidado y, en el caso de supuestos, como el presente de “adopción internacional”, con escasas posibilidades de recibir, de los propios centros de atención del país correspondiente, atención, cuidados y educación al nivel de los países con superior nivel de desarrollo.

A partir de la anterior situación de hecho, entiende la Sala que NO CABE HACER DE LA IDONEIDAD UN CONCEPTO EN TAL FORMA ESTRICTO Y EXCLUYENTE QUE CONDUZCA A CONDICIONAR Y LIMITAR LA POSIBILIDAD DE ADOPCIÓN de modo que, frustrando las respetables expectativas de los aspirantes a adoptar, vengán a la vez a producir un perjuicio en los menores susceptibles de ser adoptados, cuya situación de desamparo exige la adopción de un remedio.

Analizando los fundamentos jurídicos, esta sentencia es un claro ejemplo de la concepción que durante muchos años tuvo el sistema judicial español de la adopción internacional, concepción paternalista y proteccionista donde por encima del interés del menor primaba el derecho muy cuestionable de los futuros padres a la adopción relajando las exigencias y requisitos respecto a su idoneidad y anteponiéndolo al interés de un menor desamparado salvado de un futuro incierto en el tercer mundo por personas que lo arrancarían de su entorno socio familiar para introducirlo en el siempre mejor primer mundo.

LEY 54/2007, DE 28 DE DICIEMBRE, DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL.

Artículo 10.1 Idoneidad de los adoptantes

1. Se entiende por idoneidad la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la patria potestad, atendiendo a las necesidades de los niños adoptados, y para asumir las peculiaridades, consecuencias y responsabilidades que conlleva la adopción internacional.

JURISPRUDENCIA TRAS LA VIGENCIA DE LA LEY 54 /2007

SAP Guadalajara, sec. 1ª, 21-5-2008, nº 65/2008:

A grandes rasgos se trata de una pareja de Guadalajara a la que también se declara inidónea, recurren en primera instancia y ya en la AP se confirma la inidoneidad con muy buen criterio y suponiendo un giro copernicano respecto a los fundamentos de la sentencia anterior:

FUNDAMENTOS JURÍDICOS:

SEGUNDO.- ...(artículo 176 del Código Civil) la adopción se constituye por resolución judicial, que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptando y la IDONEIDAD DEL ADOPTANTE O ADOPTANTES para el ejercicio de la patria potestad; exigiendo, para iniciar el expediente de adopción, la propuesta previa de la entidad pública a favor de adoptante o adoptantes que dicha entidad pública haya declarado idóneos (...). Requisito que (...) constituye una MEDIDA DISPUESTA A FAVOR DEL MENOR ADOPTADO, SUPONIENDO UNA GARANTÍA PARA EL MISMO en la medida en que un organismo público valora de forma imparcial las aptitudes de los futuros padres adoptantes; lo que, por otra parte, así declara la actual Ley 54/2007, de 28 diciembre , de adopción internacional, al concebirla como una medida de protección de los menores que no pueden encontrar una familia en sus países de origen, estableciendo las garantías necesarias y adecuadas para asegurar que las adopciones internacionales se realicen, ante todo, en INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. ENTRE ESAS GARANTÍAS SE ENCUENTRA LA IDONEIDAD DE LOS ADOPTANTES.

Leyendo los fundamentos jurídicos de la sentencia se puede comprobar que los actores basaban sus expectativas en un planteamiento rígido de la adopción, y en una idea preconcebida de las características del menor, siendo exigencias y no meros deseos planteados a las instituciones, como que el menor fuera una niña, porque son más agradables, menor de tres años, sin ningún problema presente o futuro, como si de una especie de mascota exótica se tratara, eligiendo las características a la carta y reservándose el derecho a renunciar a la adopción si el menor no se adaptaba a sus rígidas, inflexibles y poco realistas exigencias, lo que llevó al Tribunal a declarar su inidoneidad con muy buen criterio en aras de el interés del menor dado que un fracaso supondría para el niño un segundo abandono y desarraigo.

FUENTES:

- Base jurídica del aula Aranzadi: www.westlaw.es
- Página del Consejo General del Poder Judicial:
www.poderjudicial.es
- Base jurídica: www.tirantonline.com

FUENTE: MANUAL DE DIPr. VOL. II. CALVO CARAVACA Y CARRASCOSA GONZALEZ. NOVENA EDICION

ADOPCIONES POR CONTINENTES Y PAÍSES DE ORIGEN DE LOS NIÑOS

CONTINENTE	2004	2005	2006	2007	2008
AMERICA LATINA	585	564	490	374	331
ASIA	2.577	2.854	2.041	1.269	865
EUROPA DEL ESTE	2.111	1.727	1.567	1.460	1.304
ÁFRICA	268	278	374	545	656
Total	5.541	5.423	4.472	3.648	3.156



ADOPCIONES POR CONTINENTES Y PAÍSES DE ORIGEN DE LOS NIÑOS



	2004	2005	2006	2007	2008
AMERICA LATINA	585	564	490	374	331
BOLIVIA	92	89	21	42	35
BRASIL	18	26	19	1	4
CHILE	20	15	11	7	0
COLOMBIA	256	240	260	174	189
COSTA RICA	10	6	1	3	0
ECUADOR	2	4	5	2	0
EL SALVADOR	22	16	19	23	14
GUATEMALA	3	0	6	8	4
HAITI	36	24	15	22	27
HONDURAS	31	21	5	3	3
MEXICO	17	33	35	39	14
NICARAGUA	1	1	2	2	1
PANAMA	3	3	41	8	4
PERU	50	66	41	21	27
R. DOMINICANA	24	20	9	19	9

Datos facilitados por los Consulados españoles en el extranjero

ADOPCIONES POR CONTINENTES Y PAÍSES DE ORIGEN DE LOS NIÑOS



	2004	2005	2006	2007	2008
ASIA	2.577	2.854	2.041	1.269	865
CHINA	2.389	2.753	1.759	1.059	619
CAMBOYA	0	0	1	1	1
FILIPINAS	1	10	28	29	29
INDIA	117	43	79	103	32
JERUSALEN	1	0	0	0	0
NEPAL	68	43	173	76	184
SRI-LANKA	0	0	0	1	0
TAILANDIA	1	5	1	0	0

Datos facilitados por los Consulados españoles en el extranjero

ADOPCIONES POR CONTINENTES Y PAÍSES DE ORIGEN DE LOS NIÑOS



	2004	2005	2006	2007	2008
EUROPA DEL ESTE	2.111	1.727	1.567	1.460	1.304
ARMENIA	0	0	0	1	0
BULGARIA	57	21	11	11	20
F. RUSA	1.618	1.262	1.290	955	899
HUNGRIA	10	3	7	15	5
KAZAJSTAN	24	43	70	130	149
LETONIA	2	0	0	0	0
LITUANIA	0	0	0	4	3
MOLDAVIA	1	1	7	5	4
POLONIA	2	0	1	0	4
R. CHECA	0	0	0	0	2
R. ESLOVACA	0	0	0	1	0
RUMANIA	48	3	0	0	0
UCRANIA	349	394	181	338	218

Datos facilitados por los Consulados españoles en el extranjero

ADOPCIONES POR CONTINENTES Y PAÍSES DE ORIGEN DE LOS NIÑOS



	2004	2005	2006	2007	2008
ÁFRICA	268	278	374	545	656
BURKINA FASO	2	3	1	4	7
CAMERÚN	1	0	0	0	0
COSTA DE MARFIL	1	1	4	6	3
ETIOPÍA	220	227	304	481	629
GAMBIA	0	0	0	0	1
GHANA	3	0	0	2	0
GUINEA BISSAU	0	0	0	3	0
MADAGASCAR	13	24	10	1	2
MALI	0	1	0	0	0
MARRUECOS	21	6	20	**	**
MOZAMBIQUE	0	3	1	5	0
NIGERIA	0	0	0	0	2
R. CONGO (Brazaville)	0	0	0	8	0
R. D. CONGO (Kinshasa)	7	12	31	29	5
SENEGAL	0	0	0	4	7
SUDAFRICA	0	1	3	2	0

** A partir del 2007 no se contabiliza Marruecos al no contemplar este país la adopción.

Datos facilitados por los Consulados españoles en el extranjero

